

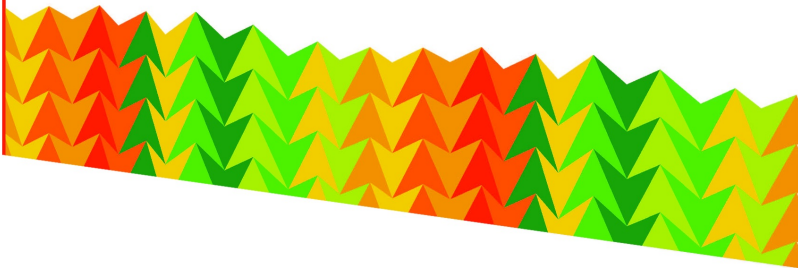
ÉGALITÉ ET NON-DISCRIMINATION

ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE
CÉSAR BARROS LEAL

Organisateurs



Cours Brésilien Interdisciplinaire
sur les Droits de l'Homme





Antônio Augusto Cançado Trindade et César Barros Leal
Organisateurs

ÉGALITÉ ET NON-DISCRIMINATION

Fortaleza
2014

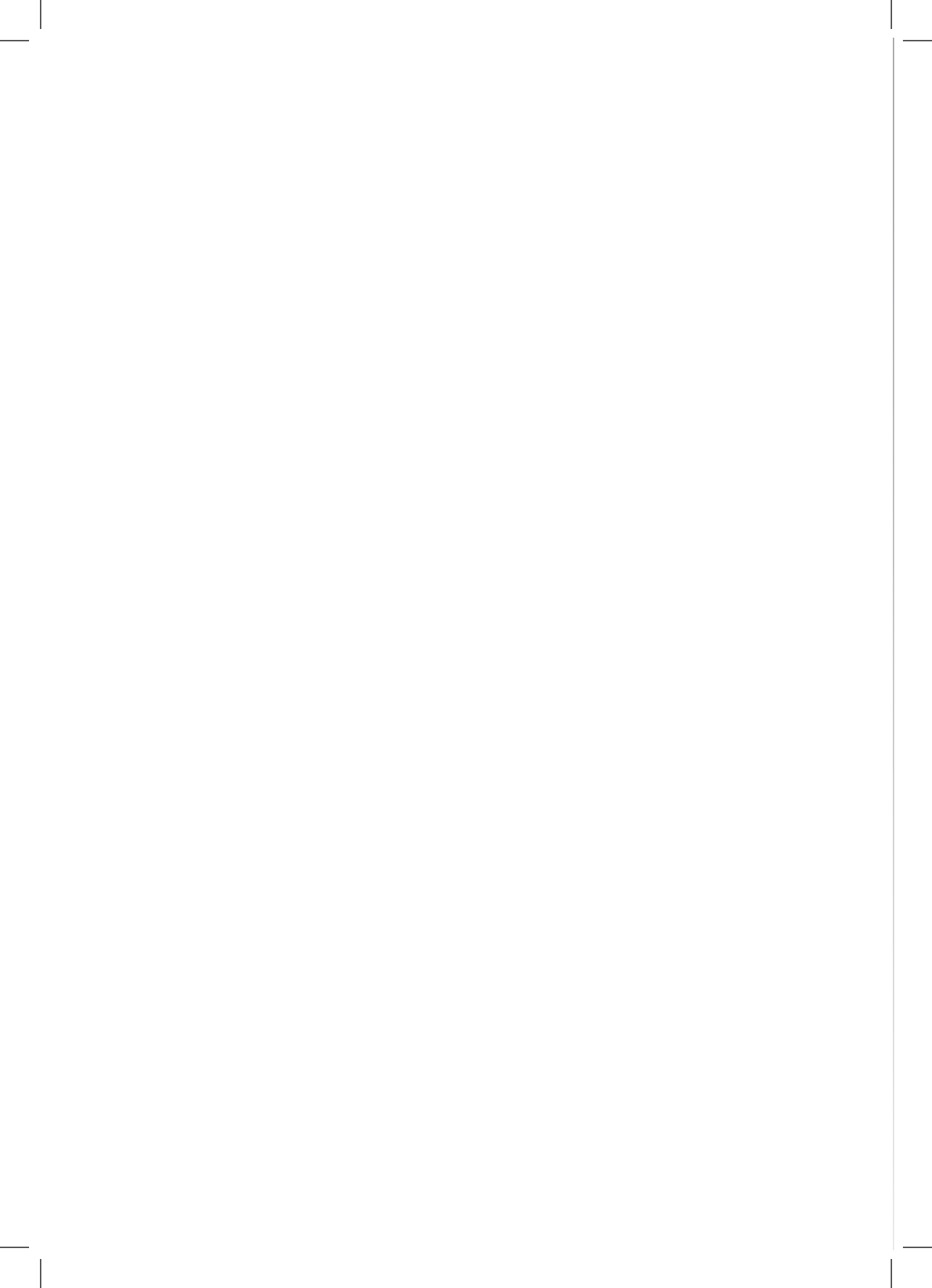


TABLE DES MATIÈRES

PRÉFACE	5
LE DÉRACINEMENT ET LES DROITS DES MIGRANTS DANS LE DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME Antônio Augusto Cançado Trindade.....	7
LE DROIT À L'IDENTITÉ CULTURELLE DANS LA CONSTRUCTION JURISPRUDENTIELLE EN ÉVOLUTION DE LA COUR INTERAMERICAINE DES DROITS DE L'HOMME Antônio Augusto Cançado Trindade.....	47
LA VISITE INTIME: UN DROIT DES PRISONNIERS SOUS LE SIGNE DE L'ÉGALITÉ César Barros Leal	71
ÉTHIQUE ET ALTÉRITÉ: UN PROPOS PLURALISTE D'UN DROIT AUX DROITS HUMAINS DANS DES PAYS PÉRIPHÉRIQUES Djason B. Della Cunha	87
CITOYENNETE, SYSTEME PENAL ET LES FEMMES A L'AUBE DU XXI SIECLE José Luis de La Cuesta.....	103
LAÏCITÉ ET PRINCIPE DE NON-DISCRIMINATION Marie-Joëlle REDOR-FICHOT	137
ÉGALITÉ ET NON-DISCRIMINATION EN DROIT DE LA FAMILLE LE RÔLE DES JUGES Marie-Thérèse Meulders-Klein.....	163

**LE TRAVAILLEUR MIGRANT EN SITUATION IRRÉGULIÈRE:
L'ACCÈS FORMEL ET EFFECTIF AUX DROITS DEVANT
LES ORGANES QUASI JURIDICTIONNELS ET
JURIDICTIONNELS DE CONTRÔLE**

Paula Wojcikiewicz Almeida..... 181

ANNEXES245

**I. OPINION INDIVIDUELLE DU JUGE A.A. CANÇADO
TRINDADE DANS L'AFFAIRE DE GOIBURÚ ET AUTRES
VERSUS PARAGUAY (CTIADH, ARRÊT DU 22.09.2006,
SÉRIE C)**247

**II. OPINION INDIVIDUELLE DU JUGE A.A. CANÇADO
TRINDADE DANS L'AFFAIRE DU MASSACRE DE
PUEBLO BELLO VERSUS COLOMBIE (ARRÊT DU
31.01.2006, SÉRIE C)**.....283

PRÉFACE

Les quatre livres que nous offrons au public cette année de 2014, à l'occasion du III Cours Brésilien Interdisciplinaire sur les Droits de l'Homme¹, traitent le sujet central de l'événement: *Égalité et non-discrimination*. Les livres sont écrits dans des différentes langues (portugais, espagnol, français et anglais) et recueillent des articles de spécialistes des droits de l'homme, du Brésil et de l'étranger, qui ont répondu à notre invitation à participer à ce projet, le seul avec ces caractéristiques et cette grandeur, et que nous avons l'intention de répéter dans les versions ultérieurs du cours. Plusieurs membres de ce recueil ont participé à des ouvrages publiés par les deux Instituts (IBDH et IIDH) sur les sujets des cours précédents².

Nous espérons que ces textes constitueront une importante référence pour l'étude et le débat sur *l'égalité et non-discrimination*, en indiquant les moyens de faire face aux défis majeurs de leurs application et efficacité, dans la recherche constante de la combinaison harmonieuse de la connaissance et de l'action. À partir de la connaissance théorique et de la réflexion critique, éloignée de toute attitude négativiste ou sceptique, les auteurs s'accordent à proclamer la nécessité de stimuler des politiques publiques qui garantissent la construction d'une société plus solidaire et équitable.

Le principe fondamental de l'égalité et non-discrimination se fait proclamer dans des déclarations et des traités, et guide la jurisprudence constante des juridictions nationales et internationales, imprégnant le *corpus juris* du Droit International des Droits de l'Homme. Cependant, il n'a pas encore été suffisamment étudié, malgré son importance.

Ce principe est présent dans la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, adoptée par l'Assemblée Générale des Nations

1 Réalisé à Fortaleza, Ceará, par l'Institut Brésilien des Droits de l'Homme et par l'Institut Inter-américain des Droits de l'Homme, à travers son bureau Régional pour l'Amérique du Sud à Montevideo, avec le soutien du Centre d'Études et Formation du Bureau du Procureur Général de l'État du Ceará et de l'Université de Fortaleza.

2 À savoir: *Victimologie et les Droits de l'Homme selon la Dimension de la Pauvreté* (coord. César Barros Leal et Emilio José García Mercader, 2012) et *Accès à la Justice et Sécurité des Citoyens* (coord. de César Barros Leal et Soledad García Muñoz, 2013).

Unies le 10 décembre 1948. Celle-ci a généré la reconnaissance de la dignité inhérente à la personne et de leurs droits égaux et inaliénables sont le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde, tous étant égaux devant la loi sans distinction et ayant le droit à une égale protection de la loi.

Nous nous sommes permis, en éditant ces quatre livres, d'enregistrer la contribution du vice-président du IBDH, Dr. Paulo Bonavides, et de l'ancien président du IIDH, Dre.Sonia Picado Sotela, à la promotion et protection des droits de l'homme dans notre région; nous remercions aux deux pour leur dédication, au fil des ans, à la discipline qui nous rassemble. Et nous ajoutons nos expressions de considération académique, aussi, aux auteurs des articles qui composent les tomes.

Antônio Augusto Cançado Trindade et César Barros Leal
La Haye / Fortaleza, Juillet 2014

LE DÉRACINEMENT ET LES DROITS DES MIGRANTS DANS LE DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME^(1*)

Antônio Augusto Cançado Trindade

Juge de la Court Internationale de Justice; Ancien Président de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme; Professeur Émérite de Droit International de l'Université de Brasilia, Brésil; Professeur Honoraire de l'Université de Utrecht; *Honorary Fellow* de l'Université de Cambridge; Président de la Société Latino-américaine de Droit International; Membre du *Curatorium* de l'Académie de Droit International de La Haye, et de l'Institut de Droit International.

I. OBSERVATIONS PRELIMINAIRES

Puis-je commencer ce cours inaugural de la session annuelle d'études de 2007 en évoquant mes liens historiques et continus avec l'Institut international des droits de l'homme, ici à Strasbourg ? Ici précisément, dans cet auditorium *Carré de Malberg* de l'Université de Strasbourg, où j'eus l'honneur de recevoir des mains de René Cassin lui-même, en 1974, mon diplôme de l'Institut. A nouveau, dans ce même lieu, où je fus accueilli en 1997 comme nouveau membre élu de l'Institut de droit international. J'ai eu le privilège d'avoir connu et accompagné dans leurs travaux, pendant ces trois dernières décennies, les présidents et secrétaires généraux successifs de l'Institut international des droits de l'homme pour lequel je suis resté un collaborateur fidèle et constant de l'autre côté de l'Atlantique. L'un d'eux est récemment disparu (le 22 mars 2007), le professeur Alexandre-Charles Kiss, un juriste visionnaire et exemplaire, à la mémoire de qui je me permets de rendre hommage aujourd'hui. Cet auditorium étant chargé de l'histoire de l'Institut de Strasbourg et de ma propre vie académique, ce n'est pas sans émotion que je donne ce cours inaugural.

Puis-je en premier lieu m'élever contre les effets négatifs du fait que, dans un monde "globalisé" - un nouvel euphémisme en

1 (*) Conférence inaugurale de l'Auteur, dans l'ouverture de la 38^e Session d'Études de l'Institut international des droits de l'homme René Cassin (Strasbourg, 2 juillet 2007). Originellement publié (version française) in: 19 *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme* - Bruxelles (2008) n. 74, pp. 289-328.

vogue -, les frontières sont ouvertes aux capitaux, biens et services mais malheureusement non aux êtres humains? Les économies nationales sont ouvertes aux capitaux spéculatifs alors qu'au même moment s'érodent les conquêtes sociales des dernières décennies. Des parties de plus en plus importantes de la population deviennent marginalisées et exclues du "progrès" matériel. Les leçons du passé semblent oubliées et les souffrances des précédentes générations apparaissent avoir été vaines. L'état actuel des affaires apparaît dénué de sens historique. A cette "dé-historisation" de la vie s'ajoute l'idolâtrie du marché, réduisant les êtres humains à de simples agents de la production économique (ironiquement au milieu d'un chômage grandissant sous diverses latitudes).

Cette nouvelle tragédie contemporaine, essentiellement créée par l'homme et qui aurait pu être parfaitement évitée si la solidarité humaine avait prévalu sur l'égoïsme individuel, a donné naissance au nouveau phénomène des flux massifs de migration forcée qui émerge et s'intensifie, - des millions d'êtres humains cherchant à échapper, non plus à une persécution individuelle politique mais plutôt à la faim, à la misère et aux conflits armés,- avec de graves conséquences pour l'application des normes internationales de protection de la personne humaine. Il y a une décennie, dans une étude que j'avais préparée pour l'Institut interaméricain des droits de l'homme (au Costa Rica en 1998), publiée en 2001 au Guatemala, j'ai proposé pour ce phénomène une approche fondée sur les droits de l'homme, - distincte des études classiques sur le sujet (ayant une approche strictement historique ou économique) - en portant l'attention sur les êtres humains dans un état de grande vulnérabilité⁽²⁾.

À cette occasion, je vis qu'il était nécessaire de signaler que: "les avancées dans ce domaine seront seulement accomplies par un changement radical de mentalité. Dans toute échelle de valeurs, les considérations d'ordre humanitaire doivent prévaloir sur celles d'ordre économique et financier, sur le protectionnisme affirmé du marché du travail et sur les rivalités de groupes. Il y a, en définitive, une nécessité urgente de situer l'être humain à la place qui lui convient, certainement au-dessus des capitaux, biens et services. C'est peut être le défi majeur du monde "globalisé" dans lequel nous

2 (1) A.A. CANÇADO TRINDADE, *Elementos para un Enfoque de Derechos Humanos del Fenómeno de los Flujos Migratorios Forzados* (étude de 1998 préparée pour l'I.I.D.H.), Guatemala, OIM/IIDH, Sept. 2001, pp. 1-57.

vivons, défi que nous devons traiter dans une perspective des droits de l'homme"⁽³⁾.

Dans ce cours inaugural de la présente session annuelle de l'Institut, je reprendrai ce sujet, devenu un thème récurrent de discussion, afin d'identifier et rassembler les éléments accumulés au cours de ces dernières années et permettant d'approfondir cette approche du phénomène contemporain des migrations forcées grâce aux droits de l'homme. Pour cela, je chercherai à brosser un tableau du drame du déracinement et des nécessités plus importantes de la protection des migrants, puis, à identifier les principes fondamentaux applicables dans ce nouveau domaine des droits de la personne humaine. J'examinerai la jurisprudence internationale en expansion sur ce sujet (des deux cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme), ainsi que les autres initiatives de protection des Nations Unies et des organisations régionales, les implications sur la responsabilité des Etats et son importance pour la communauté internationale tout entière. Le moment sera alors venu de présenter mes conclusions sur cette question.

II. LE DRAME DU DERACINEMENT ET LA NECESSITE PLUS GRANDE DE PROTECTION DES MIGRANTS

Il a été dit, à juste titre, que l'humanité ne pouvait uniquement accomplir de vrai progrès que si elle allait dans le sens de l'émancipation humaine⁽⁴⁾. On ne doit jamais oublier que l'Etat fut conçu à l'origine pour la réalisation du bien commun⁽⁵⁾. Nul Etat ne peut se considérer au-dessus de la loi dont les normes bénéficient aux êtres humains qui en sont les destinataires ultimes; en somme, l'Etat n'existe que pour l'être humain et non l'inverse.

3 () *Ibid.*, p. 26.

4 () J. MARITAIN, *Los Derechos del Hombre y la Ley Natural*, Buenos Aires, Ed. Leviatán, 1982 (réimpr.), pp. 12, 18, 38, 43, 50, 94-96 et 105-108. Pour J. Maritain, "la personne humaine transcende l'Etat", car elle a "une destinée supérieure au temps"; *ibid.*, pp. 81-82. Sur "les fins humaines du pouvoir", voy. Ch. de VISSCHER, *Théories et réalités en Droit international public*, 4^e éd. rév., Paris, Pédone, 1970, pp. 18-32 et s.

5 () Par État, il faut entendre celui d'une société démocratique c'est-à-dire celui qui assure le respect des droits de l'homme, est orienté vers le bien commun, dont la séparation des pouvoirs est garantie tant par la Constitution que par l'Etat de droit, avec des garanties procédurales effectives des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Paradoxalement, l'expansion de la mondialisation a été accompagnée *pari passu* par l'érosion de la capacité des Etats de protéger les droits économiques, sociaux et culturels des personnes placées sous leur juridiction et il en est résulté des besoins croissants de protection des réfugiés, des personnes déplacées et des migrants dans cette première décennie du XXI^e siècle qui requièrent une solidarité à l'échelle universelle⁽⁶⁾. Cette énorme contradiction apparaît plutôt tragique quand l'on à l'esprit les avancées considérables de la science et de la technologie au cours des dernières décennies mais qui, toutefois, ont été impuissantes à réduire ou éradiquer l'égoïsme humain⁽⁷⁾.

Malheureusement le progrès matériel de certains a été accompagné de la fermeture des frontières aux êtres humains ainsi que de l'apparition de formes nouvelles et cruelles de servitude (entres autres: trafic clandestin des personnes, prostitution forcée, exploitation du travail) dont les migrants sans papiers sont souvent victimes⁽⁸⁾. L'augmentation des contrôles et les difficultés actuelles imposées aux migrants ont conduit certains à déceler et caractériser une situation de "crise" du droit d'asile⁽⁹⁾.

6 () S. OGATA, *Challenges of Refugee Protection* (exposé à l'Université de La Havane, 11 mai 2000), La Havane/Cuba, HCNUR, 2000, pp. 7-9 (document interne); S. OGATA, *Los Retos de la Protección de los Refugiados* (exposé au ministère des Affaires étrangères du Mexique, 29 juillet 1999), Mexico, HCNUR, 1999, p. 11 (document interne). – Il a été récemment fait observer que les système d'alertes précoces (à l'origine imaginés et utilisés dans le domaine du droit international des réfugiés) avait divulgué certains points faibles, utilisés parfois simplement pour contraindre des personnes à ne pas émigrer; S. SCHMEIDL, "The Early Warning of Forced Migration: State or Human Security?," *Refugees and Forced Displacement - International Security, Human Vulnerability, and the State* (éd. E. NEWMAN et J. van SELM), Tokyo, Université des Nations Unies, 2003, pp. 140, 145 et 149-151. Du point de vue de la société civile internationale dans son ensemble, l'argument a été proposé afin d'assurer une citoyenneté pleine et entière aux migrants respectueux de la loi; M. FROST, "Thinking Ethically about Refugees: A Case for the Transformation of Global Governance", *ibid.*, pp. 128-129.

7 () Sur le besoin de réévaluer ce qui est de nos jours humain et humanitaire voy. J.A. CARRILLO SALCEDO, "El Derecho Internacional ante un Nuevo Siglo", 48 *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* (1999-2000) p. 257, voy. également p. 260.

8 () M. LENGELLÉ-TARDY, *Lesclavage moderne*, Paris, P.U.F., 1999, pp. 26, 77 et 116, voy. également pp. 97-98.

9 () Ph. SÉGUR, *La crise du droit d'asile*, Paris, P.U.F., 1998, pp. 110-114, 117, 140 et 155; F. CRÉPEAU, *Droit d'asile - De l'hospitalité aux contrôles migratoires*, Bruxelles, Bruylant/Éd. Université de Bruxelles, 1995, pp. 306-313 et 337-339.

Depuis les années quatre vingt dix, les migrations et les déplacements forcés se sont accrus et intensifiés⁽¹⁰⁾. Les disparités des conditions de vie entre le pays d'origine et le pays de destination les ont fortement caractérisés. Leurs causes sont multiples, notamment le marasme économique et le chômage, la carence des services publics (éducation, santé, etc...), les catastrophes naturelles, les conflits armés générant des flux de réfugiés et de personnes déplacées, la répression et les persécutions, les violations systématiques des droits de l'homme, les rivalités ethniques et la xénophobie, les violences sous différentes formes⁽¹¹⁾. Au cours des dernières années, la prétendue "flexibilité" dans le monde du travail, dans le cadre de la mondialisation de l'économie, a aussi engendré la mobilité avec un sentiment d'insécurité personnelle et une peur croissante du chômage⁽¹²⁾.

Les migrations et les déplacements forcés, ayant pour conséquence le déracinement de si nombreux êtres humains, sont la cause de multiples drames. Les témoignages de migrants donnent des exemples de ces souffrances endurées: abandon du domicile, parfois avec séparation ou éclatement de la famille, perte de biens et d'effets personnels, actes arbitraires et humiliations de la part des autorités frontalières et des agents de sécurité, qui génèrent un sentiment permanent d'injustice⁽¹³⁾. Comme Simone Weil l'affirmait déjà, au milieu du XX^e siècle, "avoir des racines est peut être le besoin le plus

10 () Voy. HCRNU, *The State of the World's Refugees - Fifty Years of Humanitarian Action*, Oxford, UNHCR/Oxford University Press, 2000, p. 9.

11 () N. VAN HEAR, *New Diasporas - The Mass Exodus, Dispersal and Regrouping of Migrant Communities*, Londres, UCL Press, 1998, pp. 19-20, 29, 109-110, 141, 143 et 151; F.M. DENG, *Protecting the Dispossessed - A Challenge for the International Community*, Washington, Brookings Institution, 1993, pp. 3-20. Voy aussi par exemple, H. DOMENACH et M. PICOUET, *Les migrations*, Paris, P.U.F., 1995, pp. 42-126.

12 () N. VAN HEAR, *op. cit. supra* note n° 10, pp. 251-252. Il a été fait remarquer que "l'omniprésence de la migration est une conséquence du succès du capitalisme qui a encouragé le développement de la commercialisation dans de nombreuses sociétés périphériques tout en sapant la capacité de ces sociétés à se soutenir elles-mêmes. Dans la mesure où ce 'succès' se poursuivra, les migrants continueront de refluer sur les rives du centre du capitalisme" (traduction libre); *ibid.*, p. 260. Voy. aussi R. BERGALLI (coord.), *Flujos Migratorios y Su (Des)control*, Barcelona, OSPDH/Anthropos Edit., 2006, pp. 138, 152 et 244-248. Pour une étude de différents cas, voy. par exemple M. GREENWOOD ARROYO et R. RUIZ OPORTA, *Migrantes Irregulares, Estrategias de Supervivencia y Derechos Humanos: Un Estudio de Casos*, San José de Costa Rica, IHR, 1995, pp. 9-159.

13 () *Ibid.* p. 152.

important et le moins reconnu de l'âme humaine. C'est l'un des plus difficiles à définir"⁽¹⁴⁾. Au même moment et dans la même ligne de pensée, Hannah Arendt soulignait les souffrances des déracinés (perte du domicile et des habitudes de tous les jours, perte de l'emploi et de l'utilité envers les autres, perte de la langue maternelle comme expression spontanée des sentiments) ainsi que l'illusion d'essayer d'oublier le passé⁽¹⁵⁾. Dans cette même ligne de pensée, J.-M. Domenach observait, dans son livre "Le retour du tragique" (1967) que l'on peut difficilement dénier les racines de l'esprit humain car toute forme d'acquisition de la connaissance de chaque être humain, et par conséquent, la manière dont il perçoit le monde, est largement conditionnée par des facteurs tels que le lieu de naissance, la langue maternelle, les cultes, la famille et la culture⁽¹⁶⁾.

Dans sa nouvelle "Le temps des déracinés" (2003), Elie Wiesel⁽¹⁷⁾ remarquait que les anciens réfugiés restent en quelque sorte des réfugiés pour le reste de leur vie; ils vont d'un exil à un autre, tout semble provisoire, ils ne se sentent chez eux nulle part. Ils se souviennent toujours de leurs origines⁽¹⁸⁾, cultivant leurs souvenirs comme un moyen de défense contre leur condition de déracinés. Mais la "célébration de la mémoire" a aussi ses limites, les déracinés étant dépourvus d'horizons et du sens d'appartenir à un lieu⁽¹⁹⁾. Ils ont constamment besoin du secours des autres. Le drame des victimes semble ignoré et oublié au fur et à mesure que le temps passe et les déracinés finissent en ayant appris à vivre avec une lente et inéluctable diminution de leur propre mémoire⁽²⁰⁾.

14 () Simone WEIL, *The Need for Roots*, Londres/New York., Routledge, 1952 (réimpression 1995), p. 41. Sur le drame contemporain du déracinement, voy. A.A. CANÇADO TRINDADE, "Reflexiones sobre el Desarraigo como Problema de Derechos Humanos Frente a la Conciencia Jurídica Universal", *La Nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del Ser Humano en el Inicio del Siglo XXI* (éd. A.A. CANÇADO TRINDADE et J. RUIZ DE SANTIAGO), 4e éd. rév., San José de Costa Rica, HCNUR, 2006, pp. 33-92.

15 () Hannah ARENDT, *La tradition cachée*, Paris, Ch. Bourgeois., 1987 (1ère éd. 1946), pp. 58-59 et 125-127. Voy. aussi sur le sujet, par exemple, C. BORDES-BENAYOUN and D. SCHNAPPER, *Diasporas et nations*, Paris, O. Jacob, 2006, pp. 7, 11-12, 45-46, 63-65, 68-69, 129 et 216-219.

16 () J.-M. DOMENACH, *Le retour du tragique*, Paris, Éd. du Seuil, 1967, p. 285.

17 () Prix Nobel de la Paix en 1986, qui souffrit lui-même du déracinement.

18 () E. WIESEL, *O Tempo dos Desenzados (Le temps des déracinés, 2003)*, Rio de Janeiro, édit. Record, 2004, pp. 18-19.

19 () *Ibid.*, pp. 21, 32, 181 et 197.

20 () *Ibid.*, pp. 212, 235, 266 et 278. Sur sa préoccupation de préserver la mémoire, voy. aussi Elie WIESEL, *L'oublié*, Paris, Éd. du Seuil, 1989, pp. 29, 63, 74-77, 109,

Dans mon opinion séparée dans l'affaire *Communauté Moiwana c. Surinam*, devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme (arrêt du 15 juin 2005), je me suis attardé précisément sur la projection dans le temps de la souffrance endurée par les émigrés de cette communauté (dont certains avaient fui vers la Guyane française) qui avaient survécu à un massacre (perpétré le 29 novembre 1986 dans le village Moiwana de N'Djuka Maroon au Surinam). J'ai caractérisé les maux dont ils avaient souffert comme "immatériels. Selon leur culture, ils restent tourmentés par les circonstances de la mort violente de leurs proches et par le fait que les morts n'avaient pas eu de funérailles convenables. Cette privation, générant une souffrance spirituelle, dure depuis vingt ans, depuis le moment où le massacre fut perpétré jusqu'à ce jour. Les N'Djukas n'ont pas oublié leurs morts" (§ 29).

C'est seulement avec l'arrêt susmentionné de 2005, presque deux décennies plus tard, qu'ils obtinrent enfin satisfaction avec la reconnaissance judiciaire de leurs souffrances et les réparations ordonnées. Dans le cadre de ces dernières figurait la protection par l'Etat de leur retour de plein gré, sain et sauf, dans leur pays⁽²¹⁾. Ce n'était pas la première fois que j'abordais la question de la projection dans le temps de la souffrance humaine et de la tragédie croissante du déracinement. Je l'avais précédemment évoquée dans mon opinion concordante (§§ 1-25) jointe à l'ordonnance de mesures provisoires de la Cour, du 18 août 2000, dans l'affaire des *Haïtiens et Dominicains d'origine haïtienne dans la République dominicaine*, ainsi que dans mon opinion séparée (§§ 10-14) dans l'affaire *Bámaca Velásquez c. Guatemala* (arrêt sur les réparations du 22 février 2002⁽²²⁾), et je le repris dans l'arrêt plus récent *Communauté Moiwana*⁽²³⁾.

269, 278 et 336.

21 () Pour le texte complet de mon opinion séparée dans l'affaire *Moiwana Community c. Surinam*, voy. A.A. CANÇADO TRINDADE, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos - Esencia y Trascendencia* (Votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1991-2006), Mexico, Edit. Porrúa/Universidad Iberoamericana, 2007, pp. 539-567.

22 () Pour le texte complet de ces opinions concordante et séparée susmentionnées, voy. *ibid.*, pp. 876-883 et 321-330, respectivement.

23 () Il est significatif que, dans son arrêt *Moiwana Community c. Surinam*, la Cour interaméricaine des droits de l'homme, sur le fondement de la Convention américaine et à la lumière du principe *jura novit curia*, consacre une section entière au déplacement forcé - un *malaise* de notre temps - et constate une violation par l'Etat défendeur de

En fait, la dimension temporelle de cette souffrance humaine a été absolument reconnue, par exemple dans le document final (Déclaration et Programme d'Action) de la conférence mondiale des Nations Unies contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée (Durban, 2001). La Déclaration expose que "nous sommes conscients que l'histoire de l'humanité abonde en atrocités de grande ampleur provoquées par les violations flagrantes des droits fondamentaux et nous croyons que se remémorer l'histoire peut donner des enseignements permettant d'éviter à l'avenir de telles tragédies" (§ 57). Puis, elle souligne "l'importance et la nécessité d'enseigner les faits et la vérité de l'histoire de l'humanité" afin "que les tragédies du passé soient connues de manière complète et objective" (§ 98). Dans cette ligne de pensée, ce texte reconnaît et regrette "les immenses souffrances humaines" et "le sort tragique" subi par des millions d'êtres humains et causé par les atrocités du passé. Puis, la déclaration engage les Etats concernés "à honorer la mémoire des victimes des tragédies passées" et affirme que "celles-ci doivent être condamnées quels que soient l'époque et le lieu où elles sont advenues, et qu'il faut empêcher qu'elles ne se reproduisent" (§ 99).

La Déclaration de Durban attribue une importance particulière à se souvenir des crimes et abus du passé en des termes vigoureux:

"Nous soulignons qu'il est essentiel de se souvenir des crimes et des injustices du passé, quels que soient le lieu et l'époque où ils se sont produits, de condamner sans équivoque les tragédies provoquées par le racisme et de dire la vérité historique pour parvenir à la réconciliation internationale et à l'édification de sociétés fondées sur la justice, l'égalité et la solidarité" (§ 106 de la déclaration).

Le programme d'action reconnaît enfin que ces "injustices de longue date" ont sans conteste contribué à la pauvreté, au sous-développement, à la marginalisation, à l'exclusion sociale, aux disparités économiques, à l'instabilité et l'insécurité qui touchent tant de personnes dans différentes parties du monde et en particulier dans les pays en développement (§ 158).

Comme l'a bien montré Jaime Luiz de Santiago, le drame des réfugiés et des migrants, des déracinés en général, ne peut être

l'article 22 de la Convention américaine (sur la liberté d'aller et venir et de résidence) en combinaison avec le devoir général de l'article 1 (1) de la Convention (§§ 101-119).

correctement traité qu'avec un esprit de vraie solidarité humaine envers les victimes⁽²⁴⁾. En définitive, seule la ferme détermination de reconstruction de la communauté internationale⁽²⁵⁾, sur le fondement de la solidarité humaine⁽²⁶⁾, peut conduire à atténuer et adoucir certaines souffrances des déracinés (soit les réfugiés, les personnes déplacées ou les migrants).

III. LES PRINCIPES FONDAMENTAUX DU DEPLACEMENT INTERNE

Au cours des trois dernières décennies, le problème du déplacement interne a défié les fondements les plus profonds des normes internationales de protection, nécessitant un *aggiornamento* de celles-ci, et de nouvelles réponses à une situation non prévue à l'origine au moment de leur élaboration. Celles-ci ont révélé des insuffisances flagrantes comme, par exemple, l'absence particulière de normes expressément destinées à vaincre la non-application alléguée des règles de protection par les acteurs non étatiques, la non-définition du déplacement interne selon les normes de protection dans les moments critiques. De telles insuffisances ont donné naissance à des initiatives tant au niveau mondial (Nations Unies) que régional (Amérique latine) – initiatives qui ont recherché un cadre conceptuel permettant les réponses pour développer, au niveau opérationnel, de nouveaux besoins de protection. Il est important d'examiner brièvement ces initiatives.

1. Nations Unies

Au cours du premier trimestre de 1998, l'ancienne Commission des Droits de l'Homme des Nations Unies, tenant compte des rapports

24 () Jaime RUIZ de SANTIAGO, "Derechos Humanos, Migraciones y Refugiados: Desafíos en los Inicios del Nuevo Milenio", *III Encuentro de Movilidad Humana: Migrante y Refugiado - Memoria* (Septiembre 2000), San José de Costa Rica, UNHCR/IIHR, 2001, pp. 37-72; et voy. Jaime RUIZ de SANTIAGO, *Migraciones Forzadas - Derecho Internacional y Doctrina Social de la Iglesia*, México, Instituto Mexicano de Doctrina Social Cristiana, 2004, pp. 9-82.

25 () Voy., par exemple, A.A. CANÇADO TRINDADE, "Human Development and Human Rights in the International Agenda of the XXIst Century", *Human Development and Human Rights Forum* (August 2000), San José de Costa Rica, UNDP, 2001, pp. 23-38; voy. aussi par exemple, L. LIPPOLIS, *Dai Diritti dell'Uomo ai Diritti dell'Umanità*, Milan, Giuffrè, 2002, pp. 21-23 et 154-155.

26 () Sur la signification de cette dernière, voy. en général, L. de SEBASTIÁN, *La Solidaridad*, Barcelone, éd. Ariel, 1996, pp. 12-196; J. de LUCAS, *El Concepto de Solidaridad*, 2nd. ed., Mexico, Fontamara, 1998, pp. 13-109; entres autres.

du représentant du secrétaire général des Nations Unies pour les personnes déplacées (F. M. Deng)⁽²⁷⁾ adopta les principes directeurs relatifs aux déplacements de personnes à l'intérieur de leur propre pays⁽²⁸⁾. Le but fondamental des principes directeurs est de renforcer les moyens de protection déjà existant; à cet effet, les nouveaux principes proposés s'appliquent à la fois aux gouvernements et à tous les autres groupes, individus et autorités concernés dans leurs relations avec les personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays à tout moment de leur déplacement. Le principe fondamental de non-discrimination occupe une position centrale dans ce document de 1998⁽²⁹⁾ qui prend soin de mentionner les mêmes droits tant pour les personnes déplacées que pour autres habitants du pays⁽³⁰⁾.

Les principes directeurs susmentionnés déterminent que le déplacement ne peut avoir lieu de telle façon qu'il violerait les droits à la vie, à la dignité, à la liberté et à la sécurité des personnes affectées⁽³¹⁾; ils affirment également d'autres droits, tels que le droit au respect de la vie familiale, le droit à un niveau de vie suffisant, le droit à l'égalité devant la loi, le droit à l'éducation⁽³²⁾. L'idée fondamentale derrière l'entier document⁽³³⁾ est que, dans un sens, les personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays ne perdent pas leurs droits à la suite du déplacement et peuvent invoquer les normes internationales de protection (du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire) afin de sauvegarder leurs droits.

Dans une résolution importante adoptée en 1994, la Commission des Droits de l'Homme, à propos de la question particulière des personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays,

27 () Ces rapports ont insisté sur l'importance de la prévention, par exemple en renforçant la protection des droits à la vie et de l'intégrité physique ainsi que le droit de propriété et des possessions; voy. F.M. DENG, *Internally Displaced Persons* (rapport provisoire), N.Y., RPG/DHA, 1994, p. 21; et voy. U.N., doc. E/CN.4/1995/50/Add.1, du 03 oct. 1994, p. 34.

28 () Pour des commentaires, voy. W. KÄLIN, *Guiding Principles on Internal Displacement - Annotations*, Washington D.C., ASIL/Brookings Institution, 2000, pp. 1-276.

29 () Principes 1(1), 4(1), 22, 24(1).

30 () Il affirme de plus l'interdiction du "déplacement arbitraire" (Principe 6).

31 () Principes 8 et suivants.

32 () Respectivement, Principes 17, 18, 20 et 23.

33 () Sur la "démarche globale" du déplacement ainsi que pour aborder le problème des migrations forcées dans son ensemble en ayant à l'esprit les Principes directeurs relatifs aux déplacements de personnes, voy. C. PHUONG, *The International Protection of Internally Displaced Persons*, Cambridge University Press, 2004, pp. 54-55 et 237.

rappelle les normes applicables à la fois du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire ainsi que du droit international des réfugiés ⁽³⁴⁾. La résolution 1994/68, adoptée par la Commission le 9 mars 1994, rappelle ensuite la Déclaration et le Programme d'action de Vienne de 1993 (adoptée par la Seconde conférence mondiale sur les droits de l'homme) qui avait "invité la communauté internationale à adopter une démarche globale à l'égard des réfugiés et des personnes déplacées" ⁽³⁵⁾.

Elle souligne les "dimensions humanitaires" du "problème des personnes déplacées dans leur propre pays et de la responsabilité qui en découle pour les Etats et la communauté internationale" ⁽³⁶⁾. Elle attire également l'attention sur la nécessité de s'attaquer aux causes profondes du déplacement interne" ⁽³⁷⁾ et de "continuer de sensibiliser davantage l'opinion au sort des personnes déplacées dans leur propre pays"⁽³⁸⁾. Après plus d'une décennie, ces considérations sont encore valables, de nos jours, aux migrants (voy. ci-dessous), qui ajoutent même une plus grande dimension aux souffrances des déracinés dans notre prétendu monde "globalisé".

2. Niveau Régional

Sur le continent américain, la Déclaration de Carthagène sur les Réfugiés de 1984, la Déclaration de San José sur les réfugiés et les personnes déplacées de 1994 et les Déclaration et Plan d'action de Mexico, de 2004, afin de renforcer la protection internationale des réfugiés en Amérique latine, sont tous le produit d'un moment historique donné. La Déclaration de Carthagène fut suscitée par une crise de grande ampleur. Celle-ci fut surmontée, grâce en partie à la déclaration dont l'influence s'est étendue aux autres régions et sous-régions du continent américain.

La seconde Déclaration fut adoptée pendant une crise distincte, plus diffuse, marquée par la détérioration des conditions socio-économiques de larges catégories de la population dans différentes régions. En définitive, les déclarations de Carthagène et de San José furent un produit de leur temps. *L'aggiornamento* de la conférence

34 () Second paragraphe du préambule.

35 () 7^e paragraphe du préambule.

36 () 5^e paragraphe du préambule.

37 () 12^e paragraphe du préambule.

38 () § 12 (3) du préambule. C'est nous qui soulignons.

de San José donna en quelque sorte une emphase particulière à l'identification des nécessités de protection de l'individu en toutes circonstances⁽³⁹⁾. Il n'y avait plus de place pour un vide juridique⁽⁴⁰⁾. La Déclaration de San José a mis l'accent non seulement sur l'ensemble de la question des déplacements internes, mais aussi, plus largement, sur les défis de nouvelles situations du déracinement humain en Amérique latine et dans les Caraïbes, y compris les mouvements migratoires forcés créés par différentes causes de celles prévues par la Déclaration de Carthagène.

La Déclaration de 1994 reconnaissait que les violations des droits de l'homme sont l'une des causes des déplacements forcés de personnes et que, par conséquent, la protection de ces droits et le renforcement du système démocratique constituaient les meilleures mesures pour la recherche de solutions durables, ainsi que pour la prévention des conflits, les exodes de réfugiés et les graves crises humanitaires⁽⁴¹⁾. Récemment, après des consultations et une large participation du public, prise à l'initiative du H.C.R.N.U. à l'occasion du vingtième anniversaire de la Déclaration de Carthagène (*supra*), la Déclaration et le Plan d'action de Mexico furent adoptés afin de renforcer la protection internationale des réfugiés en Amérique latine⁽⁴²⁾. La déclaration était accompagnée d'un plan d'action pour la première fois dans ce processus. Ceci peut s'expliquer par l'aggravation de la crise humanitaire dans la région, particulièrement dans la sous-région andine.

Comme le rapporteur du Comité d'experts juridiques du H.C.R.N.U. l'observa dans sa présentation du rapport final de la conférence de Mexico, lors de sa première session plénière, le 15 novembre 2004, bien que des passages de la Déclaration de Carthagène de 1984 et de celle de San José de 1994 soient distincts, leurs réalisations "cumulent et constituent aujourd'hui un patrimoine juridique" de tous les peuples de la région, dévoilant

39 () Au lieu de catégories subjectives de personnes (en accord avec les raisons les ayant conduites à abandonner leur domicile), propres au passé, désormais les critères objectifs des nécessités de la protection furent adoptés, comprenant un plus grand nombre de personnes (notamment les personnes déplacées dans leur propre pays) aussi vulnérables que les réfugiés ou davantage que ces derniers.

40 () *Ibid.*, pp. 14-15.

41 () *Ibid.*, pp. 431-432.

42 () Voy le texte reproduit dans: H.C.R.N.U., *Memoria del Vigésimo Aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados (1984-2004)*, México/San José de Costa Rica, H.C.R.N.U., 2005, pp. 385-398.

les nouvelles orientations du développement de la sauvegarde internationale des droits de la personne humaine à la lumière des nécessités de la protection, se projetant elles-mêmes dans le futur⁽⁴³⁾. Ainsi, "la Déclaration de Carthagène confronte le grand drame humain des conflits armés en Amérique centrale mais, de plus, prévoit l'aggravation du problème des personnes déplacées au sein de leur propre pays. La Déclaration de San José, alternativement, insiste plus profondément sur la question de la protection, non seulement des réfugiés, mais aussi des personnes déplacées, et prévoit de plus l'aggravation du problème des flux migratoires forcés. Depuis que les cloisonnements anachroniques ont été surmontés, une manière de penser du passé qui n'existe plus, on en vient à reconnaître les convergences entre les trois régimes de protection des droits de la personne, soit le droit international des réfugiés, le droit international humanitaire et le droit international des droits de l'homme. De telles convergences, aux niveaux normatif, herméneutique et opérationnel, ont été réaffirmées dans toutes les réunions préparatoires de la présente Conférence commémorative de Mexico et ont des répercussions aujourd'hui dans d'autres parties du monde, se conformant ainsi à la plus lucide doctrine de droit international sur le sujet"⁽⁴⁴⁾.

Ces convergences⁽⁴⁵⁾ furent, sans surprise, reprises dans la Déclaration et le Plan d'action de Mexico en 2004. Le rapporteur du Comité d'experts juridiques du H.C.R.N.U. déclara lors de la conférence "qu'il n'y a pas place pour le vide juridique et toutes les personnes sont placées sous la protection du droit en toutes circonstances (également vis-à-vis de mesures de sécurité)"⁽⁴⁶⁾.

43 () Voy. "Presentación por el Dr. A.A. Cançado Trindade del Comité de Consultores Jurídicos del ACNUR" (México, 15 noviembre 2004), *H.C.R.U.N., Memoria del Vigésimo Aniversario de la Declaración de Cartagena...*, op. cit. supra note (41), pp. 368-369.

44 () *Ibid.*, p. 369.

45 () Voy. A.A. CANÇADO TRINDADE, "Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario: Aproximaciones y Convergencias", *10 Años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados - Memoria del Coloquio Internacional* (San José de Costa Rica, diciembre 1994), San José de Costa Rica, IIDH/HCRNU, 1995, pp. 77-168; A.A. CANÇADO TRINDADE, "Aproximaciones y Convergencias Revisitadas: Diez Años de Interacción entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional de los Refugiados, y el Derecho Internacional Humanitario (De Cartagena/1984 a San José/1994 y México/2004)", *Memoria del Vigésimo Aniversario de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados (1984-2004)*, San José de Costa Rica, HCRNU, 2005, pp. 139-191.

46 () *Ibid.*, p. 369.

Ces développements sont importants pour aborder la question des déplacements internes forcés et des garanties de sécurité en cas de retour volontaire. Toutefois, le problème des migrations forcées a une plus large dimension et constitue de nos jours un défi considérable à la communauté internationale tout entière. Le problème des flux des migrations forcées fut seulement identifié au cours des années 90 et commença à être traité comme tel, de façon systématique.

IV. PRINCIPES FONDAMENTAUX DES MIGRATIONS

Alors que le nombre de réfugiés dépassait 18 millions de personnes et celui des personnes déplacées de plus de sept millions (soit au total 25 millions de personnes)⁽⁴⁷⁾, celui des migrants cherchant de meilleures conditions de vie et de travail s'élevait à 80 millions à la fin du XX^e siècle⁽⁴⁸⁾, et selon les données récentes de l'O.M.I., atteint à peu près à ce jour, cent à cent vingt millions de personnes dans le monde⁽⁴⁹⁾. Cependant, les souffrances endurées par les migrants sont connues depuis de nombreuses années⁽⁵⁰⁾. Les causes des migrations forcées ne sont pas fondamentalement distinctes de celles des déplacements forcés de personnes; catastrophes naturelles, pauvreté chronique, conflits armés, violence généralisée et violations systématiques des droits de l'homme⁽⁵¹⁾.

Dans l'ancienne Commission des Droits de l'Homme des Nations Unies, il fut remarqué, au milieu des années 90, que le défi soulevé par ce nouveau phénomène devait être examiné dans le contexte de la réalité du monde postérieur à la guerre froide comme conséquence de multiples conflits internes, de caractère religieux ou ethnique, réprimés dans le passé mais surgis au cours des dernières

47 () F.M. DENG, *Protecting the Dispossessed...*, op. cit. supra note (10), pp. 1 et 133.

48 () A.A. CANÇADO TRINDADE, préface à: V.O. BATISTA, *União Europeia: Livre Circulação de Pessoas e Direito de Asilo*, Belo Horizonte/Brazil, éditions Del Rey, 1998, p. 9.

49 () Jaime RUIZ de SANTIAGO, *El Problema de las Migraciones Forzadas en Nuestro Tiempo*, Mexico, IMDSC, 2003, p. 10; et voy. projections dans: S. HUNE et J. NIESSEN, "Ratifying the U.N. Migrant Workers Convention: Current Difficulties and Prospects", *12 Netherlands Quarterly of Human Rights* (1994) p. 393.

50 () Sur les difficultés rencontrées par les travailleurs migrants étrangers (par exemple, discrimination en raison de la race, nationalité, entre autres), voy. *inter alia*, S. CASTLES et G. KOSACK, *Los Trabajadores Inmigrantes y la Estructura de Clases en Europa Occidental*, Mexico, FCE, 1984, pp. 11-565.

51 () Voy. F.M. DENG, *Protecting the Dispossessed...*, op. cit., supra note (10), p. 3.

années précisément à cause de la fin de la guerre froide⁽⁵²⁾. A ces causes s'ajoutent celle de l'extension de la pauvreté chronique⁽⁵³⁾. Pour affronter ce nouveau phénomène des migrations forcées, l'Assemblée générale des Nations Unies a approuvé, le 18 décembre 1990, la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et les membres de leur famille. Une Convention aussi importante, qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003, a toutefois reçu peu de ratifications – trente-six (début d'avril 2007) et n'a pas été suffisamment traitée par la doctrine en dépit de sa considérable portée. Cette convention prévoit un Comité de protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leurs famille comme organe de surveillance (article 72) et chargé de l'examen des rapports des Etats membres (articles 73-74) ainsi que des communications ou plaintes inter-étatiques et individuelles (articles 76-77).

Le Centre pour les Droits de l'Homme des Nations Unies identifia les causes des flux contemporains de travailleurs migrants: l'extrême pauvreté (sous le seuil de subsistance), la recherche d'emploi, les conflits armés, l'insécurité personnelle ou la persécution issue d'une discrimination (en raison de la race, l'origine ethnique, la couleur, la religion, la langue ou les opinions politiques⁽⁵⁴⁾). L'idée fondamentale qui sous-tend la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et de leur famille est que ces derniers doivent pouvoir jouir de leurs droits fondamentaux indépendamment de leur situation légale⁽⁵⁵⁾. Ce qui explique la position centrale occupé dans ce contexte par le principe

52 () *Ibid.*, p. 4. Il a été souligné que l'Etat d'accueil, concernant les migrants, a une propension à montrer son pouvoir et les différentes attitudes des pays d'Europe de l'ouest, d'assimilation ou de ségrégation des migrants, ont eu des implications conflictuelles; E. TODD, *El Destino de los Inmigrantes - Asimilación y Segregación en las Democracias Occidentales* (traduction de: *Le destin des immigrants - Assimilation et ségrégation dans les démocraties occidentales*), Barcelona, Tusquet Edit., 1996, pp. 147, 347, 351 et 353. Le drame des migrants, la recherche de leurs racines et de leur propre identité culturelle – a ainsi persisté.

53 () Qui, selon les chiffres du Programme de Développement des Nations Unies, frappe aujourd'hui, rien que pour l'Amérique latine, plus de 270 millions de personnes (comparés aux 250 millions des années 80) et pourrait toucher bientôt 300 millions de personnes.

54 () Centre des Nations Unies pour les Droits de l'Homme, *Los Derechos de los Trabajadores Migratorios* (Foll. Inf. n. 24), Genève, Nations Unies, 1996, p. 4.

55 () *Ibid.*, pp. 15-16.

de non-discrimination (comme l'établit l'article 7). Sans surprise, la liste des droits protégés suit une nécessaire vision globale des droits de l'homme (comprenant les droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels). La convention prend en considération tant les standards internationaux de l'O.I.T. (voy. ci-dessous) que ceux des conventions des Nations Unies contre les discriminations⁽⁵⁶⁾.

Les droits protégés sont énoncés dans trois des neuf parties de la convention: la partie III (articles 8-35) liste les droits de l'homme de tous les travailleurs migrants et les membres de leur famille (y compris ceux n'ayant pas de titre de séjour); la partie IV (article 36-56) couvre les autres droits de ces personnes "qui sont munis de documents ou en situation régulière" et la partie V (articles 57-63) contient certaines dispositions applicables à des "catégories particulières"⁽⁵⁷⁾. Le principe fondamental de non-discrimination qui eut tant d'importance lors de l'élaboration de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948⁽⁵⁸⁾ et qui, en conséquence, devint l'objet principal des deux importantes conventions des Nations Unies (Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, 1965; Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, 1979), qui en couvrent uniquement certains aspects, a, seulement au cours des années récentes, été traité d'une manière plus approfondie, comme dans les avis consultatifs n° 16 sur "le droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties du droit à un procès équitable" (1999) et n° 18 sur "la condition juridique et les droits des travailleurs migrants sans titre de séjour" (2003) de la Cour interaméricaine des droits de l'homme.

Comme pour les Etats il n'y a pas de droit fondamental d'émigrer, le contrôle de l'entrée des migrants est soumis à leur propre critère de souveraineté afin de protéger leur marché interne⁽⁵⁹⁾. De plus, au lieu de trouver et appliquer une politique démographique fondée sur les droits de l'homme, la plupart des Etats ont pratiqué un

56 () Voy. *ibid.*, p. 16.

57 () Travailleurs frontaliers, travailleurs saisonniers, travailleurs itinérants, travailleurs employés au titre de projets, travailleurs admis pour un emploi spécifique, travailleurs indépendants.

58 () Voy. A. EIDE et autres, *The Universal Declaration of Human Rights – A Commentary*, Oslo, Scandinavian University Press, 1992, p. 6.

59 () M. WEINER, "Ethics, National Sovereignty and the Control of Immigration", 30 *International Migration Review* (1996) pp. 171-195.

contrôle des flux migratoires et une protection de leurs frontières en sanctionnant les prétendus migrants "illégaux". L'ensemble de cette question a été injustement et inutilement "criminalisée". Il en résulte ainsi, sans surprise, des inconsistances et un arbitraire qui se manifestent dans les "régimes démocratiques" dans lesquels la justice ne s'est pas encore affranchie des vieux préjugés contre les immigrés, surtout s'ils sont pauvres et sans papier. Les programmes de "modernisation" de la justice, avec un financement international, ne s'attardent pas sur cet aspect car leur principale motivation est d'assurer la sécurité des investissements (capitaux et biens).

Ceci révèle la portion congrue accordée par les Etats aux droits de l'homme en ce début du XXI^e siècle, qui les considèrent inférieurs à ceux prodigués aux capitaux et aux biens en dépit des luttes du passé et des souffrances endurées par les générations précédentes. Le domaine dans lequel apparaissent la plupart des incohérences est celui de la garantie du procès équitable. Toutefois, la réaction du droit a été rapide et manifeste, comme, par exemple, dans les avis consultatifs n° 16 et 18 de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme. L'avis n° 16 a placé le droit à la notification consulaire, garanti par l'article 36 (1) (b) de la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires dans le concept universel du droit international des droits de l'homme. Certains postulats du droit classique des relations consulaires ont été ainsi imprégnés par les droits de l'homme, comme je l'ai souligné dans mon opinion concordante (§§ 1-35)⁽⁶⁰⁾ jointe à cet avis.

Depuis que le 16^e avis a été prononcé par la Cour, en dehors du fait qu'il inspire la jurisprudence internationale *in statu nascendi*, il a eu un impact considérable sur la pratique internationale du continent américain et, plus particulièrement, en Amérique latine⁽⁶¹⁾. Cependant, une véritable coopération internationale est nécessaire afin d'assurer une assistance et une protection de tous les migrants et les membres de leur famille. Les normes légales

60 () Voy. le texte dans A.A. CAÑADO TRINDADE, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos - Esencia y Trascendencia* (Votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1991-2006), México, Edit. Porrúa/Universidad Iberoamericana, 2007, pp. 15-27.

61 () Voy. A.A. CAÑADO TRINDADE, "The Humanization of Consular Law: The Impact of Advisory Opinion n. 16 (1999) of the Inter-American of Human Rights on International Case-Law and Practice", 4 *Chinese Journal of International Law* (2007) pp. 1-16.

peuvent difficilement être effectives sans les valeurs sous-jacentes correspondantes, et, dans ce domaine, l'application des normes pertinentes exige un changement radical de mentalité.

Les normes existent déjà mais la propre reconnaissance des valeurs semble encore manquer ainsi qu'une nouvelle mentalité. Ce n'est pas un pur hasard si la Convention internationale sur la protection de tous les travailleurs migrants et les membres de leur famille, en dépit de son entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2003, comme nous l'avons vu, n'a jusqu'ici que peu de ratifications⁽⁶²⁾ (voy. ci-dessus). En dépit de l'identité des principes fondamentaux et de la loi applicable dans des situations distinctes, la protection des migrants exige, néanmoins, une accentuation sur l'un ou l'autre aspect en particulier. Le point de départ semble être que chaque migrant a le droit de bénéficier des droits fondamentaux de l'homme, ainsi que des droits découlant des emplois occupés dans le passé indépendamment de sa situation légale (régulière ou pas).

Ici, une fois de plus, une vision nécessairement globale de tous les droits de l'homme (civils, politiques, économiques, sociaux et culturels) s'applique. Tout comme le principe de non-refoulement constitue la pierre angulaire de la protection des réfugiés (comme un principe de droit coutumier et, en outre, de *jus cogens*), appliqué dans d'autres situations, ainsi en matière de migrants (principalement ceux non régularisés) il revêt une importance particulière, à côté du droit au procès équitable (ci-dessus); ainsi les droits fondamentaux et la dignité des migrants non pourvus de titre de séjour doivent être préservés face à des menaces d'éloignement ou d'expulsion⁽⁶³⁾.

62 () Dans certains cas, les insuffisances des instruments de protection résultent de la formulation de certaines normes. Par exemple, si la protection des apatrides est en jeu, la Convention de 1954 relative au statut des apatrides (et, implicitement, celle de 1961 sur la réduction des cas d'apatridie) se réfère seulement aux apatrides de jure, ce qui évite l'apatridie de naissance, mais évite d'interdire – ce qui serait plus pertinent – la révocation ou la perte de la nationalité dans des circonstances déterminées; C.A. BATCHELOR, "Stateless Persons: Some Gaps in International Protection", 7 *International Journal of Refugee Law* (1995) pp. 232-255.

63 () Pour un argument irrésistible contre l'arbitraire de l'éloignement des migrants et pour traiter avec équité et humanité tous les migrants (y compris ceux en situation irrégulière), voy. B.O. HING, *Deporting Our Souls - Values, Morality and Immigration Policy*, Cambridge, University Press, 2006, pp. 1-215. Sur les dispositions de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et les membres de leur famille contre les expulsions injustes et arbitraires, conformément à des considérations humanitaires, voy. R. CHOLEWINSKI, *Migrant Workers in International Human Rights Law - Their Protection in Countries of Employment*,

Chaque personne dans une telle situation a le droit d'être entendu par un juge et ne pas être détenu illégalement ou arbitrairement⁽⁶⁴⁾.

La Convention Internationale sur la Protection des Droits de Tous les Travailleurs Migrants et les Membres de leurs Familles interdit les expulsions collectives et précise que chaque cas d'expulsion doit être "examiné et décidé individuellement" (article 22 (1)), en accord avec la loi. Compte tenu de la grande vulnérabilité des migrants non pourvus de titre de séjour, les pays d'origine et d'admission devraient prendre des mesures afin d'assurer que toutes les migrations prennent place de façon régulière⁽⁶⁵⁾. C'est un défi pour tous les pays, et davantage pour ceux qui se prétendent "démocratiques". Enfin, la Convention de 1990 doit être proprement apprécié en conjonction avec le Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques ainsi que les conventions pertinentes de l'O.I.T.⁽⁶⁶⁾.

V. LA PROTECTION DES MIGRANTS DANS LA JURISPRUDENCE INTERNATIONALE

1. Le Système Européen des Droits de l'Homme

Le thème des étrangers ou des migrants est présent au sein du système de protection des droits de l'homme. Ainsi, le protocole n° 4

Oxford, Clarendon Press, 1997, pp. 182-184. Contre l'interdiction des expulsions collectives, voy. A.A. CANÇADO TRINDADE, "El Desarraigo como Problema de Derechos Humanos frente a la Conciencia Jurídica Universal", *Movimientos de Personas e Ideas y Multiculturalidad* (Forum Deusto), vol. I, Bilbao, University of Deusto, 2003, pp. 82-84; H.G. SCHERMERS, "The Bond between Man and State", *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung - Festschrift für R. Bernhardt* (éd. U. Beyerlin et alii), Berlin, Springer-Verlag, 1995, pp. 192-194; H. LAMBERT, "Protection against Refoulement from Europe: Human Rights Law Comes to the Rescue", 48 *International and Comparative Law Quarterly* (1999), pp. 515-518.

64 () L'établissement, dans un délai raisonnable, dans un pays tiers, devrait être aussi pris en considération; voy. "Los Derechos y las Obligaciones de los Migrantes Indocumentados en los Países de Acogida / Protección de los Derechos Fundamentales de los Migrantes Indocumentados", 21 *International Migration / Migraciones Internacionales* (1983) pp. 135-136.

65 () Voy. *ibid*, p. 136.

66 () Principalement, les Conventions sur les Travailleurs Migrants, n° 97 (1949, révisée) et n° 143 (1975), ainsi que la Recommandation n° 151 concernant les Travailleurs Migrants. Pour une discussion dans ce contexte, voy., par exemple, B. BOUTROS-GHALI, "The U.N. and the I.L.O.: Meeting the Challenge of Social Development", *Visions of the Future of Social Justice - Essays on the Occasion of the I.L.O.'s 75th Anniversary*, Genève, O.I.T., 1994, pp. 51-53.

(de 1963) à la Convention européenne des droits de l'homme interdit les expulsions collectives d'étrangers (article 4). Dans les requêtes individuelles, si l'expulsion d'un étranger entraîne la séparation avec les membres de sa famille, l'article 8 de la Convention est violé. Ainsi, les Etats parties ne disposent plus d'un pouvoir discrétionnaire total pour renvoyer les étrangers de leur territoire qui ont déjà établi un lien véritable avec eux⁽⁶⁷⁾.

Les limites du pouvoir discrétionnaire de l'Etat lié par des traités relatifs aux droits de l'homme ainsi que le traitement des personnes placées sous sa juridiction furent traités dans les affaires bien connues des *Asiatiques de l'Est africain*. Dans ces affaires, l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme avait estimé que vingt cinq des requérants (qui avaient conservé leur citoyenneté britannique après l'indépendance du Kenya et de l'Ouganda afin de ne pas être soumis aux contrôles migratoires) avaient été victimes d'une loi nouvelle britannique ayant mis fin au droit d'entrée pour les citoyens britanniques qui n'avaient pas de lien ancestral avec le Royaume-Uni. La Commission avait conclu dans son rapport de 1973 que cette loi constituait un acte de discrimination raciale qui caractérisait un traitement dégradant aux termes de l'article 3 de la Convention⁽⁶⁸⁾.

Des années plus tard, la Commission confirmait sa position sur cette question dans l'affaire *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni* (1983), et considérait que le pouvoir discrétionnaire de l'Etat avait des limites en matière d'immigration, par exemple, en mettant en œuvre une politique fondée sur la discrimination raciale⁽⁶⁹⁾. Cette affaire fut portée devant la Cour européenne des droits de l'homme par la Commission et les trois requérantes (résidentes

67 () H.G. SCHERMERS, „The Bond between Man and State“, *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung...*, op. cit., supra note 62, pp. 192-194.

68 () En dépit du fait que cette affaire ne fut jamais portée devant la Cour européenne des droits de l'homme et que le Comité des ministres ne se prononça pas sur une telle violation, celui-ci attendit que tous les requérants fussent admis sur le territoire britannique pour conclure qu'il n'était pas nécessaire de prendre d'autre mesure. D.J. HARRIS, M. O'BOYLE et C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, London, Butterworths, 1995, pp. 81-82 et 695.

69 () Cit. in *ibid.*, p. 82. – L'ancienne Commission avait pris soin de déterminer "l'expulsion collective d'étrangers" à propos de l'application de l'interdiction visée dans l'article 4 du Protocole n° 4, par exemple, dans l'affaire *A. et autres c. Pays-Bas* (1988), présentée par vingt trois requérants du Surinam; voy. req. n° 14209/88 (déc. 16 décembre 1988), D.R. 59, pp. 274-280.

permanentes et régulières au Royaume-Uni, il leur fut refusé de rejoindre leur mari dans ce pays). La Cour européenne constata une violation fondée non sur l'article 8 seul, mais sur l'article 8 combiné avec l'article 14 en raison de la discrimination fondée sur le sexe⁽⁷⁰⁾.

De plus, dans cette affaire, la Cour constata une violation de l'article 13 de la Convention pour défaut de recours effectif. La Cour jugea que "la discrimination sexuelle dont Mmes Abdulaziz, Cabales et Balkandali ont été victimes découlait de normes incompatibles, à cet égard, avec la Convention. Il ne pouvait y avoir ici de "recours effectif" au sens de l'article 13"⁽⁷¹⁾. Dans son opinion concordante, le juge Bernhardt releva que l'on doit "attribuer à l'article 13 (art. 13) un sens indépendant de l'existence d'une violation d'une autre clause de la Convention. Dès qu'une personne se plaint de la violation, par une autorité nationale (administrative ou exécutive), soit de l'une des dispositions de la Convention elle-même, soit d'une garantie ou d'un principe similaires consacrés par le système juridique interne, l'article 13 (art. 13) trouve d'après moi à s'appliquer et un recours doit s'ouvrir à l'intéressé."⁽⁷²⁾.

En dépit du fait que la Convention européenne ne traite pas du droit de ne pas être expulsé d'un Etat partie, il fut accepté très tôt qu'il y avait des limites à la faculté des pays membres de contrôler l'entrée et la sortie des étrangers en vertu des obligations contractées, comme celles de l'article 8. Ainsi, bien qu'il n'existe pas de définition de la "vie familiale" une jurisprudence protectrice s'est rapidement développée à la lumière des circonstances de chaque espèce. Une telle jurisprudence, en ayant à l'esprit, entre autres, le principe de proportionnalité, a défini restrictivement les conditions de l'expulsion⁽⁷³⁾.

Une étude de la protection des travailleurs migrants dans le droit international des droits de l'homme a rappelé qu'à plusieurs

70 () §§ 83 et 86, point 3 du dispositif.

71 () § 93 et point 6 du dispositif.

72 () *Ibid.*, p. 41.

73 () En tenant compte des dispositions de l'article 8 de la Convention; voy. M.E. VILLIGER, "Expulsion and the Right to Respect for Private and Family Life (Article 8 of the Convention) - An Introduction to the Commission's Case-Law", *Protecting Human Rights: The European Dimension - Studies in Honour of G.J. Wiarda / Protection des droits de l'homme: La dimension européenne - Mélanges en l'honneur de G.J. Wiarda* (éd. F. Matscher et H. Petzold), Köln/Berlin, C. Heymanns Verlag, 1988, pp. 657-658 et 662.

occasions, la Cour européenne "a constaté que le droit au respect de la vie familiale avait été enfreint dans les affaires impliquant les migrants de la seconde génération, qui avaient été expulsés ou étaient sous la menace d'une expulsion car ils avaient commis des infractions dans le pays de résidence"⁽⁷⁴⁾. Bien que dans chaque affaire les expulsions ou les menaces d'expulsion visaient à prévenir la défense de l'ordre ou les infractions pénales, elles constituaient, selon l'étude qui rappelait entre autres les arrêts de la Cour dans les affaires *Beldjoudi c. France* (26 mars 1992) et *Moustaquim c. Belgique* (18 février 1991), "une manière disproportionnée de parvenir à ce but étant donné que les individus frappés avaient passé la plus grande partie de leur vie, avec leur famille, dans le pays concerné et avaient peu ou pas de liens avec leur pays d'origine"⁽⁷⁵⁾.

Les affaires *Beldjoudi* et *Moustaquim*, ainsi que *Lamguindaz c. Royaume-Uni* (1992) sont considérées aujourd'hui comme les cas les plus importants dans ce domaine. Comme une autre étude l'a démontré avec force, étant donné les liens entre les migrants de la seconde génération et leur (nouveau) pays de résidence (tels que les liens sociaux ou familiaux, la scolarité, la compréhension de la culture et du langage), leur éloignement ou expulsion conduirait à une violation de leur droit au respect de la vie privée et familiale⁽⁷⁶⁾. La protection des droits de l'homme des migrants, dans certaines circonstances, a ainsi trouvé une reconnaissance judiciaire dans le système européen. Il en est également ainsi du système interaméricain, qui est même allé plus loin que le système européen comme nous allons le montrer.

2. Le Système Interaméricain des Droits de l'Homme

La protection des migrants a également marqué sa présence aux niveaux normatifs et opérationnel du système interaméricain de protection des droits de l'homme. Elle a été, en fait, très présente

74 () R. CHOLEWINSKI, *Migrant Workers in International Human Rights Law - Their Protection in Countries of Employment*, Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 341.

75 () *Ibid.*, pp. 341-342.

76 () R. CHOLEWINSKI, "Strasbourg's 'Hidden Agenda': The Protection of Second-Generation Migrants from Expulsion under Article 8 of the European Convention of Human Rights", 12 *Netherlands Quarterly of Human Rights* (1994) pp. 287-306. – Pour les obiter dicta de la Cour eur. dr. h. sur la question des immigrés "de longue durée", en dépit du fait qu'aucune violation de l'article 8 n'ait été constatée dans le cas d'espèce, voy. Cour eur. dr. h., *Üner c. Pays-Bas*, arrêt du 18 octobre 2006, §§ 55-60.

dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme au cours des dernières années. Je me suis d'ores et déjà référé à l'arrêt du 15 juin 2005 dans l'affaire de la *Communauté Moiwana c. Surinam*, ainsi que de l'ordonnance sur les mesures provisoires de protection dans l'affaire des *Haïtiens et Dominicains d'origine haïtienne dans la République dominicaine*, du 18 août 2000 où, dans mon opinion concordante, je vis qu'il était nécessaire de faire face à la tragédie contemporaine du déracinement, j'ai aussi considéré que "le principe de non-refoulement, pierre angulaire de la protection des réfugiés (en tant que principe de droit coutumier et de jus *cogens*), peut être invoqué même dans des contextes différents, tels que l'expulsion collective des (...) migrants ou d'autres groupes. Un tel principe existe aussi dans des instruments relatifs aux droits de l'homme comme l'article 22 (8) de la Convention américaine des droits de l'homme"⁽⁷⁷⁾.

La pertinence de cette approche sur cette question, en relation avec l'ordonnance de la Cour susmentionnée, a été rapidement reconnue par la doctrine⁽⁷⁸⁾. Quant à l'arrêt déjà cité, il fut suivi d'une interprétation, le 8 février 2006, à laquelle j'ai joint une opinion séparée sur les points suivants: a) la délimitation et la démarcation des terres et le droit au retour (pour les survivants de la Communauté Moiwana et les membres de leur famille) à titre de réparation; b) les obligations de garantie par l'Etat d'un retour de plein gré et raisonnable et c) la nécessité de reconstituer et préserver l'identité culturelle des membres de la Communauté Moiwana⁽⁷⁹⁾.

De plus, l'infortune subie par les migrants a été clairement exposée et développée au cours de la procédure d'avis consultatifs devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme ayant conduit à l'adoption des 16^e et 18^e avis de 1999 et 2003. Ceux-ci ont fait figure

77 () § 7 n° 5 de mon Opinion Concordante (ma propre traduction), texte dans: A.A. CAÑADO TRINDADE, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos - Esencia y Trascendencia* (Votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1991-2006), México, Edit. Porrúa/Universidad Iberoamericana, 2007, p. 878.

78 () Voy. Jaime RUIZ de SANTIAGO, *El Problema de las Migraciones Forzadas en Nuestro Tiempo*, México, Instituto Mexicano de Doctrina Social Cristiana, 2003, pp. 27-30.

79 () Pour le texte complet de mon Opinion Individuelle dans l'affaire de la Communauté Moiwana c. Surinam (interprétation de la décision, 8 février 2006), voy. A.A. CAÑADO TRINDADE, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos - Esencia y Trascendencia* (Votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1991-2006), Mexico, Edit. Porrúa/Universidad Iberoamericana, 2007, pp. 683-693.

de pionniers dans la jurisprudence internationale contemporaine (ci-dessous) et représentent la réaction du droit aux situations de violations, de grande ampleur, des droits fondamentaux de personnes qui, parfois, se retrouvent complètement sans défense. Il est donc utile de revoir, à ce stade, la contribution de ces deux remarquables avis consultatifs pour la sauvegarde des droits de l'homme des migrants sans papiers.

a) L'Avis Consultatif Relatif au Droit à l'Information sur l'Assistance Consulaire dans le Cadre du Procès Équitable (1999)

La Cour Interaméricaine a rendu, le 1^{er} octobre 1999, un avis capital, le 16^e avis consultatif relatif au droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre du procès équitable. La Cour a jugé que l'article 36 de la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires reconnaissait des droits individuels à l'étranger en détention, et parmi eux, le droit à l'information sur l'assistance consulaire, qui correspondent à des obligations pesant sur l'Etat d'accueil, indépendamment de sa structure fédérale ou unitaire (§§ 84 et 140).

La Cour fit valoir que l'interprétation évolutive et l'application du *corpus juri* du droit international des droits de l'homme a eu "un impact positif sur le droit international en affirmant et développant l'aptitude de ce dernier à réguler les relations entre les Etats et les personnes placées sous leur juridiction". La Cour adopta alors une approche adéquate en considérant la matière qui lui était soumise dans le cadre de "l'évolution des droits fondamentaux de la personne humaine dans le droit international contemporain" (§§ 114-115). La Cour estima que "les traités relatifs aux droits de l'homme sont des instruments vivants dont l'interprétation doit suivre l'évolution de notre temps et des conditions de vie actuelles" (§ 114). La Cour fit clairement savoir que, dans son interprétation des normes de la Convention américaine des droits de l'homme, une extension de la protection sur la base des droits existants devait être envisagée dans de nouvelles situations.

La Cour précisa que, pour protéger le droit à un procès équitable, "un défendeur doit être capable d'exercer ses droits et défendre effectivement ses intérêts et en pleine égalité procédurale avec les autres défendeurs" (§ 117). Afin d'atteindre ses objectifs, "le procès judiciaire doit identifier et corriger les facteurs d'une vraie inégalité"

de ceux qui comparaissent en justice (§ 119); ainsi, la notification, aux personnes privées de liberté à l'étranger, de leur droit de communiquer avec leur consul, contribue à sauvegarder leur défense et le respect de leurs droits procéduraux (§§ 121-122). Le droit individuel à l'information de l'article 36 (1)b de la Convention de Vienne sur les relations consulaires rend ainsi effectif le droit à un procès équitable (§ 124).

L'inobservation ou l'obstruction de l'exercice de ce droit affecte les garanties judiciaires (§ 129). La Cour, de cette façon, a lié ce droit aux garanties en développement du procès équitable. Elle ajouta que son inobservation dans le cas d'application et d'exécution de la peine capitale entraîne une privation arbitraire du droit à la vie lui-même (selon l'article 4 de la Convention américaine des droits de l'homme et l'article 6 du Pacte international des droits civils et politiques) avec toutes les conséquences juridiques inhérentes à une violation de ce genre, c'est-à-dire, celles concernant la responsabilité internationale de l'Etat et le devoir de réparation (§ 137)⁽⁸⁰⁾.

Ce 16^e avis, particulièrement innovant, a frayé un chemin pour la jurisprudence internationale émergente, *in statu nascendi*, sur cette matière⁽⁸¹⁾. Il a eu une influence sensible sur la pratique des Etats dans la région⁽⁸²⁾. La procédure a compté une mobilisation considérable (huit Etats intervenants, aux côtés de

80 () Voy. les Opinions Concordantes des juges A.A. Cançado Trindade et S. García Ramírez, l'Opinion Partiellement Dissidente du juge O. Jackman.

81 () Fut rapidement traité par la doctrine, voy. , entre autres, G. COHEN-JONATHAN, "Cour européenne des droits de l'homme et droit international général (2000)", 46 *Annuaire français de Droit international* (2000) p. 642; M. MENNECKE, "Towards the Humanization of the Vienna Convention of Consular Rights - The *LaGrand* Case before the International Court of Justice", 44 *German Yearbook of International Law/Jahrbuch für internationales Recht* (2001) pp. 430-432, 453-455, 459-460 et 467-468; L. ORTIZ AHLF, *De los Migrantes - Los Derechos Humanos de los Refugiados, Asilados, Desplazados e Inmigrantes Irregulares*, Mexico, Ed. Porrúa/Univ. Iberoamericana, 2004, pp. 1-68; Ph. WECKEL, M.S.E. HELALI et M. SASTRE, "Chronique de jurisprudence internationale", 104 *Rev. gén. dr. int. pub.* (2000) pp. 794 et 791; Ph. WECKEL, "Chronique de jurisprudence internationale", 105 *Rev. gén. dr. int. pub.* (2001) pp. 764-765 et 770.

82 () Voy. A.A. CANÇADO TRINDADE, "The Humanization of Consular Law: The Impact of Advisory Opinion n. 16 (1999) of the Inter-American of Human Rights on International Case-Law and Practice", 4 *Chinese Journal of International Law* (2007) pp. 1-16.

plusieurs individus et organisations non gouvernementales)⁽⁸³⁾. Cet avis consultatif historique, de plus, révèle l'influence du droit international des droits de l'homme sur le droit international public lui-même, principalement pour la Cour interaméricaine d'avoir été la première instance internationale à juger que si l'article 36 (1) b de la Convention de Vienne sur les relations consulaires n'est pas respecté, c'est au détriment non seulement de l'Etat partie mais aussi des êtres humains impliqués⁽⁸⁴⁾.

Dans la même ligne de pensée, l'avis consultatif n° 18 ouvre une nouvelle base pour la protection des migrants en reconnaissant le caractère de *jus cogens* au principe fondamental d'égalité et de non-discrimination et la prééminence des droits de l'homme indépendamment des Etats migratoires. La procédure a dénombré une mobilisation encore plus forte (douze Etats intervenants, ainsi que le Haut Commissariat pour les réfugiés, plusieurs O.N.G., des institutions académiques et des individus), le plus grand nombre dans l'histoire de la Cour jusqu'à ce jour. Cet avis consultatif a de même un impact sur la théorie et la pratique du droit international dans le domaine de la protection des droits de l'homme des migrants⁽⁸⁵⁾.

83 () Au cours des audiences publiques de ce seizième avis, excepté les huit Etats intervenants, plusieurs personnes sont intervenues: sept représentants de quatre O.N.G. internationales et nationales, actives dans le domaine des droits de l'homme, deux individus d'une O.N.G. travaillant pour l'abolition de la peine de mort, deux représentants d'une entité nationale d'avocats et trois représentants d'une personne condamnée à mort.

84 () Comme la C.I.J. l'a ultérieurement aussi reconnu, dans l'affaire *LaGrand*.

85 () Commenté rapidement par la doctrine, voy., par exemple, L. HENNEBEL, "L'humanisation' du Droit international des droits de l'homme - Commentaire sur l'Avis consultatif n° 18 de la Cour interaméricaine relatif aux droits des travailleurs migrants", 15 *Rev. trim. dr. h.* (2004) n° 59, pp. 747-756; S.H. CLEVELAND, "Legal Status and Rights of Undocumented Migrants - Advisory Opinion OC-18/03 [of the] Inter-American Court of Human Rights", 99 *American Journal of International Law* (2005) pp. 460-465; C. LALY-CHEVALIER, F. DA POÏAN et H. TIGROUDJA, "Chronique de la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (2002-2004)", 16 *Rev. trim. dr. h.* (2005) n° 62, pp. 459-498. Voy. aussi sur l'influence de l'avis consultatif n° 18 aux Etats-Unis, R. SMITH, "Derechos Laborales y Derechos Humanos de los Migrantes en Estatus Irregular en Estados Unidos", in *Memorias del Seminario Internacional 'Los Derechos Humanos de los Migrantes'* (Mexico, June 2005), Mexico, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2005, pp. 299-301.

b) L'Avis Consultatif Relatif à la *Condition Juridique et aux Droits des Migrants sans Papiers* (2003)

Le 10 mai 2002, le Mexique présentait une requête devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme pour un avis consultatif sur la condition juridique et les droits des migrants "sans papiers". Deux audiences publiques se sont tenues au cours de la procédure, la première, au siège de la Cour, à San José de Costa Rica, en février 2003 et la seconde, en dehors de son siège pour la première fois de son histoire, à Santiago du Chili, en juin 2003. Pendant cette procédure, sont intervenus: douze Etats membres (parmi cinq Etats ont participé aux audiences), la Commission interaméricaine des droits de l'homme, le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés ainsi que neuf entités de la société civile et des cercles académiques de plusieurs pays de la région, le médiateur du Conseil d'Amérique centrale des droits de l'homme.

Le 17 septembre 2003, la Cour rendit son avis consultatif. La Cour estime que les Etats doivent respecter et assurer le respect des droits de l'homme à la lumière du principe général et fondamental de non-discrimination et que tout traitement discriminatoire vis-à-vis de la protection et l'exercice des droits de l'homme génère la responsabilité internationale des États. Selon la Cour, le principe fondamental d'égalité et de non-discrimination est une norme de *jus cogens*. La Cour ajoute que les Etats ne peuvent discriminer ou tolérer des situations discriminatoires et doivent garantir le droit à un procès équitable à toute personne, même si sa situation n'est pas régularisée. Celle-ci ne peut être une justification pour priver une personne de jouir de ses droits fondamentaux y compris les droits sociaux. Les travailleurs migrants sans papiers ont les mêmes droits sociaux que les autres travailleurs et l'Etat doit en assurer le respect. Les Etats ne peuvent subordonner ou poser des conditions au principe d'égalité devant la loi et de non-discrimination pour les besoins de leurs politiques migratoires ou autres. Plusieurs opinions séparées furent présentées par quatre juges, toutes étant, de manière significative, des opinions concordantes. Dans celle du Président de la Cour, neuf points furent exposés, principalement: a) la *civitas maxima gentium* et l'universalité du genre humain; b) les disparités du monde contemporain et la vulnérabilité des migrants; c) la réaction de la conscience juridique universelle; d) la construction du droit subjectif d'asile; e) la position et le rôle des principes généraux

du droit; f) les principes fondamentaux comme substrat de l'ordre légal lui-même; g) le principe d'égalité et de non-discrimination dans le droit international des droits de l'homme; h) l'émergence, le contenu et la portée du *jus cogens*; et i) l'émergence et l'étendue des obligations *erga omnes* de protection (effet horizontal et vertical).

Le 18^e avis consultatif de la Cour Interaméricaine a eu, pour toutes ses implications, une influence considérable sur le continent américain. Cette influence est destinée à irradier le monde entier en raison de l'importance du sujet. Il propose une dynamique identique ou une interprétation évolutive du droit international des droits de l'homme par la Cour interaméricaine au même titre que, quatre ans plus tôt, l'avis consultatif historique n° 16 qui a, depuis lors, été une source d'inspiration pour la jurisprudence internationale *in statu nascendi* sur ce sujet⁽⁸⁶⁾.

VI. LA PROTECTION DES MIGRANTS DANS LE SYSTEME DES RAPPORTEURS

La protection des droits fondamentaux des migrants est devenue un sujet principal dans l'agenda des droits de l'homme au niveau international en cette première décennie du XXI^e siècle. Ceci est peu surprenant compte tenu de la prise de conscience grandissante des relations entre l'intensification des flux migratoires (depuis la fin des années 80), l'internationalisation rapide du capitalisme et l'augmentation de l'exploitation du travail (créée par les "exigences du capital") avec les coûts humains du chômage et du sous-emploi, l'absence de formalité des relations du travail, la recherche d'une main d'œuvre bon marché, la paupérisation des conditions de vie de larges secteurs de la population et la concentration de la richesse et des revenus à une échelle mondiale⁽⁸⁷⁾.

Il fallait également s'attendre à ce que ce sujet fasse l'objet d'une attention croissante, au cours des années 90, de la part des organisations internationales universelle (Nations Unies) et

86 () Dans ce 16^e avis consultatif "pionnier" en la matière et d'une importance capitale, la Cour interaméricaine a considéré que, en interprétant les normes de la Convention américaine, la protection devait être étendue à de nouvelles situations (telle que celle concernant le droit à l'information sur l'assistance consulaire) sur le fondement des droits existants (voy. ci-dessus)

87 () Voy. par exemple A.M. ARAGONÉS CASTAÑER, *Migración Internacional de Trabajadores - Una Perspectiva Histórica*, México, Edit. Plaza y Valdés, 2004 [réimpr.], pp. 21, 23, 54, 62, 71-73, 115-120, 125-126, 148 et 154-157.

régionale (Organisation des Etats américains). Au niveau mondial, des voix se sont élevées du Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés afin de prévenir que ce dernier ne pourrait plus seulement travailler pour la protection des réfugiés mais devrait également prendre en considération le déni des droits de l'homme aux personnes déplacées et aux migrants⁽⁸⁸⁾. Dans cet esprit, il ne devrait pas passer inaperçu que le Haut Commissariat intervint au cours des audiences devant la Cour interaméricaine dans la procédure qui a conduit à l'adoption de l'avis consultatif n° 18⁽⁸⁹⁾.

De plus, les organisations internationales, poussées par le nouveau phénomène de l'intensification des flux des migrations forcées, ont décidé (Nations Unies et O.E.A.) de l'intégrer dans le plan de travail de leurs systèmes respectifs de rapporteur. Le mandat du rapporteur spécial des Nations Unies sur les droits de l'homme des migrants fut créé en 1999 par la résolution 1999/44 de l'ancienne Commission des Droits de l'Homme (§ 3). Cette résolution chargeait la rapporteur spécial d'élaborer des rapports et d'entreprendre des visites au niveau national. Elle demanda ensuite au rapporteur spécial d'examiner "les voies et les moyens pour surmonter les obstacles existants à la pleine et entière protection des droits de l'homme des migrants"⁽⁹⁰⁾.

La résolution 1999/44 a attiré l'attention sur le "grand nombre croissant de migrants dans le monde" dans une "situation de vulnérabilité", et souligna "la nécessité d'une approche consistante et concentrée sur les migrants en tant que groupe vulnérable"⁽⁹¹⁾. Au cours de ce mandat, une série de rapports ont été préparés et présentés par le rapporteur spécial, qui, pendant la période de 2000 à 2005, entreprit des déplacements au Canada, en Equateur, aux

88 () Jaime RUIZ de SANTIAGO, "El Impacto en el Refugio de la Nueva Dinámica Migratoria en la Región - Retos para Asegurar la Protección de Refugiados", IHR, *Primer Curso de Capacitación para Organizaciones de la Sociedad Civil sobre Protección de Poblaciones Migrantes* (Juin 1999), México/San José de Costa Rica, UNHCR/Universidad Iberoamericana/IIHR, 2002, p. 43; Juan Carlos MURILLO, "La Declaración de Cartagena, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados y las Migraciones Mixtas", *Migraciones y Derechos Humanos* (Août 2004), San José de Costa Rica, IHR/PRODECA, 2004, pp. 174-176.

89 () Pour les plaidoiries du Haut Commissariat devant la Cour interaméricaine voy. IACtHR, Series B (Pleadings, Oral Arguments and Documents), n. 18 (2003), pp. 211-223 (oral argument of 04.06.2003).

90 () U.N., *Special Rapporteur of the [U.N.] Commission on Human Rights on the Human Rights of Migrants*, doc. www.ohchr.org, 2nd. paragraph.

91 () §§ 4, 6, 7 du préambule.

Philippines, à la frontière entre les Etats-Unis et le Mexique, en Espagne, au Maroc, en Iran, Italie, au Pérou et au Burkina Faso.

En 2005, la Commission des Droits de l'Homme a élargi le mandat du rapporteur spécial, prévoyant l'adoption d'une politique appropriée sur les migrants – avec priorité sur la protection des droits de l'homme des migrants – et soulignant l'obligation des Etats de prévenir et de sanctionner les agissements individuels contre la vie et l'intégrité physique des migrants ainsi que d'assurer la reconnaissance par la communauté internationale de la situation de vulnérabilité subie par les migrants⁽⁹²⁾. C'est un aspect important de cette question; les études récentes et complètes sur les migrations se sont portées sur les initiatives législatives au moyen du droit comparé⁽⁹³⁾, ou avec une portée régionale (par exemple de l'Union européenne⁽⁹⁴⁾) – en se concentrant sur la structure normative mais sans dresser un portrait de la situation dramatique de vulnérabilité des migrants (qu'ils soient avec ou sans papiers), tous avec un besoin urgent de protection.

La résolution 2005/47 de l'ancienne Commission des Droits de l'Homme, adoptée le 19 avril 2005, a exprimé sa préoccupation, dans son préambule sur "le nombre croissant de migrants dans le monde", un phénomène inquiétant de "caractère mondial" (§ 6) et a appelé les Etats à revoir leurs politiques d'immigration et d'éliminer toutes pratiques discriminatoires contre les migrants et leur famille (§ 4). Elle invite les Etats à mettre fin aux arrestations arbitraires et la privation de liberté des migrants (§ 15), de prévenir la violation des droits de l'homme des migrants pendant leur transit (§ 18) et de combattre et poursuivre le trafic international des migrants (mettant leur vie en danger et provoquant "différentes formes de servitude ou

92 () Voy. les commentaires dans E.D. ESTRADA TANCK, "Legislación y Políticas Públicas Mexicanas: Armonización con el Régimen Jurídico Internacional sobre Derechos Humanos de los Migrantes", *Memorias del Seminario Internacional 'Los Derechos Humanos de los Migrantes'*, (México, June 2005), México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2005, pp. 330-331; C. Villán Durán, "Los Derechos Humanos y la Inmigración en el Marco de las Naciones Unidas", *ibid.*, pp. 95-98.

93 () Voy. entre autres, Federación Iberoamericana de Ombudsmen, *I Informe sobre Derechos Humanos - Migraciones* (coord. G. Escobar), Madrid, Ed. Dykinson/Depalma, 2003, pp. 47-420.

94 () Voy. par exemple P.A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Derecho Comunitario de la Inmigración*, Barcelona, Atelier, 2006, pp. 15-325.

d'exploitation) (§ 19) ⁽⁹⁵⁾. La résolution 2005/47 a rappelé, dans son préambule, la contribution des avis consultatifs n° 16 et 18 de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme ainsi que les arrêts de la Cour Internationale de Justice dans les affaires *LaGrand* (2001) et *Avena et autres Mexicains* (2004)⁽⁹⁶⁾.

Au niveau régional, la Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme, à la suite d'une demande de l'assemblée générale de l'Organisation des Etats américains (O.E.A.) ⁽⁹⁷⁾ a établi le mandat de son rapporteur spécial sur les travailleurs migrants et leur famille en 1977, en insistant sur leur situation de "vulnérabilités spéciales". Depuis 1997, le rapporteur spécial a été engagé pour contrôler la situation des migrants et leur famille dans la région ainsi que "d'alerter" les Etats de leur devoir de les protéger et "de traiter rapidement" les plaintes ou communications. Le rapporteur spécial a fait des recommandations aux Etats, a préparé des rapports et des études spéciales, a effectué plusieurs déplacements dans des pays de la région, y compris les Etats-Unis, le Mexique, le Guatemala et le Costa Rica. Les sujets de recherche examinés afin d'augmenter la prise de conscience des difficultés rencontrées par les travailleurs migrants et leur famille, comprennent la discrimination en général, le racisme et la xénophobie, le procès équitable, les conditions de détention, le trafic des migrants et la traite des personnes, les pratiques migratoires et leurs conséquences économiques⁽⁹⁸⁾.

VII. JUSTICE SOCIALE ET LA PREVENTION DES MIGRATIONS FORCEES: L'HERITAGE DES CONFERENCES DES NATIONS UNIES

Une partie de la doctrine européenne contemporaine a invoqué la responsabilité internationale des Etats afin de déclarer la pratique de l'Etat créant des réfugiés – et des personnes déplacées – comme

95 () La résolution encourage également les Etats parties à mettre en œuvre la convention des Nations Unies contre le crime organisé transnational, ainsi que les deux protocoles additionnels, le protocole contre le trafic d'émigrés par terre, mer et air et le protocole pour la prévention, la répression et la pénalisation de la traite des personnes, en particulier des femmes et des mineurs, et a invité les Etats qui ne l'avaient pas fait de le ratifier (§ 33).

96 () 6^e paragraphe du préambule.

97 () O.E.A., A.G. résolutions AG/RES.1404/XXVI-O/96 (de 1996) et AG/RES.1480/XXVII-0/97 (de 1997).

98 () O.E.A., *Special Rapporteurship on Migrant Workers and Their Families*, Washington D.C., IAComHR, document www.cidh.oas.org/migrants, 2007, pp. 1-10.

constituant un acte international répréhensible (surtout en présence de l'élément de *culpa lata*) (99). Le fondement conceptuel de cette argumentation peut être trouvé dans le travail de la Commission de Droit International des Nations Unies sur le thème de la responsabilité des Etats (100). Une justification pour cette élaboration doctrinale se trouve dans le fait que les instruments internationaux de protection des réfugiés ont limité les dispositions d'obligations uniquement à l'égard des Etats d'accueil mais non pour les Etats d'origine, de ce fait, une norme coutumière de droit humanitaire interdisant la création de flux de réfugiés est invoquée(101). Ainsi, les conséquences sont établies d'un acte illicite générant des flux de réfugiés – qui s'appliqueraient *a fortiori* à des flux migratoires soudains, - ainsi qu'aux effets des réparations.

De telles attitudes doctrinales révèlent, selon moi, des aspects positifs et négatifs. D'une part, l'élargissement de l'horizon pour examiner cette question, en comprenant à la fois l'Etat d'accueil et l'Etat d'origine afin de rechercher des deux côtés une protection des droits de l'homme, d'autre part, elles traitent de la portée des réparations avec une approche de droit civil, tentant de justifier les sanctions à l'encontre des Etats qui ne sont pas les seuls responsables des flux migratoires forcés. Dans un monde "globalisé" comme celui d'aujourd'hui, plein de profondes inégalités, parmi et à l'intérieur des Etats, comment identifier l'origine de tant de cruauté socio-économique, comment établir la ligne de démarcation, comment déterminer les Etats (justement les plus pauvres) responsables des migrations forcées pour justifier des sanctions ou des représailles?

À mon sens, cela ne soit pas être le chemin à suivre. Le problème des flux migratoires doit être traité avec une approche universelle concernant la communauté internationale tout entière. Il ne peut pas être simplement envisagé selon une manière strictement bilatérale (en se concentrant seulement sur l'Etat d'accueil et l'Etat d'origine) ou dans une perspective uniquement inter-étatique. Etant une

99 () P. AKHAVAN et M. BERGSMO, "The Application of the Doctrine of State Responsibility to Refugee Creating States", 58 *Nordic Journal of International Law - Acta Scandinavica Juris Gentium* (1989) pp. 243-256.

100 () Voy. R. HOFMANN, „Refugee-Generating Policies and the Law of State Responsibility“, 45 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (1985) pp. 694-713.

101 () W. CZAPLISKI et P. STURMA, "La responsabilité des États pour les flux de réfugiés provoqués par eux", 40 *Annuaire français de droit international* (1994), pp. 156-169.

question mondiale, il met en évidence les obligations *erga omnes* de protection des migrants qui en sont victimes. Le développement conceptuel de telles obligations – et des conséquences juridiques de leur violation – demeure une priorité importante pour la science légale contemporaine.

Il a été soutenu que face au phénomène des migrations forcées, la responsabilité individuelle des Etats ne peut être dissociée de la responsabilité (subsidaire) de la communauté internationale dans son ensemble ⁽¹⁰²⁾. Comme les causes de migrations forcées peuvent, dans certaines circonstances, résulter de graves et massives violations des droits de l'homme, une réévaluation du fondement conceptuel du refuge peut conduire à une élaboration nécessaire et graduelle du droit à la survie de franges de populations affectées ou en danger ⁽¹⁰³⁾. Plus qu'une survie, c'est aussi le droit de vivre avec dignité⁽¹⁰⁴⁾.

L'ensemble de la question met en évidence des impératifs de justice sociale au niveau universel. Il est nécessaire d'insister sur la prévention des migrations forcées. On doit rappeler à ce sujet le système d'alertes précoces des Nations Unies: né d'une proposition, au début des années 80, du rapporteur spécial sur la question des exodes massifs en raison de violations des droits de l'homme. Par la suite, ce système fut appliqué aux personnes déplacées⁽¹⁰⁵⁾. En 1997, le Haut Commissaire des Nations Unies pour les Droits de l'Homme avait observé que, dans ce contexte: "le terme "prévention" ne doit pas être interprété dans le sens d'empêcher ces personnes de quitter une zone ou un pays mais plutôt dans le sens de faire obstacle à ce que la situation des droits de l'homme ne se détériore à un point tel que quitter les lieux serait la seule option et aussi pour entraver (...) l'adoption délibérée de mesures pour déplacer par force un grand nombre de personnes, tels que des expulsions en masse,

102 () L. PERAL FERNÁNDEZ, *Éxodos Masivos, Supervivencia y Mantenimiento de la Paz*, Madrid, Ed. Trotta, 2001, pp. 208.

103 () *Ibid.*, pp. 72 et 79-81.

104 () Pour des études générales, voy. J.G.C. VAN AGGELEN, *Le rôle des organisations internationales dans la protection du droit à la vie*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1986, pp. 1-89; D. PRÉMONT et autres (éd.), *Le droit à la vie quarante ans après l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme: Évolution conceptuelle, normative et jurisprudentielle*, Genève, C.I.D., 1992, pp. 5-91.

105 () Voy. Nations Unies, document E/CN.4/1995/CRP.1, du 30 janvier 1995, pp. 1-119.

déplacements internes et expulsions de domicile, réinstallation ou rapatriement”(106).

De plus, les documents finaux du récent cycle de Conférences Mondiales des Nations Unies au cours des années 90 contiennent des éléments supplémentaires qui nous permettent une approche adéquate, au niveau universel, de la question des flux de population en la situant dans la conception des droits de l’homme(107). Ainsi, par exemple, la Déclaration de Vienne et le Programme d’Action de 1993, adoptés par la IIème. Conférence Mondiale sur les Droits de l’Homme, invite tous les Etats à garantir la protection des droits de l’homme de tous les travailleurs migrants et les membres de leur famille (Partie II, § 33). Le document final de la Conférence de Vienne affirme de plus l’importance de créer les conditions afin de promouvoir de plus grandes harmonie et tolérance entre les travailleurs migrants et le reste de la société de l’Etat d’accueil (§ 34). Enfin, il encourage les Etats à ratifier dès que possible la Convention Internationale sur la Protection des Droits de Tous les Travailleurs Migrants et les Membres de Leurs Familles (§ 35).

La Conférence Internationale sur la Population et le Développement (Le Caire, 1994), a bien sûr abordé cette question, en appelant à une approche mondiale du phénomène migratoire

106 () Nations Unies, *Derechos Humanos y Éxodos en Masa - Informe del Alto Comisionado para los Derechos Humanos*, document E/CN.4/1997/42, of 14.01.1997, p. 4, § 8, et voy. pp. 4-5, §§ 9-10.

107 () Pour une étude générale, voy. A.A. CANÇADO TRINDADE, “Relations between Sustainable Development and Economic, Social and Cultural Rights: Recent Developments”, in *International Legal Issues Arising under the United Nations Decade of International Law* (éd. N. AL-NAUIMI et R. MEESE), Deventer, Kluwer, 1995, pp. 1051-1077; A.A. CANÇADO TRINDADE, “The Contribution of Recent World Conferences of the United Nations to the Relations between Sustainable Development and Economic, Social and Cultural Rights”, *Les hommes et l’environnement: Quels droits pour le vingt-et-unième siècle? - Études en hommage à Alexandre Kiss* (éd. M. PRIEUR et C. LAMBRECHTS), Paris, Éd. Frison-Roche, 1998, pp. 119-146; A.A. CANÇADO TRINDADE, “Sustainable Human Development and Conditions of Life as a Matter of Legitimate International Concern: The Legacy of the U.N. World Conferences”, *Japan and International Law - Past, Present and Future* (International Symposium to Mark the Centennial of the Japanese Association of International Law), The Hague, Kluwer, 1999, pp. 285-309; A.A. CANÇADO TRINDADE, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. III, Porto Alegre/Brazil, S.A. Fabris Ed., 2003, pp. 235-299; M.G. Schechter, *United Nations Global Conferences*, London, Routledge, 2005, pp. 95-100 et 134-139.

(chapitre X du programme d'action du Caire de 1994). La Conférence du Caire a examiné les causes des migrations et exhorté à l'adoption de dispositions relatives aux travailleurs migrants en règle ou non pourvus de titre de séjour⁽¹⁰⁸⁾.

Une année plus tard, le Programme d'Action de Copenhague de 1995, adopté par le Sommet Mondial sur le Développement Social, en se penchant sur la création d'emplois et la réduction du chômage, a signalé la nécessité de porter une attention plus grande au niveau national à la situation des travailleurs migrants et des membres de leur famille (chapitre III). En abordant la question de l'intégration sociale, il a encouragé le développement de l'égalité et de la justice sociale, en élargissant entre autres une éducation de base – destinée aux enfants des migrants, - et assurant un traitement équitable et l'intégration des travailleurs migrants en situation régulière et les membres de leur famille (chapitre IV).

Le Sommet Mondial de Copenhague, de plus, a invité les Etats à coopérer afin de "réduire les causes de la migration irrégulière" et de sauvegarder "les droits de l'homme fondamentaux des migrants en situation irrégulière afin d'entraver leur exploitation" et de leur assurer des recours internes ⁽¹⁰⁹⁾. Les Etats étaient enfin incités à ratifier et appliquer les instruments internationaux relatifs aux travailleurs migrants et les membres de leur famille⁽¹¹⁰⁾.

La situation particulière des femmes, travailleurs migrants (victimes de violence en raison de leur sexe) fut l'objet d'une attention particulière d'une partie de la IV^e Conférence Mondiale sur les Femmes (Pékin, 1995). Le Programme d'Action de Pékin, adopté par la Conférence, a appelé les Etats à reconnaître la vulnérabilité des femmes migrantes, y compris celles qui travaillent, face à la violence et autres formes de mauvais traitements (chapitre IV. D) ⁽¹¹¹⁾.

À son tour, la II^{ème}. Conférence Mondiale sur les Établissements Humains (Habitat-II, Istanbul, 1996) a mis en exergue le rôle important des établissements humains dans la réalisation des droits

108 () Pour une évaluation de la Conférence du Caire sur la question des migrations internationales, voy., par exemple, S. JOHNSON, *The Politics of Population - The International Conference on Population and Development, Cairo 1994*, London, Earthscan, 1995, pp. 165-174.

109 () Nations Unies/Centre pour les droits de l'homme, *Los Derechos de los Trabajadores Migratorios* (Foll. Inf. n. 24), Genève, Nations Unies, 1996, pp. 19-20.

110 () *Ibid.*, p. 19.

111 () Voy. *ibid.* p. 20.

de l'homme et en particulier, entre autres, le droit au logement et le droit au développement. Dans cette optique, le Programme d'Habitat-II a formulé plusieurs recommandations relatives à "la sécurité juridique des locations, la prévention des expulsions, le développement de centres pour les réfugiés et le soutien apporté aux services de base ainsi qu'aux unités d'éducation et de soins en faveur des personnes déplacées parmi d'autres groupes vulnérables" (112).

Enfin, la Conférence mondiale des Nations Unies contre le Racisme, la Discrimination Raciale, la Xénophobie et l'Intolérance qui y est associée (Dunbar, 2001) a également porté une attention spéciale aux travailleurs migrants, en particulier à la discrimination dont ils sont victimes. La Déclaration et le Programme d'Action adoptés par la Conférence de Dunbar a exhorté les Etats à combattre les manifestations de la marginalisation généralisée des migrants, la xénophobie et les préjugés racistes, conformément à leurs obligations découlant des instruments internationaux des droits de l'homme, quelle que soit la situation dans laquelle les migrants se trouvent (§§ 24 et 26).

Récemment, la résolution susmentionnée 2005/47 (du 19 avril 2005) de l'ancienne Commission des Droits de l'Homme des Nations Unies a réaffirmé les dispositions concernant la protection des droits des migrants et leur famille enchâssées dans les documents finaux adoptés par les Conférences Mondiales sur les Droits de l'Homme (1993), sur la Population et le Développement (1994), sur le Développement Social (1995), sur les Femmes (1995), et contre le Racisme, la Discrimination Raciale, la Xénophobie et l'Intolérance qui y est associée (2001) (113). Le Haut Commissariat pour les Droits de l'Homme des Nations Unies a aussi été attentif à certains aspects des difficultés rencontrées par les migrants et à leur besoin pressant de protection(114).

Pour sa part, le Comité pour l'Élimination de la Discrimination Raciale – organe de contrôle de la Convention des Nations Unies sur l'Élimination de Toutes les Formes de Discrimination Raciale – dans sa recommandation n° 30, de 2005, a souligné qu'en vertu de

112 () Nations Unies, *Derechos Humanos y Éxodos en Masa...*, op. cit. supra n° (106), p. 21, § 61.

113 () 4^e paragraphe du préambule.

114 () Nations Unies, *Recommended Principles and Guidelines on Human Rights and Human Trafficking - Report of the U.N. High Commissioner for Human Rights to the Economic and Social Council*, document E/2002/68/Add.1, 20 mai 2002, pp. 3-16.

la "Convention, un traitement différent fondé sur la citoyenneté ou le statut d'immigration constitue une discrimination si les critères retenus pour une telle différenciation, jugés à la lumière du but et de l'objet de la Convention, ne sont ni conformes ni proportionnés au but légitime poursuivi" (§ 4). La recommandation réserve une section entière (IV) à "l'accès à la citoyenneté" (§§ 13-17) et, plus loin, traite de la question de la prévention et des remèdes aux problèmes rencontrés par les "travailleurs non nationaux" (§ 34) ainsi que celle d'assurer "l'accès des victimes à un recours légal effectif" et de leur "droit de rechercher une juste et adéquate réparation" pour les préjudices subis (§ 18).

VIII. CONCLUSIONS

En tant que question mondiale, le phénomène des migrations forcées requiert une plus grande concertation au niveau universel afin d'assurer la prédominance des droits des migrants et leur famille. Un rôle important est dévolu aux politiques publiques ainsi qu'à la mobilisation des entités de la société civile pour réduire leurs souffrances et améliorer leurs conditions de vie. De telles entités peuvent aider les organes d'assistance et de protection dans l'identification des différentes caractéristiques du phénomène migratoire dans divers pays ⁽¹¹⁵⁾. Elles peuvent aussi dénoncer des situations de violations flagrantes des droits de l'homme des migrants ⁽¹¹⁶⁾, porter assistance dans les actions d'urgence, aider à développer la force institutionnelle pour contrer le phénomène migratoire et renforcer les victimes ⁽¹¹⁷⁾. Enfin, grâce à l'enseignement des droits de l'homme, elle peuvent aider à éradiquer la xénophobie et les autres préjugés existants au sein des populations nationales. Des avancées dans ce domaine ne pourront être accomplies, comme nous l'avons démontré, que dans une atmosphère de solidarité humaine. Dans cette perspective, les récentes dénominations telles que "migrants

115 () Sur les caractéristiques distinctes, par exemple, dans quelques pays d'Amérique latine, voy. IHR, *Balance y Perspectivas del Fenómeno Migratorio en América Latina: Punto de Aproximación desde la Perspectiva de la Protección de los Derechos Humanos*, San José de Costa Rica, IHR, 1998, p. 2 (restrictions de circulation).

116 () Voy., par exemple, J.E. MÉNDEZ, *A Proposal for Action on Sudden Forced Migrations*, San José of Costa Rica, IHR, 1997, p. 10 (restrictions de circulation).

117 () Voy. IHR, *Papel Actual de las Organizaciones de la Sociedad Civil en Su Trabajo con las Poblaciones Migrantes en el Continente*, San José de Costa Rica, IHR, 1998, pp. 1-14 (restrictions de circulation).

irréguliers" ou pire encore, "illégaux" sont quelque peu négatives ⁽¹¹⁸⁾ ainsi que le fait de ne pas rechercher du tout une solution durable aux problèmes rencontrés par les migrants à travers le monde.

Les êtres humains ne doivent pas être privés de leurs droits simplement en raison de leur statut migratoire ou de toute autre circonstance. Contrairement à ce que certains voudraient nous laisser entendre, le principe du non-refoulement appartient au domaine du *jus cogens* ⁽¹¹⁹⁾. Le pouvoir discrétionnaire des Etats a ses limites et leurs politiques d'éloignement et d'expulsion devraient se soumettre aux normes impératives du droit international. L'aspect positif est qu'il existe de nos jours une plus grande prise de conscience de la nécessité d'une protection mondiale des migrants. Les Conférences Mondiales des Nations Unies, au cours des dernières années, ont contribué d'une manière décisive à créer ce nouvel état d'esprit. Elles ont insisté sur les besoins de protection et les catégories de personnes vulnérables. Désormais, des séminaires et des réunions d'experts se tiennent de plus en plus souvent dans la recherche de solutions tenant compte des impératifs de la protection des migrants ⁽¹²⁰⁾. Cependant, une plus grande concertation au niveau universel est nécessaire car la protection des migrants, dont le nombre s'accroît dans différentes parties du monde, est devenue une préoccupation légitime de la communauté internationale tout entière.

Il est réassurant de constater que la Déclaration des Nations Unies du Millénaire de 2000, fut attentive à inclure un appel "afin de prendre des mesures pour assurer le respect des droits de l'homme des migrants, des travailleurs migrants et de leur famille, pour éliminer les actes croissants de racisme et de xénophobie dans de nombreuses

118 () L. ORTIZ AHLF, "Derechos Humanos de los Migrantes", 35 *Jurídica - Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana* (2005) pp. 14, 19, 23 et 26-29.

119 () A.A. CANÇADO TRINDADE, "El Desarraigo como Problema de Derechos Humanos frente a la Conciencia Jurídica Universal", in *Movimientos de Personas e Ideas y Multiculturalidad* (Forum Deusto), vol. I, Bilbao, University of Deusto, 2003, pp. 87-103.

120 () Voy., entre autres parmi de nombreuses initiatives, International Institute of Humanitarian Law (IIHL), *Conflict Prevention - The Humanitarian Perspective* (Proceedings, August/September 1994), San Remo, IIHL, 1994, pp. 7-185; Universidad de Sevilla, *La Asistencia Humanitaria en el Derecho Internacional Contemporáneo*, Sevilla, Univ. de Sevilla, 1997, pp. 1-74 (internal circulation); XVI Cumbre Iberoamericana, *Compromiso de Montevideo sobre Migraciones y Desarrollo*, of 05.11.2006, pp. 1-10 (circulation interne).

sociétés et pour promouvoir de plus grandes harmonie et tolérance au sein de toutes les sociétés”. Cinq ans plus tard, en septembre 2005, le document final des Nations Unies sur le Sommet Mondial, a traité de la question des migrations (§§ 61-63) en faisant état du lien important entre la migration internationale et le développement (§ 61) et réaffirmant “notre détermination à prendre des mesures pour assurer le respect et la protection des droits de l’homme des migrants, des travailleurs migrants et de leur famille” (§ 62).

Les avancées dans ce domaine, toutefois, ne seront possibles qu’avec un changement radical de mentalité et une plus grande conscience de la nécessité de protéger les droits fondamentaux des migrants. Dans toute échelle de valeurs, les considérations d’ordre humanitaire doivent prévaloir sur celles d’ordre économique ou financier, du “protectionnisme” allégué du “marché du travail”. Il est enfin nécessaire de placer l’individu à la place qui lui correspond, au-dessus du capital, des biens et des services. C’est l’un des défis majeurs du monde “globalisé” dans lequel nous vivons, du point de vue des droits de l’homme.

Puis-je conclure cette leçon inaugurale de l’Institut international des droits de l’homme en reprenant ce que j’avais soutenu, il y a deux ans, dans mon cours général de droit international public, donné à l’Académie de droit international de La Haye, à savoir, que selon mon opinion, les avancées en droit sont dues, en fin de compte, à la conscience humaine, la source matérielle ultime de tout droit⁽¹²¹⁾? Il faut plusieurs siècles aux êtres humains pour prendre conscience de la question du temps et d’acquérir, pour eux, une “conscience historique”⁽¹²²⁾. Depuis les temps héroïques de l’Iliade d’Homère pendant la Grèce antique, il fallut quelques siècles aux êtres humains pour acquérir une “conscience éthique”, c’est-à-dire de prendre conscience qu’ils étaient responsables de leur propre conduite (chacun étant juge de sa propre conduite) et de la manière dont ils traitaient les autres, leurs semblables.

Dans cet esprit, au XVIII^e siècle, Emmanuel Kant a conceptualisé la “conscience” comme le “tribunal interne” de toute personne

121 () A.A. CANÇADO TRINDADE, “International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* - General Course on Public International Law - Part I”, 316 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye* (2005) pp. 177-202.

122 () Ernst CASSIRER, *Essai sur l’homme*, Paris, Éd. de Minuit, 1975, pp. 243-244.

considérée comme un "être moral"⁽¹²³⁾. Des siècles plus tôt, l'émergence de la conscience humaine aida à contrer la prétendue "lutte pour l'existence"⁽¹²⁴⁾, ce vieux combat pour la survie. La *recta ratio* présente dans les écrits des pères fondateurs du droit des gens aux XVI^e et XVII^e siècles (comme F. de Vitoria, F. Suarez, H. Grotius, parmi d'autres), en envisageant la *civitas maxima gentium*, en soutenant les communications du droit au niveau mondial et en proposant l'essentielle unité de l'humanité, - *recta ratio* de pensée et d'écriture scolastiques -, plonge ses racines chez les anciens Grecs (Platon et Aristote), et correspond à leur *orthos logos*⁽¹²⁵⁾.

C'est la conscience humaine qui gouverne le mieux les relations entre les individus, soit inter-individuellement soit en groupes. C'est la *conscience juridique universelle* qui guide le droit international universel, comme sa source matérielle ultime⁽¹²⁶⁾, qui le fait progresser pour répondre aux nécessités changeantes de protection de la personne humaine et pour remplir le but fondamental de la réalisation de la justice. Je suis confiant que cette session annuelle d'études de 2007 de ce cher Institut international des droits de l'homme contribuera à la *prise de conscience* pour assurer les droits de l'homme des migrants dans le monde.

123 () *Fondements de la métaphysique des moeurs* (1785); voy. E. Kant, [*Critique de] la raison pratique*, Paris, P.U.F., 1963 [rééd.], p. 201.

124 () Karl POPPER, *In Search of a Better World*, London, Routledge, 2000 [reprint], p. 28.

125 () A.A. CANÇADO TRINDADE, "International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium...*", *op. cit. supra* n. (120), Partie I, pp. 40-42 et 179-184.

126 () *Ibid.* pp. 177-202.

LE DROIT À L'IDENTITÉ CULTURELLE DANS LA CONSTRUCTION JURISPRUDENTIELLE EN ÉVOLUTION DE LA COUR INTERAMERICAINE DES DROITS DE L'HOMME¹

Antônio Augusto Cançado Trindade

Juge de la Cour Internationale de Justice; Ancien Président de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme; Professeur Émérite de Droit International de l'Université de Brasília, Brésil; Professeur Honoraire de l'Université d' Utrecht; Membre du *Curatorium* de l'Académie de Droit International de La Haye et de l'Institut de Droit International; Président de la Société Latino-Américaine de Droit International.

I. INTRODUCTION

De nos jours, la communauté internationale a de plus en plus conscience de l'importance de la préservation de l'identité culturelle des êtres humains, des communautés humaines et des peuples. Bien que le droit à l'identité culturelle n'ait pas été expressément énoncé comme tel au moment de l'adoption de la Convention américaine relative aux droits de l'homme (de 1969), on l'a introduit à la Cour interaméricaine des droits de l'homme au cours des dernières années (1993-2006) dans une succession d'affaires relatives dans des contextes et circonstances différents.

Dans sa construction jurisprudentielle relative à cette question, la Cour a tenu compte du droit à l'identité culturelle comme d'un composant des autres droits protégés par la Convention américaine. Il n'est donc pas surprenant que l'identité culturelle soit ressortie et ait trouvé une expression dans la jurisprudence récente, évolutive, de la Cour interaméricaine. Cela est important et ne devrait pas être ignoré, et cette construction est vouée à d'autres évolutions à l'avenir. Cette étude a pour objet de revoir, aussi succinctement que possible, cette construction jurisprudentielle rassurante, et de chercher à en tirer certaines réflexions et conclusions.

1 Originellement publié in: A.A. Cançado Trindade, *Le Droit International pour la personne humaine*, Paris, Pédone, 2012, pp. 241-258.

II. CONSTRUCTION JURISPRUDENTIELLE

On peut faire référence aux décisions de la Cour dans les affaires *Aloeboetoe et Autres contre Suriname* (1993), celle des "Enfants des Rues" (*Villagrán Morales et autres contre Guatemala*, 1999-2001), *Bámaca Velásquez contre Guatemala* (2000-2002), la Communauté *Mayagna (Sumo) Awas Tingni contre Nicaragua* (2001), des *Communautés Indigènes Yakye Axa* et *Sawhoyamaxa contre Paraguay* (2006), et de la *Communauté Moiwana contre Suriname* (2005-2006). En se prononçant sur le fond et/ou les réparations dans ces affaires, la Cour interaméricaine a été attentive aux valeurs, traditions et croyances prévalant dans le milieu social où les violations des droits de l'homme avaient eu lieu, – que ce soit celles du *Saramacas* au Suriname, des Mayas au Guatemala, des membres de la Communauté *Mayagna* au Nicaragua, et des communautés *Yakye Axa* et *Sawhoyamaxa* au Paraguay. La construction jurisprudentielle qui en a résulté est importante pour la cristallisation du droit à l'identité culturelle de nos jours.

1. L'Affaire *Aloeboetoe et Autres contre Suriname* (1993)

Un prémisses à ce développement jurisprudentiel de la Cour interaméricaine réside dans l'affaire *Aloeboetoe et Autres contre Suriname* (Arrêt sur les réparations du 10.09.1993). En l'espèce, comme l'Etat défendeur avait reconnu sa responsabilité internationale (en 1991), la Cour a procédé à la détermination du montant des réparations dues aux proches des sept victimes assassinées. À cette fin, elle a pris en compte le droit coutumier de la communauté *Saramaca* (les *maroons*) à Suriname à laquelle elles appartenaient, et où la polygamie dominait; la Cour a par conséquent étendu le montant des réparations aux différentes veuves et leurs enfants.²

Les réparations que la Cour a ordonnées, de types différents (pécuniaires et non pécuniaires), comprenaient l'établissement de deux fonds en fidéicommis et la création d'une fondation ainsi que la réouverture d'une école localisée à Gujaba et le fonctionnement d'un dispensaire médical déjà en place. La contribution de l'arrêt de la Cour a précisément été de déterminer les réparations pour les violations des droits de l'homme dans un contexte social où

2 IACtHR, affaire *Aloeboetoe et Autres contre Suriname* (Réparations), Série C, n. 15, Arrêt du 10.09.1993, pp. 3-49, paragraphes 1-116.

les normes conventionnelles de protection s'appliquaient, prenant en compte les pratiques culturelles (comme la polygamie) dans la communauté des *maroons* (*Saramacas*) à Suriname à laquelle les sept victimes assassinées appartenaient.

2. L'Affaire des "Enfants des Rues" (Villagrán Morales et autres contre Guatemala, 1999-2001)

Six ans plus tard, dans l'affaire paradigmatique des "*Enfants des Rues*" (*Villagrán Morales et Autres contre Guatemala*, Arrêt du 19.11.1999), – son affaire principale concernant la large dimension ou l'étendue du droit fondamental à la vie qui comprend aussi les conditions pour vivre dans la dignité, – la Cour interaméricaine a considéré que, "par essence, le droit fondamental à la vie inclut non seulement le droit de chaque être humain à ne pas être privé de sa vie de manière arbitraire, mais aussi le droit que l'on ne l'empêchera pas d'avoir accès aux conditions qui garantissent une existence digne".³ La Cour a fait remarquer la responsabilité de l'Etat dans l'assassinat (exécution sommaire) par la police de cinq enfants ainsi que dans l'omission d'identifier leurs dépouilles et de les rendre aux mères (et grand-mères) des enfants, et d'enquêter sur les faits et de sanctionner les responsables, – des omissions qui:

"ont refusé aux parents les plus proches l'opportunité d'enterrer les jeunes selon leurs traditions, valeurs et croyances, et donc, qui ont augmenté leur souffrance" (paragraphe 173).

Dans l'arrêt suivant sur les réparations (du 26.05.2001) dans la même affaire des "*Enfants des Rues*" (*Villagrán Morales et autres*), la Cour a pris en compte cette affirmation pour déterminer les réparations, de différents types (pécuniaires et non pécuniaires), dues aux proches des cinq enfants assassinés. L'une d'elle consistait à garantir un enterrement correct des dépouilles selon les "croyances religieuses et les coutumes" de la famille (paragraphe 102). Une autre consistait à ordonner à l'Etat défendeur de "donner un nom à un centre éducatif faisant allusion aux jeunes victimes dans cette affaire, et d'y placer une plaque" avec leurs noms (paragraphe 103).⁴

3 La Cour a ajouté que "les Etats ont l'obligation de garantir la création de conditions requises afin que toute violation de ce droit de base ne se passe pas et surtout, ont le devoir d'empêcher ses agents d'enfreindre à celui-ci" (paragraphe 144).

4 Et points de résolution 6 et 7 de l'Arrêt.

Dans mon Opinion Individuelle dans l'affaire des "*Enfants des Rues*" (*Villagrán Morales et autres* (réparations), j'ai jugé bon de dire que:

"(...) Un monde qui abandonne ses enfants dans les rues n'a pas de futur; il ne rend plus possible la création et le développement d'un projet de vie. Un monde qui néglige ses personnes âgées n'a pas de passé; il ne participe plus à l'héritage de l'humanité. Un monde qui ne connaît et ne valorise que le présent éphémère et fuyant (et par conséquent désespéré) n'inspire ni la foi ni l'espoir. Un monde qui tente d'ignorer la précarité de la condition humaine n'inspire aucune confiance. C'est un monde qui a déjà perdu de vue la dimension temporelle de l'existence humaine. C'est un monde qui ignore la perspective intergénérationnelle, c'est-à-dire les devoirs que chacun a par rapport à ceux qui sont déjà passés par le chemin de leurs vies (nos ancêtres) ainsi que par rapport à ceux qui doivent encore le faire (nos descendants). C'est un monde où chacun survit au milieu d'une désintégration spirituelle totale. C'est un monde qui est simplement devenu déshumanisé et qui a aujourd'hui besoin de façon urgente de se réveiller à des vraies valeurs.

(...) Même si les responsables de l'ordre établi ne le perçoivent pas, la souffrance des exclus est inéluctablement projetée sur l'ensemble du *corpus* social. (...) La souffrance humaine a une dimension qui est à la fois personnelle et sociale. Par conséquent, les dommages causés à chaque être humain, aussi humble qu'il soit, ont un impact sur l'ensemble de la communauté. Comme la présente affaire le révèle, les victimes sont amplifiées dans les personnes des proches survivants qui sont aussi forcées de vivre avec la souffrance infligée par le silence, l'indifférence et l'oubli des autres" (paragraphes 21-22).

Les arrêts précités de la Cour (fond et réparations) dans le cas des "*Enfants des Rues*" (*Villagrán Morales et autres*) ont été réellement novateurs pour leur conception du droit à la vie puisqu'ils englobent les conditions d'une vie digne respectant les pratiques culturelles et les croyances religieuses, et ils ont été reçus très positivement par la doctrine juridique contemporaine⁵; ils font de nos jours partie de l'histoire de la protection internationale des droits de l'homme, et

5 Cf., par exemple, CEJIL, *Crianças e Adolescentes - Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, CEJIL/Brazil, 2003, pp. 7-237; Casa Alianza, *Los Pequeños Mártires...*, San José of Costa Rica, Casa Alianza/A.L., 2004, pp. 13-196; K. Quintana Osuna et G. Citroni, "I minori d'età di fronte alla Corte Inter-

ont ouvert la voie à une avancée jurisprudentielle remarquable sur les problèmes traités, – un de ceux-ci ayant trait au respect envers les dépouilles des cinq jeunes assassinés dans le cas d'espèce.

3. L'AFFAIRE *BÁMACA VELÁSQUEZ CONTRE GUATEMALA* (2000-2002)

Ensuite, dans l'affaire *Bámaca Velásquez contre Guatemala* (Fond, Arrêt du 25.11.2000), la Cour a pris en compte le droit des proches de la personne disparue, torturée et tuée (M. Efraín Bámaca Velásquez), à un enterrement correct de la dépouille de ce dernier afin de préserver la signification du rite dans la culture Maya.⁶ Dans mon Opinion Individuelle j'ai souligné l'importance de l'identification de la dépouille de la victime dans la culture Maya, et du respect de celle-ci, et je me suis longuement étendu sur quatre points, à savoir le respect des morts par les personnes du monde des vivants; l'unité du genre humain dans les liens entre les vivants et les morts; les liens de solidarité entre les morts et les vivants; et la prévalence du droit à la vérité concernant les morts et les vivants (paragraphes 1-40). De plus, dans la même Opinion Individuelle, j'ai jugé bon de lier, en termes positifs, la diversité culturelle à l'universalité des droits de l'homme:

“La solidarité humaine se manifeste non seulement dans une dimension *spatiale* – c'est-à-dire dans l'espace partagé par tous les peuples du monde, – mais aussi dans une dimension *temporelle* – c'est-à-dire parmi les générations qui se sont succédées au fil du temps, prenant le passé, le présent et le futur ensemble. C'est la notion de solidarité humaine interprétée de façon large, et non la souveraineté de l'Etat, qui est à la base de toute la pensée contemporaine sur les droits inhérents à l'être humain.

C'est ce qui explique l'importance des cultures, – comme un lien entre chaque être humain et la communauté dans laquelle il vit (le monde extérieur), – démontrée de par l'attention unanime qu'elles prêtent au respect dû aux morts. Dans les milieux sociaux autant imprégnés d'une perspective communautaire, – tels que les milieux africains par exemple, – un sentiment d'harmonie entre les vivants et les morts,

mericana dei Diritti dell'Uomo”, 2 *Pace Diritti Umani* - Università di Padova , 2005, pp. 55-101, en particulier pp. 69-72.

⁶ IACtHR, affaire *Bámaca Velásquez contre Guatemala* (Fond), Série C, n. 70, Arrêt du 25.11.2000, pp. 3-149, paragraphes 1-230.

entre l'environnement naturel et les esprits qui l'animent, domine.⁷ Les manifestations culturelles devraient trouver une expression dans l'univers du Droit. Cela n'équivaut pas du tout à un "relativisme culturel" mais plutôt à une reconnaissance de l'importance de l'identité et diversité culturelles pour l'efficacité des normes juridiques.

Les adeptes de ce fameux "relativisme culturel" semblent oublier quelques éléments de base incontestables, à savoir: premièrement, les cultures ne sont pas statiques, elles se manifestent de manière dynamique *dans le temps*, et se sont montrées ouvertes aux avancées dans le domaine des droits de l'homme au cours des dernières décennies⁸; deuxièmement, plusieurs traités relatifs aux droits de l'homme ont été ratifiés par des Etats ayant des cultures des plus diverses; troisièmement, il y a des traités plus récents, – tels que la Convention relative aux droits de l'enfant (1989), – qui, dans leurs travaux préparatoires,⁹ ont pris en compte la diversité culturelle et jouissent aujourd'hui d'un consensus virtuellement universel¹⁰; quatrièmement, la diversité culturelle n'a jamais été un obstacle à la formation d'un noyau universel de droits fondamentaux auxquels on ne peut déroger et qui sont énoncés dans plusieurs traités relatifs aux droits de l'homme; cinquièmement, les Conventions de Genève sur le droit international humanitaire font l'objet d'un consensus virtuellement universel. (...)

Tout cela indique la prévalence de la sauvegarde des droits impératifs auxquels on ne peut pas déroger dans n'importe quelle circonstance (en temps de paix aussi bien qu'en temps de conflit armé). Les convergences normatives et interprétatives entre le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire, reconnues dans le présent arrêt concernant l'affaire *Bámaca Velásquez* (paragraphe 205-207), contribuent à placer ces droits impératifs, – commençant par le droit fondamental à la vie, – définitivement dans le domaine du *jus cogens*.

7 J. Matringe, *Tradition et modernité dans la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 69-70.

8 Par exemple, les droits des femmes dans diverses parties du monde. De plus, personne n'oserait nier, par exemple, le droit à l'identité culturelle qui aurait en lui-même, une dimension universelle; V. Y. Donders *et al* (eds.), *Law and Cultural Diversity*, Utrecht, SIM, 1999, pp. 41, 72 et 77.

9 V. S. Detrick (ed.), *The United Nations Convention on the Rights of the Child - A Guide to the Travaux Préparatoires*, Dordrecht, Nijhoff, 1992, pp. 1-703.

10 Avec de très rares exceptions.

Les droits de l'homme universels trouvent un support dans la spiritualité de toutes les cultures et religions ¹¹; ils sont enracinés dans l'esprit humain; ils ne sont donc pas l'expression d'une culture particulière (occidentale ou n'importe qu'elle autre), mais plutôt celle de la *conscience juridique universelle*. Tous les progrès précités, dus à cette conscience juridique universelle, ont pris place en tenant compte de la diversité culturelle. Contrairement à ce que les porte-paroles du fameux "relativisme culturel" prêchent, les manifestations culturelles (au moins celles qui s'alignent sur les standards universellement acceptés relatifs au traitement de l'être humain et au respect de leurs morts) ne constituent pas d'obstacles à la prévalence des droits de l'homme; c'est plutôt le contraire: le *substratum* culturel des normes de protection de l'être humain contribue beaucoup à garantir leur efficacité. De telles manifestations culturelles – telle que celles du respect des personnes du monde des vivants, titulaires de droits et de devoirs, envers les morts – sont comme des pierres superposées avec lesquelles la grande pyramide¹² de l'universalité des droits de l'homme est érigée" (paragraphe 23-25 et 27-28).

Dans son jugement suivant sur les réparations (du 22.02.2002), dans la même affaire *Bámaca Velásquez*, la Cour interaméricaine a pris en compte les usages et pratiques des Mayas – y compris leur conception suivant laquelle "la famille est un tout" (paragraphe 52) – pour la détermination des réparations dues aux proches de M. Efraín Bámaca Velásquez. La Cour a gardé à l'esprit leur souffrance (paragraphe 63), aggravée dans le contexte de la culture Maya (le groupe ethnique Mam) par le fait de "ne pas avoir été capable d'enterrer la dépouille d'Efraín Bámaca Velásquez" (paragraphe 65(b)). Par conséquent, la Cour a déterminé que l'Etat "devait localiser" sa dépouille et "la rendre à ses parents les plus proches afin qu'elle soit enterrée en accord avec leurs coutumes et croyances religieuses" (paragraphe 79). Il est important de noter que le tout *premier* point de résolution de l'arrêt contenait cet ordre avant tout autre type de réparations.

Comme je l'ai mentionné dans mon Opinion Individuelle (paragraphe 14) jointe à cet arrêt sur les réparations, on ne doit pas

11 V. *Les droits de l'homme - bien universel ou fruit de la culture occidentale?* (Colloque de Chantilly/France, Mars 1997), Avignon, Institut R. Schuman pour l'Europe, 1999, pp. 49 et 24.

12 Pour évoquer une image assez correcte pour la riche culture Maya.

ignorer le fait que la souffrance de ceux qui sont morts peut avoir une incidence sur la détermination même des réparations, qui sont une sorte de projection révélant la souffrance humaine dans le temps et dans les relations entre les vivants et les morts. Et j'ai ajouté:

“Une des manifestations de l'unité du genre humain se trouve dans les liens entre les vivants (titulaires de droits fondamentaux) et les morts (avec leur héritage spirituel).¹³ Ainsi, par exemple, le respect des morts est dû envers les personnes du monde vivant. Le respect des morts, toujours entretenu dans les cultures et les religions les plus différentes, est sauvegardé dans le domaine du Droit¹⁴ qui donne ainsi une expression concrète au sentiment universel de la conscience humaine. En effet, en droit comparé, on voit que les codes pénaux de plusieurs pays caractérisent et sanctionnent les crimes contre le respect dû aux morts (tels que, par exemple, le retrait et la dissimulation de la dépouille d'un être humain). La question se pose dans la jurisprudence nationale aussi bien qu'internationale¹⁵. De même, le Droit international humanitaire impose expressément le respect envers les dépouilles des personnes mortes ainsi qu'une sépulture respectant la dignité de celles-ci¹⁶.

L'existence de ces normes traduit la quête constante – présente dans les cultures et traditions philosophiques de tous les peuples à toutes les époques – des êtres humains pour comprendre la mort. Mais malgré toute l'attention dédiée à ce thème de la mort dans les cultures et les modes d'expression des sentiments humains (comme la littérature et les arts), la riche pensée contemporaine relative aux droits inhérents de l'être humain s'est curieusement focalisée presque exclusivement sur les personnes du monde des vivants (comme titulaires de ces droits), sans se souvenir suffisamment clairement des liens

13 Tel que je me suis permis de noter dans mes Opinions séparées dans les affaires *Bámaca Velásquez* (fond, 2000, paragraphes 14-18) et *“Enfants des Rues”* (réparations, 2001, paragraphe 25).

14 Déjà le droit de la Rome Antique, par exemple, garantissait pénalement un tel respect envers les morts.

15 V., en référence à ce dernier, par exemple, l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice (du 16.10.1975) sur le *Sahara Occidental*, *C.I.J. Rec.* 1975, pp. 68, 36 et 41, paragraphes 162, 70 et 87.

16 Convention de Genève de 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, article 130; Protocole additionnel I de 1977 aux Conventions de Genève de 1949, article 34.

entre celui-ci et le monde des morts, ne serait-ce que pour en déterminer les conséquences juridiques. Cette omission doit être remplie en gardant en l'esprit, pour commencer, que nous vivons tous *dans le temps*, et que les normes juridiques sont créées, interprétées et appliquées selon *le temps*. (...)

La conscience juridique se forme progressivement et évolue avec la succession des générations dans l'objectif de la réalisation du bien face à la souffrance humaine. L'accumulation au fil du temps de manifestations culturelles, de traditions et d'idéaux ont formé le patrimoine moral des peuples qui a ensuite eu des répercussions sur l'évolution du Droit. Ainsi, ceux d'entre nous qui sont vivants jouissent des droits qui ont été octroyés par les générations passées et avons le devoir de contribuer à l'évolution de ces droits au bénéfice des générations futures. L'équité intergénérationnelle est nourrie par l'esprit de la solidarité humaine" (paragraphe 2-3 et 21).

4. L'AFFAIRE DE LA COMMUNAUTÉ MAYAGNA (SUMO) AWAS TINGNI CONTRE NICARAGUA (2000-2002)

Dans l'affaire de la *Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni contre Nicaragua* (Fond et Réparations, Arrêt du 31.08.2001), la Cour interaméricaine a élaboré en détail une interprétation intégrale de la cosmovision indigène traitant notamment de la relation des membres de la communauté avec leurs terres ancestrales. Cela avait constitué le point central de son nouvel arrêt, lequel est devenu, dans sa jurisprudence évolutive, l'affaire principale sur la question spécifique de l'identité culturelle. Prêter attention à ce problème était vu comme une condition préalable essentielle pour garantir l'efficacité des normes de protection des droits de l'homme, à la fois au niveau national et au niveau international. La Cour a remarqué que pour les membres des communautés indigènes telles que les *Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, la relation avec leurs terres ne se limitait pas à une simple question de possession et de production, mais constituait plutôt un élément de base matériel et spirituel de leur culture, essentiel à la préservation de leur héritage et leur transmission aux générations futures (paragraphe 149).

L'arrêt de la Cour a rappelé entre autres que la Constitution nationale nicaraguayenne prévoyait la préservation et le développement de l'identité culturelle (au sein de l'unité nationale) et

des formes d'organisation sociale propres aux peuples indigènes, ainsi que le maintien des formes collectives de possession des terres ainsi que l'usage et la jouissance de ces dernières (article 5).¹⁷ Des formes de manifestation culturelle et d'auto-organisation sociale de ce genre se sont donc peu à peu matérialisées dans des normes juridiques et dans la jurisprudence, aux niveaux national et international.

La Cour a reconnu l'importance du renforcement de la relation spirituelle et matérielle des membres de la Communauté avec les terres qu'ils ont occupées, non seulement pour préserver l'héritage des générations passées, mais aussi pour maintenir les responsabilités qu'ils ont à assumer envers les générations à venir. La préoccupation en faveur de la prédominance de l'élément de *conservation* (par rapport à la simple exploitation des ressources naturelles) reflétait une manifestation culturelle de l'intégration de l'être humain dans la nature et le monde dans lequel il vit. Une telle interprétation est, à mon avis, projetée à la fois dans l'espace et le temps puisque les êtres humains se lient à l'espace avec le système naturel auquel ils font partie (et qu'ils doivent traiter avec attention et soin), et au fil du temps, à d'autres générations (passées et futures),¹⁸ envers lesquelles ils ont des obligations.

Dans son arrêt dans l'affaire de la *Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni contre Nicaragua* (Fond, 2001), la Cour a offert une protection à toute une communauté indigène (comme partie plaignante), et à son droit à la propriété collective de ses terres (conformément à l'article 21 de la Convention). Les audiences publiques devant la Cour dans cette affaire ont été particulièrement instructives concernant le droit coutumier de la communauté indigène *Mayagna Awas Tingni*. Au regard de l'article 21 de la Convention, la Cour a décidé que la délimitation, la démarcation et la délivrance du titre de propriété des terres à la communauté indigène

17 V. également les articles 89 et 180 de la Constitution nationale nicaraguayenne.

18 Les générations futures commencent à attirer l'attention de la doctrine contemporaine de droit international; cf., par exemple, A.-Ch. Kiss, "La notion de patrimoine commun de l'humanité", *R.C.A.D.I.*, Vol. 175, 1982, pp. 109-253; E. Brown Weiss, *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity*, Tokyo/Dobbs Ferry N.Y., United Nations University/Transnational Pubs., 1989, pp. 1-351; E. Agius et S. Busuttill *et alii* (eds.), *Future Generations and International Law*, London, Earthscan, 1998, pp. 3-197; J. Symonides (ed.), *Human Rights: New Dimensions and Challenges*, Paris/Aldershot, UNESCO/Dartmouth, 1998, pp. 1-153.

Mayagna Awas Tingni devaient être conformes à son droit coutumier, ses usages et habitudes.¹⁹

En rendant cette importante décision, la Cour a pris en compte le fait que “parmi les personnes indigènes, il existe une tradition communautaire concernant une forme commune de propriété collective de la terre selon laquelle la possession de cette dernière n’est pas centrée sur un individu mais plutôt sur le groupe et sa communauté. (...) Pour les communautés indigènes, la relation avec la terre n’est pas seulement une question de possession et de protection mais plutôt un élément matériel et spirituel dont ils doivent jouir pleinement afin de préserver leur héritage culturel et le transmettre aux générations futures” (paragraphe 141).

La Cour a aussi remarqué que “les liens proches des indigènes avec la terre doivent être reconnus et compris comme la base fondamentale de leur culture, leur vie spirituelle, leur intégrité, et leur survie économique” (paragraphe 149). Au travers de son raisonnement (quant au fond), la Cour a pris en compte le “droit coutumier des peuples indigènes” (paragraphe 151). Et en vue des réparations, la Cour a également pris en compte les “droit coutumier, valeurs, coutumes et autres éléments” de la communauté indigène *Mayagna Awas Tingni* (paragraphe 164). L’interprétation et l’application par la Cour interaméricaine du contenu normatif de l’article 21 de la Convention américaine dans la présente affaire de la *Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni*²⁰ représentent une contribution positive importante à la protection de la forme collective de propriété qui domine parmi les membres de cette Communauté.

19 A.A. Cançado Trindade, “The Inter-American System of Protection of Human Rights: The Developing Case-Law of the Inter-American Court of Human Rights (1982-2005)”, in F. Gómez Isa and K. de Feyter (eds.), *International Protection of Human Rights: Achievements and Challenges*, Bilbao, Université de Deusto, 2006, p. 492.

20 Pour une étude de l’arrêt de la Cour, v., en général, par exemple, F. Gómez Isa (ed.), *El Caso Awas Tingni contra Nicaragua - Nuevos Horizontes para los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas*, Bilbao, Université de Deusto, 2003, pp. 9-60; et V. aussi, par exemple, C. Binder, “The Case of the Atlantic Coast of Nicaragua: The *Awas Tingni* Case”, in J. Castellino, N. Walsh (eds.), *International Law and Indigenous Peoples*, Leiden, Nijhoff/R. Wallenberg Institute, 2005, pp. 249-267.

5. L'AFFAIRE DE LA COMMUNAUTE INDIGENE YAKYE AXA CONTRE PARAGUAY (2005-2006)

Cinq ans plus tard, le problème a de nouveau été soumis à la Cour dans les affaires des *Communautés Indigènes Yakye Axa* (2005-2006) et *Sawhoyamaya* (2006), toutes deux concernant le Paraguay. Du fait de la commercialisation de leurs terres décidée par l'Etat, les membres des deux communautés indigènes ont été expulsés de force, et survivent maintenant au bord d'une route dans des conditions de pauvreté extrême. Certains des membres des communautés ont contracté des maladies et sont décédés dans cet état de pauvreté. La décision de la Cour (du 06.02.2006) dans l'affaire des *Communautés Indigènes Yakye Axa contre Paraguay* (Interprétation de l'arrêt) a fait que le retour définitif des terres collectives à la Communauté précitée avait pour objectif ultime, tel que je l'ai souligné dans mon Opinion Individuelle, la "survie de l'identité culturelle des membres de cette Communauté", en protégeant dûment leur "droit fondamental à la vie *lato sensu* comprenant leur identité culturelle" (paragraphe 8).

La *conscience juridique universelle*, – qui est à mon avis la source *matérielle* ultime de tout Droit, – a évolué au point de reconnaître cette nécessité pressante. C'est ce dont j'ai également parlé dans mon Opinion Individuelle en rappelant les contenus – concernant l'importance essentielle des identités culturelles et du patrimoine culturel pour l'humanité – de la triade des Conventions de l'UNESCO concernant la Protection du patrimoine mondial culturel et naturel (de 1972), concernant la Sauvegarde du patrimoine culturel immatériel (de 2003), and concernant la Protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles (de 2005 (paragraphe 9-11)). Cette dernière a rajouté que la diversité culturelle ne peut être protégée et promue qu'au moyen de la sauvegarde des droits de l'homme.²¹ Et dans la même Opinion séparée jointe à l'affaire de la *Communauté Indigène Yakye Axa*, j'ai ajouté que

21 Article 2(1) de la Convention de l'UNESCO de 2005. V., à cet égard, en général, par exemple, A.Ch. Kiss et A.A. Cançado Trindade, "Two Major Challenges of Our Time: Human Rights and the Environment", in *Human Rights, Sustainable Development and Environment* (Seminaire de Brasilia de 1992, ed. A.A. Cançado Trindade), 2^e ed., Brasilia/San José de Costa Rica, IHR/BID, 1995, pp. 289-290; A.A. Cançado Trindade, *Direitos Humanos e Meio Ambiente: Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional*, Porto Alegre/Brazil, S.A. Fabris Ed., 1993, pp. 282-283.

“Selon ma conception, la conscience juridique universelle a évolué vers la reconnaissance claire de l'importance de la diversité culturelle pour l'universalité des droits de l'homme, et vice-versa. Elle a aussi évolué vers l'*humanisation* du Droit International et la formation d'un nouveau *jus gentium* en ce début de 21^e siècle, d'un Droit international pour l'humanité, - et susmentionnée les 3 Conventions de l'UNESCO (de 1972, 2003 et 2005) sont, selon moi, une des nombreuses manifestations contemporaines de la conscience humaine dans ce sens²².

On ne peut vivre dans un monde en déracinement et en abandon constants. L'être humain a un besoin spirituel de racine. Les membres des communautés traditionnelles valorisent particulièrement leurs terres qu'ils considèrent comme leur appartenant de la même manière qu'ils pensent “appartenir” à leurs terres. Dans le cas présent, le retour définitif des terres aux membres de la Communauté Yakye Axa est une forme nécessaire de réparation qui de plus protège et préserve leur propre identité culturelle et finalement, leur droit fondamental à la vie *lato sensu*” (paragraphe 12-14).

6. L'AFFAIRE DE LA COMMUNAUTÉ INDIGÈNE SAWHOYAMAXA CONTRE PARAGUAY (2006)

Peu après, dans son arrêt (du 29.03.2006) dans l'affaire de la *Communauté Indigène Sawhoyamaxa contre Paraguay*, la Cour interaméricaine a souligné les mesures positives à prendre afin de protéger et préserver le droit impératif à la vie des membres de la Communauté (paragraphe 148-153), et les réparations ordonnées (y compris la dévolution des terres ancestrales, paragraphes 206-211) traduisaient la nécessité pressante de préserver l'identité culturelle de la Communauté en question (paragraphe 218-219, 226 et 231). Dans mon Opinion Individuelle, j'ai jugé bon de livrer cette réflexion:

“Le concept de *culture*, – provenant du romain “*colere*”, signifiant cultiver, prendre en compte, entretenir et préserver, – s'est manifesté initialement dans l'agriculture (l'entretien de la terre). Avec Cicéron, le concept a été utilisé pour des

22 Cf. A.A. Cançado Trindade, “International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* - General Course on Public International Law - Part I”, in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye [RCADI]*, 2005, vol. 316, pp. 365-396.

questions de l'esprit et de l'âme (*cultura animi*).²³ Avec le *passage du temps*, il a fini par être associé à l'humanisme avec l'attitude de préservation des choses du monde, y compris celles du passé.²⁴ Les peuples – les êtres humains dans leur milieu social – développent et préservent leurs cultures pour comprendre et se lier au monde extérieur devant le mystère de la vie. Ceci explique l'importance de l'identité culturelle comme composant ou somme du droit fondamental à la vie" (paragraphe 4).

Et ensuite, dans la même Opinion Individuelle, j'ai aussi mis l'accent sur la "relation proche et inéluctable" entre le droit à la vie *lato sensu* et l'identité culturelle (comme un de ses composantes): concernant les membres des communautés indigènes, j'ai ajouté:

"l'identité culturelle est liée de près à leurs terres ancestrales. S'ils sont privés de ces dernières du fait de leurs déplacements forcés, leur identité culturelle en est sérieusement affectée, et leur droit à la vie *lato sensu*, c'est-à-dire le droit à la vie de chacun des membres de toutes les communautés, l'est finalement également" (paragraphe 28).

Quand cela se passe ainsi, ils se retrouvent dans une situation de "grande vulnérabilité", de marginalisation sociale et d'abandon, comme dans le cas d'espèce (paragraphe 29). Les représentants légaux des victimes dans la présente affaire de la *Communauté Sawhoyamaxa* ont mentionné, dans leur mémoire final (soumis à la Cour le 16.02.2006), que "le fait de ne pas pouvoir vivre sur leur terre a privé les membres de la Communauté de leurs pratiques telles que celle d'enterrer leurs morts selon leurs rites et croyances" (*cit.* dans paragraphe 30). Leur identité culturelle a donc été "gravement atteinte" puisque le fait de vivre sur leurs terres ancestrales est essentiel à la "préservation de leurs valeurs" (paragraphe 30). Une action portant atteinte à leur identité culturelle, comme cela s'est produit dans le cas présent, constituait donc une violation de leur droit de vivre (droit à la vie *lato sensu*) dignement (paragraphe 33).²⁵

23 H. Arendt, *Between Past and Future*, N.Y., Penguin, 1993 [réed.], pp. 211-213.

24 *Ibid.*, pp. 225-226.

25 V., par exemple, D. Prémont, F. Montant (eds), *Actes du Symposium sur le droit à la vie - Quarante ans après l'adoption de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme: évolution conceptuelle, normative et jurisprudentielle*, Genève, CID, 1992, pp. 1-91; J.G.C. van Aggelen, *Le rôle des organisations internationales dans la protection du droit à la vie*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1986, pp. 1-89; B.G. Ramcharan

7. L'AFFAIRE DE LA *COMMUNAUTÉ MOIWANA CONTRE SURINAME* (2005-2006)

L'arrêt de la Cour interaméricaine du 15.06.2005 dans l'affaire de la *Communauté Moiwana contre Suriname* (fond et réparations) avait pour objet le massacre des N'djukas du village de Moiwana et le drame du déplacement forcé des survivants. La Cour a valorisé comme il se devait la relation des N'djukas du Moiwana avec leur terre traditionnelle en la considérant comme étant d'une "importance spirituelle, culturelle et matérielle vitale", notamment pour la préservation de "l'intégrité et l'identité" de leur culture. La Cour a pris en compte que "selon la coutume N'djukas, l'ensemble du peuple a des droits plus vastes sur leurs terres; les membres de la communauté considèrent que ces droits sont perpétuels et inaliénables" (paragraphe 86(6)).

En plus de révéler le drame contemporain des personnes déplacées et de leur déracinement, l'arrêt de la Cour a ordonné une série de mesures de réparations (comprenant des indemnisations ainsi que des réparations pécuniaires de différents types), y compris des mesures pour promouvoir le retour volontaire des personnes déplacées sur leurs terres et dans leur communauté d'origine, à Suriname. La délimitation, la démarcation et la délivrance d'un titre de propriété des terres collectives des N'djukas dans la Communauté Moiwana comme formes non pécuniaire de réparation ont des répercussions plus grandes que l'on ne pourrait le penser à première vue.

Dans ma longue Opinion Individuelle qui accompagnait cet arrêt, j'ai rappelé ce que les membres survivants de la Communauté Moiwana ont fait remarquer à la Cour (à l'audience publique du 09.09.2004), que le massacre en question, perpétré à Suriname en 1986, planifié par l'Etat, avait "détruit la tradition culturelle (...) des communautés *Maroon* en Moiwana" (paragraphe 80). Depuis ce massacre, les membres de la Communauté étaient tourmentés; ils ont été incapable d'enterrer correctement les dépouilles des personnes qui leur étaient chères, et ont subi les tensions dues au déracinement, un problème

(ed.), *The Right to Life in International Law*, Dordrecht, Nijhoff, 1985, pp. 1-314. – Le lucide auteur roumain Eugène Ionesco a prévenu que "dans notre monde déspiritualisé, la culture finit par nous autoriser à transcender le monde de la vie de tous les jours et de rapprocher les hommes les uns des autres. La culture unit les hommes, la politique les séparent"; E. Ionesco, *El Hombre Cuestionado*, Buenos Aires, Emecé Ed., 2002 [réédition], p. 34.

relevant des droits de l'homme qui est posé à la conscience juridique universelle d'aujourd'hui (paragraphe 13-22). Leur souffrance a duré dans le temps pendant presque vingt ans (paragraphe 24-33). Dans leur culture, la mort avait une importance décisive aux yeux des vivants, aux yeux des survivants (paragraphe 41-46) qui avaient des devoirs envers leurs morts (paragraphe 47-59).

J'ai ajouté dans la même Opinion Individuelle (paragraphe 60-61) que des devoirs de ce genre, le respect des relations entre les vivants et les morts, étaient présents à l'origine du droit des nations, comme l'a mentionné au 17^e siècle Hugo Grotius dans le chapitre XIX du livre II de son ouvrage classique *De Jure Belli ac Pacis* (1625) dédié au "droit à des obsèques" inhérent à tous les êtres humains conformément à un précepte de "vertu et humanité".²⁶ Et le *principe* même d'*humanité*, – ainsi rappelé par le savant philosophe du droit Gustav Radbruch, – doit beaucoup aux anciennes cultures, puisqu'il est le fruit de l'association dans le temps des spiritualités des êtres humains²⁷.

Dans le présente affaire de la *Communauté Moiwana*, au-delà des dommages moraux, j'ai soutenu dans mon Opinion Individuelle précitée l'idée de se représenter véritables *dommages spirituels* (paragraphe 71-81) et, au-delà du *droit à un projet de vie*, j'ai osé identifier ce que j'ai appelé le *droit à un projet d'au-delà*:

"Au travers des sept années passées, la Cour interaméricaine a affirmé dans sa jurisprudence le *droit au projet de vie*, en particulier dans les affaires *Loayza Tamayo* (Réparations, 1998), *Villagrán Morales et autres* (dite "*Enfants des Rues*", Fond, 1999, et Réparations, 2001), et *Cantoral Benavides* (Réparations, 2001). La contribution de la Cour interaméricaine – dont on trouve des des exemples similaires dans la jurisprudence de certains tribunaux nationaux révélés par le droit comparé, – a attiré l'attention de la doctrine juridique internationale contemporaine sur ce point. Elle a été reçue de façon positive. De plus, dans d'autres affaires soumises à la Cour interaméricaine, le droit de projet de vie a été évoqué par les parties plaignantes au niveau individuel (affaires *Myrna Mack Chang*, 2003; *Frères Gómez Paquiyauri*, 2004; *Carpio Nicolle et autres*, 2004; et *De la Cruz Flores*,

26 H. Grotius, *Del Derecho de la Guerra y de la Paz* [1625], vol. III (livres II et III), Madrid, Edit. Reus, 1925, pp. 39, 43 et 45, et vol. V, p. 55.

27 G. Radbruch, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, 3^e éd., Mexico/Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1965, pp. 153-154.

2004), au niveau familial (affaire *Molina Theissen*, 2004), et au niveau communautaire (affaire du *Massacre de Plan de Sánchez*, Réparations, 2004).

La présente affaire de la *Communauté Moiwana* nous emmène à mon avis, plus loin que le droit émergeant de projet de vie. Il y a quelques années, la Cour avait innové en affirmant l'existence d'un *dommage au projet de vie*, mais la construction ne prenait en compte que les vivants. Néanmoins, dans le cas présent, je peux me représenter, dans le chagrin des N'djukas du village de Moiwana, un droit au projet d'au-delà, prenant en compte les vivants dans leurs relations avec les morts. Le droit international général et le droit international des droits de l'homme en particulier ne peuvent pas rester indifférents aux manifestations spirituelles des êtres humains telles que celles exprimées dans les débats devant cette Cour dans l'affaire de la *Communauté Moiwana*.

Il n'y a pas de raison convaincante de rester dans le monde exclusivement des vivants. Dans le cas d'espèce, il me semble que les N'djukas ont certainement le droit de chérir leur projet d'au-delà, leurs rencontres avec leurs ancêtres, la relation harmonieuse entre les vivants et les morts. Leur perspective de la vie et de l'au-delà incarnent des valeurs fondamentales (...).

Mes années d'expérience au sein de la Cour interaméricaine m'ont permis de juger des cas qui ont soulevé des questions au-delà du monde des vivants (tel que l'affaire *Bámaca Velásquez*, 2000-2002, et celle du *Massacre de Plan de Sánchez*, 2004, parmi d'autres). Il y a eu des cas avec un contenu dense en aspects culturels, et les solutions auxquelles la Cour est parvenue m'ont donné l'impression qu'il y avait un environnement propice pour aller plus loin. Depuis ces décisions, j'ai beaucoup réfléchi à la question, et la présente affaire de la *Communauté Moiwana* me semble constituer une occasion on ne peut plus adéquate de proposer une catégorie entièrement nouvelle de dommages non couverts par les catégories existantes aujourd'hui" (paragraphe 67-70).

Dans la même ligne de raisonnement et au regard des circonstances de la présente affaire, je me suis ensuite tourné vers ce que j'ai appelé le *dommage spirituel*, que je cherche à développer conceptuellement comme étant:

“une forme aggravée de dommages moraux qui a un impact direct sur ce qui est de plus intime aux yeux de la personne humaine, à savoir son for intérieur, ses croyances dans le destin humain, ses relations avec les morts. Ce *dommage spirituel* n’engendrerait bien sûr pas de réparations pécuniaires mais plutôt d’autres formes de réparation. À ma connaissance, l’idée est lancée ici pour la toute première fois.

Cette nouvelle catégorie de dommages, – telle que je la perçois – incarne le principe d’humanité dans une dimension temporelle, englobant les vivants dans leurs relations avec les morts ainsi que les personnes à naître qui forment les générations futures. C’est ainsi que je vois les choses. Le principe de *humanitas* est en fait le fruit d’une longue projection historique et doit beaucoup aux cultures anciennes (en particulier à celle des Grecs), puisqu’il est le fruit de l’association, dans le temps, des spiritualités des êtres humains²⁸.

Ce nouveau type de dommages que je propose ici peut être distingué des dommages moraux tels qu’on les entend aujourd’hui. Je vais me permettre de m’étendre sur ce point un moment. Les dommages moraux se sont développés dans la science juridique en raison de l’influence décisive de la théorie de responsabilité civile qui a fini par être construite surtout au regard du principe fondamental du *neminem laedere* ou *alterum non laedere*. Cette conception de base a été transposée du droit interne au droit international, englobant l’idée d’une réaction de l’ordre juridique international vis-à-vis des actes nuisibles (ou omissions) à la personne humaine (individuellement et collectivement) et aux valeurs sociales partagées” (paragraphe 71-73).²⁹

28 G. Radbruch, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, 3^e ed., Mexico/Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1965, pp. 153-154.

29 J’ai ajouté que “la détermination des dommages moraux résultant de cela (expliqué par la notion de droit Romain d’*intérêt id quod*) a, dans la pratique juridique (nationale et internationale), pris généralement la forme de “quantifications” des dommages. De plus, une “quantification” de ce genre est entreprise comme une forme de réparation au bénéfice essentiellement des vivants (victimes directes ou indirectes). Cependant, lorsque l’on en vient aux dommages *spirituels* proposés, je ne peux pas voir comment séparer les vivants des morts” (paragraphe 74). De plus, - j’ai poursuivi, - “dans une perspective historique, l’ensemble de la discussion doctrinale sur les dommages moraux a été marquée par l’opposition stérile entre eux qui ont admis la possibilité de réparation de dommages moraux (par exemple Carnelutti, Ripert, Mazeaud et Mazeaud, Aubry et Rau, et d’autres) et ceux qui l’ont niée (par exemple Savigny, Massin, Pedrazzi, Esmein, et d’autres); le point qu’ils ont tous manqué dans leurs querelles incessantes

Dans mon Opinion Individuelle, j'ai également rappelé que le témoignage soumis à la Cour dans le cas d'espèce indiquait que, dans la cosmovision des N'djukas, dans des circonstances similaires à celles du cas présent, "les vivants et leurs morts souffrent ensemble et ceci revêt une dimension intergénérationnelle". A mon avis, contrairement aux dommages moraux, le *dommage spirituel* n'était pas susceptible de "quantification" et ne pouvait être réparé, et un recours ne pouvait être garanti qu'au moyen d'obligations d'agir (*obligaciones de hacer*), sous la forme de *satisfaction* (par exemple, honorer les morts dans les personnes des vivants) (paragraphe 77).³⁰ En fait, les preuves d'experts soumises à la Cour faisaient ainsi expressément référence aux "maladies causées spirituellement".³¹

sur le *pretium doloris* était le fait que la réparation ne se limitait pas, et ne se limite toujours pas, à la réparation financière, à l'indemnisation. Toutes leurs polémiques étaient conditionnées par la théorie de la responsabilité civile" (paragraphe 75). "Cela a engendré l'accent excessif mis sur les réparations monétaires, ce qui a alimenté cette discussion doctrinale qui dure depuis longtemps. Cela a conduit, dans les systèmes juridiques internes, à des réductionnismes qui ont ouvert la voie à des "industries de réparations" déformées, dépourvues de vraies valeurs humaines. L'apparition du droit international des droits de l'homme, et en particulier la jurisprudence de la Cour interaméricaine, a heureusement élargi considérablement les horizons des réparations, et a rendu cette différence doctrinale largement immatérielle, sinon pertinente, de nos jours. Cela semble complètement illogique de tenter de ressusciter les différences doctrinales concernant le *pretium doloris* en relation à la configuration des *dommages spirituels* proposés. Ces derniers ne sont pas susceptibles de réparations monétaires, ils demandent d'autres formes de réparations" (paragraphe 76).

30 L'on devrait garder à l'esprit, - ai-je poursuivi, - que dans la présente affaire *Communauté Moiwana*, du fait du massacre de 1986, "toute la vie de la communauté dans le village Moiwana village était perturbée; la vie de famille était également perturbée, des déplacements ont eu lieu et durent jusqu'à aujourd'hui (presque vingt ans après). Le sort des dépouilles mortelles des victimes directes, l'inexécution des rites et des cérémonies funéraires, et le manque d'enterrement correct des défunts ont profondément perturbé les relations autrement harmonieuses entre les N'djukas vivants et leur morts. Le dommage grave qui leur a été causé n'était selon moi pas seulement psychologique; c'était plus que ça, c'était un *véritable dommage spirituel* qui a eu un grave impact, dans leur vision cosmique, non seulement les vivants, mais aussi les vivants et leurs morts ensemble" (paragraphe 78). De plus, "l'impunité qui en a résulté sous forme de violence généralisée et soutenue (augmentée par le sentiment d'indifférence du pouvoir public vis-à-vis du sort des victimes) qui a persisté jusqu'à aujourd'hui, a généré, au sein des membres de la *Communauté Moiwana*, un sentiment total d'être sans défense. Cela a été accompagné de leur perte de foi dans la justice humaine, la perte de foi dans le Droit, la perte de foi en la raison et la conscience gouvernant le monde" (paragraphe 79).

31 Paragraphes 77(e) et 83(9) de l'Arrêt de la Cour.

J'ai ensuite conclu sur ce point particulier dans mon Opinion Individuelle:

“Toutes les religions dévouent leur attention à la souffrance humaine et tentent de fournir le support transcendant nécessaire aux fidèles; toutes les religions se focalisent sur les relations entre les vivants et les morts, et fournissent des interprétations et des explications différentes sur le destin humain et l’au-delà³². Des interférences excessives dans les croyances humaines – peu importe la religion à laquelle elles sont attachées – causent des souffrances aux fidèles, et le droit international des droits de l’homme ne peut pas rester indifférent à de tels maux. Ils doivent être pris en compte à des fins de réparation, comme n’importe quel autre dommage. Le *dommage spirituel*, tel que celui que les membres de la *Communauté Moiwana* ont subi, est un dommage grave nécessitant une réparation équivalente du type (non pécuniaire) que je viens d’indiquer. (...)

Depuis le massacre planifié par l’Etat perpétré dans le village de Moiwana le 29 novembre 1986, les N’djukas ont vu leur droit à projet de vie ainsi que leur droit à un projet d’au-delà violés continuellement. Ils ont souffert sur un plan matériel et immatériel ainsi que sur un plan spirituel. Certaines des mesures de redressement ordonnées par la Cour dans le présent arrêt se positionnent contre l’oubli afin que cette atrocité ne se produise plus. Tel est le cas du devoir de l’Etat d’enquêter sur les faits et de tenter de sanctionner les responsables de ceux-ci; le devoir de l’Etat de trouver et d’identifier les dépouilles des victimes des massacre du village de Moiwana et de les donner aux survivants de la Communauté Moiwana; le devoir de l’Etat de garantir le retour sain et sauf au village de Moiwana de tous ceux qui ont été déplacés de force, et d’y garantir leur réinstallation; les excuses de l’Etat envers les victimes, et la construction d’un monument à la mémoire et en l’honneur des victimes du massacre de 1986.³³

En somme, la vaste étendue de réparations ordonnées par la Cour dans l’arrêt concernant l’affaire de la *Communauté Moiwana* semble bien correspondre à la riche jurisprudence de la Cour interaméricaine sur la question qui, comme cela

32 V., par exemple, *Life after Death in World Religions*, Maryknoll N.Y., Orbis, 1997, pp. 1-124.

33 Points de résolution numéros 8-14 de l’arrêt de la Cour.

a été largement reconnu,³⁴ s'est particulièrement attachée à la position des victimes et a mis l'accent sur leur caractère central, et qui a également créé une vaste étendue de moyens de recours possibles et adéquats. Dans le cas d'espèce, la mémoire collective des Maroon N'djukas est donc dûment préservée contre l'oubli, honorant leurs morts, et sauvegardant ainsi leur droit à la vie *lato sensu*, englobant le droit à l'identité culturelle qui trouve son expression dans leurs liens de solidarité reconnus avec leurs morts" (paragraphe 81 et 91-92).

Dans mon Opinion Individuelle suivante (du 08.02.2006) concernant la même affaire relative à la *Communauté Moiwana* (Interprétation du Jugement), j'ai insisté sur le besoin de reconstruire et préserver l'identité culturelle (paragraphe 17-24) des membres de la Communauté dont le *projet de vie et d'au-delà* de chaque membre de la Communauté dépendait fortement. Même avant l'adoption des deux dernières conventions de la triade des Conventions de l'UNESCO (de 1972, 2003 et 2005 – cf. *supra*), il était entendu au sein de l'UNESCO que l'affirmation et la préservation de l'identité culturelle, y compris celle des minorités, contribuait à la "libération des peuples":

"L'identité culturelle est un trésor qui vitalise les possibilités d'accomplissement de l'humanité en encourageant chaque personne et chaque groupe à chercher le réconfort dans le passé, à accueillir les contributions de l'extérieur compatibles avec leurs propres caractéristiques, afin de continuer le processus de leur propre création".³⁵

Dans cette nouvelle Opinion Individuelle, j'ai livré ma propre interprétation de l'exercice de la fonction judiciaire internationale³⁶ en décidant que la Cour interaméricaine devait *dire ce que le Droit est sans se limiter simplement à résoudre un cas contentieux*. A mon

34 V., par exemple, I. Bottiglierio, *Redress for Victims of Crimes under International Law*, Leiden, Nijhoff, 2004, pp. 111 and 144, and V. pp. 176-177 and 183.

35 J. Symonides, "UNESCO's Contribution to the Progressive Development of Human Rights", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 5, 2001 p. 317. Et sur la projection de la culture dans le temps, v., par exemple, A.Y. Gurevitch, "El Tiempo como Problema de Historia Cultural", in *Las Culturas y el Tiempo*, Salamanca/Paris, Ed. Sígueme/UNESCO, 1979, pp. 261-264, 272 et 280.

36 Cf., plus récemment, A.A. Cançado Trindade, *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional - Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 3^e édition, Belo Horizonte/Brésil, Edit. Del Rey, 2013, pp. 1-409.

avis, la Cour devait démontrer “la nécessité pressante de réparer le *dommage spirituel* causé aux N’djukas de la Communauté Moiwana, et de créer les conditions pour la prompte reconstruction de leur tradition culturelle” (paragraphe 19). A cette fin, – ai-je ajouté, – la délimitation, la démarcation, la délivrance d’un titre de propriété et le retour de leur terre traditionnelle étaient essentiels. C’était “une question de survie de l’identité culturelle des N’djukas pour qu’ils puissent conserver leur mémoire aux niveaux personnel et collectif. C’est seulement ainsi que leur droit fondamental à la vie *lato sensu*, y compris leur identité culturelle, sera correctement protégé” (paragraphe 20).

III. CONCLUSIONS

Tout instrument juridique est le produit de son temps puisque le Droit ne fonctionne pas en vase clos. La Convention américaine relative aux droits de l’homme ne fait pas exception à cela. Bien que ceux qui l’ont écrite n’aient pas expressément inséré dans son *corpus* normatif le droit à l’identité culturelle, les besoins changeants de protection ont conduit la Cour interaméricaine des droits de l’homme à le développer au cours des dernières années dans la résolution d’affaires d’une grande densité culturelle révélant à chaque fois des circonstances différentes. Le droit en question ici a été dûment pris en compte par la Cour qui a procédé à la construction jurisprudentielle du droit à l’identité culturelle comme un élément important d’autres droits protégés par la Convention (par exemple, le droit fondamental à la vie; le droit à la propriété (collective) privée; le droit à ne pas être soumis à un traitement cruel, inhumain ou dégradant; parmi d’autres).

On a eu recours à un mécanisme international de protection tel que celui de la Convention américaine afin de protéger le droit à la diversité culturelle. Cela est rassurant puisqu’après tout, chaque culture est l’une des expressions des aspirations humaines, un moyen de communication de chaque être humain – individuel, en groupe ou communauté – avec le monde extérieur, un moyen de chercher le sens de la vie en tentant de comprendre les mystères de l’existence et du monde. Dans la mesure où les manifestations culturelles restent ouvertes aux valeurs de base sous-jacentes aux droits de l’homme universels, elles contribuent à l’universalité des droits de l’homme et ne les menacent pas.

Elles sont essentielles à l'accomplissement d'une telle universalité plutôt qu'un obstacle à cette dernière. Pour être préservée, la diversité culturelle ne doit pas être confondue avec les déformations trompeuses du fameux "relativisme" culturel ou des "particularismes" culturels. Toutes les cultures et les religions s'intéressent à promouvoir le respect des autres, sont ouvertes à des standards universels minimum de comportement respectueux, et à la solidarité humaine, et reconnaissent la dignité de la personne humaine. Elles sont ouvertes au progrès et à la protection internationale des droits de l'homme. L'universalité des droits de l'homme est construite sur la diversité culturelle.³⁷

En ce qui concerne le droit à l'identité culturelle, les décisions de la Cour interaméricaine dans les affaires revues dans cet article, – celles *Aloeboetoe et autres contre Suriname* (1993), des "*Enfants des Rues*" (*Villagrán Morales et Autres contre Guatemala*, 1999-2001), *Bámaca Velásquez contre Guatemala* (2000-2002), de la *Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni contre Nicaragua* (2001), des *Communautés Indigènes Yakye Axa et Sawhoyamaxa contre Paraguay* (2006), et de la *Communauté Moiwana contre Suriname* (2005-2006), – témoignent de l'importance donnée à cette question, en lien direct avec la sauvegarde, pour commencer, du droit fondamental à la vie.

Enfin et surtout, une attention particulière à l'identité culturelle réveille l'attention que la conscience humaine doit porter à la dimension temporelle. Il est inéluctable de la prendre en compte dans l'interprétation et l'application du Droit. Quand, dans mon Opinion Individuelle dans l'affaire de la *Communauté Moiwana contre Suriname* (2005 – cf. *supra*), j'ai cherché à développer conceptuellement – étant complètement novateur en ce sens – ce que j'ai formulé comme étant le *dommage spirituel* et le droit non seulement à un *projet de vie* mais aussi à un *projet d'au-delà*, j'ai été motivé par l'impératif de la préservation de l'identité culturelle afin de donner un sens à la vie des membres survivants de la Communauté susmentionnée.

Et dans mon Opinion Individuelle concernant l'affaire de la *Communauté Indigène Sawhoyamaka* (2006), j'ai indiqué que la sauvegarde et la préservation de l'identité culturelle des êtres

37 A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. III, Porto Alegre/Brésil, S.A. Fabris Ed., 2003, pp. 305-306, 335-336, 339-343, 387-391 et 396.

humains, des communautés humaines et des peuples est une inquiétude légitime de l'ensemble de l'humanité. J'ai également rappelé une réflexion que j'avais faite dans mon *Cours Général de Droit International Public* dispensé à l'Académie de droit international de la Haye en 2005 indiquant – allant un peu plus loin – que “l'humanité en tant que telle a émergé comme sujet de droit international” (paragraphe 34).

Après tout, l'humanité peut malheureusement être abusée et l'un des grands défis pour les internationalistes et tous ceux qui réfléchissent au droit international aujourd'hui est précisément, à mon avis, le fait de concevoir et de formuler une construction conceptuelle de la représentation juridique de l'humanité dans son ensemble (comprenant les générations présentes et futures), permettant de consolider de sa capacité juridique internationale dans le cadre du nouveau *jus gentium* de notre temps (paragraphe 34), le Droit International pour l'humanité.³⁸ La récente construction jurisprudentielle de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme sur le droit à l'identité culturelle, présentée ici, est un pas important dans cette direction.

38 A.A. Cançado Trindade, “International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* - General Course on Public International Law - Part I”, *op. cit. supra* n. (22), pp. 318-333.

LA VISITE INTIME: UN DROIT DES PRISONNIERS SOUS LE SIGNE DE L'ÉGALITÉ

César Barros Leal

Procureur de l'État du Ceará; Président de l'Institut Brésilien des Droits de l'Homme;
Professeur retraité de la Faculté de Droit de l'Université Fédérale du Ceará; Maître,
Docteur et Post-docteur en Droit.

1. LA QUESTION SEXUELLE

La question sexuelle, sur laquelle il y a une vaste littérature, est un des problèmes les plus graves qui touchent le quotidien des prisons. Loin de sa famille et de la société, immergé dans un monde de promiscuité, différent, cimenté dans des règles propres, imposées par le groupe de population, le prisonnier a différentes options: supprimer ses impulsions, faire des agressions sexuelles ou encore, volontairement ou sous contrainte, participer à des pratiques homosexuelles.

En prison, enfermé, le sexe est essentiel pour la santé psychique de ses habitants. Dans le livre *Femmes Enfermées*, Maud Fragoso de Albuquerque Perucci soutient que l'activité sexuelle est "une nécessité naturelle de l'être humain", comme "l'action de respirer, se nourrir ou dormir..."¹

La privation *extra* de sexe, spécialement quand celle-ci est vécue de manière prolongée (les études de Sigmund Freud sont concluantes à ce sujet), engendre, à l'intérieur, des problèmes au niveau individuel — provoquant des déséquilibres psychologiques et stimulant des comportements répréhensibles — et au niveau collectif, donnant libre cours à un climat de tension et, par conséquent, à des troubles.

Le rôle des comportements anormaux est énorme. Outre les nombreuses perversions et l'homosexualité (comme l'exhibitionnisme, le fétichisme, frotteurisme, le masochisme, la pédophilie, le sadisme, le travestisme, le voyeurisme et la zoophilie),

1 PERUCCI, Maud Fragoso de Albuquerque. *Mulheres Encarceradas*. São Paulo: Maison d'édition Global, 1983, p. 117.

il y a aussi l'onanisme (masturbation), les violations (viols) et le proxénétisme (banditisme).

Les violations sont courantes et ont une forte relation avec l'exercice du pouvoir dont ils sont une des méprisables manifestations.

Dans la loi des bandits, le violeur condamné (en particulier, celui de mineurs) subit une vengeance de *talion* ("an eye for an eye and a tooth for a tooth" ou "like for like"). C'est dit dans la législation mosaïque: on paie avec la même monnaie (*par pari refertur*).

Au moment de son entrée en prison, le jeune, surtout le primaire, est normalement harcelé par des détenus qui l'agressent sexuellement et, plusieurs fois, le transforment, avec le consentement des geôliers, en marchandises pour un commerce charnel pernicieux. C'est une des pires aberrations de l'enfermement.

Quand un des internés décide de protéger le novice, il ne le fait pas pour des raisons de charité, l'objectif est de devenir son parrain, ce qui veut dire l'avoir comme propriété à l'usage exclusif. Même sans aucune inclination homosexuelle, mais contraint par les circonstances, le détenu se soumet à son maître.

Parmi ceux qui sont violés certains passent à apprécier les pratiques homosexuelles; pour d'autres, les *vrais machos*, cela ne leur plaît pas et pour cela ceux-ci les regardent avec des mauvais yeux.

Le proxénétisme, à son tour, prospère à l'initiative des prisonniers et des gardiens qui vendent leurs femmes (filles, sœurs, épouses, compagnes) dans une pègre qui nourrit le bouillon de culture des sordides perversions.

2. LA VISITE INTIME

En harmonie avec l'affirmation de Astor Guimarães Dias, selon laquelle on effectue "contre le détenu une castration légale quand on le prive de l'autre sexe"²; la visite intime (ou conjugale)³ est permise dans plusieurs pays de l'Amérique Latine (Brésil, Mexique, Chili, Pérou, Nicaragua, Venezuela, Argentine) comme un moyen de résoudre le problème de «Eros Enchaîné»⁴, d'interrompre l'abstinence, vue

2 DIAS, Astor Guimarães. *A Questão Sexual das Prisões*. São Paulo: Maison d'édition Saraiva, 1995, p. 15.

3 En Espagne on appelle *vis-à-vis*.

4 L'affirmation, de Sergio García Ramírez, est trouvée dans CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl. *Derecho Penitenciario*. México: Maison d'édition Porrúa, 2005, p. 499.

comme une punition accessoire ou une peine supplémentaire, de maintenir les liens affectifs et matrimoniaux et d'assurer le respect du principe de la personnalité de la peine, puisqu'il évite de punir le conjoint ou compagnon innocent.

Sur les avantages-là, Elías Neuman dit:

“Un groupe considérable d’auteurs comme Jiménez de Asúa, Muzquis Blanco, Juan Agustín Martínez, Altmann Smith e Guimarães Dias, Lemos Britto, César Salgado, entre autres, sont partisans du système de visites hétérosexuelles intimes au plus grand nombre possible de détenus. Les avantages seraient les suivants: a) éviter les aberrations et perversions sexuelles produites en isolement; b) maintenir la discipline dans les prisons, car, avertissent-ils, la plupart de ces désordres sont dus à des problèmes dont la racine est de caractère sexuel et de jalousies; c) accorder une récompense pour bonne conduite du prisonnier dans l'établissement; d) renforcer le lien conjugal, car cela éviterait que la femme cherche à se satisfaire sexuellement avec un autre, en évitant aussi que le détenu puisse avoir des crises de jalousies. Ceux-ci et d'autres considérations similaires – peut-être pourrait-on dire que cela empêcherait la propagation du sida en prison – constituent le support des arguments qui, d'ordinaire, figurent dans les projets et règlements en vigueur dans différents pays où l'expérience a ou a eu lieu.”⁵

Nonobstant les avantages, la visite intime est critiquée par des auteurs comme Eugenio Cuello Calón⁶ et Beltrán et n'est pas autorisée dans de nombreux pays européens. Au Royaume-Uni, nous avons constaté l'interdiction⁷ Lors de la visite de la plus grande

5 Chez NEUMAN, Elías. *El Problema Sexual en las Cárces*, 3^a ed. Buenos Aires: Maison d'édition Universidade, 1997, p. 142.

6 À ce égard, voir: “...Bertrand, dans ses Leçons pénitentiaires, faisant une allusion directe à la question sexuelle dans les prisons stipule qu'au début du XIX^eme siècle il y avait dans la prison de New Gate (Londres), une chambre où les détenus pouvaient recevoir des visites féminines. Dans la même prison, dit V. Hentig, vers 1724, le geôlier permettait l'entrée des prostituées dans le secteur consacré à des personnes dites “importantes”, Die Strafe, II, page 187. Fishman signale également que Thomas Mott Osborne, lors qu'il était directeur de Sing-Sing, a implanté le système de visite féminine. (CALÓN, Eugenio Cuello. *La Moderna Penología [Represión del Delito y Tratamiento de los Delincuentes. Penas y Medidas. Su Ejecución]*, Tomo I. Barcelona: Bosch, Casa Editora, 1958, p. 503)

7 Au Royaume-Uni (comprenant l'île de Grande-Bretagne – Angleterre, Écosse et les Pays de Galles et l'Irlande du Nord, à part quelques petites îles), et encore la Tour

prison autrichienne en 2000, la mention qu'elle est permise au Brésil, une ou deux fois par semaine, a été suivie d'un grand éclat de rire et d'étonnement et de dérision de mes hôtes.⁸ Aux EUA, elle est interdite dans la plupart des États et dans les prisons fédérales.

de Londres, j'ai visité trois prisons en 2001:

Bulwood Hall – Une parmi les seize prisons pour femmes au Royaume-Uni accueillant 180 femmes, des jeunes et des adultes, y compris des étrangères et des condamnées à la prison à vie. Leurs cellules sont individuelles et exceptionnellement doubles (c'est le cas de prisonnières à tendance suicidaire, qui ont des partenaires à qui sont donné la tâche de les observer et de leurs donner des conseils). Il y a une bibliothèque (une extension de la communauté local, avec une bibliothécaire qui est là une fois par semaine); des ateliers (où toutes travaillent et sont rémunérées); des salles de classe et d'apprentissage professionnel (peinture, céramique, dessins de mode et salon de coiffure); des installations sportives; salle de musculation et exercice aérobic; service médical et odontologique; cantine; chapelle oecuménique (décorée avec des peintures murales faites par les détenus du sexe masculin); et encore des espaces pour bain de soleil et un restaurant. Dans la prison, nous avons rencontré des hommes travaillant comme géoliers, une pratique courante au Royaume-Uni, où les femmes travaillent aussi dans les établissements masculins. Les visites ont lieu une fois par semaine, pendant une période maximale de deux heures; les prisonniers sont assis sur des chaises jaunes, tandis que les visiteurs occupent des chaises bleues.

Grendon – De haute sécurité, avec une population de 220 détenus, la moitié d'entre eux condamnés à la prison à vie, logés dans des cellules individuelles. Il s'agit d'une prison thérapeutique (avec un département de recherche, une bibliothèque, des ateliers de travail, des zones de récréation) dans laquelle vont volontairement les détenus qui présentent des problèmes de comportement et des troubles psychologiques, qui sont sous traitement intensif (community therapy) durant un maximum de trois ans, période au cours de laquelle ils ont l'accès à un programme varié d'orientation et prennent part à des séances thérapeutiques en groupes de cinq à huit personnes, accompagnés d'un assistant, dans une ambiance de grande tranquillité. Avec Alda Miranda Gant, habitante de Londres, nous avons participé à une réunion avec trois prisonniers, où nous avons eu l'occasion de les écouter et leur poser des questions.

Belmarsh – Une des plus grandes prisons du Royaume Uni, également de sécurité maximale, accueillant 800 détenus, en grande partie des condamnés à prison à vie. Avant d'y entrer, nous sommes allés au *visitor center*, une sorte de bureau d'information, cafétéria, téléphone, etc. On met l'accent sur la diversité des options de travail et de récréation, ainsi que le nettoyage et le climat d'ordre et de discipline absolu. Au pavillon de visite, où on remarque aussi que les chaises des prisonniers et des visiteurs ont des couleurs différentes, nous percevons un régime de sécurité rigoureux: les sièges sont numérotés et un employé a dans ses mains un document avec une photo du détenu et le numéro de son siège. Depuis son ouverture, en 1901, il n'y a eu que deux fuites, la dernière dans des conditions particulières: le fugitif s'est fait passer pour un visiteur et a réussi à tromper tout le monde jusqu'à atteindre la liberté.

8 Dans la période du 10 au 17 avril 2000, j'ai fait partie de la délégation officielle du Ministère de la Justice, dans le Dixième Congrès des Nations Unies pour la

Si la tendance est de la considérer comme un droit, toute en étant limitée (c'est comme ça en Espagne, l'un des pays européens qui l'adoptent, conformément à l'art. 53 de la loi pénitentiaire générale), dans certaines législations, elle est vue comme une récompense, un avantage (le Code d'Application Pénale du Pérou prévoit dans son article 52: la visite intime est un avantage accordé au détenu qui a rempli les conditions du règlement). Son objectif principal, c'est de maintenir les relations du détenu avec son conjoint, ou faute de celui-ci, avec la personne avec qui il maintient une vie maritale stable.

Les exigences sont les suivantes: avoir accompli la période d'observation; posséder un dossier médical favorable; avoir un bon comportement reconnu comme tel par l'équipe technique de traitement; ne répondre à aucune sanction disciplinaire.

2.1. Au Brésil

Bien que pour beaucoup c'est un droit garanti par la Constitution Fédérale (conformément à l'art. 5, "tous sont égaux devant la loi, sans distinction d'aucune sorte..."), le droit à la visite intime (déjà admis en 1942 dans la prison centrale de Rio de Janeiro) n'est pas prévu dans les règles minimales pour le traitement du détenu au Brésil ni dans la Loi d'Application Pénale (art. 41), qui se réfère uniquement

Prévention du Délit et Traitement des Délinquants, à Vienne. À l'avant-dernière journée, le 16, un dimanche, quand une grande partie des activités du Congrès avaient été interrompues, nous avons visités, avec le professeur Igor Metzeltin et le Docteur Otto Müller, ancien Procureur Générale de la République (1987-1994) et Président de la Section Autrichienne de l'Association Internationale de Droit Pénal, la plus grande prison autrichienne, Bundesjustizanstalt, dans le huitième arrondissement de Vienne, avec 1050 prisonniers, 45% d'entre eux sont étrangers, 600 temporaires et 150 femmes. Fondée en 1987, bien équipée et propre, elle est située dans le centre-ville et dispose de 355 employés, parmi lesquels 290 agents pénitentiaires, assistants sociaux, médecins (*práticos*, gynécologues, chirurgiens) et infirmiers. Enfermés dans des cellules collectives (les individuelles sont réservées aux plus dangereux), les prisonniers travaillent (et sont payés), mangent dans leurs propres chambres et disposent de cantines où ils peuvent acheter tous les jours des produits alimentaires et ont aussi le droit à (1) une heure de bain de soleil. Les visites sont hebdomadaires, pour une durée maximale d'une demi-heure, dans des parloirs avec des fenêtres vitrées qui séparent le détenu du visiteur, les rencontres intimes sont interdites. D'après les informations fournies par le chef des gardiens, on enregistre une seule fuite, qui a eu lieu lors de la construction de l'établissement pénitentiaire. Quant aux détenues, placées dans un secteur isolé des hommes, elles peuvent garder leurs enfants jusqu'à l'âge de trois ans, dans un lieu spécifique, lesquels sont assistés par une équipe spécialisée.

à la visite du conjoint, de la compagne, de parents et d'amis dans des jours déterminés; laquelle visite peut être suspendue ou limitée d'après un acte motivé du directeur de l'établissement.

Dans une interprétation plus large de la loi, on comprend que la visite mentionnée à l'art. 41 englobe la visite intime, surtout quand on tient compte du fait que, au condamné et au détenu, sont assurés tous les droits que la sentence de la condamnation ou l'ordre juridique, littéralement, ne met pas en cause, d'après la règle de l'art. 3.

Dans le bulletin de l'Institut Brésilien des Sciences Criminelles (IBCCRIM) Pedro Armando Egydio de Carvalho soutient:

“La Loi d'Exécution Pénale (LEP), datée de Juillet 1984, stipule dans son article 2 que le Code de Procédure Pénale est aussi règle dans le processus d'exécution. Or, dans ce Code, précisément dans l'article 3, on admet une interprétation extensive, selon laquelle, dans ce cas, un précepte du Droit pénitentiaire peut couvrir une situation non explicitement considérée par le législateur, à condition que l'exégèse ne limite pas les droits du condamné ou n'aggrave la contrainte à laquelle il est déjà soumis.

En résumé, une telle interprétation ne peut être invoquée qu'en faveur du détenu, jamais à son désavantage.

Alors: l'art. 41, X, de la LEP, dit:

Font partie des droits du détenu: visite du conjoint, de la compagne, des parents et amis dans des jours déterminés.

On y voit que la règle invoquée, d'étendre à une situation pas claire ce qui est attribué à une autre similaire, permet d'établir facilement le droit à la visite intime à partir de la faculté générale que le détenu/la détenue a de recevoir des visites de son conjoint ou de sa compagne ou de son compagnon. En effet, vu que la sexualité est inhérente à la personne, il est inconcevable que le droit de recevoir des visites de la personne avec laquelle on partage l'intimité soit limité à la liturgie propre d'une rencontre avec un parent ou ami, dans laquelle les affections du corps et de l'âme n'atteignent jamais la nature et le degré de secret et de mystère qui relie les conjoints ou compagnons.

D'autre part, si le législateur, lorsqu'il affirme que le détenu a le droit à la visite du conjoint ou du compagnon, il n'a pas fait

de distinction entre visite simple et visite intime, ce n'est pas à l'interprète de limiter cette faculté à la première hypothèse, considérant l'autre comme une avantage, sous peine de consacrer le principe, qui n'est plus accepté par la philosophie pénitentiaire des états démocratiques, qui est de comprendre les normes qui régissent la relation prisonnier-état comme susceptibles à la systématique restriction des droits et des garanties de celui qui subit l'exécution d'une peine restrictive de liberté."⁹

2.1.1. Projet de Loi et de Résolution du CNPCP

Dans l'attente d'approbation au Congrès National, le Projet de Loi n.107 de 1999, de la députée Mme Maria Evira, modifiant l'art. 41 de LEP, inclue l'incise XI (visite intime) et modifie la numération des subséquents. Dans la justification, elle affirme que la dite visite doit être considérée comme un droit et non comme une récompense, et fait valoir que l'abstinence sexuelle, si forcée, cause des dégâts et peut générer un déséquilibre chez l'individu, augmenter la violence, l'agressivité, les comportements perturbateurs et l'atmosphère tendue dans la prison.

En 1999, le Conseil National de Politique Criminelle et Pénitentiaire a recommandé, par résolution, que soit "assuré le droit de visite intime aux individus des deux sexes, enfermés dans les Maisons d'arrêt". Après avoir considéré que la visite intime est un "droit constitutionnel assuré aux prisonniers", il a établi:

Art. 1°. La visite intime est considérée comme la réception par le prisonnier, national ou étranger, homme ou femme, du conjoint ou d'autre partenaire, dans la prison où il est enfermé, dans une ambiance réservée, dont l'intimité et l'inviolabilité soient assurés.

Art. 2°. Le droit de visite intime est également accordé entre eux aux prisonniers mariés ou dans une relation stable.

Art. 3°. La direction de la Maison d'Arrêt doit assurer au prisonnier la visite intime au moins une fois par mois.

Art. 4°. La visite intime ne doit pas être interdite ou suspendue comme mesure disciplinaire, sauf dans le cas où l'infraction disciplinaire est liée à son exercice.

⁹ CARVALHO, Pedro Armando Egydio de. *Visita Íntima: Direito ou Regalia?*, *Boletim IBCCrim*, numéro 43, jul./96, p. 3.

Art. 5°. Le prisonnier, lors de son admission en prison, doit déclarer le nom du conjoint ou un autre partenaire pour sa visite intime.

Art. 6°. Pour avoir le droit à la visite intime, le conjoint mentionné doit s'inscrire dans le secteur compétent de la Maison d'Arrêt.

Art. 7°. Il appartient à la direction de la prison le contrôle administratif de la visite intime, comme l'enregistrement du visiteur, l'élaboration, chaque fois que possible, du calendrier de visite, et la préparation d'une place appropriée pour sa réalisation.

Art. 8°. Le prisonnier ne peut pas faire deux indications simultanées et ne peut désigner un conjoint ou un nouveau partenaire de sa visite intime qu'après l'annulation formelle de l'indication précédente.

Art. 9°. Il appartient au directeur de la prison d'informer le détenu, conjoint ou autre partenaire de la visite intime, des sujets relatifs à la prévention de l'utilisation de drogues, des maladies sexuellement transmissibles, en particulier du SIDA.¹⁰

On remarque que la résolution traite de la visite intime des détenus ou des prisonnières, ayant comme objectif de s'opposer à des discriminations qui, en dépit du principe d'égalité, peuvent encore exister contre les femmes. Cependant ce ne sont pas tous les états brésiliens qui autorisent la visite intime dans les prisons pour les femmes, car il y a la crainte que les détenues puissent tomber enceintes. D'autre part, on ne mentionne pas l'option sexuelle. Je m'explique: Il n'est pas précisé que le conjoint ou un autre partenaire soit du sexe opposé, ce qui permet d'interpréter que la résolution n'interdit pas la visite entre les homosexuels.

Certains pédérastes, ostensiblement féminins, sont méprisés par les autres prisonniers. Normalement ils offrent des services sexuels, font la lessive et le repassage, cousent, font la cuisine, etc. D'autres prisonniers, victimes de violence sexuelle, deviennent efféminés en prison. Il y a aussi ceux qui, discrets, plusieurs fois mariés, avec des enfants, qui ne se déclarent pas ouvertement, et ceux qui se laissent abuser par un seul détenu (qui devient son *parrain*) pour mieux passer son temps en prison, c'est à dire, purger sa peine.

Rien n'empêche que le cadre de victimisation institutionnelle s'étende à ceux qui sont soumis à une mesure de sécurité ou à un

¹⁰ *Resoluções do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. Brasília: CNPCP, 2001, pp. 77-78.

traitement psychiatrique, surtout parce que cela pourrait devenir une étape importante dans leur progrès thérapeutique et dans la préservation des liens d'affection et de la cellule familiale.

2.1.2. Soins et Risques

Sont établis des conditions pour avoir accès aux visites intimes et on recommande de fournir la literie, des serviettes, du savon et du papier toilette, en plus d'assurer une bonne ventilation et l'absence de mauvaises odeurs, d'humidité et de faune nuisible.

Il est commun que les détenus et les visiteurs soient fouillés pour empêcher l'entrée d'armes, de munitions et de drogues.

Régulièrement, des initiatives sont prises pour mettre en garde contre les risques causés par la pratique du sexe sans prévention. Des vidéos, des expositions et des manuels sont utilisés à cet effet, avec de précieuses informations sur l'utilisation des préservatifs (facilités par les centres), les méthodes anticonceptionnelles et des maladies sexuellement transmissibles.

Bien que les visites soient réservées habituellement aux couples mariés ou en union stable (le partenaire doit être préalablement enregistré), il y a des exceptions pour les célibataires, et est autorisée dans certains endroits, quand il n'y pas de relation stable, l'entrée de prostituées.

2.1.3. Le lieu

Aussi importante est la question du lieu où les rencontres intimes doivent se passer. Bien qu'il soit préférable que cela se passe dans des endroits conçus à cet effet (des maisons de visites), appelées "*vesnustérios*", *motels* ou *parloirs* au Brésil, "*conjugales*" ou "*recámaras*" au Mexique (la législation espagnole stipule que les visites intimes doivent se faire dans "un établissement indépendant et en bon état¹¹"), la plupart de ces endroits sont en réalité les cellules (y compris celles de châtiment), dépourvues de lumière adéquate et de ventilation.

Il est illusoire d'imaginer la possibilité de construire ou d'adapter, dans toutes les prisons, d'unités spéciales (salles d'amour), qui ressemblent à une maison normale, d'aspect familial, comme

11 BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativas*. São Paulo: Maison d'édition Revista dos Tribunais, 1993, p. 200.

certains le souhaitent; rien n'empêche que la visite intime se fasse à l'intérieur des cellules, voire des logements collectifs, en respectant les valeurs qui doivent orienter cette procédure.

L'oncologue Dráuzio Varela signale dans *Estação Carandiru*:

“Dans une cellule, si un seul résident reçoit une visite, tout le temps disponible est à lui; s’il existe plusieurs détenus en visite, l’horaire est divisé à part égale. Pas besoin de frapper à la porte, la ponctualité est britannique. Dans des cellules plus grandes, avec vingt, trente hommes, où il n’existe d’autre choix que l’utilisation concomitante, ils improvisent des espaces privatifs avec des couvertures suspendues. Pour étouffer les manifestations d’extase des femmes, on allume les radios très fort.”¹² Et il ajoute: “S’il y a la disponibilité économique et un peu de connaissance, il est possible de recevoir une visite dans un autre pavillon, façon utilisée pour recevoir l’épouse dans la cellule d’origine le samedi, et la copine dans un autre pavillon le dimanche. Le nombre d’employés n’est pas suffisant pour empêcher l’infidélité.”¹³

On entend dire que des détenus donnent de l’argent à des fonctionnaires afin qu’ils puissent avoir des relations sexuelles avec leurs épouses ou partenaires (ou prostituées) dans les bureaux administratifs.

Elías Neuman nous dit que, dans certaines prisons d’Argentine, les détenus ont des rapports sexuels dans la cour, le jour de visites. Une sorte de mur humain se forme, derrière lequel le couple fait l’amour, ce qui peut être vu des étages supérieurs.¹⁴ J’ai été témoin oculaire d’une scène similaire, il y a de nombreuses années, à la Maison d’Arrêt de São Paulo (à ce moment-là les visites intimes n’étaient pas admises officiellement). Une effigie de dégradation que je conserve encore dans ma mémoire.

2.2. Au Mexique

Au Mexique (pays d’Amérique latine pionnier dans sa mise en œuvre), la visite conjugale n’est un avantage (décerné quand il y a

12 VARELLA, Dráuzio. *Estação Carandiru*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, pp. 61-62.

13 *Ibidem*, p. 62.

14 NEUMAN, Elías. *Victimología y Control Social. Las Víctimas del Sistema Penal*. Buenos Aires: Maison d’édition Universidade, 1994, p. 269.

du mérite, et étendu aux détenus des deux sexes, condamnés ou en attente de jugement) mais n'est pas un droit.

Dans plusieurs centres de réinsertion sociale, il n'est autorisé que la visite de la famille, qui a lieu dans une zone déterminée ou dans des parloirs, sans y admettre la visite intime; celle-ci est prévue dans l'art. 12 des Normes Minimales sur la Réadaptation Sociale des Condamnés, des règles 90 à 94 du Règlement des Centres Fédéraux de Réadaptation Sociale et dans l'art. 81 du Règlement de Détention et Centres de Réadaptation Sociale du "District Fédéral", où elle existe depuis 1924.

Dans *Las Mujeres Olvidadas*, publié par la Commission Nationale des Droits de l'Homme et par le Collège du Mexique, Elena Azaola et Cristina José Yacamán expliquent, rappelant les termes de l'art. 12 de la loi qui établit les Normes Minimales sur la Réadaptation Sociale des Condamnés, que la visite intime vise à maintenir "les relations conjugales du détenu de manière saine et morale", mais ne doit être accordée "de façon discrétionnaire sinon après avoir effectué des études médicales et sociales, moyennant lesquelles on écarte la possibilité de situations qui seraient déconseillées au contact intime."¹⁵ Et elles avertissent:

"Il est nécessaire de noter la différence de critères qui, concernant la visite intime, sont appliqués chez les détenus "mâles" et "féminins", car, tandis que chez les premiers généralement on reconnaît ce droit, chez les secondes on a la tendance à le limiter, comme si, inconsciemment, cependant effective, l'institution pénitentiaire s'assumait comme dépositaire de la tutelle de la femme qui, fréquemment, pour être délinquante, est considérée non seulement comme une mauvaise mère... mais aussi incapable de gérer sa vie affective, d'agir dans ce domaine sans conseil, vigilance et sans l'assistance de l'institution."¹⁶

2.2.1. Le lieu et d'autres aspects

Dans très peu de centres de réadaptation sociale, il y a des installations propres pour la visite intime. Donc elle se passe

15 AZAOLA, Elena e YACAMÁN, Cristina José. *Las Mujeres Olvidadas. Un Estudio sobre la Situación Actual de las Cárceles de Mujeres en la República Mexicana*. México: Maison d'édition O Colégio do México, 1996, p. 53.

16 *Ibidem*, p. 55.

habituellement dans des dortoirs, avec des logements improvisés en carton ou quelque chose de similaire, quand on n'utilise pas des manteaux pour l'intimité souhaitée.

Jorge Fernández Fonseca nous donne des détails:

“La *conjugal* était dans un certain point, comme un hôtel de passage, mais de très mauvaise qualité. Les habitations avaient une chambre avec seulement un lit en bois, et à la place du “tambour”, des planches, sans draps, couettes ni couvertures ou oreillers; un cintre pour suspendre le vêtement, un lavabo et un WC. Chaque prisonnier devait apporter sa couverture et son oreiller, et on leur accordait deux heures... Il y avait des conflits au cause de la jalousie ou d'autres raisons, et, avec une certaine fréquence, les femmes étaient battues et plusieurs fois blessées. Les prisonniers vendaient leurs épouses, amies, filles et même leurs mères. Le plus souvent avec l'accord de celles-ci, car il y a des détenus qui ne reçoivent jamais de visites où de temps en temps seulement et achètent les femmes à ceux qui en ont. Ces visites servaient aussi à leur passer des produits de contravention, comme de la drogue, des armes et d'autres produits interdits. On passait ces produits introduits dans le vagin ou dans le rectum, ou entre la nourriture qu'on leur permettait d'amener, ou quelque fois tout cela passait avec les enfants mineurs; il y a eu un cas d'un enfant de 5 ans qui se plaignait et pleurait à plusieurs reprises lorsque sa mère attendait son tour de visite; on l'a pris à l'infirmerie et on a découvert que l'enfant avait une cartouche de drogue coincé dans le rectum. Il y avait aussi des échanges de partenaires, un détenu cédait sa femme à un autre et celui-ci, à son tour, lui prêtait la sienne. Pour toutes ces agitations, il fallait payer, passer de l'argent à ceux qui étaient chargés de surveiller cet endroit. À certaines occasions, il y a eu là des crimes passionnels ...”¹⁷

Il appartient au Bureau du Travail Social un ensemble d'actions relatives à la visite intime, telles que, par exemple: l'assistance à ceux qui en font la demande; l'orientation et de l'information sur la démarche; la préparation des requêtes; la réception et l'examen des documents qui concernent ce sujet; l'acheminement du demandeur au secteur médical; l'évaluation du cas; l'élaboration d'accréditations, la sur-

17 FONSECA, Jorge Fernández. *La Vida en los Reclusorios: Espeluznantes Sucesos Ocurridos en las Cárceles de México*. México: Maison d'édition Edamex, 1992, pp.51-52.

veillance continue de la liste des détenus autorisés et l'acheminement aux autorités institutionnelles; la révision journalière des locaux, des mouvements de la population; mise à jour des expédients, etc.¹⁸

2.2.2. Les distorsions

Nonobstant les dispositions des Normes Minimales de la Réadaptation Sociale des Condamnés, la visite intime est devenue, dans plusieurs prisons, un simple commerce.

Des restrictions sont imposées pour que l'on accorde son autorisation, mais l'extorsion est la règle, on entend parler que, généralement, elle est accordée aux internés à qui "leur est donné la permission en échange d'une certaine quantité d'argent qui varie entre 50 et 150.000 nouveaux pesos", de cette somme on doit donner au sous-directeur une part mensuelle "qui varie selon le volume de la population qui fréquente l'établissement. Celui-ci est appelé "coordinateur de la visite intime"¹⁹

On a constaté aussi des sérieux obstacles dans la visite entre les détenus,²⁰ ce qui a donné lieu à la recommandation 10/2002, de la commission des Droits de l'Homme du "District Fédéral" (CDHDF), adressée au secrétaire du gouvernement, dans laquelle on enregistre plusieurs plaintes de ceux qui n'ont pas eu d'accès à la visite intime selon des "critères discriminatoires, subjectifs et illégaux."

2.2.3. La prohibition des discriminations et l'observance des principes

Dans les prisons de la capitale, selon l'art. 8 de son nouveau règlement, on interdit toute forme de discrimination, fondée sur la race, la religion ou l'orientation sexuelle; il en découle que soit accordée aux homosexuelles la possibilité de solliciter le bénéfice de la visite intime pour leur partenaire.

¹⁸ ANDRADE, Irma García. *Sistema Penitenciario Mexicano: Retos y Perspectivas*. México: Maison d'édition Sista, 2000, p. 89.

¹⁹ BRINGAS, Alejandro H. e QUIÑONES, Luis F. Roldán. *Las Cárceles Mexicanas. Una Revisión de la Realidad Penitenciaria*. México: Maison d'édition Editora Grijalbo, 1998, p. 157.

²⁰ C'est ainsi que l'on appelle la visite lorsque les conjoints sont tous les deux détenus. On parle aussi de visites ordinaires (lorsque le conjoint libre vient à la prison), extraordinaires (lorsque l'avantage est accordé grâce à son bon comportement) et *forain* (lorsque le partenaire vit dans une autre ville).

Comprenant que son interdiction à l'égard des homosexuelles est contraire au droit des détenus et que le principe de la non-discrimination fondé sur la préférence sexuelle est garanti par la loi fédérale, la Commission des Droits de l'Homme du "District Fédéral" l'a admise expressément dans une récente recommandation.

D'après Antonio Sánchez Galindo, certains principes de base doivent être suivis:

- a) "On doit l'accorder seulement à l'épouse ou, en son absence, à la concubine, ou encore à une "amie stable";
- b) Il est important que les conjoints soient physiquement et mentalement sains;
- c) Les logements seront individuels, agréables et accueillants;
- d) On doit avoir le plus grand respect à l'égard de la femme et, spécialement, de l'épouse. Le surveillant ne doit se permettre la moindre familiarité avec elle;
- e) Sous aucun prétexte, ne pourront participer à ce type de visite des professionnelles du sexe ou des amies "occasionnelles";
- f) Il est permis l'accès à la même "recámara" à de petits enfants en bas âge qui doivent être allaité par l'épouse, mais adéquatement séparés du lit conjugal;
- g) Pour les enfants plus âgés, il doit y avoir une crèche ou un dortoir complètement séparé;
- h) La femme en prison aura le même droit, mais elle doit être soumise au planing familiale."²¹

3. UN TÉMOIGNAGE

L'agressivité sexuelle, l'homosexualité, la pratique solitaire (ou collective) de la masturbation, qui sont des sous-pratiques dues au manque de visite intime, suggèrent que celle-ci continue à être admise dans les prisons pour hommes et femmes. En ce sens, voici un témoignage d'un prisonnier anonyme:

"Il est important que le condamné puisse se sentir à l'aise avec sa femme. Pendant quelques heures, avoir une relation sexuelle. Il se sent comme un animal en cage...de cette façon, il est capable d'oublier beaucoup de choses qui hantent son

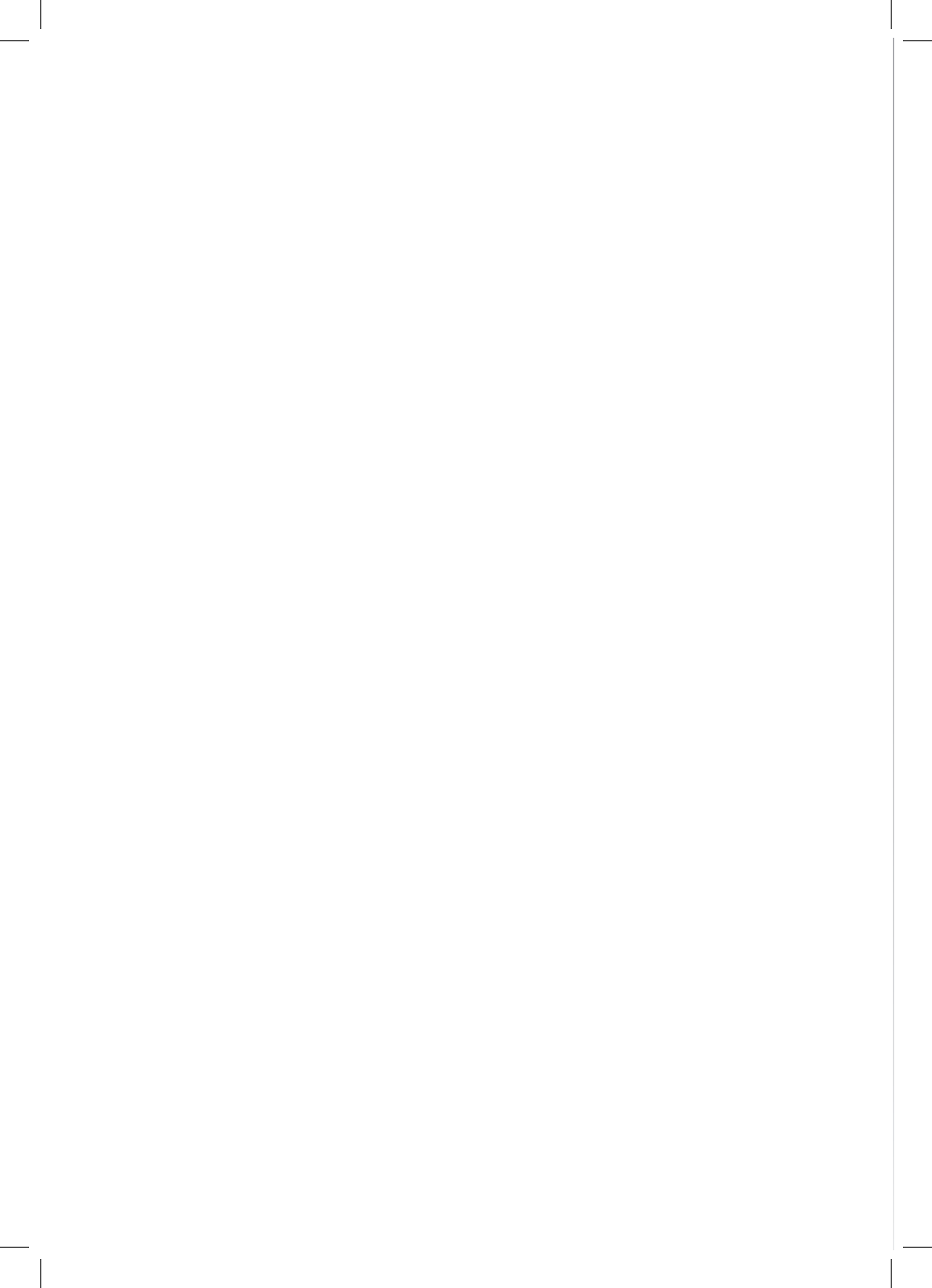
21 GALINDO, Antonio Sánchez. *Cuestiones Penitenciarias*. México: Maison d'édition Delma, 2005, pp. 78-79.

esprit. Il se sent plus valorisé, plus conforté. Une vie plus normale et humaine.²²

On ne peut pas nier que c'est un avancement, malgré les déviations invoquées par ses antagonistes; lequel doit être préservé au nom d'un idéal poursuivi par les juristes "pénitenciers", avec l'obstination d'une ombre: le respect des droits humains des détenus.

NOTA: Fragment (préservé dans sa forme originale) du livre *L'Application de la Loi Pénale en Amérique Latine à la lumière des Droits de l'Homme: Voyage par le chemin de la douleur*. Curitiba: Maison d'édition Juruá, 2012.

22 OLIVEIRA, Odete Maria de. *Prisão: Um Paradoxo Social*. Florianópolis: Maison d'édition de UFSC/Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina, 1984, p. 213.



ÉTHIQUE ET ALTÉRITÉ: UN PROPOS PLURALISTE D'UN DROIT AUX DROITS HUMAINS DANS DES PAYS PÉRIPHÉRIQUES

Djason B. Della Cunha

Docteur en Droit Public, DEA en Anthropologie Sociale par l'Université Lyon II – France;
Criminologue, Professeur de Sociologie Juridique et de Criminologie et Politique Criminelle
à l'Université Fédérale du Rio Grande do Norte – Natal/Brésil.

INTRODUCTION

La discussion sur la crise des paradigmes – notamment du monisme juridique – avec l'exigence d'une révision des formes de production et de pratique du droit restaure au niveau global la question de l'équité comme une vieille/nouvelle ordre de légitimité juridique.

Certes, la constatation d'épuisement de la culture juridique et des valeurs éthiques projetés par la modernité bourgeoise-capitaliste témoigne une succession de crises de légitimité normative qui circulent dans les sphères des institutions politiques et économiques et traverse l'éthos valoratif des pratiques quotidiennes

Sans doute, la vie dans la société contemporaine de *mass media* dans ces pays "a son raison d'être dans la profonde perte d'identité culturelle, dans l'inhumain des relations socio-politiques, dans l'individualisme irrationnel et égoïste, dans l'absence de modèles communautaires et démocratiques, sinon encore dans la menace constante de dévastation de l'environnement. Cette situation produit une des grandes difficultés actuelles, qu'est celle de bâtir les bases d'un conjoint de valeurs éthiques capables d'internaliser le "moi" individuel et le "nous" dans une communauté réelle. Au milieu de la crise de légitimité normative, on vit la manque du consentement et l'indécision face à la diversité d'interprétation sur le quoi soit la "virtue", "bien-commun", "bonne vie" ou "l'action juste"¹.

1 Apud WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: ALFA-OMEGA, 1994, pp. 233-234.

De façon que la reconnaissance de cette crise éthique de la modernité dans des pays périphériques suscite l'exigence d'une nouvelle rationalité de la vie sociale, soit au niveau des orientations instrumentales et techniques soit dans les interprétations des normes et valeurs éthiques de l'action humaine, que permettent l'ouverture et la recherche des alternatives pour la découverte d'un nouveau paradigme axiologique, tant dans l'espace avancé des sociétés capitalistes actuelles que dans les aires instables et conflictuelles des sociétés périphériques.

Ainsi, c'est parmi des nombreuses propositions avancées que deux contributions philosophiques significatives offrent des orientations paradigmatiques à la surmontation de la crise des valeurs éthiques de la vie sociale contemporaine. Il s'agit, d'un côté, du "pragmatisme analytique" représenté par des théoriciens anglo-américains tels que A. MacIntyre, Hilary Putnam et Richard Rorty, et, d'autre côté, du "rationalisme discursif" de Jürgen Habermas et Karl-Otto Apel.

1. PRAGMATISME ANALYTIQUE *VERSUS* RATIONALISME DISCOURSIF

Sans vouloir traiter des particularités de ces deux propositions philosophiques, le "pragmatisme analytique" a par but théorique le rejet des appelés principes éthiques universaux, défendant l'idée d'être préjudiciable chercher des normes générales pour la convivence sociale, une fois que l'éthique comme "virtue" se propose d'offrir des réponses et solutions à des problèmes immédiats et spécifiques. L'argumentation des pragmatiques analytiques, imprégnée d'une posture marquée par le relativisme culturel, a par fondement le refus de valeurs absolues, intemporelles et utopiques, sous alléguant que la conduite humaine comme vertu civique reflète des valeurs régionales qui sont conditionnées à l'une tradition culturelle concrète.

Certes, au réduire le rôle d'une éthique de rationalité universelle, les pragmatiques analytiques proclament une éthique spécifique, régionale, marquée par un "ethnocentrisme pragmatique" que, dû réfléchir le prédomine d'une tradition culturelle basée dans la *way of life* libéral-individualiste nord-américaine, tend à ignorer les conceptions éthiques d'autres *ethos* culturels, notamment les éthiques libertaires vécues par des cultures de sociétés périphériques.

Par contre, le mouvement de l'éthique rationnelle du discours, différemment du "pragmatisme analytique", a par référence théorique

l'investigation sur le fondement des principes éthiques universels. Fondée sur le concept dialogique de la "raison", en rejet au logique instrumentelle de la rationalité illuminée, les défenseurs du "rationalisme discursif" cherchent surmonter l'épuisement de la crise éthique de la modernité bourgeoise en proposant des règles et des valeurs pour l'action humaine que visent l'émancipation des sujets historiques et des groupes sociaux. Dans cette ligne de raisonnement s'alignent Jürgen Habermas et Karl-Otto-Apel qui postulent une éthique de base universaliste, poussée par un "discours pratico-communicatif", capable de rendre objective une majeure assimilation entre le "moi" individuel et l'autonomie des identités collectives.

Habermas, par exemple, reprend l'éthique formaliste de Kant (l'impératif catégorique) et s'appuie sur les arguments de la dialectique hégélienne pour proposer une éthique du discours pratique, dont l'intencionalité est médiée par la réciprocité de trois principes basiques et universels: le principe de la justice, le principe de la solidarité et le principe du bien-commun. Otto-Apel, par son tour, bâtit sa nouvelle éthique universaliste en prenant par fondement les propositions normatives de contenu linguistique-pragmatique.

De façon que assumé par la logique d'une rationalité de "réflexion transcendentale", Otto-Apel systématise une éthique spéciale, de caractère aussi dialogique (discursive-communicative), nommée "éthique de la responsabilité" que s'annonce comme un pont médiatrice capable de rendre possible l'existence d'une "éthique communautaire intersubjectivement valable". À ce respect, assure Apel, en disant que "seul ce type de norme basique, universellement valable, de fondement consensuel-normatif, peut rendre possible la convivence des gens, des peuples et cultures, avec différents intérêts et traditions valoratives de mondes vitaux. Or, c'est juste la reconnaissance intersubjective de la "metanorme", comme principe de rationalité discursive, qui rend possible la condition du pluralisme valoratif du monde moderne"².

Le propos de Apel est, néanmoins, bâtir une "éthique de la responsabilité" marquée par le consensus des agents sociaux en interaction entre eux et que soit capable de mise en ordre une action collective en faveur du bien-être et de la bonheur général, sans être liée aux circonstances.

2 APEL, Karl-Otto. Estudios Éticos. Barcelona: Alfa, 1986, p. 93.

Malgré des efforts de Habermas et Apel au sens de fonder une éthique rationnelle, intentionnellement universelle, que prend les relations intersubjectives et l'action communicative concrète comme axe de l'action et de mise en ordre de la vie sociale, l'efficacité de ses présupposés semble insuffisante pour rendre compte de la question de l'expérience historique des sociétés périphériques (latino-américaines et brésilienne) marquées par des profondes clivages de situations culturelles régionales, où il y a tout type d'irrationalisme, de conflits, de dépendances et de violences institutionnalisées.

Sans doute, telle insuffisance se doit au fait de "l'éthique discursive" se borner autant seul à l'une idée de société matisée par la perfection, constituée par des agents sociaux libres, compétents et conscients, participants dans des conditions d'égalité du jeu linguistique et argumentatif. En vérité, ce que se constate dans ces sociétés est le vécu d'une logique de relations d'innégalité, dont la situation historique ou l'expérience culturelle arrive au dedans d'un espace public composé par des sujets aliennés, explorés et innégaux, lesquels sont ignorés, silencés et exclus, à cause d'être considérés sans compétence pour participer des décisions engendrées par des catégories sociales que manipulent les discours de "l'éthique de la responsabilité" ou du "pragmatisme universel".

Par conséquent, il semble clair que tant le "pragmatisme analytique" de MacIntyre, Putnam e Rorty comme l'"éthique discursive ou de la communication" de Habermas, ou même le "pragmatisme transcendantal" ou l'"éthique de la responsabilité" de Apel, se présentent tous insuffisantes ou déficitaires pour comprendre et développer dans les sociétés périphériques un *ethos* particulier ou universellement légitimé. Le chemin d'affrontement à cette réalité semble d'être tracé par un autre type de rationalité, dont le contenu reflète une pratique pédagogique libertatrice, capable d'émanciper les sujets historiques privés de justice, expropriés et exclus. Il s'agit, évidemment, d'une "éthique de l'altérité" sur laquelle se réfère le philosophe et théologien Enrique D. Dussel comme "le lieu ou le moment de l'extériorité, dans lequel se donne 'l'affirmation de l'opprimé comme l'autre, comme personne et comme fin', et que se constitue de deux catégories fondamentales: la catégorie ontologique de la 'totalité' e la catégorie métaphysique de l'extériorité' (altérité)"³.

3 Apud WOLKMER, Antônio Carlos. op. cit. p. 241.

Sur la dimension philosophique du binomie “totalité” versus “extériorité”, qui fonde une nouvelle structure de la subjectivité, dispose Wolkmer au réfléchir en niveau théorique cette nouvelle logique de la convivence humaine: “La catégorie de la ‘totalité’ que peut se manifester de manières diverses embrasse le monde de la vie cotidienne, la totalité de l’être, l’universalité des sens et des pratiques, la mondialisation capitaliste concrète et abstraite. L’exigence d’une nouvelle ordre fondante implique le défis de rompre avec la ‘totalité’ ontologique de la pensée européenne moderne, caractérisée par un idéalisme individualiste et par un subjectivisme centré dans le ‘Je absolu’”⁴.

Par d’autre, affirme lui: “la catégorie de l’extériorité englobe l’espace humain de l’autre, de l’altérité d’une nouvelle subjectivité présent en chaque personne comme individualité et en chaque groupe comme collectivité. De plus, la métaphysique de l’altérité comme paradigme originaire que s’insurge contre l’injustice et contre la ‘négation de l’être de l’autre’ inscrit dans l’histoire l’extériorité de l’autre, en configurant, par la *praxis* réflétée également en niveau théorique, une nouvelle logique de convivence humaine”⁵.

Il n’y a pas doute que “l’éthique de l’altérité” traduit une dimension libertaire que s’appuie sur une *praxis* de désaliénation de l’homme et sur la valoration des pratiques culturelles dotée d’une rationalité historique particulière, non-formelle et matériellement émancipatrice.

En tissant une théorisation sur cette question, Enrique D. Dussel – cité par Wolkmer – développe deux “catégories pratiques” que contextualisent l’existence du binomie “totalité” versus “extériorité”:

- a) l’aliénation – symbolise le ‘péché’ et l’oppression’, la négation de l’extériorité, l’autre dépouillé et rendu simple partie fonctionnelle interne du système mercantil, le sujet vif rendu chose par le capital, le mal par excellence etc.;
- b) la ‘libertation’ – l’imaginaire de la ‘salvation’ et de la ‘sortie’, l’utopie de l’homme ‘nouveau’, l’alternative constructive au Capitalisme dépendent, enfin, la ‘négation de l’aliénation a partir de l’affirmation de l’extériorité’”⁶.

4 Idem. Ibid., p. 242.

5 Idem. Ibid.

6 Idm. Ibid., p. 243.

Il faut reconnaître que l'éthique de l'altérité est une éthique de contenue effectivement anthropologique, fondée, d'un côté, dans des valeurs universels d'un droit naturel rationnel: vie, liberté, bien-comum, justice et dignité; et, d'un autre, dans la singularité émancipatoire de valeurs culturels spécifiques et particulières, représentés par l'autonomie individuelle et collective, solidarité et satisfaction de besoins humaines basiques, en consonance avec l'expérience concrète latino-américaine.

Ainsi, c'est possible reconnaître dans le contexte de la civilisation périphérique capitaliste – comme la latino-américaine et la brésilienne – la viabilité d'une éthique de contenue libertaire, gerée au sein d'une pédagogie libertaire et émancipatoire, que prend les relations de conflit comme des reivindications par des besoins, soit de sujets collectives soit de mouvements sociaux, transformés en droits fondés dans l'émancipation, autonomie, solidarité et dignité d'une vie projetée vers la satisfaction des besoins fondamentales.

Dans l'espace ouvert d'expérience existentielle et d'exigences éthiques renouvelés, la pratique de l'équité – comme stratégie de l'efectivité rationnelle – vise la restructuration d'une activité judiciaire capable de contextualiser les pratiques quotidiennes d'une réalité fragmentée et réarticuler de forme permanente des nouvelles manières de conciliation entre l'application formelle de la loi et l'exigence d'une justice effectivement citoyenne.

2. PLURALISME JURIDIQUE ET ÉTHIQUE D'UN DROIT A L'ALTERITE

L'affirmation du pluralisme juridique arrive au fur et à mesure garantir la définition d'une base publique, comum, où des individus en situation d'affrontement sont capables d'entreprendre un dialogue de justification dans un contexte des désaccords moraux le plus souvent très profonds.

Cette utilisation de la raison publique remet inexorablement à la question de la civilité et de la tolérance. Dans la civilité, les individus apprennent à exprimer ses désirs avec clarté d'esprit, en reconnaissant et ayant reconnu au tour de l'idée d'une justice partagée. Dans la tolérance, même en désaccord à propos des fondements moraux de ses valeurs, il y a d'entre eux la possibilité de considérer les valeurs publiques les uns des autres comme raisonnable, ce qu'il encourage la promotion d'un fort sentiment de solidarité.

En effet, la tolérance doit être adressée au conjoint des conceptions des biens sous réserve, c'est-à-dire, ce qu'elles arrivent à se constituer dans une menace à l'ordre démocratique. La tolérance doit être liée intrinsèquement à l'un idéal de relations égalitaires entre majorité et minorités.

En règle, accentue Paul Dumouchel, le pluralisme en tant que doctrine politique de gestion de l'hétérogénéité du social défend: "1) que les conflits entre les groupes ne sont pas essentiels mais accidentels; 2) que l'universel n'existe que sous la forme de la sommation des différences plutôt que celui des traits caractéristiques partagés; 3) que la préservation et la promotion de la diversité sociale existante sont des valeurs primordiales de l'association politique et donc 4) que la diversité des communautés impose des limites à la souveraineté de l'État; 5) le pluralisme nie la linéarité de l'histoire, c'est-à-dire l'existence de novations significatives; enfin 6) il exige que les représentations du social de l'acteur et du théoricien qui le modélise ne coïncident pas. J'aimerais montrer pour terminer que sur ces six questions, la tolérance et le pluralisme s'opposent point à point".

Dans ce sens, la tolérance est étroitement liée au double constatation que le consensus est rarement possible et la subordination politique a un effet fortement d'exclusion. D'où, le débat, le dialogue, la délibération politique répercuter fortement dans la transaction d'un accord minimum que surpasse la rigidité des particularismes.

Pour Georges Gurvitch, l'identité du principe pluraliste intègre une réalité nettement différenciée en trois dimensions: le pluralisme comme "fait", comme "idéal", comme "technique". Le pluralisme como "fait" est observable en toute et quelconque société. Toute société comprend toujours "un microcosme des groupements particuliers que se bornent, s'affrontent, s'équilibrent, se combinent hiérarchiquement dans un conjoint global et se permettent aux combinaisons les plus variées, conditionnées par les situations historiques. Le sujet fondamental de ce pluralisme du "fait" est la vie sociale placée par la tension et équilibre entre les valeurs personnels et les valeurs du groupe, syntétisés par l'équivalence démocratique de corps sociaux autonomes et des personnes libres. Il s'agit, en outre, de l'intégration fraterne et démocratique de valeurs intercalées entre variété et unité. Il appartient au pluralisme "technique" comme

7 DUMOUCHEL, Paul et alii. Tolérance, Pluralisme & Histoire. Montréal: Éthikè, 1998, p. 131.

méthode spécial au service d'un idéal, l'effort pour implémenter la liberté humaine et les valeurs démocratiques, contribuer pour l'affaiblissement de l'État et servir aux intérêts généraux dans ses aspects multiples"⁸.

Dans tout, ce qu'il vaut ressortir c'est que le pluralisme défend l'édification d'un espace publique médiateur capable de rendre possible le respect aux prérogatives des minorités et, au même temps, d'amortir l'ingérence démesurée de l'action de l'État centralisé qui tend étouffer les attentes réelles et quotidiennes des individus.

Dans le cas du pluralisme juridique, la compréhension de la tolérance passe inévitablement par la compréhension d'une modernité juridique capable de potencialiser une conception de "souveranité populaire" que privilégie la promesse moderne d'autolégislation, dans le sens même qui préfigure Rousseau quand-t-il propose une théorie du droit en affirmant que l'individu, l'homme, est toujours l'auteur réel et pratique de ses droits et de ses lois⁹.

La tolérance juridique consiste, néanmoins, à respecter, protéger et assurer le "droit de rester différent", ce qu'il évoque une nouvelle manière de penser la réciprocité d'un avec l'autre.

Cette façon de concevoir l'universel comme une dialectique entre un discours non situé et individus situés fait du projet de coexistence sociale l'*ultima ratio* de la volonté démocratique et de la construction des espaces publics mobilisés culturellement. Peut-être, il soit raisonnable suivre ici l'orientation de Habermas: "Celui qui, au nom de l'universalisme, exclut l'autre (qui par rapport à l'autre a le droit de rester un étranger) trahit sa propre raison"¹⁰.

En thèse, cette conception universaliste mentionnée par Habermas consiste fondamentalement d'accepter l'autre dans sa singularité, dans sa particularité, dans sa concrétisation, car il s'agit d'une condition singulière d'instaurer un projet universaliste.

On perçoit, donc, que le pluralisme juridique présuppose l'existence d'un espace sociétaire participatif de caractère strictement démocratique, où s'observe la présence de la minimisation du pouvoir légiférant formel d'État et la priorisation d'une production normative plurielle de contenu dérivée et gérée par des instances organisées au sein de la vie sociale d'où découle la pertinence de la question

8 Apud WOLKMER, Antônio Carlos. Op. Cit., p. 160.

9 ver ROUSSEAU, J.-J. O Contrato Social. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

10 ver HABERMAS, Jürgen. Le Discours Philosophique de la Modernité. Paris:

de "l'effectivité formelle" du droit fondée sur une formulation d'une nouvelle ordre des valeurs éthiques.

Cette alternativité dans la recherche d'un nouveau univers axiologique conduit à la découverte d'une nouvelle éthique: l'éthique de l'altérité qui rejette les raisonnements ontologiques et les jugements *a priori* universels et que s'inscrit dans une prémisse de marque libertaire, matérialisée comme instrument pédagogique d'expression des "opprimés" anxieux d'émancipation, d'autonomie, de solidarité et de justice.

3. L'ÉQUITÉ COMME JUSTICE SOCIALE

Sans doute, la constatation de la crise de la culture juridique, des valeurs éthiques projetés par l'idéologie bourgeoise-capitaliste, bien que par l'épuisement du propre modèle d'applicabilité du droit qui n'arrive pas à se traduire en justice, témoigne le collapsus de la légitimité normative qui circule dans les sphères des institutions politiques, économiques et juridiques et qui traverse l'*ethos* valoratif de la vie sociale quotidienne des sociétés périphériques.

Ainsi, pour comprendre la dimension de la distribution de la justice, il faut délimiter l'extension de la norme juridique comme résultat de l'application du droit. Dans ce sens, Roscoe Pound indique qu'il y a trois théories d'application de la norme juridique: "a) l'une théorie analytique qui pressuppose un corps des normes sans lacunes et antinomies, assujettie à l'une interprétation plus au pied de la lettre que historique; b) l'une théorie appelée historique qui considère le droit comme un code et celle-ci comme 'continuation et développement d'un droit préexistant; c) l'une théorie de l'équité, d'après laquelle l'essentiel est 'l'une raisonnable et correcte solution pour chaque une des controverses. Cette compréhension du précept juridique, qu'elle soit en sa source rencontrée dans une loi, qu'elle soit dans une tradition, c'est un chemin que conduit le juge au juste résultat"¹¹.

Cette distinction proposée par Pound montre la difficulté qu'on a d'établir une compréhension scientifique du droit. Analysée du point de vue d'un "phénomène social", la norme juridique doit être d'atteinte intégrale dans le cas concret, en prenant comme référence l'importance de l'expérience juridique (enchaînement de norme et fait) et de l'individuation de l'applicabilité des normes, en visant la

11 Apud LOPES, Mônica Sette. A Equidade e os Poderes do Juiz. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 30.

dynamique opérationnelle du droit. C'est dans ce sens que Helmut Coing a attribué à la justice un contenu humain, compensateur, dont l'action "renferme la notion que son exercice se caractérise par un façonnement de la situation au fait dans un encadrement conceptuel, normatif, interprété dans son niveau médiateur, adaptatif et conformateur. Dans ce sens, l'idée d'équité gagne relief pour l'intelligence de l'expression technique de la justice qui culmine dans le jugement, surtout s'on considère son évolution dans le cours de l'histoire du Droit et de la Science du Droit"¹².

La première idée d'équité de plus grande intérêt pour le monde Occidental vient des grecques – Platon, Aristotes, Anaximandre. D'après Aristote "l'équitatif est le juste, supérieur à l'une sorte de justice – non pas la justice absolue, mais de l'erreur provenant du caractère absolu de l'ordonnance légale. C'est celle-ci la nature de l'équitatif: une conception de loi quand elle devient insuffisante en raison de sa universalité"¹³.

Dans la vision contemporaine et au niveau du procès (évaluation de preuve, interprétation de norme), la pratique de l'équité – comme stratégie de l'effectivité rationnelle – vise la structuration d'une activité judiciaire capable de contextualiser les pratiques quotidiennes d'une réalité fragmentée et, au même temps, de réarticuler de manière permanente des nouvelles formes de conciliation entre l'applicabilité formelle de la loi et l'exigence d'une justice effectivement citoyenne.

En réalité, en surpassant le caractère de source du droit, l'équité ressemble un procédé d'élaboration juridique dont l'utilité n'est celle pas de formuler des nouvelles normes, mais oui celle-ci d'appliquer promptement les normes existentes au cas concret particulier, en visant la distribution pratique de la justice. Ainsi, le juge, pour juger avec l'équité, il faut d'être imprégné du sens d'équité, c'est-à-dire, il faut procéder à l'une interprétation de la norme dans le sens de saisir ce qui permet l'ordre juridique afin d'attendre les buts sociaux de la loi. Dans cette ligne de raisonnement, il ne s'agit plus d'appliquer un droit imposé par le législateur, mais de l'intention d'établir une communication entre le droit et les valeurs considérés raisonnables par la société.

Donc, la justice comme condition d'équité ouvre l'espace nécessaire pour ajuster meilleure la norme juridique à la relation

12 Idem. Ibid., p. 41.

13 ARISTÓTELES, Ética a Nicômacos. São Paulo: Abril Cultural, 1973, pp. 34-35.

entre fait et valeur et contribuer si fort pour établir une efficace réelle dans la solution des questions d'occurrences de la collectivité par rapport aux demandes sociaux liées à la justice.

Admettre cette rationalité du juste et do raisonnable dans la forme d'applicabilité de la norme juridique est, dans certain degré, d'approcher plus effectivement l'apparat légal-étatique avec le quotidien des citoyens. C'est remplacer des procédés formels, avec un niveau élevé d'institutionnalisation, par des pratiques alternatives de juridicité, avec un bas niveau de rigueur institutionnel, et qui certainement aura une forte conséquence dans l'élargissement d'une conscience sociétair normative qui opère dans la volontiers des nécessités fondamentales et dans le consensus des différences. Ce processus alternatif de conscience normative altéritaire doit permettre une nouvelle *praxis* politique d'administration de la justice.

4. CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

Le renversement du monisme juridique, au fin du XX siècle, coïncide avec la circonstance aggravante d'appelée crise des paradigmes qui signale la rupture des modèles théoriques, thème aussi discuté au niveau des sciences humaines.

Certes, la vie actuelle dans la société contemporaine exige une réévaluation historique immédiate, en considérant le fait qui les institutions culturelles, politiques et normatives traditionnelles se présentent insuffisantes et bornées pour prendre en compte la diversité des formes de vie quotidienne, les nouveaux savoirs tissés dans la base des besoins collectives et l'exigence de réorganisation politique et juridique de la société.

De façon qui cette réalité paradoxal firme, sans doute, la constatation "que les paradigmes qu'expliquent la condition et la possibilité d'existence délinée par l'idéalisme individuel, par le rationalisme libéral et par le positivisme formel, qui ont maintenu la rigueur logique du discours phylosophique, scientifique et juridique, ne se présentent que avec leurs fondements ébranlés, mis en question, et remplacés par des nouveaux modèles valoratifs de références, de fondamentatation et de légitimation"¹⁴.

D'où, qu'on se placer dans une versant de rejet aux paradigmes théorico-classiques centrés dans des modèles structurels anacroniques

14 WOLKMER, Antônio Carlos. Op. cit., p. 313.

de production, de l'unicité de l'État-Nation, de projets universels de organisation de l'État et de la Société, de centralisation normative de l'État du Droit et d'uniformité des intérêts institutionnalisés, implique en adopter un nouveau modèle "pratique-théorique" de base pluraliste qui reconnaît l'urgence des conditions d'un Droit Communautaire de caractère alternatif.

Le défi est placé et convoque les nouveaux agents du Droit à visualiser dans ce conflit que le droit étatique, au se borner en defendre les intérêts des classes elitisées et les propos des groupes privilégiés, n'a pas legitimité d'exercer une hégémonie normative au nom de toute la société. Au-delà que "dans ce processus se fait impératif redéfinir les fondements de soutenance de la légitimité, idée qui se dissocie du domaine étatique, des critères traditionnels d'effectivité formelle et da légalité positive, et s'inscrire dans le pouvoir de participation/decision et dans le consensus du "juste" communautaire désiré"¹⁵. La déduction est que doit prévaloir dans la société la pratique d'un "droit juste" qui favorise la communauté et qui s'autolégitime dans l'espace des aspirations légitimes et dans la satisfaction des besoins posées démocratiquement par la communauté elle-même.

Naturellement, le nouveau pluralisme juridique qui se permet d'emergir dans la société brésilienne difere tout à fait du pluralisme de racine libérale, ce qui préssupose une nouvelle légitimité dissociée de la chancelle étatique, des pratiques traditionnelles d'effectivité formelle et de légalité positiviste, en cherchant dans le pouvoir de participation, dans l'efficace sociale et dans le consensus du "juste" communautaire la dynamique interactive d'un "espace publique" plus démocratique où une nouvelle rationalité et une nouvelle éthique se conjuguent en tour des aspirations, de rejet des manques, du droit à la différence, à l'autonomie et à la tolérance, et des besoins communs. Il s'agit de l'insurgence d'un pluralisme juridique et politique de "sujets collectifs" destinés à construire une nouvelle hégémonie qui puisse défendre la prédominance de la "volonté générale" sans sacrifier le pluralisme des besoins individuelles.

En somme, sera celle la réalité de l'expansion sociétaire brésilienne du présent milénaire, au sein duquelle les individus, sujets collectifs et groupes organisés, unis en tour des besoins communs, iront construire les "nouveaux droits". La mise en ordre

¹⁵ Idem. Ibid., 318.

de la Société Civile sera marquée par l'utilisation de pratiques juridiques alternatives, base d'une culture informelle, caractérisée par des manifestations normatives en marge du droit mis par l'État.

Dans cet horizon de pratiques quotidiennes multiples, la société sera un "système de décision complexe", un monde de juridicité policentrique, marqué par une *praxis* "d'égalités fragiles" et "d'espaces de conflits intermittents", où il y aura la prédominance d'un espace public dynamique, interactivement démocratique, basé sur le pouvoir de participation, sur l'efficacité sociale et sur le consensus d'une justice communautaire.

Dans le monde de la politique et du droit, la démocratie change de référence. Elle n'est plus à peine un régime politique avec des partis et des élections libres. C'est une société ouverte qui permet toujours la création de nouveaux droits. Les mouvements sociaux, dans ses luttes, ont transformé les droits formellement déclarés en des droits réels. Les luttes pour la liberté et l'égalité ont élargi les droits civils et politiques de la citoyenneté, ont créé les droits sociaux, les droits des "minorités" – femmes, enfants, vieillards, minorités ethniques et sexuelles – et les droits écologiques: droit à l'environnement sain. Et comme accentue Habermas: "le droit ancré dans la moral et non plus dans la rationalité instrumental-cognitive de la science, c'est l'élément qui structure la démocratie".

C'est cet impact sur la Modernité qu'il la fait dépérir et céder place à l'ère pós-moderne: l'ère de la réémergence de la société civile. La réémergence de la société civile est une nouvelle ordre paradigmatique qui opère le remplacement du concept de société nationale par celui de société plurielle. Ici, les notions de souveraineté et hégémonie, associées à l'État-Nation comme centre du pouvoir, sont remplacées par les notions d'ordre plurielle, dont l'emphase renouvelée se penche sur le rôle des institutions intermédiaires qui, d'un côté, protègent les individus contre le pouvoir aliéné de l'État, et, d'autre, défendent l'État du péril de fragmentation individualiste et, surtout, dans la réaffirmation des valeurs d'auto-gouvernement, de l'expansion de la subjectivité, du communautarisme et de l'organisation autonome des intérêts et des divers modes de vie.

Du point de vue du droit, cette réalité macrostructurelle éveille un profond intérêt, principalement à cause des contradictions du propre capitalisme avec ses pratiques transnationales qui évoquent le blocus du rôle traditionnel de l'État provenance et, au même temps,

suscite le phénomène de la démocratisation des pays périphériques. Autrement dit, le système pluriel défini comme un système qu'opère à travers des structures de cohésion dans ses pratiques organisées et intégratives, et qui seul peut être compris en raison de ses effets transnationaux, réaffirme le fossé entre l'État et la société civile, en introduisant un nouveau raisonnement juridique, dont l'applicabilité ne tourne plus au tour de l'idée que le droit doit de forme obligatoire s'identifier avec le droit étatique.

Dans la suite de l'exigence de cette nouvelle mentalité juridique qui prend forme se distingue le phénomène complexe de la "réémergence de la société civile" qui se fortifie par un processus continu de plus grande organisation et de majeure autonomie politique dans celle-ci se rend possible mettre en évidence au moins trois logiques distinguées: a) la fortification des mouvements sociaux et politiques de caractère démocratique liées aux conditions d'autonomie, d'autogestion, d'indépendance, de participation, d'*empowerment*, des droits humains et citoyenneté; b) construction d'un espace public non-étatique comme sphère de participation sociale et politique des citoyens réunis au tour d'entités et mouvements non-gouvernementaux, non-mercantiles, non-corporatifs et non-partidaires, privés dans son origine, mais publiques par son finalité, ayant capables de promouvoir l'articulation entre sphère publique et sphère privée comme une nouvelle forme de représentation, dans la tentative de créer des alternatives de développement démocratique pour la société; c) consolidation d'une nouvelle ordre juridico-constitutionnelle avec un profil de politique judiciaire capable de garantir: 1) l'accès à la justice; 2) l'aspect de l'administration de la justice comme institution de caractère politique et d'organisation professionnelle tournée vers la production et réalisation de services spécialisés; 3) la litigiosité sociale et les mécanismes de son résolution disponibles au sein de la propre société.

Il ne s'agit plus d'un synonyme de société, mais d'une manière de la penser, d'une perspective liée à la notion d'égalité de droits, d'autonomie, de participation, enfin, des droits civils, politiques et sociaux de la citoyenneté.

Par conséquent, la société civile doit être "réorganisée". Ce qu'il était un état naturel des philosophes contractualistes, ou même l'une condition de la politique moderne dans Hegel et Marx, se rend-t-il actuellement un objectif pour les activistes des pays sousdéveloppés:

la société civile doit d'être édiflée, réforcée, consolidée. Il s'agit de moyen et fin de la démocratie.

C'est dans cette perspective que travaillent quelqu'uns penseurs contemporains et qui fournissent des subsides théoriques importants à l'actuation des organisations non-gouvernementales, tels que Alan Wolfe, par exemple. Habermas, lui-même, qu'il a rompu avec la corrélation idéologique univoque entre société civile et sphère privée, entendue comme économie, et l'État compris comme sphère publique, crédite à cette nouvelle ordre une sphère privée dans le systemme (économie) et une sphère publique non-étatique constituée par des mouvements sociaux, ONGs, associations de citoyenneté etc. Ainsi, le concepts de publique et privé ne s'appliquent pas de manière automatique à l'État et société civile, respectivement. C'est possible dire aujourd'hui qui existent aussi les sphères de l'étatique-privé et du social-publique qui commence.

Dans la sphère étatique-privée sont les entreprises et corporations étatiques qui, malgré publiques du point de vue formelle, trouvent sa logique dans la défense d'intérêts particuliers, économiques ou sectoriels, en agissant dans la pratique comme organisations du marché. Par contre, dans la sphère social-publique, encore émergent, se trouvent les mouvements et institutions qui, malgré privées du point de vue formelle, poursuivent des objectifs sociaux, en articulant dans la pratique la construction d'un espace public non-étatique.

De façon que, en étant le phénomène de la constitutionnalité une expérience politique des démocraties libérales, ne se comprendre pas un projet constitutionnel sous les modèles traditionnels d'un type d'idéologie qui propugne par la préservation d'une séparation étanche entre des institutions privées et publiques et qui confère à l'État de façon unique le privilège d'ordonner la société civile.

Le phénomène de la démocratisation entraîne avec soi une nouvelle ordre de monde, dans laquelle la société réordonné par une politique descentralisée et participative expérimente des nouveaux procédés de rationalité qui visent reconnaître et effectuer l'émergence de nouveaux acteurs sociaux, dont l'action individuel ou collective répercute dans la construction d'une pédagogie concrète des valeurs éthiques, nommée "d'éthique de la solidarité", tournée vers la soutenance du projet d'altérité du systemme social.

C'est important d'ajouter qui n'est pas simplement par le fait de deffendre un ou l'autre principe de caractère social ou démocratique

qu'un texte constitutionnel se présente éthique par rapport à la société, mais pourquoi ses principes sont exposés dans un conjoint qui réunit des sujets liés par une "éthique de responsabilité solidaire", laquelle apporte des effets dans les activités et conflits humains et sera apte par conduire à la matérialisation des idéaux sociaux et démocratiques. Assurées la citoyenneté et la dignité de la personne humaine, peuvent d'être lancées les bases générales pour l'égalité parmi les citoyens, dans ses plus diverses activités. Ce nivellement des hommes est le point de départ de toute communication sociale qui se déroulera avec fondement dans l'ordre juridique.

RÉFÉRANCES BIBLIOGRAPHIQUES

APEL, Karl-Otto. *Estudios Éticos*. Barcelona: Alfa, 1986.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

DUMOUCHEL, Paul et. al. *Tolérance, Pluralisme & Histoire*. Montréal: Éthiquè, 1998, p. 131.

HABERMAS, Jürgen. *Le Discours Philosophique de la Modernité*. Paris: Gallimard, 1988, p. 108.

LOPES, Mônica Sette. *A Equidade e os Poderes do Juiz*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

ROUSSEAU, J-J. *O Contrato Social*. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1994.

CITOYENNETE, SYSTEME PENAL ET LES FEMMES A L'AUBE DU XXI SIECLE

José Luis de la Cuesta^{1*}

Président de l'Association Internationale de Droit Pénal;
Directeur de l'Institut Basque de Criminologie. Université du Pays Basque.

E.GIMBERNAT ORDEIG,² déjà en 1971, soulignait que le système pénal a toujours perçu la femme à partir des intérêts d'un type d'homme déterminé, dont la mentalité se caractérise par une échelle de valeurs selon laquelle la femme ne se conçoit pas comme une vraie citoyenne, mais en tant que mère, épouse ou fille. Or, à l'aube du XXIème siècle, l'égalité réelle entre les sexes constitue un des "enjeux de la citoyenneté"³, avec des répercussions très importantes sur la politique criminelle.

I. UNE NOTION EN EXPANSION: LA "CITOYENNETE"

D'un point de vu historique et étymologique la notion de citoyenneté est une "invention des cités grecques"⁴ et fait exclusivement appel au droit de participation à la gestion des affaires publiques. Après l'expansion du concept de citoyenneté en Rome, l'expérience des villes médiévales –"l'air de la ville rend libre"⁵– et "l'éclipse à l'ère des monarchies"⁶, l'illuminisme et la Révolution française ont solidement établi le concept moderne de citoyen dans un sens pleinement politique.

1 Nous tenons à remercier M-Alain Girard pour la mise au point de la rédaction de cette contribution.

2 E. Gimbernat Ordeig, "La mujer y el Código penal español", *Estudios de Derecho Penal*, 3ème ed., Madrid, 1990, pp.78 ss.

3 *Documentation française*, http://www.vie-publique.fr/decouverte_instit/citoyen/citoyen_1_2_1_a0.htm.

4 *Ibidem*.

5 M.A.Durán, *La ciudad compartida: Conocimiento, afecto y uso*, Madrid, 1998, p. 42.

6 *Ibidem*.

Comme beaucoup d'autres concepts celui de la citoyenneté est plutôt équivoque⁷ et présente des acceptions diverses. La notion de "citoyenneté" est fréquemment assimilée à celle de "nationalité" et elle est définie par conséquent d'un point de vue juridique formel ou légale, autrement dit en tant que statut de droits et de devoirs de nature civile, socioéconomique et politique, reconnus par la loi et dont jouissent les citoyens nationaux.

Cependant, d'autres approches existent. Ainsi d'un point de vu philosophique, et bien que la citoyenneté n'a pas été vraiment un concept très étudié par les philosophes, il est question de savoir quel est le modèle de citoyenneté qui pourrait mieux amener à une société plus juste. Dans la perspective sociopolitique ou substantive, la citoyenneté ne renvoi pas au statut politique, mais plutôt au "statut social de membre d'une communauté politique déterminée"⁸. Ceci comprend tout aussi bien l'ensemble de droits, devoirs et obligations dans lesquels se traduit le lien juridique entre l'individu et l'Etat, que les questions et principes "d'égalité, de justice et d'autonomie"⁹. La citoyenneté se présente alors comme un concept caractérisé par une plus grande "flexibilité", et devient un concept "dynamique et contesté": les droits et les responsabilités changent avec le temps et "comme résultat des luttes sociales, du changement économique et de l'évolution de l'idéologie gouvernementale"¹⁰.

Cette dernière acception du terme -parfois qualifiée de postmoderne¹¹- fait que l'idée de la citoyenneté soit de plus en plus employée et en expansion. Sans oublier la relation entre l'individu et l'Etat, elle oblige à s'occuper de celle-ci non seulement dans un sens juridique, mais également dans celui de "la société de laquelle l'Etat est l'expression politique". Le concept de citoyenneté ne s'épuise plus dans la reconnaissance formelle des droits du citoyen. L'intérêt du concept ne s'épuise pas seulement dans la possession formelle des droits, mais comprend aussi la "possession des conditions

7 Sh.Meer et Ch.Sever, "Redéfinir la citoyenneté", *Genre et Développement En Bref*, 14, septembre 2004, p. 1.

8 K.Faulks, "Rethinking citizenship education in England. Some lessons from contemporary social and political theory", *Education, citizenship and social justice*, 1(2), 2006, p. 123.

9 K. Faulks, *Citizenship*, London, 2000, p. 13.

10 K. Faulks, "Rethinking...", *cit.*, p. 124.

11 R.Shaw, "The Enlightenment concept of citizenship, rights and governance in Modern and Postmodern Status", <http://robertshaw.orcon.net.nz/Citizenship-Shawpdf.pdf>, p. 3

nécessaires¹² pour son exercice. Ainsi la citoyenneté devient un "concept évolutif, dialectique", un "procès de conquête permanente des droits formels et d'exigence de politiques publiques pour les faire effectifs"¹³.

II. FEMMES ET CITOYENNETE

Historiquement la citoyenneté n'a bénéficié que certaines catégories de personnes: les "hommes" libres. Les femmes, les étrangers, les esclaves n'étaient pas censés d'avoir (tous) les droits des citoyens.

L'identification formelle citoyen-personne viendra beaucoup plus tard, à la fin de l'Age Moderne avec l'expansion de l'idée moderne de la nation et les révolutions libérales. Celles-ci dans leurs déclarations de droits s'adressent en effet à tous et proclament la liberté et l'égalité formelle devant la loi de tous les citoyens nationaux sans discriminations par des raisons d'âge, sexe... Le libéralisme traditionnel ne garantit cependant pas par lui-même l'exercice réel de la citoyenneté. L'extension formelle du champ des citoyens n'a pas été toujours accompagnée d'une même extension formelle de tous les droits du citoyen¹⁴, comme le montre l'histoire du droit de vote (démocratie censitaire au XIX siècle, conquête du droit de suffrage par les femmes).¹⁵ En réalité, "l'histoire de l'expansion de la citoyenneté court parallèlement à celle de la démocratie"¹⁶ à travers de "procès conflictuels de dialogue social et de formalisation politique et juridique"¹⁷, en embrassant de plus en plus d'individus (en surmontant les barrières de sexe, propriété et origine, et en réduisant celles de l'âge) et en élargissant la liste et le contenu réel de droits que la citoyenneté octroie.

En tout cas, si d'un point de vue substantif la citoyenneté requiert de surmonter les désavantages de partie et de combattre la discrimination, il faut reconnaître que l'idéal de la "citoyenneté pour

12 J. Arango, "Ciudadanía, diversidad y civismo", *El dossier de Ciudadanía*, La Caixa, p. 21 <http://www.educatlia.org/edu2/exterbs/ciudsadania/cast/materials/dossier-cast.pdf>

13 J. Borja, "La ciudad y la nueva ciudadanía", *La factoría*, 17, 2002, p. 2.

14 J. Borja, *ibidem*, p.1.

15 J. Arango, "Ciudadanía...", *cit.*, pp. 21 ss.

16 J. Arango, *ibidem*, p.22.

17 J. Borja, "La ciudad...", *cit.*, p. 2.

tous¹⁸ est encore loin d'être atteint. En raison de facteurs divers (parfois aussi aux inerties sociales et culturelles) l'exclusion sociale et politique de certaines catégories d'habitants nationaux subsiste, malgré les progrès faits sur plan civil, politique et social et les grandes déclarations législatives formelles au plus haut niveau.

C'est le cas des femmes, dont la parité et égalité réelle avec les hommes est loin d'être atteinte. Certes l'évolution juridique vers la parité a été importante pendant le dernier siècle et s'est traduit dans des nombreuses réformes législatives et règlementaires dans beaucoup de pays, ainsi que dans la prise de mesures de discrimination positive. Néanmoins même aux pays les plus développés, en général, des "préjudices sociaux, juridiques et intellectuels" persistent et continuent à "cacher" et parfois même "essayent de justifier" les discriminations contre les femmes¹⁹. L'égalité de chances entre hommes-femmes est loin encore d'être réelle. La participation des femmes dans la vie politique continue à être très minoritaire, les femmes subissent plus le chômage que les hommes. Bien qu'elles soient mieux formées et aient de meilleurs résultats dans les études supérieures, elles occupent des postes de travail de niveau inférieur, reçoivent des salaires inférieurs...

En somme, et même dans les démocraties modernes, d'un point de vu sociopolitique ou substantiel la citoyenneté des femmes continue à être un fait "mal défini et mal résolu"²⁰.

III. LE SYSTEME PENAL ET LA FEMME

Les différences de traitement des hommes et des femmes demeurent au niveau du système pénal²¹. Bien qu'elles soient parfois justifiées, une grande partie comporte un traitement discriminatoire.

18 J.A rango, "Ciudadanía...", *cit.*, p.23.

19 J. Hurtado Pozo, "Presentación", *Anuario de Derecho Penal*, núm.1999-2000, p.20 (http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/99_00/an99_00.htm)

20 M. E. Simón Rodríguez, "Democracia vital o ciudadanía de las mujeres", *Kiki-riki*, 54, p.1 http://www.quadernsdigitals.net/index.php?accionMenu=hemeroteca.VisualizaArticuloIU.visualiza&articulo_id=1272

21 En raison des spécificités du système pénal des mineurs, la présente contribution s'occupe seulement du système pénal d'adultes. En tout cas, sur les mineur étrangers infracteurs à l'Union européenne, C.San Juan Guillén et J.L. de la Cuesta Arzamendi (eds.), *Menores extranjeros infractores en la Unión Europea. Teorías, perfiles y propuestas de intervención*, Bilbao, 2006.

D'ailleurs, la criminalité féminine n'a pas trouvé, en général, de traitement spécifique²².

1. A côté des dispositions applicables tant aux hommes qu'aux femmes, traditionnellement, les Codes pénaux ont cherché une certaine protection de la femme, en tant que telle, par l'incrimination de l'avortement sans consentement de la femme, de l'infanticide, des infractions contre la famille... Dans le domaine des atteintes aux mœurs –domaine où les relations entre le droit et la moral, complexes et polyvalentes, se présentent d'une façon particulièrement accrue²³– la femme était considéré comme sujet passif exclusif des crimes graves comme le viol. Néanmoins selon la tradition, nombreuses législations permettaient à l'agresseur, dans la plupart des cas, de se soustraire à la peine en se mariant avec l'offensée²⁴. La circonstance d'aggravation du mépris du sexe et l'impossibilité d'application aux femmes de la peine de prison, plus infamante que celle de prison, s'ajoutaient en Espagne à cet ensemble normatif spécifiquement protecteur.

2. Bien sûr, la perspective du législateur partait, dans les domaines mentionnés, naturellement des intérêts masculins²⁵ et de la position inférieure de la femme par rapport à l'homme, qui était censé de veiller à la protection de la dignité des mères, épouses ou filles²⁶. Cette perspective légitimait aussi la discrimination pénale de la femme dans un sens très répressif²⁷:

22 R.Ottenhof, "Por un análisis específico de la criminalidad femenina", dans A.Beristain et J.L. de la Cuesta, *Cárcel de mujeres*, Bilbao 1989, pp.47 ss.

23 J. Hurtado Pozo, "Moral, sexualidad y derecho penal", *Anuario de Derecho Penal*, núm.1999-2000, pp. 25 ss. (http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/99_00/an99_00.htm)

24 En ce qui concerne le Droit pénal espagnol, A.Asua Batarrita, "Las agresiones sexuales en el nuevo código penal: imágenes culturales y discurso jurídico", dans *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*, Emakunde, Vitoria, 1998, p.61.

25 R.de Vicente Martínez, "Los delitos contra la libertad sexual desde la perspectiva de género", *Anuario de Derecho Penal*, núm.1999-2000, p.83 (http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/99_00/an99_00.htm)

26 E. Gimbernat Ordeig, "La mujer...", *cit.*, p.78. Voir aussi, M. Acale Sánchez, "De la asexualidad de la ley penal a la sexualización del problema de los malos tratos en el ámbito familiar", *Anuario de Derecho Penal*, núm. 1999-2000, p.105 http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/99_00/an99_00.htm)

27 J. I. Lacasta Zabalza, "Género y ambivalencia del derecho y de su sistema penal", dans *Análisis...*, *cit.*, pp. 24 s.

- Ceci était particulièrement le cas, et d'une façon écharnée²⁸ quand l'honneur masculin avait été lésé: le mari (pas la femme) offensé qui tuait la femme infidèle recevait un traitement privilégié (peine de déportation; en vigueur en Espagne jusqu'en 1963).
- Jusque dans la deuxième moitié du XXème siècle, l'adultère ponctuel de la femme était dans de nombreux pays plus sévèrement puni que celui de l'homme; celui-ci était uniquement puni (par exemple, en Espagne jusqu'en 1978) si les faits étaient constitutifs de concubinage.
- Les maris -dont l'autorité maritale sur la femme était reconnue par le droit civil- avaient le droit de corriger leur femme même en utilisant une certaine violence. Ils pouvaient bénéficier d'une excuse absolutoire s'ils violaient les secrets de leurs femmes ou leur correspondance.
- Le droit au devoir conjugal annulait -sauf dans des cas exceptionnels (santé fragile ou faible de la femme, exigence d'actes "*contra natura*", danger de transmission de maladies)- toute possibilité juridique de punir en tant qu'agressions sexuelles violentes dans les mariages²⁹. Les responsables ne pouvaient être réprimés que, le cas échéant, pour infraction contre la vie ou l'intégrité (Homicide ou coups et blessures).
- En même temps, eu égard au fait que le bien juridique, en matière d'atteintes sexuelles, était l'honnêteté, le débat au sein du procès se déroulait surtout autour de la réputation de la femme et de sa résistance (suffisante ou non) à l'agression³⁰.

3. La plupart de ces dispositions ont été progressivement abrogées par les réformes pénales intervenues dans la majorité des pays occidentaux pendant la deuxième moitié du XXème siècle.

28 Car la peine prévue était tellement petite que l'article 428 du Code pénal devenait une véritable "invitation à l'élimination de deux êtres humains", E.Gimbernat Ordeig, "La mujer...", *cit.*, p.79.

29 A. Asua Batarrita, "Las agresiones...", *cit.*, pp.64 ss. Voir aussi, C.Carmona Salgado, "Problemática actual de la violación entre cónyuges y entre parejas de hecho", dans *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Angel Torío López*, Granada, 1999, pp.665 ss; B. San Martín Larrinoa, "La violación en el matrimonio", *Cuadernos de Política Criminal*, 62, 1997, pp. 499 ss. 30 E. Larrauri, D. Varona, *Violencia doméstica y legítima defensa*, Barcelona, 1995.

En Espagne³¹, au déclin du régime franquiste, la réforme du Code Civil de 1975 abrogea la soumission de la femme au mari. À partir de 1976 avec l'avènement de la démocratie, l'égalité de tous les citoyens et de non discrimination, entre autres, en raison du sexe furent établies à l'art. 14 de la Constitution de 1978). Dans ce contexte, de multiples réformes pénales se sont succédées. Ainsi, en matière d'avortement la répression a été exclue en 1985: en cas d'indication médicale (danger sérieux pour la vie ou la santé physique ou psychique de la femme), d'indication éthique (grossesse produit d'un viol), si les faits ont été dénoncés et l'interruption de la grossesse intervenant dans les 12 premières semaines, d'indication eugénésique (malformation des facteurs), l'interruption devant être pratiquée dans les vingt-deux premières semaines de gestation.

Dans le nouveau Code pénal "de la démocratie", approuvé finalement en 1995, et conformément à l'évolution intervenue dans la matière, l'incrimination spécifique de l'infanticide³², a été supprimé et la réglementation des matières concernant la criminalité et/ou la victimisation des femmes³³ a été profondément réformée, en prévoyant des nouvelles dispositions importantes contre la discrimination et la violence domestique.

3.1. Les réformes en matière d'atteintes sexuelles ont aussi été très importantes. La réglementation actuelle –qui abandonne toute référence à l'honnêteté³⁴- remonte principalement à 1989 et se borne à la protection de la "liberté et l'intégrité sexuelles"³⁵ des hommes et des femmes³⁶.

31 J.L.de la Cuesta, "Les femmes en droit pénal espagnol: passé, présent, perspectives", dans *Le champ pénal. Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*, Paris, 2006, pp.411 ss.

32 M. J. Virto Larruscain, "La maternidad contestada: la derogación del infanticidio y la regulación o cancelación del aborto", dans *Análisis...*, cit., pp.115 ss.

33 Ainsi, par exemple, au sein des délits relatifs à la manipulation génétique, le Code Pénal de 1995 incrimine les pratiques de reproduction humaine assistée sur une femme sans son consentement (art.161, après la réforme de 2003).

34 Jusqu'en 2003, l'art. 612, 3 incriminait aussi les "atteintes à la pudeur" en cas de conflit armé.

35 A propos de l'objet de protection du nouveau droit pénal sexuel, J. L. Díez Ripollés, "El objeto de protección del nuevo Derecho Penal sexual", *Anuario de Derecho Penal*, núm.1999-2000, pp. 51 ss. (http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/99_00/an99_00.htm)

36 E. Orts Berenguer, M. Roig Torres, "Las recientes reformas de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", *Cuadernos de Política Criminal*, 84, 2004, pp. 99 ss. Aussi, M. Gómez Tomillo, "Derecho penal sexual y reforma legal: análisis des-

Suivant cette nouvelle approche³⁷ on distingue:

- les agressions sexuelles (atteintes avec violence ou intimidation contre la liberté sexuelle, dont les plus sérieuses sont celles constitutives de viol)(art. 179 CP),
- les abus sexuels, et
- le harcèlement et le chantage sexuels
- l'exhibitionnisme et la provocation sexuelle (arts. 185 et 186).

La *prostitution* ne constituant pas en elle-même un crime ou un délit en Espagne³⁸, le Code Pénal sanctionne des conduites diverses en relation avec la prostitution³⁹ de personnes majeures. En ce qui concerne les mineurs ou les incapables, la répression concerne la favorisation de la prostitution, ainsi que:

- l'utilisation de cette catégorie de personnes dans des séances d'exhibitionnisme ou pour la pornographie,
- le trafic et possession de matériel pornographique,
- faire participer des mineurs ou incapables à des comportements de nature sexuelle susceptibles de nuire à leur évolution ou au développement de leur personnalité,
- l'omission de certains devoirs par les parents, tuteurs, gardiens...

3.2. Quant aux dispositions pénales contre la **discrimination**, dont celle en raison de sexe constitue que l'une des manifestations⁴⁰, l'article 22, 4^o du nouveau Code Pénal espagnol les considère comme facteurs d'aggravation. Ainsi les motifs discriminatoires axés sur la race, l'idéologie, la religion, les croyances, l'ethnie, la nation d'appartenance de la victime, son sexe ou son orientation sexuelle, ou sa maladie ou infirmité. Cependant, le fait discriminatoire peut aussi constituer une infraction pénale quand il a lieu dans le cadre d'un emploi public ou

de una perspectiva político criminal", *Revista Jurídica de Castilla y León*, 5, 2005, pp.123 ss; R.de Vicente Martínez, "Los delitos...", *cit.*, pp. 85 ss.

37 Voir aussi LO 5/2010.

38 M. L. Maqueda Abreu, "Prostitución de las mujeres y control: una relación controvertida (1)", dans *Análisis...*, *cit.*, pp.161 ss.

39 F.J.de León Villalba, "Una nota sobre la prostitución y la trata de blancas", dans *La mujer como víctima: aspectos jurídicos y criminológicos*, Cuenca, 2000, pp.101 ss.

40 P. Lorenzo Copello, "La discriminación por razón de sexo en la legislación penal", dans *Análisis...*, *cit.*, pp.241 ss.

privé (art. 314) ou dans les services publics ou l'exercice des activités professionnelles ou d'entreprise (art. 511 et 512).

La provocation à la discrimination et à la haine ou à la violence contre des groupes ou des associations, par des raisons discriminatoires, ainsi que la diffusion pour les mêmes raisons d'informations insultantes à l'égard des groupes ou associations en connaissant leur caractère faux ou avec un mépris téméraire envers la vérité, constituent également des infractions pénales punissables (art. 510)⁴¹.

En outre, sont déclarées pénalement illicites les associations qui incitent à l'haine ou à la violence contre des personnes, des groupes ou des associations en raison, entre autres, de leur sexe (art. 515-5).

4. C'est en tout cas au niveau du domaine familial les réformes les plus importantes ont été réalisées dans de nombreux pays et, notamment, en Espagne.

4.1. L'adultère et le concubinage ne sont plus permis (en Espagne, en 1977) en tant qu'incriminations pénales indépendantes, sauf si les comportements réalisés s'avèrent constitutifs d'autres infractions (par exemple, l'abandon de famille).

4.2. Bien que le fait de ne pas prêter l'assistance nécessaire et légalement fondée en faveur, entre autres, du conjoint a toujours été considéré comme une infraction pénale, certains pays ont introduit une incrimination séparée. Ainsi, en Espagne le nouveau Code Pénal a l'incrimination de la violation des devoirs familiaux: par exemple, le non-paiement des prestations établies en cas de séparation, divorce, nullité du mariage (ainsi que celles qui découlent des procédures de filiation ou d'aliments en faveur des enfants) (art. 227)⁴² lorsque le non-paiement concerne la quantité unique établie ou s'étend pendant deux mois consécutifs ou quatre non consécutifs.

IV. LA VIOLENCE DOMESTIQUE A L'EGARD DES FEMMES

Dans le domaine familial, le phénomène de la violence domestique, particulièrement celle contre les femmes, montre de façon très nette comment la citoyenneté concernant les femmes est encore assez précaire. Ce phénomène a fortement attiré pendant les

41 J. Ferreiro Galguera, "Las libertad religiosa y la provocación a la violencia de género: el caso del imam de Fuengirola", *Revista Poder Judicial*, 72, 2003, pp.221 ss.

42 M. Pérez Manzano, "El impago de prestaciones económicas a favor de cónyuge y/o hijas e hijos", dans *Análisis...*, cit., pp.217 ss.

dernières années l'attention des législateurs au plan international, européen, et du droit comparé.

La raison est claire: d'après les analyses globales, la violence à l'égard des femmes continue à être très répandue dans le monde: "les chiffres pour toutes les formes de violence à l'égard des femmes, y compris la harcèlement (*stalking*) s'élèvent à 45%"⁴³. En général, en Europe les statistiques montrent qu'entre 20%-50% des femmes (de tous âges et couches sociales) sont victimes de violence domestique conjugale et que pour les femmes de 15 à 44 ans la violence familiale ou domestique constitue la première cause de mort et d'infirmité, devant le cancer, les accidents de la route et la guerre.⁴⁴

1. L'intérêt de la **Communauté internationale** s'est déjà manifesté formellement par la *Convention des Nations Unies pour l'élimination de toutes les formes de discrimination contre les femmes* (1979) et de la *Recommandation n° R (85) 4 du Conseil de l'Europe sur la violence au sein de la famille*.

En 1994 les Nations Unies ont adopté la *Déclaration sur l'Élimination de la Violence à l'Égard des Femmes* (Résolution 48/104 de l'Assemblée générale du 20 décembre 1993). Elle exprime, par exemple "que la violence à l'égard des femmes constitue une violation des droits de la personne humaine et des libertés fondamentales et empêche partiellement ou totalement les femmes de jouir desdits droits et libertés".

La *Déclaration de Beijing*, adoptée à l'occasion de la IVème Conférence Mondiale de 1995, considère que la violence contre les femmes (c'est-à-dire, tout acte de violence sexiste qui se produit en public ou en privé entraînant –ou pouvant entraîner– une atteinte à l'intégrité ou à la santé physique, psychologique ou sur la sphère sexuelle des femmes) est une manifestation des relations de pouvoir historiquement inégales entre les hommes et les femmes qui mérite d'être tout à fait condamnée.

43 Conseil de l'Europe, *Combattre la violence à l'égard des femmes. Etude du bilan des mesures et actions prises dans les Etats membres du Conseil de l'Europe*, Strasbourg, 2006, p.7.

44 Asamblea Parlamentaria Euro-Latinoamericana. Comisión de Asuntos Sociales, Jóvenes y Niños, Intercambios Humanos, Educación y Cultura, *Documento de trabajo. El feminicidio en la Unión Europea y en América Latina*, Ponente del PE: Raúl Romeva i Rueda, 17.6.2013. http://www.europarl.europa.eu/intcoop/eurolat/committees/social/meetings/2013_07_16-17_vilnius/working_doc/ep/940344es.pdf

La *Résolution de la Commission des Droits de l'Homme* a demandé en 1997 aux gouvernements une intervention active en vue d'éradiquer la violence au sein de la famille et la communauté; prévenir, poursuivre et (conformément à la législation nationale, et en la renforçant si nécessaire) punir les actes de violence contre les femmes; assurer aux victimes aussi bien l'accès à des moyen de réparation justes et efficaces qu'à une assistance spécialisée. Aucune invocation aux raisons de coutume, tradition ou pratique religieuse ne doit être acceptée pour éviter l'accomplissement de cette obligation.

En 2006 le Secrétaire général a publié son "*Étude approfondie sur toutes les formes de violence contre les femmes*". D'autre part, tant le Conseil des droits de l'homme que l'Assemblée générale des Nations Unies ont adopté des résolutions sur la question de la violence contre les femmes; en particulier, en 2012, sur l'intensification de l'action menée pour éliminer toutes les formes de violence à l'égard des femmes et la traite des femmes et des filles⁴⁵

2. Au plan européen, tant au sein du Conseil de l'Europe qu'au niveau de l'Union européenne multiples documents et instruments ont été adoptés en rapport à cette réalité multidimensionnelle qui "s'inscrit dans des *dynamiques structurelles plurielles*" et dont l'interrelation avec le phénomène de la violence parentale est aussi souvent présente⁴⁶. Une mention particulière mérite la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique de 2011.

3. Motivés par la gravité du problème et les textes internationaux les plans d'action et les réformes entreprises dans la **législation étrangère**⁴⁷ ont été nombreuses, notamment en Europe, pendant les dix dernières années.

Les mesures généralement adoptées sont multiples et de nature plurielle (juridiques, de dissuasion et de répression de la violence,

45 <http://www.unwomen.org/fr/what-we-do/ending-violence-against-women/global-norms-and-standards#sthash.HuGDFDRu.dpuf>

46 C. Chamberland, *Violence parentale et violence conjugale. Des réalités plurielles, multidimensionnelles et interreliées*, Sainte-Foy (Quebec), 2003.

47 V. Mayordomo Rodrigo, *La violencia contra la mujer. Un estudio de Derecho Comparado*, Madrid, 2005; *La violencia doméstica: su enfoque en España y en el derecho comparado*, Cuadernos de Derecho Judicial II/2005. Voir aussi, Conseil de l'Europe, *Législation dans les Etats membres du Conseil de l'Europe en matière de violence à l'égard des femmes* (EG (2004) 2); [http://www.coe.int/t/f/droits_de_l%27homme/egalit%2705._violence_envers_les_femmes/093_EG\(2004\)2.asp#TopOfPage](http://www.coe.int/t/f/droits_de_l%27homme/egalit%2705._violence_envers_les_femmes/093_EG(2004)2.asp#TopOfPage)

sécuritaires, de services et activités de soutien, de resocialisation des auteurs...)⁴⁸. Quant aux approches utilisées, face à des interventions sectorielles cherchant la liaison entre les différents cadres juridiques (droit pénal et mesures de protection ou réglementation du droit de visite...), il faut relever les “approches holistiques”, en particulier concrétisées par l’approbation d’une législation spécifique globale.⁴⁹

4. Un exemple particulièrement relevant de cette approche holistique ou globale est celui de l’**Espagne**⁵⁰. Son évolution d’une politique d’ordre exclusivement pénale à une politique “criminelle” (et même victimologique)⁵¹ a un intérêt important.

4.1. Si l’on tient compte des statistiques des organismes officiels⁵², il ne peut pas y avoir de doutes sur la gravité du problème de la violence à l’égard des femmes en Espagne⁵³.

4.2. En réalité, le débat sur le traitement punitif de la violence domestique avait abouti, en Espagne en 1989, à l’insertion, “tardive”⁵⁴, dans l’ancien Code pénal d’une incrimination spécifique. Il s’agissait de l’article 425, qui réprimait l’exercice de la violence physique habituelle de la part d’un membre du groupe familial (sur le conjoint ou la personne liée d’une façon stable par une relation analogue d’affectivité, les enfants, les mineurs ou les personnes incapables qui vivent avec lui)⁵⁵. Cette incrimination fut améliorée et élargie par le nouveau Code pénal de 1995 (art. 153), qui augmenta également

48 Conseil de l’Europe, *Combattre la violence...*, cit., pp.15 ss.

49 Conseil de l’Europe, *ibidem*, pp.26 ss.

50 Voir aussi néanmoins, le Chypre (loi sur la violence familiale, révisée en 2000) et Pologne (loi de 2005 sur la lutte contre la violence domestique).

51 J.L.de la Cuesta Arzamendi, “De la política penal hacia una política victimológica (¿y criminal?): el caso de la violencia doméstica”, dans J. M. Tamarit Sumalla (coord.), *Estudios de Victimología. Actas del I Congreso español de victimología*, Valencia, 2005, pp. 197 ss.

52 Voir aussi, A. I. Cerezo Domínguez, “La violencia en la pareja: prevalencia y evolución”, dans M. A. Boldova Pasamar, M. A. Martín (coords.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Barcelona, 2006, pp.307 ss.

53 Pour une description plus détaillée de la réalité en Espagne, à partir d’une étude empirique, voir L.Morillas Cueva et autres, *Estudio empírico sobre el maltrato a la mujer. Una serie de 338 casos*, Madrid, 2006. Voir aussi M.Acale Sánchez, “De la asexualidad...”, cit., pp.123 ss.

54 E. Larrauri, “Una crítica feminista al Derecho penal”, dans E. Larrauri, D. Varona, *Violencia doméstica...*, cit., p.163.

55 Pour une rapide révision de l’évolution législative en matière pénale, B. del Rosal Blasco, “La política criminal contra la violencia doméstica”, dans *Estudios penales en homenaje al Prof. Cobo del Rosal*, Madrid, 2005, pp.327 ss.

la peine en en prévoyant son cumul, avec celles susceptibles d'être imposée en raison des résultats (mort, coups et blessures) de la violence physique appliquée.

Dans un premier temps l'influence dans la pratique de la nouvelle incrimination n'a pas été considérée relevant en raison de la tendance des juges à se concentrer plutôt sur les faits individuels de maltraitance, constitutifs alors de contravention et non susceptibles de donner lieu à l'application de la détention provisoire. En tout cas, le besoin de prévoir d'autres mesures de nature non strictement pénale⁵⁶ a été confirmé par les informations provenant de la réalité concernant les cas de dénonciation d'agressions et de mauvais traitements familiaux, qui se multipliaient chaque année dans les statistiques policières.

C'est ainsi que les nouvelles réformes pénales se sont vite multipliées, accompagnées par des réformes aussi au plan de la procédure pénale en vue d'assurer la célérité des interventions et l'application des mesures de protection des victimes⁵⁷.

En 1999 la réforme du Code pénal prévoit à coté de l'incrimination de la violence physique habituelle, celle de la violence psychique, élargit son champ de protection aux cas dans lesquelles la vie en commun est déjà finie et établit des critères pour la détermination de ce qui est "habituel". Le concept peut s'apprécier, d'une part, sur la base de la violence appliquée sur des personnes différentes appartenant au même groupe familial/domestique ou sur les faits que les divers comportements ont déjà fait l'objet d'un "procès particulier". On autorise les juges à interdire (jusqu'à cinq ans) au responsable de visiter ou de retourner sur certains lieux et de s'approcher ou communiquer avec certaines personnes (art. 57).

Or, pour la première fois, la réforme de 1999 a complété l'approche purement pénale par une réforme du Code de procédure pénale, ouvrant aux juges la possibilité d'imposer provisoirement des interdictions de résider ou de visiter certains lieux et de s'approcher ou de communiquer avec certaines personnes. La violation de ces interdictions est sanctionné par des nouvelles mesures, plus limitatives de la liberté personnelle de l'auteur. La réforme

56 Déjà signalée par Quintero Olivares dans son commentaire sur la réforme de 1989 "Los delitos de lesiones a partir de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio", *Anuario de Derecho Penal*, 1989, p.937.

57 J.L.de la Cuesta Arzamendi, "De la política...", *cit.*, pp. 197 ss.

procédurale établit aussi l'obligation de communiquer à la victime toutes les interventions qui peuvent affecter sa sécurité.

En 2002, le système des jugements rapides a été introduit, particulièrement applicable aux délits et aux contraventions relatifs à la violence domestique.

4.3. Malgré ces réformes, à l'aube du XXI^{ème} siècle les dénonciations de la part des institutions et des organisations établies pour la protection des femmes se multiplient et l'extension croissante de la conscience de la gravité de ces faits (jusqu'alors cachés par le secret familial)⁵⁸ permettent de faire émerger de nouveaux cas d'homicides et d'agressions ponctuels et des mauvais traitements habituels. La pratique montrait, en effet, qu'à plusieurs occasions, les plus graves agressions s'étaient produites après la dénonciation des faits par la victime. L'intervention pénale arrivait donc trop tard et il était alors indispensable d'améliorer les mesures de protection.

Les réformes insistent alors sur les aspects procéduraux, même si elles sont accompagnées par des nouvelles réformes en matière pénale.

Ainsi, la Loi 27/2003 introduit "le mandat de protection des victimes de la violence domestique". Par une procédure rapide et simple, se déroulant devant le juge d'instruction de garde, on essaye d'établir toutes les mesures provisoires aussi bien de protection nécessaires au niveau criminel (détention provisoire, interdiction de visiter, de résider, de s'approcher ou de communiquer), que de caractère civil: attribution du logement familial, détermination du régime de garde et de visite par rapport aux enfants, prestation d'aliments et toute autre mesure considérée comme nécessaire pour éviter des dangers ou des préjudices aux mineurs et victimes. Le mandat de protection déclenche également l'activation de tous les instruments de protection établis par les différentes administrations publiques. Il a d'ailleurs été complété par divers protocoles d'intervention judiciaire et policière⁵⁹ et par la création du Registre Central pour la protection des victimes de la violence domestique.

58 M. Corcoy Bidasolo, "Delitos contra la integridad personal y contra la libertad: lesiones, amenazas y coacciones", dans *La violencia en el ámbito familiar. Aspectos sociológicos y jurídicos*, V-2001, pp.155 ss.

59 En raison de l'évaluation du risque, le Protocole d'intervention policière et de coordination des forces de sécurité avec les organes juridictionnels prévoit la facilitation à la femme (même avant la présentation de la dénonciation) d'un contact direct

En plus de l'introduction du mandat de protection, la Loi Organique 13/2003 réforme la détention provisoire, prévoyant son application pour éviter que l'auteur puisse attaquer la victime (en particulier, s'il s'agit d'une victime domestique), même si la peine prévue pour les faits commis n'atteint pas les limites de temps généralement établies pour l'application de la prison provisoire (art. 503 Code de Procédure Pénale).

En 2003, le Code pénal a été aussi modifié en matière de violence domestique par une autre "réforme précipitée"⁶⁰, introduite par la Loi organique 11/2003⁶¹:

- les violences physiques et psychiques domestiques habituelles sont placées dorénavant parmi les délits contre l'intégrité morale (article 173,2) et présentent certaines nouveautés:
 - Le cercle des personnes protégées est à nouveau élargi: oncles et tantes (même politiques), et toute personne qui par n'importe quelle relation se trouve intégrée dans la vie en commun domestique, ainsi que les personnes particulièrement vulnérables internées dans des centres publics ou privés.
 - On prévoit la peine d'emprisonnement de 6 mois à trois ans, et également, l'application de peines nouvelles: privation de possession et d'usage d'armes et, le cas échéant, interdiction des droits de famille.
 - Les peines peuvent être infligées sans préjudice des peines qui correspondent aux délits et contraventions commis, en les aggravant si les faits se déroulent en présence de mineurs ou avec usage d'armes, dans le domicile commun, dans celui de la victime ou en violation d'une peine ou mesure provisoire adoptée pour protéger la victime.
- Quant aux faits ponctuels d'agression contre l'intégrité ou la santé des personnes appartenant à la sphère domestique du délinquant, on fait des contraventions de mauvais trai-

et permanent avec le fonctionnaire chargé de son dossier, un téléphone cellulaire d'accès direct et des mesures électroniques additionnelles.

60 P. Laurenzo Copello, "Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada", *Artículo 14. Una perspectiva de género. Boletín de Información y Análisis Jurídico*, 14, décembre 2003, pp.4 ss.

61 A.Asua Batarrita, "Los nuevos delitos de 'violencia doméstica' tras la reforma de la LO 11/2003 de 29 de septiembre", *Cuadernos Penales. José María Lidón*, 1, 2004, pp.201 ss.

tements domestiques un délit⁶², qui sera puni (article 153) d'une peine d'emprisonnement de trois mois à un an ou, alternativement, des travaux au bénéfice de la communauté (31-80 jours), ainsi que par la privation de possession et usage d'armes et, le cas échéant, l'interdiction de l'exercice des droits de famille. Une aggravation de la peine est prévue si les faits se déroulent en présence de mineurs ou avec usage d'armes, ou se produisent dans le domicile commun ou dans celui de la victime, ou en contrevenant à une peine ou mesure provisoire adoptée pour la protection de la victime.

- Enfin, les menaces, contraintes, injures ou vexations injustes à caractère léger sur les personnes appartenant au domaine domestique de l'agresseur sont punies d'une façon plus sévère et, sauf quant aux injures, vont être poursuivies officiellement (art. 620 Code pénal).

La nouvelle Loi organique 15/2003, réforme le Code pénal et le Code de procédure pénale. La durée des peines d'éloignement, ainsi que d'interdiction d'approcher et de communiquer est élargie, pouvant aller jusqu'à dix ans en cas de délits graves⁶³ et jusqu'à cinq ans si le délit est moins grave (art. 57). En plus de l'interdiction d'approcher, on prévoit la suspension du régime de visites, communication et séjour adoptée par la juridiction civile (art. 48). Dans le Code de procédure (Art. 544 bis) le juge est autorisé à prononcer la détention provisoire (et le mandat de détention) parmi les mesures plus limitatives de la liberté personnelle qu'il peut accorder en cas de violation des mesures provisoires prononcées.

4.4. Les réformes de 2003 n'ont pas mis fin à la préoccupation de la part du législateur. L'incidence croissante des mauvais traitements en famille et de la violence domestique contre les femmes, les études criminologiques, signalant un taux du 12-14% de mauvais traitements dans les couples⁶⁴, ainsi que l'augmentation permanente du nombre de dénonciations de mauvais traitements et de femmes

62 Voir dans un sens critique en raison du non respect des principes de proportionnalité et culpabilité, M.J.Benítez Jiménez, *Violencia contra la mujer en el ámbito familiar. Cambios sociales y legislativos*, Madrid, 2004.

63 Punis par peine de prison de plus de cinq ans.

64 V.Ferrer, *El Diario Vasco*, 26/11/2004, suivant une enquête réalisée il y a quatre ans avec plus 20.000 femmes.

tuées par leurs (ex-)maris ou (ex-)partenaires n'ont pas atténué l'inquiétude du législateur.

Les limites du droit pénal dans la prévention de la violence domestique⁶⁵ avaient donné lieu à la réforme procédural en vu de permettre sans délai l'intervention protectrice des victimes attendent le jugement. En 2004, suivant les recommandations internationales, le souci est d'assurer une protection intégrale de la femme subissant des violences continues. Après les élections législatives le gouvernement issu de la nouvelle majorité parlementaire –celui-ci même qui avait déjà présenté, en 2001, une Proposition de Loi Organique Intégrale contre la violence de genre⁶⁶- dépose un projet. En décembre 2004, la *Loi Organique 1/2004*, dite de "*mesures de protection intégrale contre la violence de genre*"⁶⁷, est approuvé par le Parlement espagnol.

4.4.1. L'objet principal de la Loi est d'intégrer et de coordonner les diverses interventions émanant des institutions et des pouvoirs publics (mais aussi à partir de l'initiative sociale) qui se sont développées pour lutter contre ce phénomène. De plus, elle édicte des mesures suffisantes pour assurer le droit des femmes à la liberté, à l'égalité et à la non-discrimination.

4.4.2. Suivant une approche globale, tel que le recommandent les organismes internationaux, approche que certaines Communautés Autonomes ont déjà commencé à appliquer⁶⁸, le champ d'application est la violence domestique contre les femmes. Elle comprend toutes les violences physiques et psychiques, les agressions contre la liberté sexuelle, les menaces, les contraintes et la privation arbitraire de

65 S. Huerta Tocildo, "Los límites del derecho penal en la prevención de la violencia doméstica", *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004, pp. 520 ss.

66 Groupe Socialiste du Congrès. BOCG. Congreso de los Diputados n° B-183-1 de 21/12/2001. Cette proposition avait été rejetée VIème Législature par 165 contre 151 votes. BOCG. Congreso de los Diputados n° B-183-2 de 16/09/2002.

67 M. Comas d'Argemir Cendra, "La Ley Integral contra la violencia de género. Nuevas vías de solución", dans M. A. Boldova Pasamar, M. A. Rueda Martín (coords.), *La reforma penal...*, cit., pp.35 ss. Voir aussi sur le traitement parlementaire, dans ce même volume, M.C.Alastuey Dobón, "Desarrollo parlamentario de la Ley integral contra la violencia de género. Consideraciones críticas", *ibidem*, pp. 57 ss. Quant à la terminologie employée par la loi, en particulier, L. Morillas Cueva, "Algunas cuestiones sobre la violencia contra las mujeres", dans *Estudios penales...*, cit., pp. 645 ss.

68 Loi 5/2001 de Castilla-La Mancha, Loi 16/2003 des Iles Canaries, Loi 1/2004 de Cantabria), Loi Forale 33/2002 de Navarre, Loi 1/2003 de Castilla et Leon, Loi 9/2003 de Valencia.

liberté (art. 1.3), qui, “comme manifestation de la discrimination, la situation d’inégalité et des relations de pouvoir des hommes sur les femmes, sont exercées contre celles-ci par leurs (ex-)conjointes ou par les personnes liées ou ayant été liées à elles par des relations similaires d’affectivité, même sans avoir vécu en commun” (art. 1.1).

4.4.3. La structure de la Loi Organique 1/2004 part des mesures de prévention (Titre I) et de la définition des droits des femmes victimes (Titre II), pour s’occuper ensuite de la tutelle institutionnelle, pénale et judiciaire (Titres III à V).

Du point de vue préventif la loi prévoit d’abord des campagnes d’information et des mesures de sensibilisation, ainsi que des interventions dirigées à

- assurer une orientation du système éducatif axé sur l’égalité homme-femme et la résolution pacifique des conflits;
- protéger la dignité de la femme dans la publicité; et
- favoriser au niveau sanitaire la détection précoce des mauvais traitements.

Les droits garantis aux femmes victimes sont dans un premier temps les droits d’information, d’assistance sociale intégrale et d’assistance juridique gratuite. En outre, la Loi s’occupe aussi des droits en matière de travail, emploi et sécurité sociale, ainsi que de l’instauration d’un système d’aides sociales comprenant la priorité de l’accès au logement ou à une résidence.

Au plan institutionnel et judiciaire on crée, d’une part, des instances administratives spécifiquement orientées vers l’intervention dans ce champ -en particulier, l’Observatoire National de la Violence à l’encontre de la femme et les unités spécialisées au sein des divers corps policiers,, et, d’autre part, le Procureur et les “Juges de violence à l’encontre des femmes”. Ceux-ci sont compétents autant en matière civile et pénale et peuvent, par conséquent, adopter des mesures judiciaires pour la protection et la sécurité des victimes.

4.4.4. Même si les dernières réformes du Code pénal sont seulement entrées en vigueur le 1^{er} octobre 2004, la Loi organique 1/2004, sans tenir compte des critiques formulées contre les réformes

antérieures⁶⁹ introduit des nouvelles modifications en matière pénale⁷⁰:

- Restrictions concernant la substitution de la peine de prison (art. 88,1)⁷¹ et l'application de la suspension conditionnelle de la peine (arts. 83, 1.6^a et 84, 3) en relation avec les délits rentrant dans son champ d'application;
- Aggravation des peines concernant les coups et blessures (art. 148) et les mauvais traitements (art. 153), si la victime
 - o est ou a été l'épouse, ou femme liée (ou ayant été liée) à l'auteur par une relation analogue d'affectivité, même sans vie en commun;
 - o est une personne particulièrement vulnérable qui vit avec l'auteur.
- Dans les mêmes cas, conversion en délits moins graves des menaces légères et des contraintes légères, généralement constitutives de contraventions.
- Traitement pénal aggravé dans les cas de soustraction à l'exécution des peines d'éloignement, de non communication, etc. imposées en cas de violence domestique (art. 468).

4.4.5. Malgré ses défauts et ses insuffisances⁷², la LO 1/2004 a reçu en général un accueil favorable par son souci de traitement de la violence "de genre":

- en recherchant la prévention par des mesures de sensibilisation et de changement culturel, ainsi qu'à travers l'établissement de systèmes adéquats de détection intervenant sur les domaines les plus sensibles: le domaine éducatif, la publicité, les médias et le domaine sanitaire;

69 C. Aranguéz Sánchez, "El delito de maltrato doméstico y de género del art. 153 CP", dans *Estudios penales...*, cit., p.33.

70 N. Castelló Nicás, "Algunas consideraciones sobre la tutela penal en la Ley de Medidas de protección integral contra la violencia de género y la conducta típica del delito de violencia doméstica del artículo 173.2", dans *Estudios penales...*, cit., pp. 211 ss; M. L. Maqueda Abreu, "La violencia contra las mujeres: una revisión crítica de la Ley Integral", *Revista Penal*, 18, 2006, pp. 176 ss.; R. N. Mata y Martín, "Modificaciones jurídico-penales de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género", *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 15, 2006, pp.39 ss.

71 Voir aussi LO 5/2010.

72 Parmi lesquels on doit souligner le retard dans l'élaboration du Plan National de Sensibilisation et Prévention contre la Violence de Genre. En ce qui concerne la terminologie employée par la loi (en particulier, dénomination de "intégrale" et "violence de genre"), L.Morillas Cueva, "Algunas cuestiones..." , cit., pp. 652 ss.

- en s'intéressant en particulier aux victimes: en assurant le respect des droits des femmes victimes de violences de genre, en général et en adoptant des mesures judiciaires spécifiques de protection et de sécurité;
- en n'oubliant cependant pas les manifestations délictueuses concrètes.

Certes, l'approche de ces dernières continue à être fondamentalement répressive et pénale (et ce bien qu'elles soient appliquées spécialisées).

Dans ce sens il manque une plus grande attention pour la prévention situationnelle qui commande la priorité à l'effort de détection et de traitement des situations concrètes se trouvant à l'origine des faits délictueux (ou au sein desquelles se produisent ceux-ci). D'autre part, et contrairement à la prohibition de toute médiation au sein des procès devant les organes judiciaires compétents en matière de violence à l'égard des femmes (art. 44), l'extension de "la culture de la médiation et des formes de justice restaurative"⁷³ devrait être aussi s'intégrer dans ce domaine en vu d'offrir une solution plus rationnelle à certains conflits.

La même perspective répressive et pénale s'applique aux auteurs habituels des mauvais traitements: bien sûr les références aux programmes de traitement en milieu pénitentiaire sont importantes, ainsi que sa prévision en tant que règle de conduite au sein du sursis et de la substitution de la peine⁷⁴; il faudrait néanmoins ouvrir la porte à l'application du traitement à travers des mesures de sûreté alternatives et complémentaires de la peine (même en cas de imputabilité pleine)⁷⁵, ainsi que demander le développement et l'application d'autres programmes d'incidence préventive et thérapeutique non seulement, comme on le fait déjà,

73 J. M. Tamarit i Sumalla, dans *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Navarra, 2004, p. 793.

74 E. Larrauri, "¿Es posible el tratamiento de los agresores de violencia doméstica?", dans J. López Barja de Quiroga y J. M. Zugaldía Espinar (coords.), *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Madrid, 2004, pp. 377 y s.

75 J. Cuello Contreras et A. Cardenal Murillo, "Bien jurídico y técnica legal de la protección penal de la mujer y otras víctimas de la violencia doméstica", dans *Estudios penales...*, cit., pp.267 ss; J. F. Guimerá, "Estudio de las causas de inimputabilidad en los sujetos activos de los delitos relacionados con la violencia doméstica de género", dans M. A. Boldova Pasamar et M. A. Rueda Martín (coords.), *La reforma penal...*, cit., pp. 227 ss.

envers les victimes⁷⁶, mais également pour tous ceux qui se trouvent en situation de risque de maltraiter⁷⁷.

Les plus dures critiques ont été formulées essentiellement contre les mesures de "discrimination positive"⁷⁸ en matière pénale, c'est-à-dire un traitement punitif plus sévère des faits de violence domestique commis par des hommes contre des femmes. Cette initiative – motivée par le risque générique accentué des femmes à l'encontre de la violence et de ses conséquences⁷⁹ et par la dépendance émotionnelle et économique qui accompagne la soumission historique des femmes aux hommes sur la sphère familiale- est dans certain cas peu

76 E. Echeburua Odriozola, P. J. Amor Andrés, "El maltrato de la mujer en el hogar: consecuencias psicopatológicas y programas de intervención", dans A. C. Rodríguez Yagüe, S. Valmaña Ochaíta, *La mujer como víctima: aspectos jurídicos y criminológicos*, Cuenca, 2000, pp. 149 y ss.

77 E. Echeburua Odriozola, J. Fernández-Montalvo, J.L. de la Cuesta, "Articulación de medidas penales y de tratamiento psicológico en los hombres violentos en el hogar", *Psicología Clínica, Legal y Forense*, 1, 2001, 19 ss; E. Larrauri, "¿Es posible...?", *cit.*, pp. 377 s.

78 M. Acale Sánchez, "Los nuevos delitos de maltrato singular y de malos tratos habituales en distintos ámbitos, incluido el familiar", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 15, 2005, pp. 19 ss; J. Boix Reig, dans Boix Reig/Martínez García (coords.), *La nueva ley contra la violencia de género*, Valencia, 2005, pp. 20 ss.; M. A. Boldova Pasamar et M. A. Rueda Martín, "Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de violencia de género", dans M. A. Boldova Pasamar et M. A. Rueda Martín (coords.), *La reforma penal...cit.*, pp.24 ss; E. Gimbernat Ordeig, "Prólogo", *Código Penal*, 10^a ed., Madrid, 2004, pp. 17 ss; J.J. González Rus, "La constitucionalidad de la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas y coacciones", *Estudios penales...*, *cit.*, 2005, pp. 494 ss; V. Mayordomo Rodrigo, *La violencia contra la mujer*, *cit.*, pp. 163 ss; M. Polaino Navarrete, "Reforma penal de 2004: la Ley integral contra la violencia de género (Acotaciones críticas)", *Crónica Jurídica Hispalense. Revista de la Facultad de Derecho*, n° 3/2005, pp.319 ss; B. del Rosal Blasco, "La política criminal...", *cit.*, pp. 345 s.; M. J. Ridaura Martínez, "El encaje constitucional de las acciones positivas contempladas en la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género", dans Boix Reig/Martínez García (coords.), *La nueva ley...*, *cit.*

79 P. Faraldo Cabana, "Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género", *Revista Penal*, 17, 2006, pp.90 ss; P. Laurenzo Copello, "La violencia de género en la Ley integral. Valoración político-criminal", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 07-08 (2005), pp. 17 s; M. L. Maqueda Abreu, "La violencia contra las mujeres...", *cit.*, pp. 176 ss; J. J. Queralt i Jiménez, "La última respuesta penal a la violencia de género (I)", *La Ley*, n° 6420, 13 février 2006, pp. 1 ss; A. Ruiz Miguel, "La ley contra la violencia de género y la discriminación positiva", *Jueces para la democracia*, 55, 2006, pp.37 ss.

compatible avec le principe d'égalité des citoyens envers la loi ainsi qu'avec le principe de proportionnalité (voir notamment, art. 148,4 en matière de coups et blessures et art. 172,2 en matière de contraintes). Cependant, à mon avis, la décision du législateur peut être considérée comme correcte, d'une part, lorsque le Code pénal exige parallèlement de tenir compte dans la décision d'autres critères, et non seulement de la condition masculine de l'auteur et féminine de la victime (par exemple, art. 148,4). D'autre part, la décision me semble à nouveau justifiée si la disposition pénale, tout en maintenant le montant maximale de la sanction, se limite à élever le montant minimale de la peine privative de liberté, ou prévoit, comme alternative, l'application de la peine de travaux en bénéfice de la communauté (par exemple, art. 153 en matière de maltraitance ponctuelle, art. 173.2 traitant des mauvais traitements habituels).

Somme toute, bien que la Loi Organique 1/2004 n'ait pas su résister à la tendance répressive croissante du "Droit pénal de genre"⁸⁰ et d'intensification des peines, qui gagne du terrain partout, l'adoption d'une perspective de protection intégrale se présente comme une stratégie pleinement adéquate du point de vu de la politique criminelle⁸¹.

Depuis longtemps, en effet, la recherche criminologique a constaté que l'instrument pénal s'avère trop pauvre pour prévenir et traiter efficacement certains phénomènes criminels dont, en particulier, ceux qui sont fortement influencés par les facteurs d'ordre individuel, familial, sociale ou culturel⁸² et qui ont besoin d'être l'objet d'une intervention publique "dès la pluralité"⁸³ et la "transdisciplinarité"⁸⁴.

80 M. Alonso Alamo, "¿Hacia el reconocimiento legislativo de un nuevo bien jurídico? Observaciones a propósito del Derecho penal de género", dans *Estudios penales...*, cit., pp. 1 ss.

81 J. L. de la Cuesta Arzamendi, "De la política penal...", cit., pp. 197 ss. Voir aussi, M. Comas d'Argemir i Cendra et J. J. Queralt i Jiménez, "La violencia de género: política criminal y ley penal", dans *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, 2005, pp. 1194 ss.

82 L. Gracia Martín, "Culpabilidad y peligrosidad criminal en el delito de violencia doméstica", dans *El nuevo Código Penal*, cit., pp.774 s.

83 J. Giménez García, "La habitualidad en el maltrato físico y psíquico. Evolución legislativa y jurisprudencial del art. 153 Código Penal", dans CGPJ, *La violencia...*, cit., p.110.

84 "Multi, inter et transdisciplinarité". A.Beristain, *Victimología. Nueve palabras clave*, Valencia, 2000, pp. 594 ss.

Depuis longtemps également la Criminologie enseigne que toute politique criminelle rationnelle⁸⁵ devrait partir de la connaissance adéquate du phénomène et intervenir en respectant le principe des trois niveaux d'interprétation⁸⁶: criminalité (phénomène criminel), crime et criminel. Ces trois niveaux traditionnels doivent être complétés par la perspective victimologique, l'évaluation permanente des résultats et des effets des processus de criminalisation, et de la réaction sociale.

La politique législative en matière criminelle devrait s'inspirer de ces approches intégrales et les appliquer plus souvent, en particulier pour des phénomènes criminels complexes. La pratique démontre que pour ces phénomènes la politique pénale au sens strict, à savoir, les interventions purement répressives ou se basant sur le seul effet préventif général de la menace pénale ne fonctionne pas.

V. LES FEMMES INCARCEREES

Le domaine pénitentiaire et la privation de liberté qu'il présuppose modulent nécessairement la citoyenneté. En outre, les statistiques montrent que l'origine sociale et la provenance des incarcérés ne correspondent pas avec les couches bénéficiant des meilleures conditions d'exercice de leurs droits. Là encore, les femmes souffrent davantage que les hommes..

La séparation des sexes constitue un des critères traditionnels de l'organisation pénitentiaire (même si des quartiers mixtes peuvent être exceptionnellement autorisés). Ce système est pleinement reconnu dans tous les pays. Toutefois, dans les systèmes pénitentiaires modernes, les établissements de femmes sont, en général, soumis au même régime législatif et réglementaire que ceux des hommes, sauf en ce qui concerne certaines circonstances – d'ordre plutôt sanitaire – telles que la grossesse, maternité, etc

Depuis longtemps⁸⁷ on connaît la problématique spécifique de la population pénitentiaire féminine, dont la disproportion quantitative avec la population masculine est grande et provoque, dans la

85 J. L. Díez Ripollés, *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, Madrid, 2003.

86 J. Pinatel, *Criminología*, 2^a ed. (trad. X. Rodríguez de Canestri), Caracas, 1974, pp. 93 ss.

87 R. Cario, "Particularidades de la situación carcelaria de las mujeres", en dans A. Beristain, J. L. de la Cuesta (comps.), *Cárcel...*, cit., pp. 119 ss.

pratique, d'importantes difficultés: nombre réduit d'établissements; configuration des établissements des femmes comme simples annexes des établissements d'hommes... Même si leur apparence extérieure est, en général, meilleure que les installations destinées aux hommes, la rigidité du régime et de la discipline appliquée dans les établissements de femmes a été aussi très commentée par les études pénitentiaires⁸⁸.

Les prévisions normatives n'arrivent normalement à faire face à toutes ces difficultés.

De plus, l'observation de la réalité pénitentiaire montre les caractéristiques particulières des femmes incarcérées. Celles-là se manifestent non seulement dans l'aggravation au niveau pénitentiaire des différences de genre existant au niveau de la société en général, et d'autre part, dans les déficits personnels, dans le taux de dépendance aux drogues et d'affectations de la santé, dans les profils psychologiques et éducatifs problématiques, dans les charges familiales à supporter, etc.⁸⁹

Par conséquent, la nécessité d'un traitement pénitentiaire spécifique à l'égard des femmes, s'impose généralement. Ce traitement devrait commencer par le renforcement de l'appui psychologique, psychiatrique et personnel aux femmes incarcérées, et par l'assistance sociale à leurs familles.

Compte tenu de la dimension et les caractéristiques de la population pénitentiaire féminine on devrait aussi considérer sérieusement les possibilités effectives d'exécution dans des unités extérieures et/ou à travers de systèmes alternatifs (en particulier, pour les femmes ayant des charges familiales).

Enfin, le renforcement des programmes d'orientation, de formation et d'insertion est ici aussi absolument indispensable⁹⁰.

88 R. Ottenhof, "Les femmes et la prison", *Eguzkiloze*, extraordinario 2, 1989, p.143. R. Cario, "Femmes et Prison", *Eguzkiloze*, extraordinario 2, 1989, pp.131 et 137.

89 C. Manzanos Bilbao, J. M. Balmaseda Ripero, *Situación de las mujeres en las cárceles del País Vasco*, Vitoria-Gasteiz, 2003, pp. 77 ss.

90 J.L.de la Cuesta Arzamendi, "Retos principales del actual sistema penitenciario", dans *Jornadas en Homenaje al XXV Aniversario de la Ley Orgánica General Penitenciaria*, Madrid, 2005, pp.125 ss.

VI. LA QUESTION DES FEMMES ETRANGERES

Comme on l'a démontré, la violence domestique est un symptôme d'une citoyenneté déficiente des femmes. Si l'on ajoute à la condition de femme, la vulnérabilité et l'exclusion sociale caractéristiques de la catégorie sociale des immigrants⁹¹ (en particulier en situation irrégulière) la citoyenneté s'éclipse sinon disparaît. D'un point de vu traditionnel ou formel, les étrangers, n'étant pas des nationaux, ils ne sont pas, par définition, des membres de l'Etat et, de ce fait, ne sont pas être considérés comme des citoyens au sens strict.

D'un point de vu global, la multiplication des mouvements de population et la présence croissante d'immigrants et étrangers devraient amener à la "dissociation entre citoyenneté et nationalité" de façon à éviter que celle-ci soit la condition de la première⁹². En outre, étant données les faiblesses de représentation dont souffrent en général les immigrants et le retour en force des sentiments xénophobes qui affectent les sociétés occidentales, le degré de citoyenneté dont les immigrants peuvent réellement bénéficier est extrêmement faible.

La situation de la femme étrangère, eue égard à sa double défaillance de citoyenneté, a d'importantes répercussions sur ses relations avec le système pénal.

1. Positivement, l'appartenance à une autre culture et le défaut de citoyenneté devraient avoir une incidence sur l'exigence de **responsabilité pénale** lors de la commission d'un fait délictueux.

Bien sûr la liberté idéologique ou de culture ne peut pas justifier l'impunité de faits commis par les étrangers, même si dans leurs entourages culturels il s'agit de conduites acceptés ou, encore, exigées.

Cependant, la responsabilité pénale est une responsabilité individuelle et, de ce fait, les facteurs socioculturels devraient être considérés au stade de l'imputabilité et de la culpabilité. Dans la plupart des pays, on ne trouve que peu de décisions dans ce sens. De plus, la tendance médiatique et sociale à lier l'élévation des taux de criminalité avec l'augmentation du nombre d'étrangers (en

91 C. San Juan et J.L. de la Cuesta, "Juvenile delinquency and immigration in Western Europe: criminal responsibility versus social responsibility", *Annales Internationales de Criminologie*, vol.43 ½, 2005, p.38.

92 J. Arango, "Ciudadanía...", *cit.*, p.24.

particulier, ceux en situation irrégulière)⁹³, commanderait de suivre la direction contraire.

La doctrine pénaliste travaille depuis longtemps sur ce sujet. Par exemple en Espagne, elle essaie de promouvoir les interprétations socioculturelles de certains causes de non imputabilité (les altérations dans la perception depuis la naissance ou l'enfance: art. 20.3 C.P.)⁹⁴ ou de disculpation, et s'interroge dans ces cas sur l'applicabilité de l'erreur de prohibition (au moins dans la modalité d'erreur surmontable)⁹⁵.

2. Généralement, l'interaction des femmes étrangères avec le système pénal a des effets négatifs qui se manifestent tant sur le plan juridique de l'infraction que par rapport à la victimisation des femmes immigrantes.

2.1. Juridiquement, la condition d'étranger (en particulier, celui-ci n'est pas au bénéfice d'une résidence légale) détermine fréquemment l'application automatique de l'**expulsion**: soit directement, comme substitutif à la détention préventive ou à la peine imposée, si les faits délictueux ne sont pas très graves, soit après l'exécution partielle de la peine, l'accès à la libération conditionnelle ou même la libération définitive.

Malgré, d'une part, les critiques considérant certaines formes d'expulsion comme des violations du principe constitutionnel *ne bis in idem* et malgré, d'autre part, les effets nuisibles pour les personnes étrangères et pour la politique (restrictive) d'immigration maintenu par le gouvernement⁹⁶, les opportunités légales d'expulsion

93 Voir néanmoins, en particulier concernant l'incidence des étrangers sur le nombre de délits, nombre de détenus, condamnés et prisonniers, E. García España, *Inmigración y delincuencia en España: análisis criminológico*, Valencia, 2001, pp. 23 s. et 267 ss.; F. Navarro Cardoso, "Extranjería, inmigración y sistema penal", dans M. J. Rodríguez Mesa et L. R. Ruiz Rodríguez (coords.), *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*, Valencia, 2006, p.223 ss.

94 F. Morales Prats, "La alteración de la percepción", *Cuadernos de Política Criminal*, 40, 1990, pp. 71 ss. Voir aussi, J.L.de la Cuesta Arzamendi, "Imputabilidad y nuevo Código Penal", dans *El nuevo Código penal...*, cit., pp.308 ss.

95 M. Corcoy Bidasolo, "Violencia en el ámbito familiar de los inmigrantes", dans *Homenaje...*, cit., p.1239 ss.

96 M. Cancio Meliá et Maraver Gómez, dans S. Bacigalupo et M. M (coord.), *Derecho penal y política transnacional*, Barcelona, 2005, pp.385 ss. M.L. Maqueda Abreu, "¿Es constitucional la expulsión penal del extranjero?" dans *Los derechos humanos. Libro homenaje al Excmo. Sr. D. Luis Portero García*, Granada, 2001, pp.509 ss.; J. Muñoz Lorente, 'La expulsión del extranjero como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad: el artículo 89 del CP tras su reforma por la Ley

s'amplifient à l'occasion de chaque réforme, particulièrement en Europe et bien que les différences entre les législations restent très importantes.

Néanmoins, la pratique montre les difficultés pour l'expulsion effective⁹⁷ et les législations oublient très souvent de résoudre la situation permanente d'illégalité des expulsé(e)s qui doivent rester dans le pays en raison de l'impossibilité d'exécution de l'ordre d'expulsion.

Il faut aussi réagir contre les expulsions automatiques: l'expulsion peut poser d'importants conflits en raison des circonstances personnelles, familiales ou sociales et même quant à la compensation de la victime ou l'accomplissement des devoirs et obligations de la personne condamnée (notamment en matière de violence domestique)⁹⁸. On devrait toujours offrir au juge l'occasion d'empêcher l'exécution de l'expulsion si des raisons suffisamment importantes s'opposent à elle.

2.2. Généralement, si l'expulsion n'est pas exécutée les femmes étrangères poursuivies ou condamnées sont incarcérées. Dans certains pays, en attendant l'expulsion administrative, elles sont confinées dans des établissements spécifiques, parfois intégrés dans le système pénitentiaire ordinaire. Même si la réglementation de ces centres peut être comparable à la réglementation pénitentiaire, les conditions réelles de détention sont en général très problématiques et souvent dénoncés par des organisations vouées à la défense des droits de l'homme⁹⁹.

Les difficultés de l'exécution pénitentiaire à l'égard des femmes, déjà évoquées, s'aggravent dans le cas des femmes étrangères incarcérées.

Orgánica 11/2003', *Revista de Derecho Penal y Criminología*, extra 2, 2004, p.415; F. Navarro Cardoso, "Expulsión 'penal' de extranjeros: una simbiosis de derecho penal 'simbólico' y derecho penal del 'enemigo'", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 17, 2006, pp. 153 ss; M. J. Rodríguez Mesa, "La expulsión del extranjero en el ordenamiento jurídico español. Una valoración crítica", dans M. J. Rodríguez Mesa et L. R. Ruiz Rodríguez (coords.), *Inmigración...*, cit., pp. 255 ss.

97 Ainsi, en Espagne, le Défenseur du Peuple a signalé à plusieurs reprises que peu d'expulsions sont réellement exécutées, Defensor del Pueblo (2005), *Informe anual 2004*, Madrid, pp. 477 ss.

98 M. A. Encinar del Pozo, 'Expulsión de extranjeros: el artículo 89.1 del Código penal. Un ejemplo de infortunio del legislador', *Derecho.com*, March 2005.

99 En ce sens, en Espagne, voir Defensor del Pueblo, *Informe Anual 2004*, Madrid, 2005, pp. 441 ss.

En abandonnant, l'application de la détention provisoire à l'égard des étrangers¹⁰⁰ et les problèmes que le maintien du but resocialisateur pose concernant des personnes en situation d'illégalité en Espagne¹⁰¹, la participation des étrangères dans la vie pénitentiaire ordinaire doit encore faire face à autres problèmes: langue, absence d'interprètes, dysfonctionnements des Ambassades et Consulats... De plus, bien que l'accès par les étrangers aux permissions de sortie, au régime ouvert et à la libération conditionnelle soit parfaitement possible, il est rare dans la pratique. En effet, l'absence de liens sociaux solides ou fiables constitue une barrière insurmontable pour tous les étrangers incarcérés, hommes et femmes.

De ce point de vu, et sans oublier la nécessité d'un traitement spécifique plus complet (législatif et réglementaire) du statut des étrangers en prison¹⁰², le premier objectif concernant les (femmes) étrangèr(e)s incarcéré(e)s devrait être de faciliter la communication non seulement grâce à une meilleure formation du personnel, principalement en matière d'aptitudes linguistiques, mais aussi en assurant une dotation suffisante d'interprètes en prison.

Simultanément, il faudrait développer des systèmes d'appui aux femmes étrangères incarcérées avec peu de ressources et pour leur permettre de bénéficier de l'accès au troisième degré ou à la libération conditionnelle: outre l'intensification des contacts avec les Ambassades et Consulats (en particulier pour faciliter l'exécution dans les pays d'origine), l'existence d'organisations agréés d'appui aux détenues étrangères peut se révéler essentiel dans ce sens¹⁰³.

2.3. En ce qui concerne la victimisation des femmes immigrantes¹⁰⁴, la violence domestique étant un phénomène

100 J.L.de la Cuesta Arzamendi, "Retos principales...", *cit.*, p. 123; L. R. Ruiz Rodríguez, "Extranjeros en prisión. Una marginación reiterada", dans L. Ruiz Rodríguez (coord.), *Sistema penal y exclusión de extranjeros*, Albacete, 2006, pp.187 ss.

101 L. R. Ruiz Rodríguez, "Pena de prisión y extranjeros. Principios de igualdad y de resocialización", dans M. J. Rodríguez Mesa et L. R. Ruiz Rodríguez (coords.), *Inmigración...*, *cit.*, p.296.

102 L. R. Ruiz Rodríguez, *ibidem*, pp. 317 ss.

103 J. L. de la Cuesta Arzamendi, "Retos principales...", *cit.*, pp.122 ss.

104 *Detección y análisis criminológico de los supuestos de victimización de la mujer inmigrante en la CAPV. Hacia un manual de buenas prácticas (Estudio de campo)*, recherche (inédite) élaborée en 2006 au sein de l'Institut Basque de Criminologie par A. I. Pérez Machio, A. Brión Canal, I. Orbegozo Oronoz et L. Pego Otero sous la direction de J.L. de la Cuesta Arzamendi (I. Muñagorri Lagua, assesseur) et la coordination de V. Mayordomo Rodrigo.

“transversal”¹⁰⁵, elle affecte aussi les femmes étrangères et immigrées. On sait même que pour des raisons socioculturelles et à cause, des difficiles conditions de vie, les facteurs à l’origine de cette violence sont plus présents et plus intenses chez les étrangers, en particulier s’il s’agit d’immigrés en situation administrative irrégulière¹⁰⁶.

Selon des études menées sur le terrain, l’occultation des faits et l’absence de dénonciations déjà caractéristiques de ce phénomène criminel s’aggravent quand la victime et l’auteur sont des étrangers (et non seulement si provenant de cultures dans lesquelles ces conduites sont socialement adéquates), jusqu’au point que ce sont plutôt rares les cas qui suscitent l’intervention des tribunaux¹⁰⁷.

Si la violence domestique constitue la première source de victimisation criminelle des femmes immigrantes, elle n’est cependant la seule. Les femmes immigrantes sont non seulement victimes d’attaques à caractère raciste, mais aussi victimes d’autres délits comme, en particulier, les crimes et délits contre la liberté sexuelle, contre les droits des travailleurs (principalement, abus dans les conditions du travail), et contre le trafic illégal de personnes (en particulier, trafic de filles¹⁰⁸ en vue de l’exploitation sexuelle voire en vue du mariage, ce qui ouvre souvent la porte à une sorte d’esclavage)¹⁰⁹.

D’un point de vue victimologique la situation des femmes immigrantes victimes de l’une ou plusieurs de toutes ces infractions se caractérise par une vulnérabilité particulière, par une méconnaissance des droits dont elles jouissent en tant que personnes et en tant que victimes, et par la résistance à se rendre à une Administration (en particulier s’il s’agit de l’Administration de Justice) qui se perçoit comme lointaine, aux jugements incertains et en aucun cas source de confiance¹¹⁰.

105 M. Corcoy Bidasolo, “Violencia...”, *cit.*, p.1229.

106 M. Corcoy Bidasolo, *ibidem*, p.1229. M.Acale réclame une “vision globale du problème” que représentent les femmes étrangères sans résidence légale en Espagne victimes de violence de la part de son mari ou de son couple, “Mujeres inmigrantes víctimas de violencia de género en España”, dans L.R.Ruiz Rodríguez (coord.), *Sistema penal...*, *cit.*, p.135.

107 M. Corcoy Bidasolo, “Violencia...”, *cit.*, p.1237.

108 G. González Agudelo, “En el camino de la exclusión. La especial vulnerabilidad de los menores con origen extranjero”, dans L. R. Ruiz Rodríguez (coord.), *Sistema penal...*, *cit.*, p. 120.

109 *Detección...*, *cit.*, pp.46 ss, 54 ss. et 62 ss. Voir aussi M.Acale Sánchez, “Mujeres inmigrantes...”, *cit.*, pp.130 s.

110 *Detección...*, *cit.*, p.130 ss.

Dans certains pays (tel que l'Espagne) la préoccupation du législateur a abouti à la construction (par des reformes multiples et successives)¹¹¹ d'un système complexe et peu cohérent¹¹² d'incriminations visant la protection des droits des étrangers dont on peut constater "la pauvreté des fruits obtenus"¹¹³.

L'extension à toutes les femmes étrangères (même à en situation irrégulière) des possibilités de protection offertes par la législation des victimes constitue une toute première exigence qui doit être accompagnée par la prévision spécifique d'interventions particulières sur ce collectif, dont les besoins d'information, d'assistance et d'appui sont accrus. En ce sens, le contenu de l'article 32.4 de la loi intégrale espagnole -relative à la considération spéciale de "la situation des femmes qui, en raison de leurs circonstances personnelles et sociales, peuvent être soumises à un risque majeur de subir de la violence de genre ou de faire face à des difficultés plus importantes pour l'accès aux services prévues par cette loi", parmi lesquelles on mentionne "les femmes appartenant à des minorités, les immigrantes, celles qui se trouvent en situation d'exclusion sociale ou les femmes handicapées"- est insuffisant¹¹⁴. Elle démontre les carences de la loi en ce qui concerne son caractère intégrale, étant donnée la méconnaissance de "la situation dans laquelle se trouve un important groupe des victimes de ce type de violence"¹¹⁵ en Espagne.

Il faut aussi résoudre les conflits fréquents entre la législation des victimes et la réglementation en matière d'étrangers¹¹⁶, en particulier en ce qui concerne l'expulsion dont le dossier devrait toujours être paralysé en attendant une décision définitive sur le plan pénal. Cette mesure faciliterait aussi l'accès à l'Administration de Justice où la protection des témoins (en particulier, en ce qui concerne les délits de trafic illégal de personnes) et la présence tant d'interprètes et que

111 J. Terradillos Basoco, "Inmigración, mafias y sistema penal. La estructura y la pátina", dans L. R. Ruiz Rodríguez (coord.), *Sistema penal...*, cit., pp.47 ss.

112 P. Laurenzo Copello, "La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 12, 2003, p.65.

113 J. Terradillos Basoco, "Extranjería, inmigración y sistema penal", dans M. J. Rodríguez Mesa et L. R. Ruiz Rodríguez (coords.), *Inmigración...*, cit., p.52.

114 *Ibidem*, pp.18 ss. Le II Plan intégral contre la violence domestique 2001-2004, adopté par le Conseil de Ministres en (11 mai) 2001 ne tenait pas spécifiquement en compte la problématique concernant les étrangères. Voir d'un point de vue critique, M. Corcoy Bidasolo, "Violencia...", cit., p.1246.

115 M. Acale Sánchez, *Mujeres inmigrantes...*, cit., p.137.

116 M. Acale Sánchez, *ibidem*, pp. 152 ss,

de personnel formé en matière de multiculturalité devraient être également renforcées.¹¹⁷

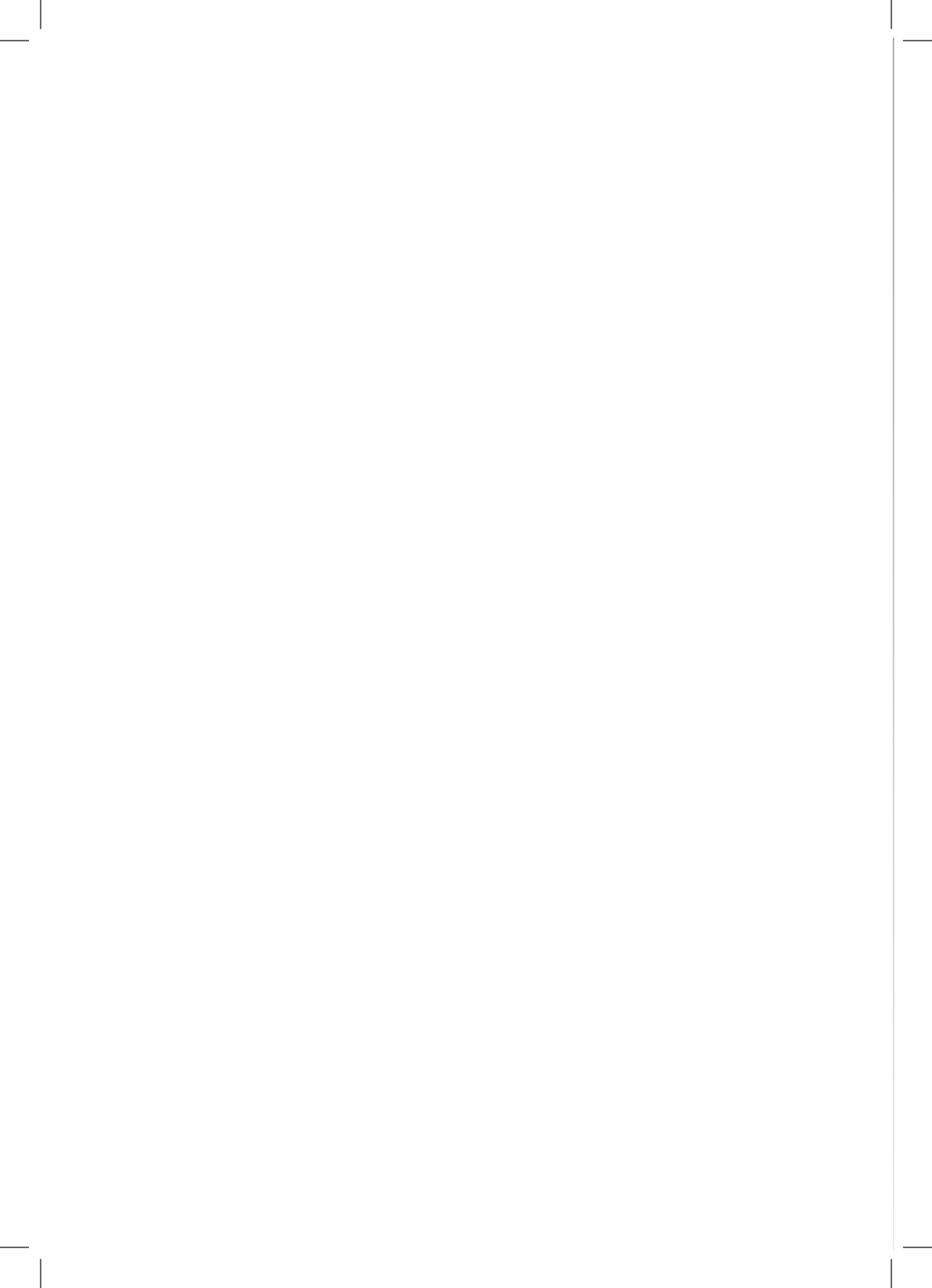
VII. CONCLUSIONS

1. Les tendances modernes de la citoyenneté, loin de l'identifier avec le statut du national d'un certain pays, préfèrent dissocier les deux concepts, et proposent une définition qui renvoie plus au statut social qu'au statut politique de membre d'une communauté déterminé. Cette définition se manifeste non seulement par son souci de reconnaissance formelle des droits, mais surtout par l'intérêt portée à la possession des conditions nécessaires pour exercer ses droits.
2. De ce point de vu, il est clair que même où la non discrimination homme-femme est, formellement, pleinement reconnue, l'égalité substantive (socio-politique) de la femme reste un enjeu de la citoyenneté.
3. Les systèmes pénaux occidentaux ont beaucoup avancé dans les vingt-cinq dernières années siècle quant à l'assimilation du traitement des hommes et des femmes, en abrogeant toutes différences qui ne trouvent pas de justification matérielle suffisante en raison des valeurs à protéger. De plus, de nouvelles infractions ont été introduites pour lutter contre les discriminations.
4. C'est en matière familiale où les reformes les plus importantes se sont produites. Or, dans ce domaine, l'incidence de la violence domestique montre clairement la précarité de la citoyenneté des femmes.
5. Soutenus par des institutions internationales (et, en particulier, européennes), des programmes et des réformes législatives ont été adoptés un peu partout. L'expérience a montré néanmoins que la politique pénale au sens strict ne fonctionne pas à l'égard d'un phénomène si complexe et qui se doit d'être approché, aussi du point de vu législatif, dans son intégralité et à travers une véritable politique criminelle. Le principe des trois niveaux d'interprétation criminologique (et d'action !) criminologique – criminalité, crime, criminel- s'avère à nouveau la seule adéquat pour affronter un phénomène criminel si complexe. Bien qu'il doit être aujourd'hui complété par la perspective victimologique

117 *Detección...*, cit., pp.131 ss.

- et par l'évaluation permanente tant des processus de criminalisation et que de la réaction sociale appliquée.
6. On sait très bien que la citoyenneté des personnes privées de liberté est limitée. C'est pourquoi les femmes incarcérées cumulent aux difficultés des personnes emprisonnées la faiblesse de leur citoyenneté. L'étude des prisons de femmes montre la nécessité d'une politique pénitentiaire bien construite à leur égard. En plus du renforcement des systèmes alternatifs à la prison et des programmes d'insertion et d'assistance, cette politique doit, en tenant compte des caractéristiques personnelles et criminelles particulières des femmes, prévoir, en milieu pénitencier, des alternatives spécifiques d'exécution des peines – exécutions dans des unités extra-carcérales par exemple- pour la multitude d'entre elles qui ont des charges familiales directes.
 7. En ce qui concerne les femmes immigrantes étrangères les facteurs socioculturels devraient toujours être pris en compte, s'ils sont de nature à affecter l'imputabilité ou la culpabilité.
 8. En pratique l'incidence de la condition de femme étrangère se résume presque exclusivement aux conséquences juridiques de l'infraction, où l'expulsion se démarque de plus en plus. En dehors des problèmes que l'application de l'expulsion suscite dans beaucoup de cas du point de vu des principes pénaux (en particulier, le principe *ne bis in idem*), il faut cependant pas s'opposer franchement à l'automatisme des expulsions et réclamer une solution pour la situation irrégulière des expulsé(e)s qui demeurent à cause de l'impossibilité d'exécution de l'expulsion.
 9. La situation des femmes étrangères incarcérées dans des établissements pénitentiaires ou dans des centres de détention en attendant l'exécution de l'ordre d'expulsion mérite aussi d'être particulièrement traitée en vu de surmonter les importantes difficultés de communication, et de développer des systèmes efficaces d'appui leur permettant l'accès au troisième degré et à la libération conditionnelle. L'opportunité d'un statut normatif spécifique des personnes étrangères en prison devrait aussi être considérée.
 10. Enfin, en matière de victimes, les principes et les grandes déclarations sont importantes, mais pas suffisantes. On doit alors reconnaître clairement, qu'en raison de leur situation de vulnérabilité caractéristique, les victimes étrangères, même en situation irrégulière, doivent bénéficier des moyens de protection

offerts par la législation sur les victimes, en renforçant les efforts d'information et d'assistance de la part des institutions. L'accès à la Justice et les (fréquents) conflits normatifs entre les lois propres aux victimes et celles propres aux étrangers sont aussi des problèmes à résoudre, en particulier si une possibilité d'expulsion entre en scène. Celle-ci, en principe, devrait être subordonnée à la décision définitive sur procès pénal.



LAÏCITÉ ET PRINCIPE DE NON-DISCRIMINATION

Marie-Joëlle REDOR-FICHOT

Professeur à l'Université de Caen Basse-Normandie.

INTRODUCTION

Quoique distincts, les principes de laïcité et de non-discrimination sont étroitement imbriqués, tant parce que les textes qui énoncent le principe de laïcité se réfèrent généralement en même temps à la non-discrimination, que parce que, sur le fond, la laïcité trouve sa justification dans l'idée de non-discrimination à travers le concept de neutralité.

Ainsi l'article 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958 juxtapose les deux principes dans un énoncé qui laisse place à une certaine ambiguïté: "La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances." À la lecture de cet article, il semble d'abord que la non-discrimination en raison de la religion vient compléter le principe de laïcité, laissant dans le vague la définition constitutionnelle de ce que peut être une république laïque. Mais dès lors que l'on s'interroge sur le contenu de la laïcité, la non-discrimination apparaît comme un élément constitutif de cette dernière. C'est du moins ce qui ressort de la littérature juridique et politique abondante sur la question. Le principe de laïcité de l'enseignement public, nous dit le Conseil d'État dans son avis rendu le 27 novembre 1989, "interdit toute discrimination dans l'accès à l'enseignement qui serait fondée sur les convictions ou croyances religieuses des élèves"¹. De même, le rapport Stasi rendu en 2003 fait-il de l'égalité de droit un

1 Avis n° 346.893 rendu par l'Assemblée générale (section de l'intérieur) du CE le 27 novembre 1989, *Les Grands Avis du Conseil d'État*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2002, p. 225-234, p. 227. Cette position de principe est reprise au contentieux, notamment dans l'arrêt *Ministre de l'Éducation nationale / Ali* rendu par le CE le 20 mai 1996 (R, 187; AJDA, 96, 709) pour justifier l'annulation de l'exclusion d'une élève fondée uniquement sur son refus d'ôter le foulard. Le législateur a finalement adopté la position inverse avec la loi du 15 mars 2004 interdisant le port de tout signe ostensible dans les établissements publics d'enseignement primaire et secondaire...

élément de la laïcité². La non-discrimination apparaît donc comme consubstantielle à la laïcité, celle-ci étant en quelque sorte garante de celle-là. Les deux principes ne se confondent pas cependant, d'abord parce que le champ d'application du principe de non-discrimination ne se restreint évidemment pas à la seule question des croyances religieuses, ensuite parce que le principe de laïcité ne figure que dans la Constitution, alors que la non-discrimination résulte aussi de textes internationaux et européens: qu'il s'agisse du Pacte international relatif aux droits civils et politiques³, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁴, ou du Traité instituant la Communauté européenne⁵, le principe est énoncé avec force, et lorsque le texte ne lui accorde pas une portée générale comme c'est le cas du droit actuellement applicable de la Convention européenne, il est assorti d'une sanction juridictionnelle efficace grâce à la jurisprudence dynamique de la Cour européenne des droits de l'homme.

Ces relations d'inclusion partielle sont encore compliquées par les ambiguïtés de la définition de chacun des principes, d'autant plus que les concepts et leur application ont évolué dans le temps, sans que cette évolution soit véritablement linéaire. Ainsi a-t-on souvent opposé des conceptions différentes de la laïcité: entre la laïcité de combat des anticléricaux qui, au mieux, signifie l'ignorance de l'État à l'égard des religions, au pire, son hostilité, et la laïcité ouverte, tolérante qui correspond à la reconnaissance du fait religieux, voire à sa prise en compte active, le principe donne lieu à des applications très différentes. Et si l'on reconnaît aujourd'hui que le principe de laïcité n'a jamais eu pour signification juridique l'hostilité de l'État

2 Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République, Rapport remis au président de la République le 11 décembre 2003, "Introduction": "La laïcité, pierre angulaire du pacte républicain, repose sur trois valeurs indissociables: liberté de conscience, égalité en droit des options spirituelles et religieuses, neutralité du pouvoir politique."

3 Article 26 du PIDCP.

4 Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, article 14; Protocole n° 12 additionnel à la Convention ouvert à la signature le 4 novembre 2000, non encore en vigueur.

5 Article 13 du TCE: "Sans préjudice des autres dispositions du présent traité et dans les limites des compétences que celui-ci confère à la Communauté, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle."

à l'égard des croyances, il n'en reste pas moins que la marge est très grande entre l'indifférence et la prise en compte, et que cette marge évolue dans le temps au gré des circonstances. Quant au principe de non-discrimination, il peut lui aussi trouver des applications très diverses et difficilement prévisibles. La jurisprudence⁶ estime en effet le principe n'interdit pas les distinctions en rapport avec l'objet de la loi justifiées soit par l'intérêt général (c'est vague), soit par des différences de situation objectives (ce n'est pas beaucoup plus précis), et les débats sur la discrimination positive montrent les incertitudes du concept et de son avenir. Du coup, une conception ouverte de la laïcité peut justifier que soient mises en place des discriminations positives au profit des nouveaux cultes; inversement, l'indifférence à l'égard du fait religieux pourrait conduire à ignorer les éventuelles discriminations véhiculées par certaines croyances. Conçu dès l'origine comme une garantie de la liberté de conscience⁷, le principe de laïcité doit assurer l'égal respect de toutes les croyances et non-croyances; en ce sens il est une garantie de la non-discrimination entre les croyances. Mais cette neutralité nécessaire à l'égalité de liberté de conscience est remise en cause si une croyance est favorisée au détriment des autres, ou une croyance est au contraire stigmatisée. Pour autant la neutralité impliquée par le principe de laïcité peut-elle s'accommoder de toutes les croyances quel qu'en soit le contenu, la laïcité doit-elle aussi garantir le respect de convictions générant des discriminations entre les sexes? Et si les pouvoirs publics se préoccupent du sens à donner à telle ou telle conviction, ne risquent-ils pas de générer à leur tour des discriminations entre les individus en raison de leurs croyances? Érigée en valeur républicaine propre à la tradition constitutionnelle française⁸, la laïcité est aujourd'hui

6 Jurisprudence constante du juge administratif (CE ass 13 juillet 1962 Conseil national de l'ordre des médecins, R, 479) reprise par le Conseil constitutionnel (CC n° 89-266DC, 9 janvier 1990, RFDC, 1990, 326). La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme va dans le même sens (voir notamment l'arrêt Van der Mussel / Belgique 23 novembre 1983, A n° 70) mais admet en outre aujourd'hui que les États doivent aussi appliquer un traitement différent à des personnes en situation sensiblement différente (Thlimmenos / Grèce 6 avril 2000, RT D C, 2000, 434).

7 O. Schramek et M. Guyomar, commentaire de l'avis rendu par le Conseil d'État le 27 novembre 1989, Les Grands avis du Conseil d'État, p. 231.

8 "La primauté du droit de l'Union reste inopposable, dans l'ordre juridique interne, aux dispositions de la Constitution française inhérentes à ses structures fondamentales [...] la réserve de constitutionnalité qu'elle laisse subsister, conforme

aux prises avec ces questions qui renouvellent l'approche que l'on peut avoir des relations entre laïcité et non-discrimination. Alors qu'historiquement le principe de laïcité visait à garantir la non-discrimination entre les croyances (I), il est parfois invoqué aujourd'hui comme un moyen de lutter contre les discriminations entre les sexes que véhiculeraient certaines croyances (II).

I. LA LAÏCITÉ, GARANTE DE LA NON-DISCRIMINATION ENTRE CROYANCES?

Historiquement, la laïcité résulte de la volonté d'éviter la soumission du temporel au spirituel, et d'affirmer l'autonomie de l'État à l'égard de l'Église catholique. Elle s'est traduite par la séparation des Églises et de l'État énoncée par la loi du 9 décembre 1905 qui vise à la fois à empêcher les Églises de s'immiscer dans les affaires publiques que (donc dans les services publics) et à empêcher les pouvoirs publics de s'immiscer dans les affaires religieuses. Cette séparation, combinée à la liberté de conscience énoncée dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et rappelée à l'article 1^{er} de la loi de 1905, implique la neutralité des pouvoirs publics à l'égard du fait religieux, neutralité dont l'objectif est de garantir la liberté des non-croyants mais aussi celle des croyants, de quelque obédience qu'ils soient. Ainsi, selon le Conseil d'État, "la laïcité française doit, à tout le moins, se décliner en trois principes: ceux de neutralité de l'État, de liberté religieuse et de respect du pluralisme"⁹. Cette neutralité implique donc le refus des discriminations entre croyances et non-croyances ainsi qu'entre croyances diverses. Partant, le principe de laïcité peut sembler le meilleur garant de la non-discrimination entre croyances, alors d'une part que la liberté de conscience et la non-discrimination s'imposent à tous les États qui ont ratifié la Convention européenne des droits de l'homme, et d'autre part que l'effectivité de la garantie présentée par la laïcité au titre de la non-discrimination entre croyances est aujourd'hui discutée.

à la décision bioéthique, ne touche qu'un petit nombre de matières (laïcité, égalité d'accès aux emplois publics, délai d'un mois imparti au Conseil constitutionnel pour statuer...)", commentaire de la décision n° 2004-505 DC du Conseil constitutionnel du 19 novembre 2004, Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 18.

9 Un siècle de laïcité, EDCE, n° 55, 2004, p. 272.

A. La laïcité, une garantie indispensable de la non-discrimination?

Les États qui, comme la France, ont adopté le système d'une séparation stricte entre l'Église et l'État sont largement minoritaires. Si l'on se contente de raisonner sur l'espace limité du Conseil de l'Europe, on s'aperçoit que la Turquie est presque la seule avec la France à relever d'un tel régime¹⁰. Pourtant, tous les membres du Conseil de l'Europe sont parties à la Convention européenne des droits de l'homme qui leur impose non seulement de respecter la liberté de conscience et de manifestation des convictions de chacun (article 9), mais aussi d'assurer le respect de tous les droits qu'elle reconnaît sans discrimination entre les individus (article 14). La combinaison des articles 9 et 14 conduit à la fois à interdire aux États parties d'opérer des discriminations dans l'exercice des droits reconnus par la Convention à raison des convictions religieuses, et à leur interdire également d'opérer des discriminations dans l'exercice de la liberté de conscience et de manifester ses convictions. Cette seconde interdiction implique logiquement de traiter sur un pied d'égalité au moins relative toutes les convictions religieuses dans les limites posées par le paragraphe 2 de l'article 9 (celles du respect des droits et libertés d'autrui, de l'ordre public notamment). Cependant la Convention n'impose par pour autant aux États d'adopter un régime particulier dans leurs relations avec les cultes; la diversité des conceptions en la matière entre les États du Conseil de l'Europe conduit la Cour à leur accorder une importante marge d'appréciation; du coup, la Convention et l'interdiction des discriminations religieuses qu'elle contient s'accommodent des systèmes de cultes reconnus, voire de religion d'État. Un traitement inégal n'est en outre pas systématiquement constitutif d'un traitement discriminatoire, encore faut-il que l'État ait opéré une distinction entre des situations pourtant analogues et qu'il l'ait fait sans justification objective et raisonnable. Sans être incompatible sur ce point avec la conception française de la non-discrimination, la jurisprudence européenne qui est en outre particulièrement attentive aux données caractérisant la vie de la société dans l'État, exige le plus souvent que la rupture d'égalité soit particulièrement nette, ce qui permet de comprendre

¹⁰ Si les Pays-Bas ont adopté un système de séparation des Églises et de l'État proche du système français, la prise en compte des convictions de chacun débouche sur la reconnaissance du communautarisme, voire sur une "tribalisation" de la société aux antipodes des conceptions françaises (voir le rapport Stasi précité, point 2-3).

qu'un État puisse accorder un régime de faveur à un ou plusieurs cultes sans pour autant enfreindre la Convention.

La laïcité n'est donc pas juridiquement une condition nécessaire de la non-discrimination entre les individus à raison de leurs convictions. Néanmoins, l'on peut penser que la séparation Églises / État présente des avantages indéniables s'agissant de l'égal respect de toutes les croyances et non-croyances. Les prescriptions imposées aux États par la Convention européenne visent en effet à sauvegarder d'abord les droits des individus, alors que le principe de laïcité est un principe d'organisation des relations de l'État avec les religions. L'interdiction des discriminations entre les individus en raison de leurs convictions religieuses ou du culte qu'ils pratiquent n'est donc pas identique à l'interdiction de différenciations entre les cultes, ni même à l'égalité de traitement de toutes les croyances que postule logiquement le principe de laïcité¹¹.

En outre, si la Convention interdit la discrimination dans l'exercice des droits qu'elle consacre, la Cour européenne des droits de l'homme fait une place éminente à la liberté religieuse, protégeant ainsi davantage les croyants que les non-croyants. La Convention n'impose donc pas un traitement strictement égal entre croyants et non-croyants, alors que le principe de laïcité vise historiquement à protéger d'abord les non-croyants¹². Il faut ajouter cependant que la Cour impose aussi aux États de respecter la liberté de conscience des agnostiques dans des conditions qui peuvent rappeler certains aspects du principe de laïcité: ainsi a-t-elle condamné la République de Saint-Marin pour avoir exigé des parlementaires qu'ils prêtent serment sur les Évangiles¹³ sous peine de déchéance de leur mandat, cette jurisprudence introduit ainsi une très relative séparation de l'Église et de l'État, non pas certes au nom de la non-discrimination, mais au titre de l'article 9 et du pluralisme qui imposent non seulement le respect des convictions de chacun, mais aussi le droit de manifester ces convictions et la liberté de ne pas pratiquer une religion. Cette liberté négative est en outre renforcée dans l'hypothèse d'un État

11 Il faut cependant préciser que la liberté religieuse peut également être invoquée par les Églises devant la Cour: arrêt Affaire Église métropolitaine Bessarabie et autres / Moldova 13 décembre 2001.

12 La compatibilité du principe de laïcité avec l'article 9 de la Convention a d'ailleurs été mise en doute à plusieurs reprises, en ce qu'il ne permettrait suffisamment l'expression des convictions religieuses.

13 Cour EDH 18 février 1999 Buscarini / Saint-Marin, RTDH, 2000, 261

laïque, la Cour prenant alors en considération ce contexte spécifique pour admettre la possibilité de restrictions plus importantes à la liberté religieuse au nom de la protection des non-croyants et des adeptes d'autres convictions¹⁴. Quoique logique, une telle approche peut sembler inégale dans ses conséquences en ce que la Cour admet plus facilement la conformité à la Convention de mesures restreignant la liberté des croyants dans un État laïque, et celles restreignant la liberté des non-croyants dans un État confessionnel, que l'inverse.

Quoi qu'il en soit, la prise en compte du droit comparé à travers le droit de la Convention impose d'admettre que la laïcité n'est pas juridiquement indispensable au respect du principe de non-discrimination entre croyances.

L'étude du droit interne conduit également à relativiser l'importance du principe de laïcité, puisque l'Alsace-Moselle d'une part, l'outre-mer d'autre part échappent à son application sans que pour autant soient sanctionnées des discriminations qui en résulteraient. Ainsi l'Alsace-Moselle a-t-elle conservé le régime concordataire qui s'appliquait sur l'ensemble du territoire avant la défaite de 1870, créant ainsi une distinction nette entre cultes reconnus et cultes non reconnus. Les premiers bénéficient d'avantages non négligeables partiellement compensés par un contrôle plus important des pouvoirs publics; les seconds ne peuvent espérer de subventions, ni revendiquer que soit dispensé un enseignement religieux leur correspondant dans les écoles publiques. Cette situation spécifique sur cette portion de territoire rapproche ainsi la France d'autres États européens admettant l'existence de cultes reconnus, dont on a vu qu'elle était admise par le Conseil de l'Europe. Mais, s'agissant de la France, une telle différence de traitement pose problème à un double titre. D'abord, on ne voit guère sur quoi la distinction faite

14 Voir notamment Cour EDH Leyla Sahin / Turquie 29 juin 2004, § 105: "Dans leur arrêt du 7 mars 1989, les juges constitutionnels ont estimé que la laïcité en Turquie constituait entre autres le garant des valeurs démocratiques et des principes d'inviolabilité de la liberté de religion pour autant qu'elle relève du for intérieur, et de l'égalité des citoyens devant la loi (paragraphe 36 ci-dessus). Ce principe protège aussi les individus des pressions extérieures. Selon ces juges, par ailleurs, la liberté de manifester la religion pouvait être restreinte dans le but de préserver ces valeurs et principes. Une telle conception de la laïcité paraît à la Cour être respectueuse des valeurs sous-jacentes à la Convention et elle constate que la sauvegarde de ce principe peut être considérée comme nécessaire à la protection du système démocratique en Turquie."

entre cultes reconnus et cultes non reconnus peut aujourd'hui être fondée: ni l'intérêt général, ni une différence de situation objective ne semblent pouvoir être sérieusement avancés en 2005 pour justifier que soient traités différemment culte protestant et culte musulman par exemple. Ensuite, on ne voit pas beaucoup mieux ce qui peut justifier une telle dérogation au principe de laïcité sur une partie du territoire plus de 85 ans après son retour à la France alors que le Conseil constitutionnel a souligné à plusieurs reprises la valeur constitutionnelle du principe de l'uniformité des conditions d'exercice des libertés publiques sur le territoire¹⁵. Une partie des principes constitutionnels ne s'applique donc pas en Alsace-Moselle, ce qui crée ici une discrimination territoriale peu justifiable, et pourtant nécessairement admise par le juge administratif par le jeu de l'écran législatif¹⁶. Si la question de l'unité territoriale ne se pose pas dans les mêmes termes pour l'outremer¹⁷, il n'en reste pas moins que le contrôle de l'État sur l'organisation des cultes et le rôle privilégié accordé à l'Église catholique dans la plupart de ces territoires perpétuent la tradition coloniale sans justification juridique clairement établie; on peut notamment s'interroger sur la validité d'une législation spéciale qui écarte au moins partiellement l'application du principe constitutionnel de laïcité.

Du point de vue du droit interne, l'application du principe de laïcité n'est donc pas intégrale et le retour au droit commun permettrait sans doute de mieux garantir le respect du principe de non-discrimination en matière religieuse. Encore faut-il cependant que la

15 Principe énoncé pour la première fois dans la décision du Conseil constitutionnel n° 84-185DC du 18 janvier 1985: "si le principe de libre administration des collectivités territoriales a valeur constitutionnelle, il ne saurait conduire à ce que les conditions essentielles d'application d'une loi organisant l'exercice d'une liberté publique dépendent de décisions des collectivités territoriales et, ainsi, puissent ne pas être les mêmes sur l'ensemble du territoire."

16 Voir notamment CE 6 avril 2001 SNES, AJDA, 2002, 63: "Considérant que l'article 7 de la loi du 1^{er} juin 1924, mettant en vigueur la législation civile française dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle, a maintenu en application dans ces départements les articles 21 à 79 du code civil local; qu'ainsi le maintien en vigueur de la législation locale procède de la volonté du législateur; que si, postérieurement à la loi précitée du 1^{er} juin 1924, les préambules des constitutions des 27 octobre 1946 et 4 octobre 1958 ont réaffirmé les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, au nombre desquels figure le principe de laïcité, cette réaffirmation n'a pas eu pour effet d'abroger implicitement les dispositions de ladite loi."

17 Voir Un siècle de laïcité, p. 269-271.

mise en œuvre concrète de la laïcité, lorsque celle-ci est applicable, se traduise par une garantie effective de non-discrimination.

B. La laïcité, une garantie effective de la non-discrimination?

Sans être absolument indispensable au respect du principe de non-discrimination en matière de croyances, la laïcité remplit-elle cependant correctement sa mission, réussit-elle à assurer le respect effectif de l'égalité en ce domaine? L'évolution du concept de laïcité d'une part, celle des comportements religieux au cours du xx^e siècle d'autre part conduisent à une réponse nuancée.

Lorsque la loi de 1905 est votée, l'accent est mis sur une conception relativement ouverte de la laïcité: celle-ci ne signifie pas ignorance du fait religieux, mais respect de toutes les croyances. De même, la loi insiste sur le respect de la liberté des cultes. Dès lors, l'État ne peut rester totalement indifférent à l'existence d'un culte majoritairement pratiqué dans la société qu'il gouverne. Si la séparation de l'Église et de l'État a permis à ce dernier de s'affranchir de l'emprise de l'Église catholique, ce n'est pas pour autant que les pouvoirs publics peuvent ignorer totalement l'influence de cette religion dans la société. Au-delà du discours anticlérical d'une partie de la classe politique, le phénomène religieux a donc été pris en compte tant pour régler la question de la dévolution des biens de l'Église catholique, que pour organiser certains services publics, générant par là même un statut privilégié pour le culte catholique. Tant que ce culte était celui de la très grande majorité de la population, une telle situation pouvait passer pour justifiée au regard du principe de non-discrimination: les différences de traitement pouvaient se fonder sur une différence objective de situation: l'appartenance à un culte largement majoritaire, phénomène dont l'État ne pouvait pas ne pas tenir compte. Mais la religion catholique a perdu progressivement de son emprise en même temps que d'autres pratiques religieuses apparaissaient en France; aujourd'hui la religion musulmane est ainsi la seconde religion de France¹⁸, sans que pour autant soient modifiés en profondeur les rapports privilégiés du culte catholique avec l'État. Dès lors, surgit nécessairement la question d'une discrimination entre les cultes qui apparaît à différents niveaux: lieux de culte, aumôneries, fêtes religieuses en constituent les principaux.

18 Elle concerne 4 millions de personnes en France selon le rapport de la Commission Stasi.

D'abord la question des lieux de culte. Alors que la loi de 1905 exigeait des différents cultes qu'ils constituent des associations culturelles pour recueillir les biens des établissements publics du culte, l'Église catholique a refusé de se plier à cette exigence; les églises déjà construites sont de ce fait devenues la propriété des collectivités publiques désormais chargées de les entretenir¹⁹. Les autres cultes ne bénéficient pas de cette situation: non seulement l'entretien des bâtiments leur incombe, mais la construction des lieux de culte se heurte à des réticences de la part de certains élus locaux, au point que le ministère de l'Intérieur a dû rappeler dans une circulaire adressée aux préfets que "l'édification d'un lieu de culte ne peut être empêchée que pour des motifs liés à l'application des règles en vigueur, notamment des règles en matière d'urbanisme et de construction des édifices recevant du public"²⁰. Le ministre constatait ainsi en creux l'existence de discriminations dans les refus de permis de construire opposés à certaines associations culturelles; mais au-delà de ces discriminations de fait, la situation juridique héritée de l'histoire des relations entre l'État et l'Église catholique conduit juridiquement à une différence de traitement quant à la question de la propriété et de l'entretien des locaux que l'on pourrait assimiler à une forme de subvention publique au culte catholique, subvention interdite précisément par la loi de 1905, alors que les autres cultes sont en principe strictement soumis au respect du principe de laïcité. Cette situation, quoique justifiée par un contexte historique particulier, posait déjà problème au regard des cultes protestant et israélite notamment; elle paraît aujourd'hui en net décalage avec les pratiques religieuses contemporaines du fait de l'importance prise par l'islam. Néanmoins, les textes autorisent les collectivités publiques à aider financièrement les associations culturelles pour la réparation de leurs édifices, et depuis 1961 le législateur autorise ces collectivités à accorder une garantie d'emprunt pour la "construction d'édifices

19 La collectivité publique propriétaire peut, selon l'article 5 de la loi du 13 avril 1908 modifiant la loi du 9 décembre 1905, engager les dépenses nécessaires pour l'entretien et la conservation des édifices du culte; mais cette faculté est en réalité une obligation dans la mesure où, selon la jurisprudence administrative, la collectivité engage sa responsabilité en cas de dommage résultant d'un défaut d'entretien normal de l'édifice.

20 Circulaire NORINTA0500022C du 14 février 2005 du ministre de l'Intérieur adressée aux préfets

répondant à des besoins collectifs de caractère religieux²¹. Certains souhaitent aller plus loin et proposent de réviser la loi de 1905, voire d'instituer une forme de discrimination positive au profit des nouveaux cultes pour leur permettre d'édifier plus aisément des lieux de culte. Une telle solution conduirait alors à abandonner une partie de ce qui fait la laïcité: l'interdiction faite aux personnes publiques de subventionner les cultes dans le cadre de la séparation des Églises et de l'État. On voit ici les difficultés et les limites d'une conception ouverte consistant à prendre en compte le fait religieux au lieu de l'ignorer. Si l'ignorance est impossible, jusqu'où peut aller la prise en compte sans tomber soit dans la discrimination, soit dans la remise en cause du principe même de laïcité remplacé subrepticement par un régime de cultes reconnus bénéficiant aux seuls cultes majoritaires?

On rencontre les mêmes problèmes s'agissant des aumôneries mises en place par l'État dans les services publics fermés de manière à donner la possibilité effective aux usagers ou aux agents d'exercer librement leur culte: il existe ainsi des aumôneries militaires, il en existe également dans les établissements scolaires, les hôpitaux et les prisons. Mais jusqu'à une date récente, on ne trouvait guère que des aumôniers catholiques, créant ainsi un traitement privilégié en faveur de ce culte. On pouvait certes estimer que ce traitement privilégié n'était pas discriminatoire dans la mesure où la situation largement majoritaire du culte catholique constituait une différence de situation objective pouvant justifier une différence de traitement; c'est aujourd'hui beaucoup plus discutable et c'est sans doute pour échapper aux risques d'une condamnation pour discrimination que le ministère de la Défense a pris un arrêté le 16 mars 2005²² instituant une aumônerie musulmane, comme l'avait déjà suggéré la Commission Stasi en 2003²³.

La situation est plus difficile à modifier s'agissant des fêtes légales qui, pourtant, posent des problèmes du même ordre dans la mesure où toutes les fêtes légales religieuses sont liées à la célébration de cultes chrétiens; les adeptes des autres cultes doivent faire la demande d'un jour de congé pour pouvoir célébrer leurs propres fêtes

21 Article 112 de la loi n° 61-825 du 29 juillet 1961. Sur ces questions, voir Un siècle de laïcité, p. 299 sq.

22 Arrêté du 16 mars 2005, JO du 18 mars 2005, p. 4601.

23 Commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République, Rapport remis au président de la République le 11 décembre 2003, point 4-3.3.

et les textes n'imposent pas qu'il soit fait droit à leur demande. Que ce soit dans l'entreprise ou dans l'administration, l'individu n'a pas de droit à congé pour fête religieuse, ce qui est parfaitement logique dans une république laïque, mais ce qui introduit une distorsion entre les chrétiens et les autres. Cependant, des autorisations ponctuelles sont possibles et le juge se réserve la possibilité d'annuler un refus fondé sur un motif illégal. Le Conseil d'État apprécie notamment si le refus est justifié par les contraintes d'organisation du service²⁴. En outre, les textes tendent à introduire aujourd'hui l'obligation dans certains cas de prendre en considération les grandes fêtes religieuses des autres confessions notamment dans le cadre scolaire.²⁵

D'une manière générale, le principe de l'égal respect des convictions religieuses ne va cependant pas jusqu'à imposer des obligations positives à l'État laïc ni à imposer de telles obligations dans les rapports privés. La Cour de cassation a ainsi exclu que les pratiques dictées par les convictions religieuses d'un locataire fassent naître à la charge du bailleur quelque obligation spécifique que ce soit. Mais la question a été discutée et la Cour d'appel de Paris avait retenu une solution contraire qui consistait à imposer au propriétaire d'installer une serrure mécanique pour éviter au locataire juif d'avoir à utiliser le digicode le jour du Shabbat²⁶. Il en va de même du respect des interdits alimentaires liés notamment aux convictions religieuses. Les juges s'assurent du respect du principe de non-discrimination en vérifiant que les motifs fondant le refus de

24 Voir notamment CE ass 14 avril 1995 Consistoire central des israélites de France, R, 168.

25 Voir notamment la circulaire du 18 mai 2004 relative à la mise en œuvre de la loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics, *JO* n° 118 du 22 mai 2004, p. 9033: "Des autorisations d'absence doivent pouvoir être accordées aux élèves pour les grandes fêtes religieuses qui ne coïncident pas avec un jour de congé et dont les dates sont rappelées chaque année par une instruction publiée au Bulletin officiel de l'Éducation nationale. En revanche, les demandes d'absence systématique ou prolongée doivent être refusées dès lors qu'elles sont incompatibles avec l'organisation de la scolarité. L'institution scolaire et universitaire, de son côté, doit prendre les dispositions nécessaires pour qu'aucun examen ni aucune épreuve importante ne soient organisés le jour de ces grandes fêtes religieuses."

26 Voir Ccass 3^e civ 18 décembre 2002, pourvoi 01-00519: "les pratiques dictées par les convictions religieuses des preneurs n'entrent pas, sauf convention expresse, dans le champ contractuel du bail et ne font naître à la charge du bailleur aucune obligation spécifique."

prendre en compte ces interdits n'est pas dicté par des considérations discriminatoires, mais il n'existe pas d'obligation positive d'organiser les cantines en fonction de ces interdits²⁷.

Comme a pu le relever le Conseil d'État, "la laïcité française est une laïcité sur fond de christianisme"²⁸; autrement dit, la laïcité n'a pu éviter de prendre en compte le fait religieux majoritaire, et c'est cette prise en compte qui implique aujourd'hui de nouveaux accommodements pour tenter d'échapper aux discriminations entre croyances, mais avec le risque de substituer progressivement à la laïcité un régime de cultes majoritaires reconnus. En ce sens, on pourrait considérer qu'une laïcité fermée garantit mieux l'égal respect de toutes les croyances, mais ne s'agirait-il pas alors plutôt d'une égale ignorance de toutes les croyances, difficilement compatible avec l'effectivité de la liberté religieuse?

La situation des cultes minoritaires ou marginaux illustre les limites de la garantie du principe de non-discrimination offerte par le principe de laïcité. Cette situation a été celle pendant longtemps des musulmans, elle concerne aujourd'hui davantage les témoins de Jéhovah et les adeptes de ce que le Parlement a pu désigner sous le nom de sectes. Pour ces cultes et croyances, le premier problème est précisément celui de leur qualification: s'agit-il véritablement de cultes, de phénomènes religieux susceptibles de bénéficier des garanties de la liberté de culte? L'opération de qualification est nécessairement discriminante, et pour qu'elle ne soit pas discriminatoire, cela suppose qu'elle se fonde sur des critères objectifs en rapport avec l'objet de la qualification. Or sur ce point il n'est pas certain que la jurisprudence administrative échappe à la critique puisque le Conseil d'État fait entrer dans les critères de l'association cultuelle celui de l'absence d'atteinte à l'ordre public qui semble étranger à la question de savoir si telle association a ou non pour objet (et pour objet exclusif) la "célébration de cérémonies organisées en vue de l'accomplissement par des personnes réunies par une même croyance religieuse de certains rites et de certaines pratiques"²⁹. Certes le respect de l'ordre public n'est pas affirmé comme un critère de l'existence d'un culte, mais seulement comme

27 Voir notamment TA Marseille 26 novembre 1996, M^{me} Zitoussi / commune de Marignane.

28 Un siècle de laïcité, p. 392.

29 Avis rendu par l'assemblée du Conseil d'État le 24 octobre 1997, Association locale des témoins de Jéhovah, R, 372; RFDA, 1998, 61.

un élément nécessaire à la qualification d'une association comme association cultuelle. Mais les conséquences qui s'y attachent sont déterminantes sur le plan financier, et l'emploi de la notion floue d'ordre public permet au juge de distinguer entre les cultes pour mettre à l'écart ceux qu'il considère comme des sectes. Ainsi le problème s'est-il posé pour les témoins de Jéhovah, le juge administratif considérant à l'inverse du ministre que des associations locales pour le culte des témoins de Jéhovah ne menaçaient pas l'ordre public³⁰. Quelques années auparavant, le Conseil d'État s'était fondé sur le refus des transfusions sanguines pour admettre la légalité d'un refus d'agrément pour adoption opposé à des témoins de Jéhovah³¹. Il n'y avait pas selon lui de discrimination car la décision était fondée non pas sur l'appartenance à ce que beaucoup appelaient alors une secte, mais sur l'insuffisance des garanties offertes à l'accueil de l'enfant. L'année suivante cependant, la Cour européenne a jugé que "nonobstant tout argument contraire possible, on ne saurait tolérer une distinction dictée pour l'essentiel par des considérations de religion"³².

Le Parlement est quant à lui allé plus loin en votant une loi "tendant à renforcer la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales"³³, après que l'Assemblée nationale eut désigné sous le nom de sectes dans deux rapports rendus publics toute une série de mouvements à caractère religieux ou non, sans que soient clairement précisés les critères de qualification³⁴. Le cas des sectes montre à quel point il est difficile pour un État laïque que de respecter les prémisses sur lesquels il se fonde: la séparation des Églises et de l'État interdit en principe à l'État de porter un jugement sur le contenu des religions

30 CE 23 juin 2000 *Ministre de l'économie et des finances / associations locales des témoins de Jéhovah de Clamecy et de Riom*, AJDA, 2000, 671. Comparer sur ce point la démarche de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt précité *Affaire Église métropolitaine de Bessarabie / Moldova*.

31 CE 24 avril 1992 *département du Doubs / M. et M^{me} Frisetti*, R, 195; LPA, 1993, n° 1, p. 11.

32 Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 23 juin 1993 *Hoffman / Autriche*, A n° 255-C.

33 Loi 2001-504 du 12 juin 2001, JO 13 juin 2001, p. 9 337.

34 Rapport du 22 décembre 1995 fait au nom de la commission d'enquête de l'Assemblée nationale, document n° 2468, X^e législature; "Les sectes et l'argent", rapport du 10 juin 1999 fait au nom de la commission d'enquête de l'Assemblée nationale, document n° 1687, XI^e législature.

et croyances³⁵; pourtant la volonté de faire respecter l'ordre public et de lutter contre les dangers présentés par les dérives sectaires le conduisent presque inévitablement à porter un tel jugement sur des mouvements qu'il va lui-même choisir de baptiser secte ou religion. C'est généralement sur l'impératif de protection de la jeunesse que se fondent les pouvoirs publics pour justifier une telle approche, dans le cadre d'une lutte contre les sectes qui a occupé le devant de la scène au cours des années 1990. Le débat s'est en partie déplacé aujourd'hui sur un autre terrain: celui de l'égalité des sexes et de la laïcité qui seraient menacées par certaines attitudes attribuées à des convictions religieuses radicales.

II. La laïcité menacée par les discriminations entre les sexes?

Nul ne l'ignore, si la laïcité a fait l'objet depuis la fin des années 1980, et plus encore dans les cinq dernières années, d'une abondante littérature juridique et politique, c'est parce que le contexte sociologique et politique a généré des interrogations sur le contenu exact du principe et sur le sens qu'on peut lui donner aujourd'hui face à l'émergence d'un islam radical. Ainsi le législateur a-t-il finalement opté pour l'interdiction pure et simple du port de signes ostensibles dans les établissements publics d'enseignement, alors que le Conseil d'État avait jusqu'alors considéré que l'exclusion d'une élève motivée uniquement par le port du foulard était contraire au principe de laïcité qui "interdit [...] toute discrimination dans l'accès à l'enseignement qui serait fondée sur les convictions ou croyances religieuses des élèves"³⁶. Les réactions contradictoires suscitées par les affaires très médiatisées du foulard islamique montrent que pour les uns, l'État doit réaffirmer le principe de laïcité contre les discriminations que véhiculeraient certaines croyances, alors que pour les autres les réponses étatiques risquent de renforcer des discriminations sociales et religieuses déjà existantes.

35 Il en va de même dans la jurisprudence de la Cour européenne: "la Cour rappelle que le devoir de neutralité et d'impartialité de l'État, tel que défini dans sa jurisprudence, est incompatible avec un quelconque pouvoir d'appréciation de la part de l'État quant à la légitimité des croyances religieuses" (arrêt précité).

36 CE 20 mai 1996 Ministre de l'Éducation nationale / Ali.

A. La laïcité, un rempart contre la discrimination entre les sexes?

“Aujourd’hui”, selon le rapport Stasi, “la laïcité ne peut être conçue sans lien direct avec le principe d’égalité entre les sexes”, et la commission propose “que la laïcité, intégrant l’égalité entre l’homme et la femme, fasse l’objet d’un temps fort d’étude et de débats, par exemple au cours d’une “journée de Marianne” qui pourrait être instituée pendant la semaine internationale de lutte contre le racisme”³⁷. Les divers rapports qui ont été consacrés ces dernières années à la laïcité recensent ainsi une série de comportements sexistes et de revendications identitaires attribués à des groupes politico-religieux se réclamant plus ou moins explicitement du Coran: port du voile imposé aux jeunes filles dans les cités, refus de la mixité dans les piscines, refus d’être soignées par des médecins hommes dans les hôpitaux, mais aussi remise en cause du contenu des programmes scolaires et de la mixité dans les écoles... Le principe de laïcité a du coup été sollicité à plusieurs reprises par les acteurs politiques et sociaux pour contrer ces phénomènes attribués, sinon aux musulmans dans leur ensemble, du moins à certains d’entre eux. Ce faisant, une partie du discours politique a fait de la laïcité le vecteur privilégié des valeurs républicaines pour s’opposer à un islam perçu comme radical. On est ainsi revenu à une laïcité de combat au nom à la fois du refus de l’emprise de la religion sur l’État (la laïcité interdit aux groupes religieux d’imposer leurs conceptions à l’État et aux services publics) et de la défense des valeurs républicaines telles que la non-discrimination entre les sexes ou le refus du communautarisme.

Mêlés dans le discours politique, principe de laïcité et égalité entre les sexes sont pourtant deux questions juridiquement distinctes: la neutralité de l’État à l’égard des convictions religieuses lui interdit de se prononcer sur le contenu du dogme et de porter un jugement de valeur sur ces convictions; les pouvoirs publics ne peuvent donc pas en principe interpréter la signification que peut avoir tel signe d’appartenance religieuse, encore moins le sens à donner aux préceptes d’une religion. Pour autant, l’État ne peut se désintéresser complètement de la question: dès lors qu’il est gardien de l’ordre public et des principes constitutionnels, notamment celui de l’égalité des sexes, l’État doit réprimer l’expression de ces discriminations. Il

³⁷ Rapport de la Commission Stasi au président de la République, p. 51.

peut alors interdire des pratiques qu'il estime discriminatoires ou contraires à l'ordre public. S'agissant des sectes, les pouvoirs publics ont déjà été conduits à porter au moins indirectement un jugement sur les convictions de leurs adhérents en les estimant dangereuses, comme en témoigne la jurisprudence sur le refus des transfusions sanguines par les témoins de Jéhovah³⁸. Pour ce qui est du port du foulard, le Conseil d'État s'est à plusieurs reprises réfugié derrière la question du danger pour l'élève ou des troubles à l'ordre public dans l'établissement généré par le port du "voile" pour admettre de plus en plus facilement la légalité de l'exclusion d'élèves voilées³⁹.

Mais la question de savoir si le fait d'arborer telle tenue vestimentaire est en soi constitutive d'une discrimination sexiste ou pas est infiniment plus délicate parce qu'elle appelle les pouvoirs publics à porter un jugement sur le sens à donner à cette pratique, voire sur le contenu même des croyances supposées la fonder. À la différence de la Cour européenne des droits de l'homme⁴⁰, le juge interne s'est donc généralement prudemment tenu à l'écart d'une telle problématique, malgré les fortes pressions politiques en ce sens. On peut noter de ce point de vue une évolution sensible entre 1989, date de l'avis rendu par l'assemblée générale du Conseil d'État et 2004, année de l'adoption de la loi concernant le port de signes religieux à l'école. En 1989, le Conseil d'État évoquait l'égalité des hommes et des femmes parmi les missions imparties au service public de l'éducation au nom desquelles la liberté de manifester ses convictions religieuses au sein de l'établissement pouvait être restreinte, mais le Conseil d'État ne se prononçait pas sur le sens à donner à tel ou tel signe d'appartenance religieuse. Dans sa jurisprudence ultérieure, il a au contraire toujours affirmé que le port du foulard ne pouvait être interdit en tant que tel, qu'il ne constituait pas par lui-même un signe ostentatoire ou revendicatif ou contraire au principe de laïcité. Dans la circulaire Bayrou du 20 septembre 1994, le ministre de l'Éducation nationale invitait les chefs d'établissement à interdire les "signes ostentatoires qui constituent en eux-mêmes des éléments

38 CE 26 octobre 2001 M^{me} Senanayake, RFDA, 2002, 146, concl. Chauvaux.

39 CE 10 mars 1995 M. et M^{me} Aoukili, AJDA, 1995, 332, concl. Aguila.

40 Dans les arrêts Dahlab / Suisse, 15 février 2001 (AJDA, 2001, 482) et Leyla Sahin / Turquie, 29 juin 2004 (RTDH, 2004, 951; DA, 2004, p. 33, n° 146), la Cour parle ainsi de "l'effet prosélytique que peut avoir le port d'un tel symbole dès lors qu'il semble être imposé aux femmes par une prescription coranique difficilement conciliable avec le principe d'égalité des sexes".

de prosélytisme ou de discrimination⁴¹. Le juge administratif a neutralisé cette circulaire en estimant qu'elle ne modifiait pas le droit antérieur, le ministre se bornant à donner "son interprétation de la loi" sans imposer quoi que ce soit aux chefs d'établissement⁴². Enfin, la loi du 15 mars 2004 et la circulaire Ferry du 18 mai 2004 reprennent la solution préconisée par la circulaire Bayrou mais en échappant au problème posé par la question du sens à donner au signe religieux: désormais le foulard est interdit (comme la kippa ou la croix de grande taille) en tant que signe ostensible, sans qu'il soit fait mention du caractère discriminatoire qu'il pourrait revêtir. La circulaire rappelle d'ailleurs que "le principe de laïcité s'oppose évidemment à ce que l'État ou ses agents prennent parti sur l'interprétation de pratiques ou de commandements religieux"⁴³. L'honneur juridique est donc sauf, mais chacun sait que derrière cette interdiction, c'est en grande partie la signification que certains attribuent au port du foulard, voire à la religion musulmane, qui était visée.

Si les deux principes de laïcité et de non-discrimination entre les sexes restent donc juridiquement distincts, ils sont néanmoins souvent mentionnés conjointement, comme en atteste d'ailleurs le rapport annexé au projet de loi Fillon tel que le Parlement l'avait adopté en mars 2005: "les valeurs de la République [...] impliquent en particulier le respect du principe de laïcité et de neutralité politique, idéologique et religieuse, le devoir de tolérance et de respect d'autrui dans sa personnalité et ses convictions, le refus de toute forme de discrimination, la garantie de protection contre toute agression physique et morale, et le devoir qui en découle pour chacun de n'user d'aucune violence sous quelque forme que ce soit, le principe d'égalité et de respect mutuel entre les sexes"⁴⁴. Le principe de laïcité, dit la circulaire Ferry, "repose sur le respect de la liberté de conscience et sur l'affirmation de valeurs communes qui fondent l'unité nationale par-delà les appartenances particulières"⁴⁵. Or au nombre de ces valeurs communes figure notamment l'égalité des sexes. Le concept

41 Circulaire du 20 septembre 1994, *BOEN* du 29 septembre 1994.

42 TA Lille 13 avril 1995 *Wissaadane et Chedouane*, req. n° 95-285; CE 10 juillet 1995 *association Un Sysiphe et M^{lle} Saglamer* (2 arrêts du même jour), *AJDA*, 1995, 644, concl. Schwartz.

43 Circulaire du 18 mai 2004 précitée.

44 Extrait de la loi Fillon, texte adopté le 24 mars 2005, rapport annexé au projet de loi.

45 Circulaire du 18 mai 2004 précitée.

de laïcité tend ainsi progressivement à se transformer pour incorporer la non-discrimination entre les sexes, mais aussi entre les groupes, et pour intégrer l'ensemble flou des valeurs républicaines dont la sauvegarde s'impose à toutes les institutions. Si ce glissement de sens de la laïcité est sensible dans le discours politique, il apparaît aussi dans certaines conclusions de commissaire de gouvernement qui attribuent une signification précise au port du foulard; ainsi pour certains d'entre eux, le foulard "traduit une assimilation à un groupe culturel et religieux refusant l'intégration dans notre société française et notamment la référence à nos valeurs républicaines et démocratiques"⁴⁶, justifiant au fond l'exclusion d'une élève de onze ans. Plus récemment, le Tribunal administratif de Lyon a renoué avec ce point de vue à propos de la sanction frappant une contrôleuse du travail dont le refus d'ôter le foulard est selon les juges "de nature à instiller un doute [...] sur son loyalisme envers les institutions et sa fidélité à une tradition de la République française destinée à préserver la liberté de conscience, y compris religieuse, dans la paix"⁴⁷. Mais l'on voit ici qu'à trop vouloir faire de la laïcité un rempart des valeurs républicaines, le risque est grand de transformer la laïcité en une nouvelle source de discriminations.

B. La laïcité productrice de discriminations?

L'argument de la discrimination entre les sexes véhiculée par le foulard islamique a parfois pris l'allure d'un prétexte pour stigmatiser un comportement étranger aux traditions culturelles françaises. Derrière le rejet du foulard, il y a eu bien souvent un rejet de l'étranger, un amalgam entre l'islam, l'étranger, le terroriste, lié à la peur d'une perte d'identité culturelle. C'est dans ce contexte que prend tout son sens la mise en avant des valeurs républicaines avec, au premier rang, la laïcité. La Commission Stasi a souligné avec raison que le terreau du repli communautaire constaté dans certains quartiers se trouvait dans les discriminations multiples dont sont victimes leurs habitants. Or les débats qui ont entouré le vote de la loi du 15 mars 2004 interdisant le port de signes ostensibles dans

46 Conclusions de M. Depaix, commissaire du gouvernement dans l'affaire n° 941321-9590, TA Clermont-Ferrand 6 avril 1995 M. et M^{me} Naderan / M. le Recteur de l'Académie. Voir également les conclusions Bouleau sur TA Paris 10 juillet 1996, GP, 25-26 avril 1997, p. 8 sq.

47 TA Lyon 8 juillet 2003 M^{lle} Nadjet Ben Abdallah, n° 0201383, AJDA, 2003, p. 1951.

les établissements publics d'enseignement montrent que la laïcité brandie comme rempart de la République contre les valeurs qui la menacent pouvait générer à son tour une série de discriminations à l'encontre d'une partie de la population. Certaines associations en ont ainsi souligné les risques en matière d'accès à l'éducation et d'accès à l'emploi particulièrement pour les porteuses de voile. Qu'en est-il du point de vue juridique?

Peut-on considérer que l'interdiction du port de signes ostensibles induit une discrimination à l'encontre de certains élèves? La loi n'ayant pas été soumise au contrôle du Conseil constitutionnel, la question reste juridiquement ouverte du seul point de vue théorique au regard de la Constitution puisqu'aucun juge n'est susceptible d'opérer le contrôle de constitutionnalité; en revanche, le contrôle de conventionnalité reste ouvert devant les juges administratif et judiciaire, et devant la Cour européenne des droits de l'homme, puisque la Convention protège d'une part le droit à l'instruction et d'autre part interdit les discriminations dans l'exercice des droits qu'elle énonce. Néanmoins les chances de succès devant la Cour européenne peuvent, à première vue, paraître assez minces en l'état de la jurisprudence actuelle. L'affaire Leyla Sahin, qui opposait à la Turquie une étudiante en médecine inscrite à l'Université d'Istanbul, conduit en effet la Cour à un constat de non-violation de la Convention, alors pourtant que la requérante se voyait interdire la poursuite de ses études à l'Université tant qu'elle n'aurait pas ôté le foulard islamique qu'elle portait. La Cour n'a pas répondu clairement à l'argument de la requérante selon lequel l'interdiction du port de signes religieux à l'Université impliquerait une discrimination dans l'exercice du droit à l'instruction garanti par l'article 2 du protocole n° 1 de la Convention. Elle se contente en effet de renvoyer à l'argumentation qu'elle a employée pour examiner l'éventuelle violation de l'article 9 de la Convention. Or, sur ce terrain, le constat de non-violation est essentiellement fondé sur le contexte particulier de la Turquie, "un pays où la majorité de la population, manifestant un attachement profond aux droits des femmes et à un mode de vie laïque, adhère à la religion musulmane" et où se développent "des mouvements politiques extrémistes qui s'efforcent d'imposer à la société toute entière leurs symboles religieux"⁴⁸; La Cour insiste sur l'importance de l'égalité des sexes et conclut que "lorsque l'on aborde

⁴⁸ Cour EDH, arrêt du 29 juin 2004 Leyla Sahin / Turquie, paragraphe 109.

la question du foulard islamique dans le contexte turc, on ne saurait faire abstraction de l'impact que peut avoir le port de ce symbole, présenté ou perçu comme une obligation religieuse contraignante, sur ceux qui ne l'arborent pas⁴⁹. Elle admet donc qu'au nom de la laïcité recouvrant ici la sauvegarde d'une série de valeurs également défendues par la Convention, la Turquie puisse interdire le port de signes religieux à l'Université parce que la signification qu'on leur attribue est perçue comme une menace pour la laïcité et la paix civile; en ce sens il n'y a pas discrimination car on peut supposer que, pour la Cour, la poursuite de cet objectif d'intérêt général justifie le traitement imposé aux porteuses de voile, comme à tout autre porteur de signe religieux.

Ce raisonnement ne peut que difficilement être transposé à la France: à moins de forcer considérablement le trait, on ne peut pas soutenir en effet que la situation politique et religieuse y soit comparable à celle de la Turquie. Dès lors, et malgré la référence appuyée du Conseil constitutionnel à l'arrêt Leyla Sahin pour justifier la conformité de la liberté religieuse affirmée par la charte des droits fondamentaux au principe de laïcité énoncé par la Constitution⁵⁰, on peut douter de la compatibilité de la loi du 15 mars 2004 avec la Convention européenne des droits de l'homme: si l'interdiction ne trouve pas de justification suffisante dans le contexte particulier de la France, comment peut-elle constituer une restriction nécessaire à la liberté de manifester ses convictions? Comment pourrait-elle en outre ne pas constituer un traitement discriminatoire dans l'exercice de cette liberté et dans l'accès à l'instruction? Certes, la loi interdit le port de tout signe ostensible, elle met ainsi sur un pied d'apparente égalité toutes les religions; néanmoins l'interdiction du foulard ou de la kippa n'ont pas la même portée que celle d'une croix de grande taille, car si une interprétation rigoriste de la foi musulmane ou de la religion juive impose le port de ces tenues vestimentaires, personne n'a jamais soutenu que les textes obligent les chrétiens à porter une croix de manière ostensible. Par conséquent, ce sont les adeptes de certaines religions qui se voient refuser non pas simplement la manifestation de leurs convictions dans l'école, mais également et surtout l'accès à l'école publique. Prudent, le législateur a pris soin de

49 Ibid.

50 Conseil constitutionnel, décision n 2004-505 DC du 19 novembre 2004 relative au Traité établissant une Constitution pour l'Europe, RDP, 2005, 3.

n'interdire le port des signes ostensibles que dans les établissements publics, laissant les établissements privés libres d'adopter ou non un règlement allant dans le même sens. L'accès de tous les enfants à l'instruction est donc sauvegardé, mais il n'est pas certain que cela soit suffisant pour échapper aux critiques. D'abord parce que rien n'impose aux établissements privés sous contrat d'accueillir les élèves arborant des signes ostensibles, des élèves peuvent donc ne trouver aucun établissement susceptible de les accueillir à proximité de leur domicile; en outre, il n'existe pas actuellement d'écoles musulmanes sous contrat avec l'État, alors qu'il en existe pour la plupart des autres confessions; ensuite parce que la Constitution de 1958 exige que soit organisé à tous les niveaux un enseignement public, gratuit et laïque⁵¹ auquel tous ceux qui le souhaitent doivent donc pouvoir avoir accès sans discrimination. Enseignement laïque certes, c'est-à-dire enseignement neutre permettant à tout élève, quelles que soient ses convictions, d'être accueilli dans la mesure où il respecte l'ordre dans l'établissement. Si le refus d'ôter un signe ostensible d'appartenance religieuse remet manifestement en cause cet ordre imposé par la loi et le règlement intérieur, tout le problème est cependant de savoir si cette législation très restrictive trouve une justification suffisante dans un impératif de même valeur que la liberté religieuse ou le principe de non-discrimination. Le principe de laïcité (donc de neutralité de l'État et des services publics), l'objectif de respect de l'ordre public et de la liberté d'autrui sont-ils suffisamment mis en péril par le port de ces signes ostensibles pour justifier une telle restriction? Le principe de non-discrimination entre les sexes peut-il être invoqué pour justifier la disposition sans contrevenir du même coup au principe même de laïcité, autrement dit sans entraîner le pouvoir temporel sur le terrain de l'analyse des textes religieux? On ne voit pas davantage ce qui peut justifier que l'interdiction s'applique aux seules écoles publiques. Enfin, s'agissant du voile, l'interdiction ne concerne par hypothèse que les filles, ce qui vient redoubler la discrimination entre sexes que certains prétendaient combattre. La Cour européenne a cependant considéré dans l'arrêt Dahlab / Suisse concernant un agent public que, dès lors que l'interdiction n'était pas fondée sur l'appartenance

51 Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, alinéa 13: "La nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'État."

au sexe féminin, elle ne constituait pas une discrimination. La Cour ne s'intéresse ici qu'au motif de l'interdiction, sans se préoccuper des effets éventuellement discriminatoires qu'elle peut avoir, contrairement à sa jurisprudence habituellement soucieuse de l'effectivité des droits proclamés par la Convention.

S'agissant des agents publics, le droit français leur interdit lui aussi d'arborer des signes d'appartenance religieuse. Du coup, c'est l'accès à la fonction publique qui se trouve fermé à ceux qui estiment que leurs convictions religieuses leur imposent une tenue particulière: les pouvoirs publics sont neutres, leurs agents doivent donner eux-mêmes les gages et les apparences de la neutralité pour éviter que l'utilisateur du service ne puisse soupçonner chez l'agent une quelconque partialité. Ces arguments permettent de comprendre que les agents en contact avec le public ne puissent manifester leurs convictions, mais on voit moins pourquoi ils s'imposeraient aussi aux autres agents, sauf à faire un procès d'intention systématique à tout agent arborant un signe d'appartenance religieuse, comme a pu le faire le tribunal administratif de Lyon dans l'affaire Nadjet Ben Abdallah. Une fois encore, les porteuses de voile semblent faire l'objet d'un traitement particulier et la jurisprudence interne est ici partiellement relayée par celle de la Cour européenne des droits de l'homme qui donne au foulard une signification particulière qu'il "semble difficile de concilier", dit-elle, "avec le message de tolérance, de respect d'autrui, et surtout d'égalité et de non-discrimination"⁵². Contrairement au Conseil d'État, la Cour a donné, à plusieurs reprises, une interprétation du foulard comme constituant un signe qui manifeste une remise en question de l'égalité des sexes. Si l'on s'interdit de porter une telle appréciation sur la signification de cette tenue vestimentaire et si par ailleurs l'on considère que le principe d'égal accès à la fonction publique est un principe constitutionnel, peut-on admettre que cet accès soit, non pas restreint, mais interdit à certaines personnes du fait de leurs convictions religieuses⁵³?

52 Voir notamment l'arrêt Dahlab / Suisse, 15 février 2001: "il semble difficile de concilier le port du foulard islamique avec le message de tolérance, de respect d'autrui et surtout d'égalité et de non-discrimination."

53 On peut ajouter que le Code du travail prohibe les discriminations à l'embauche fondées sur les opinions religieuses. Cependant le juge judiciaire admet qu'un employeur puisse refuser un emploi à une porteuse du voile non pas du fait de ses convictions mais du fait du contact de la personne avec la clientèle et des problèmes qui pourraient en résulter (CA Paris 16 mars 2001, Habiba Charni, RJS, 11 / 01, n°

Dans sa décision du 19 novembre 2004, le Conseil constitutionnel a insisté sur la liberté laissée aux États par la jurisprudence européenne en matière de réglementation de la liberté de manifester ses convictions religieuses. S'appuyant apparemment sur l'arrêt Leyla Sahin, il considère que la Convention (et donc la Charte des droits fondamentaux de l'Union) ne permet pas de s'affranchir des règles communes au nom de convictions religieuses. Tout dépend cependant sans doute du contenu de la règle commune et des raisons pour lesquelles elle a été instituée. Si, comme c'est le cas de la loi du 15 mars 2004, la règle commune a été instituée précisément pour empêcher l'expression des convictions religieuses, le brevet de conventionnalité n'est certainement pas acquis. Le problème se présente en revanche dans des termes différents s'agissant des revendications imposant de modifier l'organisation des services publics pour tenir compte des croyances religieuses des uns et des autres. Ainsi, les revendications visant à être dispensé de suivre certains cours en raison de leur contenu incompatible avec certaines convictions, celle d'être soigné par un personnel médical exclusivement féminin, l'exigence de voir des créneaux horaires réservés aux femmes dans les piscines constituent précisément des revendications visant à s'affranchir des règles communes et à exiger des pouvoirs publics une prise en compte effective des convictions religieuses diverses. La Convention n'impose apparemment pas à l'État de les prendre en compte et le principe de laïcité permet, semble-t-il, sans risque d'entrer en contradiction avec le principe de non-discrimination, de rejeter ces revendications. Depuis quelques années cependant, la Cour européenne⁵⁴ considère, à l'inverse de la jurisprudence française⁵⁵, qu'une différence significative de situation impose aux États d'instituer une différence de traitement pour que soit respecté le principe de non-discrimination. Cette jurisprudence actuellement limitée par le champ de l'article 14 de la Convention pourrait, si elle est maintenue, produire des effets surprenants lorsque le protocole n° 12 entrera en vigueur. L'existence de croyances religieuses particulières pourrait-elle constituer cette

1252). En outre, la spécificité du service public permet d'échapper à l'analogie avec le droit du travail.

54 Cour EDH Thlimmenos / Grèce 6 avril 2000, précité.

55 CE ass 28 mars 1997 Baxter (RFDA, 1997, 450, concl. Bonichot): "Considérant que le principe d'égalité n'implique pas que des entreprises se trouvant dans des situations différentes doivent être soumises à des régimes différents."

différence significative justifiant que les États soient obligés d'en tenir compte dans l'organisation des services publics? Mais alors ne déboucherait-on pas sur l'acceptation de discriminations fondées sur l'appartenance sexuelle au nom du respect effectif des convictions religieuses? La conciliation de deux principes de même valeur (la non-discrimination sexuelle d'une part, la liberté religieuse d'autre part) induit une réponse nécessairement négative et pose les limites de cette prise en compte des convictions diverses.

CONCLUSION

Il faut donc certainement distinguer deux situations: celle dans laquelle l'individu réclame simplement l'application de la loi commune et que lui soit donc appliqué un traitement identique aux autres; celle dans laquelle il exige un traitement particulier pour que soient prises en compte ses convictions religieuses. Dans le premier cas, les pouvoirs publics ne peuvent écarter le principe du traitement identique que dans deux hypothèses: soit la situation particulière de l'individu au regard du service public, soit un motif d'intérêt général en rapport avec le service, qui justifierait qu'on lui applique un traitement différent. Ce motif d'intérêt général peut se trouver dans le principe d'égalité des sexes, mais cela supposerait que les pouvoirs publics prennent clairement position sur le fait que telle conviction religieuse est contraire à l'égalité des sexes. Or c'est précisément ce que les pouvoirs publics souhaitent éviter, le temporel ne devant pas porter de jugement de valeur sur les croyances religieuses. Les autres motifs d'intérêt général susceptibles de justifier une différence de traitement pourraient être tirés de l'ordre public, voire des contraintes d'organisation du service; ce qui suppose cette fois de démontrer que l'application d'un traitement identique perturbe gravement l'un ou l'autre sans qu'il soit possible de faire face à ce trouble par d'autres moyens que celui d'une différenciation entre modes d'expression de la conviction religieuse. En d'autres termes, il aurait fallu démontrer à la fois que le port du foulard, de la kippa ou de tout autre signe ostensible porte atteinte à l'ordre ou à la liberté de conscience des autres usagers du service, et que, inversement, son interdiction ne porte pas par elle-même une atteinte disproportionnée à cette liberté de conscience et au principe d'égal accès aux services publics. Mais la passion qui a présidé aux débats sur le port du foulard n'était guère propice à de telles démonstrations.

Dans le second cas (celui qui voit l'individu réclamer un traitement différent en raison de ses croyances religieuses), les pouvoirs publics sont actuellement fondés à le refuser, ils sont même contraints de le refuser lorsque ce traitement différent n'est pas justifié par une différence de situation objective, ou lorsqu'il contrevient à d'autres principes constitutionnels tel que celui de l'égalité des sexes.

Entre une laïcité ouverte qui risque de déboucher sur l'acceptation de discriminations sexuelles et une laïcité de combat qui stigmatise certains individus en raison de ce que l'on croit comprendre de leurs convictions religieuses, la route est donc étroite pour une application du principe de laïcité également respectueuse de la liberté de chacun. Elle est d'autant plus étroite que derrière la question laïque, c'est toute la question politique et sociale de l'intégration des colonisés d'hier et des immigrés d'aujourd'hui qui surgit, et que la discrimination politique, voire ethnique, née de la colonisation est restée trop longtemps occultée. Les tensions qui affectent aujourd'hui la laïcité et particulièrement l'école en sont l'une des manifestations.

ÉGALITÉ ET NON-DISCRIMINATION EN DROIT DE LA FAMILLE LE RÔLE DES JUGES

Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN

Professeur émérite de l'Université catholique de Louvain (Belgique);
Past-présidente de l'Association internationale de droit de la famille.

HOMMAGE¹

Nul ne s'étonnera du choix de ce thème pour célébrer les mérites de Claire L'Heureux-Dubé, qui tout au long de la carrière qui l'a menée au faite des honneurs n'a cessé de défendre l'égalité et de pourfendre les discriminations aux quatre coins du monde, principalement en faveur des femmes, avec une intrépidité qui n'a d'égale que sa générosité. Grâce lui en soit rendue au nom d'une très longue amitié. C'est pourquoi j'aimerais lui offrir ici, en forme de méditation, ces quelques réflexions sur les principes d'égalité et de non-discrimination et leur application dans les Etats d'Europe continentale, plus particulièrement en matière de droit de la famille.

– Principes d'égalité et non-discrimination dans les Etats européens

Contrairement aux affirmations si solennellement proclamées, l'égalité des êtres humains n'est pas naturelle et, à bien y réfléchir, c'est une vue de l'esprit de poser en évidence que "*tous les homes sont nés libres et égaux...*"². Car l'égalité n'est pas naturelle. C'est au contraire une valeur purement culturelle, construite et conquise par les hommes, qui peuvent tout aussi bien en décider autrement comme en font foi les innombrables inégalités politiques, sociales et culturelles délibérément créées par eux.

1 Ce texte a été présenté lors du Colloque international organisé à l'Université Laval de Québec du 20 au 22 mars 2003 en l'honneur de l'éméritat de Claire L'Heureux-Dubé, juge à la Cour suprême du Canada, sur le thème du "Rôle du juge".

2 Préambule de la Déclaration d'indépendance des Etats Unis (1776) ; Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen (1789), article 1^{er}: "Les hommes naissent libres et égaux en droit..." ; Déclaration universelle des droits de l'homme (1948), article 1^{er}: "Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits".

En outre, cette conquête est récente. Si l'idée de justice peut être retracée en Occident jusqu'à la philosophie grecque, et même au-delà, celle-ci n'impliquait pas encore l'égalité de statut et de droit, et les premiers rudiments qu'en esquissent la pensée stoïcienne et la doctrine chrétienne en sont encore loin³. Si l'une et l'autre sont bien à l'origine de la notion de dignité humaine, la première en effet ne parvint jamais à éradiquer l'esclavage, et la seconde enseigna plutôt l'égalité en dignité de la créature devant Dieu, dans une perspective de salut. L'idée moderne d'égalité en droit n'apparaît clairement qu'à l'époque des Lumières, et avec elle les premières grandes Déclarations des droits. Celle de l'indépendance des Etats-Unis (1776) et celle des droits de l'homme et du citoyen en France (1789). Mais chacun sait que les discours de Locke et de Rousseau sur l'origine du Contrat social diffèrent autant dans leurs prémisses que dans leurs conséquences concernant l'égalité et la liberté⁴ et qu'il ne suffit pas de proclamer formellement celles-ci pour qu'elles soient immédiatement mises en actes, comme en témoigne l'Histoire. Il a fallu attendre la fin de la Seconde guerre mondiale, pour que de nouveaux instruments juridiques se mettent en place pour proclamer et garantir "les droits de l'homme" de manière plus contraignante et plus efficace, tant au niveau national qu'international.

– La dignité humaine et le principe d'égalité

C'est dans le Préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme des Nations Unies proclamée en 1948 sous l'égide des grandes figures d'Eleanor Roosevelt et de René Cassin⁵ que l'on trouve l'affirmation princeps dont découleront toutes les autres, selon laquelle: "*... la reconnaissance de la dignité inhérente de tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et*

3 Voy. Ph. Raynaud, Vo Egalité in Ph. Raynaud et St. Rials (dir.), Dictionnaire de philosophie politique, Paris, P.U.F., 1996.

4 Voy. S. Freeman, Vo Contractualisme in M. Canto-Sperber (dir.), Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale, Paris, P.U.F., 1996; M.A. Glendon, Rights Talk – The Impoverishment of Political Discourse, N.Y., Free Press, 1991; M.T. Meulders-Klein, Vo Personne, in A.J. Arnaud, Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, Bruxelles, Story Scientia, 1988.

5 Sur les origines et la rédaction de la Déclaration, voy. M.A. Glendon, A World made New. Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights, New York, Randomhouse, 2001.

inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde...".

De là suivent les deux principes jumeaux d'égalité et de non-discrimination, puis l'énumération de tous les droits et libertés fondamentaux garantis, mais aussi des "devoirs de l'individu envers la communauté dans laquelle seul le libre et plein développement de sa personnalité est possible" (art. 29.1). Ainsi les droits et libertés protégés ne sont-ils pas ceux d'un Robinson solitaire. C'est aussi dans la Déclaration que l'on trouve à l'article 16.3 que "la famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'Etat". Quels que soient les nombreux Pactes et Conventions internationaux relatifs aux droits civils et politiques, ou économiques, sociaux et culturels qui l'ont suivie, aucun instrument juridique n'a exprimé de manière aussi équilibrée et subtile les grands principes qui doivent nous inspirer. Mais le point faible de cette grande Déclaration, comme d'un grand nombre d'instruments internationaux des droits de l'homme, est qu'il leur manque le bras armé du droit: celui des moyens de recours individuel, de contrôle et de sanction susceptibles de les rendre effectifs et efficaces⁶.

D'autres moyens plus proches et plus efficaces nous sont offerts avec l'entrée en scène directe des juges sous la forme du contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité des actes des pouvoirs publics, et plus particulièrement des lois, mais dont l'extraordinaire complexité dans les pays d'Europe diffère grandement des modèles américains.

– La mise en oeuvre juridictionnelle des droits fondamentaux

Contrairement en effet au système linéaire de contrôle juridictionnel de constitutionnalité inauguré par l'arrêt *Marbury v. Madison* (1803) dès l'aube de l'indépendance des Etats-Unis et étendu ultérieurement à toutes les juridictions inférieures, pareil empiétement du pouvoir judiciaire sur le pouvoir législatif eût été impensable dans les Etats d'Europe continentale au lendemain de la Révolution française, en raison de la suprématie attachée à la loi en tant qu'expression de la volonté de la Nation et du principe de la séparation des pouvoirs chers à Rousseau et à Montesquieu. En outre

6 Sur la mise en oeuvre internationale des droits fondamentaux, voy. F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, P.U.F., Coll. *Droit fondamental*, 5^e éd., 2001.

la justice des Parlements royaux avait laissé assez d'aversion en France pour que le "gouvernement des juges" y soit durablement refoulé⁷.

Pendant longtemps, sur le Continent européen et particulièrement en France, prévalut donc l'idée selon laquelle la loi, en tant qu'expression démocratique de la volonté de la Nation, serait le meilleur garant des droits contre tout risque d'arbitraire. C'est dans la doctrine allemande de la seconde moitié du XIXe siècle qu'apparaît pour la première fois la notion d'"Etat de droit" (Rechtstaat) tendant à limiter la puissance de l'Etat par le droit, et la théorie de la hiérarchie des normes portée à son apogée par le juriste autrichien Kelsen dans sa "Théorie pure du droit"⁸. Mais ce n'est qu'après la Seconde guerre mondiale que s'est imposée une nouvelle théorie de "l'Etat de droit", soumis dans tous les domaines au respect de "droits fondamentaux" solennellement proclamés en tête des nouvelles Constitutions nationales selon des formulations diverses⁹, et que fut créé un système de contrôle juridictionnel centralisé confié à des Cours constitutionnelles spéciales situées en dehors de l'appareil judiciaire ordinaire et indépendantes des pouvoirs publics, dont le monopole porte au minimum sur le contentieux de constitutionnalité des lois, mais peut s'étendre aussi aux actes des autres pouvoirs. Il règne là aussi une très grande diversité entre contrôle a priori et (ou) a posteriori, concret ou abstrait, avec ou sans recours individuel, le modèle le plus parfait et le plus complet étant celui de la "Loi fondamentale" allemande de 1949, et le plus réticent, celui du droit français, où le contrôle du Conseil constitutionnel

7 C'est le sens de l'aphorisme révolutionnaire: "Dieu nous garde de la justice des Parlements". On remarquera que dans la Constitution française de 1958, au Titre VIII, on ne parle pas de pouvoir judiciaire, mais d'autorité judiciaire (art. 64). De même, le Conseil constitutionnel, chargé de veiller au respect de la constitutionnalité des lois, ne porte pas le nom de Cour constitutionnelle et n'est pas composé de magistrats, mais de neuf sages (Titre VII, art. 56-63). Sur le légicentisme français voy. aussi O. Beaud, Vo "Constitution et constitutionnalisme" in *Dictionnaire de philosophie politique*, op. cit. note 2.

8 Voy. M. Delmas-Marty et Cl. Lucas de Leyssac (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Seuil, Coll. Points, 1996, Introduction.

9 Voy. St. Rials, *Textes constitutionnels étrangers*, Paris, P.U.F., Coll. Que sais-je? 1991. Très curieusement la Constitution française de 1958 ne contient pas de catalogue des droits, mais son Préambule se référant à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et au Préambule de la Constitution de 1946, le Conseil constitutionnel a, par une décision du 16 juillet 1971, conféré valeur constitutionnelle à ce "bloc de constitutionnalité" et par là élargi le champ de son contrôle.

s'exerce avant la promulgation de la loi seulement, et où n'existe pas de recours individuel a priori, ni a posteriori¹⁰.

Mais là n'est pas la principale source de difficultés dans les pays européens.

– Hétérogénéité et complexité du contrôle juridictionnel en Europe

Celles-ci procèdent en effet de la superposition aux Constitutions et aux Cours nationales d'instruments juridiques et d'organes juridictionnels supranationaux hétérogènes et non hiérarchisés qui régissent et contrôlent les Etats européens en matière de droits et libertés fondamentaux, et de l'enchevêtrement qui en résulte tant du point de vue des voies de recours et des compétences que des interprétations et de l'autorité des décisions¹¹. Au point que l'on ait pu parler de "pyramides tronquées", de "boucles étranges" ou de "hiérarchies enchevêtrées", et plus récemment du passage "de la pyramide au réseau", ou encore de "subsidiarité et circularité"¹².

Le paysage juridique européen se distingue en effet par la coexistence de trois systèmes normatifs et de trois sortes d'organes de contrôle juridictionnel non hiérarchisés:

- l'ordre juridique interne des Etats, avec leurs constitutions et leurs propres organes de contrôle constitutionnel ;

10 Voy. not. L. Favoreu, *Les Cours constitutionnelles*, Paris, P.U.F., Coll. Que sais-je?, 1986; L. Favoreu et A. Jolowicz, *Le contrôle juridictionnel des lois. Effectivité et légitimité*, Paris, Economica, 1986.

11 Voy. à ce sujet F. Sudre, op. cit. note 6, pp. 98-108, n^{os} 71-73 et pp. 138-141, n^{os} 93-94; J. Robert, "Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme: Concurrence ou complémentarité?", Rapport général à la IX^e Conférence des cours constitutionnelles européennes, R.U.D.H., 1995, p. 256; F. Coccozza, "Les droits fondamentaux en Europe entre justice constitutionnelle 'transfrontière' et justice constitutionnelle nationale: les lignes incertaines d'une relation structurée", R.F.D.C., 1996, p. 707. M.T. Meulders-Klein, "Family Law, Human Rights and Judicial Review in Europe – Heterogeneity and Complexity", in *Family Life and Human Rights*, XI^e Congrès mondial de l'Association Internationale de Droit de la Famille, Copenhague/Oslo, 2-7 août 2002, à paraître Kluwer Law International.

12 Voy. A.J. Arnaud, *Pour une pensée juridique européenne*, Paris, P.U.F., Coll. Les Voies du Droit, 1991, IIe Partie, p. 147; M. Delmas-Marty, *Pour un Droit commun*, Paris, Seuil, 1994; M. Verdussen (dir.), *L'Europe de la subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, 2000; F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau*, Bruxelles, Publ. Facultés Universitaires Saint Louis, 2002; M. Verdussen, "La protection des droits fondamentaux en Europe: Subsidiarité et Circularité", in F. Delpérée (dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 311-333.

- l'ordre juridique des droits de l'homme fondé sur la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du Conseil de l'Europe (1950), soumis à la juridiction de la Cour européenne des droits de l'homme qui siège à Strasbourg¹³ (13) ;
- et l'ordre juridique communautaire de la Communauté européenne – devenue pour partie l'Union européenne en 1992 – fondé sur les Traités de Rome (1957), Maastricht (1992) Amsterdam (1997) et Nice (2000), lui-même soumis à la juridiction de la Cour de justice des Communautés européennes qui siège à Luxembourg¹⁴.

Pour mémoire, le Conseil de l'Europe comprend actuellement 44 Etats membres et l'Union européenne 15, présentement en passe de devenir 25.

Pour notre propos, c'est la Convention européenne des droits de l'homme qui a joué jusqu'ici un rôle prééminent. Elle constitue en effet un ordre juridique particulier, à la charnière du droit national et international, mais subsidiaire. Son but n'est pas de se substituer aux systèmes nationaux, mais de les compléter ou de les corriger pour garantir "le respect et le développement des droits de l'homme" au sein des Etats membres, sous la forme d'une sorte de *Bill of Rights* sanctionné par une Cour proche d'une Cour constitutionnelle, dont la jurisprudence constitue progressivement une sorte d'ordre public supranational susceptible d'entraîner une osmose entre le droit international des droits de l'homme et les droits internes. Son mécanisme englobe tous les actes émanant du pouvoir législatif, exécutif et judiciaire, sans avoir cependant le pouvoir de les annuler, mais seulement celui d'exiger de l'Etat condamné qu'il se conforme à la décision de la Cour (art. 53)¹⁵. Il n'en reste pas moins que c'est par son effet déclaratoire que la condamnation d'une loi ou d'une

13 La Cour comprend un juge par Etat membre, soit 44 actuellement, élus pour six ans éventuellement renouvelables. Sur le fonctionnement de la Cour et sa procédure depuis la mise en vigueur du Protocole no 11 le 1^{er} novembre 1998, voy. J.P. Marguenaud, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 2^e éd. 2002, pp. 6-24.

14 Sur la Cour de justice des Communautés européennes, voy. Chr. Philip, *La Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, P.U.F., Coll. Que sais-je, 1983; Y. Doutriaux et Chr. Lequesne, *Les institutions européennes*, 3^e éd., La Documentation française, 2000.

15 Sur la portée des arrêts de la Cour, voy. J.P. Marguenaud, op. cit., note 13, pp. 24 et s.; E. Lambert, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*

décision constitutionnelle menace le plus gravement la souveraineté nationale¹⁶ (16). Et elle l'est d'autant plus que les méthodes d'interprétation de la Cour sont téléologiques et évolutives "au vu des circonstances actuelles"¹⁷, et que celle-ci a découvert dans certains articles – en particulier l'article 8 – non seulement des obligations négatives de non-ingérence de l'Etat, mais des obligations positives de faire pour assurer le respect effectif des droits protégés (Airey c. Irlande, 1979), y compris celle de modifier la loi, comme ce fut le cas pour la première fois dans le célèbre arrêt Marckx c. Belgique (1979) en matière de filiation naturelle¹⁸. Tout citoyen, même mineur, d'un Etat membre ayant ratifié la clause de juridiction de la Cour dispose d'un droit de recours individuel pour autant que toutes les voies de recours internes aient été épuisées.

Quant à l'ordre juridique communautaire, il ne régissait à l'origine que les matières économiques et sociales liées au Marché commun¹⁹. Mais progressivement, la Cour de justice a étendu prétoriquement son contrôle aux droits fondamentaux dans les matières relevant du droit communautaire, y compris aux matières familiales (par exemple en matière de regroupement familial des travailleurs)²⁰, et appliqué la Convention européenne selon une interprétation autonome, mais à titre de "principes généraux" seulement puisque la Communauté n'a jamais ratifié la Convention elle-même, pour des motifs pratiques, politiques et juridiques, l'adhésion à la Convention n'étant ouverte qu'aux Etats²¹. Par la suite, le Traité d'Amsterdam (1997, entré en

– *Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1999.

16 Voy. sp. l'arrêt Marckx c. Belgique (1979) et l'arrêt *Open Door and Dublin Well Women c. Irlande* (1992).

17 Sur les méthodes d'interprétation de la Cour et l'autorité de ses interprétations, voy. F. Sudre (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998; J.P. Marguenaud, op. cit., note 13, pp. 24 et s.

18 Sur les obligations positives, voy. D. Spielman, "Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention", in F. Sudre, op. cit., note 17, pp. 133-174.

19 Voy. Chr. Philip, op. cit., note 14. J. Rideau, "Le rôle de la Cour de justice des Communautés européennes. Techniques de protection", *Rev. int. dr. comp.*, 1987, pp. 583-599.

20 Voy. M. Fallon, "Droit familial et droit des Communautés", *Rev. trim. dr. fam.* (b.), 1998, pp. 361-400.

21 Sur les rapports entre la Convention européenne des droits de l'homme et l'ordre communautaire, J.L. Dubouis (dir.), *Droit communautaire et protection des droits fondamentaux dans les Etats membres*, Paris, Economica, 1995; J. Rideau,

vigueur en 1999), portant révision du Traité de l'Union européenne (Maastricht, 1992) et du Traité instituant la Communauté européenne, a clairement renforcé le processus d'absorption de la Convention européenne dans le droit communautaire comme source de légalité communautaire directement applicable par la Cour de Luxembourg, et érigé le respect des droits de l'homme en principes constitutionnels de l'Union européenne²².

Enfin, pour compliquer encore le problème, le Conseil de l'Union européenne a adopté au Sommet de Nice en décembre 2000, une "Charte des droits fondamentaux" destinée à rendre "plus visibles" aux yeux des citoyens les droits garantis par l'Union et à être appliquée par la Cour de Luxembourg, lorsqu'elle sera devenue contraignante²³. Or non seulement la liste de ces droits est plus étendue, puisqu'elle comprend outre les droits civils et politiques, des droits sociaux, économiques et culturels, mais elle est formulée de manière encore plus indéterminée que la Convention, et donc susceptible de se prêter à des interprétations plus extensives. Le recours direct à la Cour de Luxembourg est par ailleurs plus rapide et l'autorité des décisions interprétatives rendues sur questions préjudicielles posées par les juges nationaux est absolue et lie tous les Etats contractants afin d'assurer l'application uniforme du droit communautaire dans tous les Etats membres. Par opposition, les décisions de la Cour de Strasbourg, qui n'intervient que lorsque tous les recours internes ont été préalablement épuisés, n'ont qu'une autorité relative de chose jugée même s'il est admis qu'elles aient valeur de "chose interprétée" dont peuvent s'inspirer directement les juridictions nationales, sauf à savoir si celles-ci peuvent refuser d'appliquer une loi encore en vigueur. Question délicate d'application directe qui demeure controversée et source d'incertitudes²⁴. Il y a donc possibilité de

"Le rôle de l'Union européenne en matière de protection des droits de l'homme", R.C.A.D.I., 1997, p. 265; F. Sudre et H. Labayle (dir.), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2000.

22 Voy. F. Sudre, op. cit., note 6, pp. 103-107, n° 72 et pp. 140-141, n° 94.

23 Sur la Charte, voy. sp. J.Y. Carlier et O. De Schutter, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – Son apport à la protection des droits de l'homme en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2002. – En réalité il est d'ores et déjà admis que la Cour de Luxembourg appliquera la Charte à titre de "principes généraux" dans les matières de sa compétence, comme elle l'a fait précédemment pour la Convention des droits de l'homme.

24 Voy. F. Sudre, op. cit., note 6, pp. 454-455, n° 264; voy. J. Robert, op. cit., note 10.

compétition et de conflits de jurisprudence entre les deux cours, notamment à propos de problèmes d'interprétation relatifs au droit de la famille. La Charte a du reste modifié la rédaction de certains articles en la matière, dont celle de l'article 12 de la Convention européenne relatif au droit au mariage (art. 9), sur laquelle spéculent déjà certains auteurs²⁵.

Pour rendre compte de la confusion potentielle qui peut résulter de la formulation de la Charte je me contenterai de citer ici, parmi les dispositions générales finales, l'article 52 concernant la portée des droits garantis:

Au Point 3, concernant les éventuelles divergences d'interprétation par rapport à la jurisprudence de Strasbourg, il est stipulé: *“Dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite Convention...”*, mais il est ajouté immédiatement: *“Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue...”*. Outre les divergences possibles d'interprétation des textes, il y aurait donc deux catégories de citoyens européens, ceux de l'Union et les autres, au regard de la protection de leurs droits fondamentaux, et donc une différence de traitement potentielle entre eux.

Enfin, pour compléter cette information, les décisions de la Cour de Luxembourg ne sont pas soumises au contrôle de celle de Strasbourg. Les deux cours ne sont pas hiérarchisées. On conçoit donc aisément la complexité de ce système de protection à trois étages non coordonnés. Il faut s'en souvenir lorsque l'on aborde les incidences des principes d'égalité et de non-discrimination en matière de droit de la famille.

Egalité et non-discrimination en droit de la famille

Il est évidemment superflu d'insister ici sur le fait qu'à travers les âges, la famille a certainement été l'un des lieux où pesèrent les discriminations les plus flagrantes, entendues au sens de différences de traitement injustifiées, en tous cas à nos yeux. Superflu aussi de rappeler que ces différences de traitement ont essentiellement

25 Selon l'article 9 de la Charte: *“Le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis par les lois nationales qui en régissent l'exercice”*. En réalité, cette disposition laisse toute latitude aux Etats.

frappé les femmes et les enfants, plus particulièrement encore dans les formes de vie se situant en marge de ce que les anthropologues appellent "la loi du groupe". C'est-à-dire les règles d'alliance et de parenté destinées à assurer la cohérence et la survie de toutes les sociétés, holistes ou non²⁶.

Pour les femmes, l'explication fournie par l'anthropologue française Françoise Héritier me paraît la plus convaincante. Elle réside dans l'asymétrie des facultés procréatrices et le pouvoir magique des femmes de donner la vie. D'où la jalousie des hommes et leur volonté d'appropriation et de domination, légitimées par le postulat de la "valence différentielle" des sexes dans pratiquement toutes les sociétés²⁷. Et l'amertume des femmes²⁸.

Pour les enfants, il s'agissait essentiellement de leur statut de légitimité ou d'illégitimité, favorable ou défavorable en fonction de leur naissance dans ou en marge des règles de procréation et de parenté, et, dans les sociétés patriarcales, de leur appropriation et de leur soumission à la puissance paternelle²⁹.

Et dans tous les cas, partout le mariage constitua la base d'un statut privilégié en tant que pilier de la famille, elle-même pilier de toutes les sociétés³⁰.

Nous sommes depuis lors passés aux antipodes en l'espace de trente ans pour de multiples raisons structurelles et conjoncturelles, mais il est clair que l'esprit des droits de l'homme et en particulier la Convention et autres pactes ont largement contribué à faire pénétrer le

26 Voy. Cl. Lévi-Strauss, in *Histoire de la Famille* (dir. A. Burguière et al.), Paris, Armand Colin, 1986, t. 1, préface, p. 11. Voy. aussi N. Rouland, *Anthropologie juridique*, Paris, P.U.F., Coll. Droit fondamental, 1988, pp. 211-252, Les relations juridiques fondamentales; Cl. Lévi-Strauss, *Le regard éloigné*, Paris, Plon, 1983, Chap. 3, La Famille; F. Héritier, *V^o Famille*, Les sociétés humaines et la famille, *Encyclopedia Universalis, Corpus 9*.

27 F. Héritier, *Masculin/Féminin, La pensée de la différence*, Paris, Editions O. Jacob, 1996. Voy. aussi G. Duby et M. Perrot (dir.), *Histoire des femmes*, Paris, Plon, 1990, 5 vol.

28 Amertume plus virulente en Amérique du Nord qu'en Europe. Voy. l'analyse de M. Cl. Belleau, "Théories féministes: droit et différence sexuelle", *Rev. trim. dr. civ.*, 2001, pp. 1-39; C. Malabou, "Quel genre de femme êtes-vous? Du côté de l'identité sexuelle", in *Identités indécises*, *Rev. Lignes*, éd. Léo Scheer, oct. 2001, pp. 150-175.

29 Voy. M. T. Meulders-Klein, "Fondements nouveaux du concept de filiation" in *La personne, la famille et le droit, 1968-1998: Trois décennies de mutations en Occident*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 153-184.

30 Voy. M. T. Meulders-Klein, "Mariages et concubinages, ou les sens et contre-sens de l'Histoire", in *La personne, la famille et le droit, op. cit.*, note 29, pp. 15-34.

principe d'égalité dans le droit de la famille lui-même. C'est sur cette base que l'égalité des femmes et des époux a fait l'objet de réformes législatives dans tous les pays européens. Et c'est en se fondant sur la Loi fondamentale (art. 3, 6 et 117.1) que le Tribunal constitutionnel fédéral allemand a imposé au législateur la modification du Code civil allemand concernant les droits et devoirs des époux, la filiation des enfants naturels et de nombreuses autres dispositions³¹. Ailleurs, les réformes législatives ont eu lieu spontanément, en sorte que l'on ne trouve guère de décisions de la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'égalité des sexes, nonobstant l'article 7 du Protocole no 5 de la Convention, hormis la question du nom de famille³².

Mais c'est principalement sur la base des articles 8 (droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance), 12 (droit de l'homme et de la femme de se marier et de fonder une famille) et 14 (principe de non-discrimination) que la Convention européenne touche aux matières familiales et que sa jurisprudence exerce une influence importante par son interprétation téléologique et évolutive, au vu des circonstances actuelles³³.

L'article 8 énonce au point 1: *"Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance"*. Au point 2, il définit les réserves qui peuvent y être apportées par les Etats contractants, et qui sont soumises à quatre conditions: légalité, nécessité dans une société démocratique, but légitime, tel que "sécurité nationale, sûreté publique, bien-être économique du pays, défense de l'ordre et prévention des infractions pénales, protection de la santé et de la morale, et protection des droits et libertés d'autrui" ainsi que la proportionnalité du moyen. Le spectre est donc large. En outre, là où il n'y a pas un large consensus dans les Etats membres, la Cour admet qu'ils puissent disposer d'une certaine marge d'appréciation.

31 Voy. R. Frank, "Le Centenaire du BGB: Le droit de la famille face aux exigences du raisonnement politique, de la Constitution et de la cohérence juridique", *Rev. trim. dr. civ.*, 2000, pp. 819-842.

32 *Burghartz c. Suisse* (1994).

33 Sur la jurisprudence de la Cour en matière familiale, voy. F. Vasseur-Lambry, *La Famille et la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, L'Harmattan, 2000. Voy. aussi H. Mock, "Le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance (article 8 CEDH) à l'aube du XXI^e siècle", *R.U.D.H.*, 1998, vol. 10, nos 7-10, et les chroniques de F. Sudre, in *J.C.P. - La Semaine juridique*, édition générale.

L'article 12 stipule quant à lui: "A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit". Les Etats sont donc libres d'en fixer les conditions de fond et de forme.

Dans sa jurisprudence relative à l'article 8, la Cour a clairement distingué "vie privée" et "vie familiale"³⁴.

– Vie privée

Au titre de la vie privée, outre les décisions concernant la protection du secret et de l'intimité et des droits de la personnalité, tel que le droit à l'identité, la Cour a considéré, je cite, que "la vie privée ne se borne pas à garantir à l'individu le droit de vivre comme il l'entend, protégé de la publicité. Elle englobe aussi le droit d'entretenir des relations avec autrui, en particulier dans le domaine affectif et sexuel". C'est à ce titre qu'elle a condamné la législation pénale de l'Irlande du Nord qui sanctionnait les relations entre homosexuels masculins, majeurs et consentants pratiqués en privé (*Dudgeon c. Royaume Uni*, 1981; *Norris c. Irlande*, 1986). Par contre, elle n'a pas admis au titre de l'article 8 que les relations homosexuelles relèvent de la vie familiale, et les arrêts *Rees c. Royaume Uni* (1986), *Cossey c. Royaume Uni* (1990), *Sheffield et Horsham c. Royaume Uni* (1998) qui ne concernaient pas des homosexuels, mais des transsexuels opérés dont l'acte de naissance ne pouvait être rectifié, ont précisé que le mariage au sens de l'article 12 s'entend de l'union d'un homme et d'une femme. Dans un arrêt plus récent, l'arrêt *Goodwin c. Royaume Uni* (2002), la Cour est revenue sur sa jurisprudence antérieure concernant la rectification de l'acte de naissance au titre du respect de la vie privée, et a du même coup admis leur droit de se marier sur la base de l'article 12, en précisant que ce n'est pas le sexe chromosomique qui doit l'emporter dans la détermination du sexe. On ne saurait donc en aucun cas assimiler le mariage des transsexuels au mariage de personnes de même sexe, et c'est bien là le vœu des transsexuels qui souhaitent effectivement épouser une personne de l'autre sexe³⁵.

34 Voy. sur cette distinction M.T. Meulders-Klein, "Vie privée, vie familial et droits de l'homme", in *La personne, la famille et le droit*, op. cit., note 26, pp. 467- 493.

35 Voy. aussi en ce sens A. Gouttenoire-Cornut, in *Droit de la famille*, éd. du Juris-Classeur, nov. 2002.

– Vie familiale³⁶

Au titre du respect de la “vie familiale” l’article 8, conjugué ou non à l’article 12, a pour but de protéger l’intimité et l’unité familiale, au sens de vie commune dans ou hors mariage, le droit à l’établissement de la filiation et les effets qui en découlent, le droit aux relations personnelles ainsi que l’exercice des droits parentaux contre les ingérences injustifiées de l’Etat. Mais la notion de “vie familiale” est surtout intéressante en ce qu’elle implique l’existence d’une famille et donc sa définition (*Marckx c. Belgique*) et cette définition est autonome par rapport à celle des droits internes.

Selon la jurisprudence évolutive de la Cour, la notion de famille englobe conjoints et concubins, parents et enfants, légitimes, naturels ou adoptifs et même adultérins, avec effets semblables, et les proches parents qui sont susceptibles de jouer un rôle significatif dans la famille: grands-parents, frères et soeurs, oncles et tantes pour autant qu’il existe des liens affectifs profonds et réels, qu’il y ait cohabitation ou non. Ce qui rend la jurisprudence casuistique.

Dans tous les cas, selon l’interprétation donnée dans les arrêts *Marckx c. Belgique* (1979), *Johnston c. Irlande* (1986) et *Kroon c. Pays-Bas* (1994), l’article 8 inclut l’obligation *positive* pour les Etats de prévoir dans leur législation une protection juridique rendant possible l’intégration de l’enfant dans sa famille, légitime ou naturelle, y compris les grands-parents, de manière à lui permettre de mener une “*vie familiale normale*” dès sa naissance. En d’autres termes, le droit à l’établissement de sa filiation maternelle et paternelle, dans ou hors mariage, avec des effets égaux, fût-il adultérin (*Mazurek c. France*, 2001). C’est à travers la présence d’un enfant commun que la Cour a été amenée à reconnaître l’existence de relations familiales dans le couple de fait, même en l’absence de cohabitation (*Kroon c. Pays-Bas*, 1994, et *Keegan c. Irlande*, 1994). C’est donc l’enfant qui fait la famille.

En revanche elle a refusé jusqu’ici de découvrir dans les articles 8 et 12 l’existence d’un droit au divorce (*Johnston c. Irlande*, 1986) ou l’obligation positive de l’Etat de doter les concubins d’un statut légal (*Johnston c. Irlande*), ou un droit au mariage pour les couples de même sexe, ou un droit à l’adoption, qu’il s’agisse d’un couple ou

36 Voy. sur ce point F. SUDRE (dir.) *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l’homme*, Bruxelles, Nemesis/Bruylant, Coll. Droit et justice n° 38, 2002; F. Vasseur-Lambry, op. cit., note 32.

d'une personne seule, de personnes de sexe différent ou de même sexe (Di Lazzaro c. Italie). L'arrêt Fretté c. France (2002) rentre dans ce cadre, en privilégiant l'intérêt de l'enfant à l'encontre de l'orientation sexuelle du requérant³⁷. En revanche la Cour a pris en considération le droit au respect de sa vie familiale à l'égard d'un père auquel les juges portugais avaient refusé le droit de garde sur sa propre fille en raison de son homosexualité³⁸.

Par contre, et de manière tout à fait incompréhensible, la Cour a récemment refusé dans l'arrêt *Odièvre c. France* (13 février 2003) de découvrir une discrimination et une violation de l'article 8, tant sous l'angle de la vie privée et du droit à l'identité que sous l'angle de la vie familiale, dans le chef d'un enfant volontairement privé de la connaissance de sa filiation et de son identité par le secret de la maternité dans l'acte de naissance tel qu'admis en France, ni une violation de l'article 14 (principe de non-discrimination). Outre l'incohérence que représente cette décision par rapport aux arrêts *Marckx et Johnston* précités, il y a pourtant là une authentique et éclatante discrimination, dont la justification invoquée par les juges paraît mince au regard de la prééminence des droits de l'enfant³⁹. Curieusement, la Cour estime aussi que dans cette matière les Etats jouissent d'une certaine marge d'appréciation et que celle-ci n'a pas été excédée en l'occurrence, alors que la quasi-totalité des Etats européens ne connaissent pourtant pas de règle semblable.

En réalité, il faut bien reconnaître que les juges de la Cour ne se fondent sur le consensus ou le dénominateur commun des Etats membres que d'une manière discrétionnaire et en opportunité, au cas par cas⁴⁰.

37 Sur tous ces points voy. aussi M. LEVINET, "Couple et vie familiale", et P. MURAT, "Filiation et vie familiale", in F. SUDRE, op. cit., note 36, respectivement pp. 107-160 et 161-208.

38 *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal* (1999).

39 Sur cette affaire voy. O. ROY, "Le droit de connaître ses origines et la Cour européenne des droits de l'homme: L'affaire *Odièvre contre la France*", *Petites affiches*, octobre 2002, n° 198, pp. 6-15.

40 Sur le recours à "l'interprétation consensuelle", voy. F. Sudre, op. cit., note 36, Rapport introductif: "La 'construction' par le juge européen du droit au respect de la vie familiale", sp. pp. 43-45.

– Principe de non-discrimination

Quant à l'article 14 (non-discrimination), il n'est en principe que l'accessoire des autres droits protégés par la Convention et ne serait pas autonome, motif pour lequel sa violation est généralement combinée à celle d'un autre droit. On estime cependant qu'il perdrait son utilité s'il ne pouvait être utilisé que comme facteur aggravant d'une violation déjà établie. En conséquence, il est admis qu'il puisse être invoqué seul pour autant qu'il y ait un "lien" avec un des droits protégés. Le Protocole no 12 de la Convention, non encore en vigueur, en fera cependant un droit autonome, ce qui élargira considérablement son champ. Et le nombre des revendications⁴¹.

Tout ceci n'empêche cependant pas les analystes d'observer sur la durée une évolution de la jurisprudence de la Cour qui tendrait à "dilater" de plus en plus la notion de "vie familiale" vers d'autres types de relations, en même temps qu'une sorte de "dilution" ou d'osmose entre "vie privée", au sens de la Privacy américaine⁴², et "vie familiale", ce qui rend la notion de famille au sens de la Convention de plus en plus confuse. Il y aurait donc à travers cette "construction" évolutive de la notion de "vie familiale" une "déconstruction" progressive du droit de la famille⁴³.

Le constat qui s'impose en tous cas, est d'une part que les mentalités évoluent de plus en plus vite dans les pays occidentaux, sous la pression de multiples facteurs convergents de nature économique, scientifique, idéologique et politique et que, dans ce contexte, la tâche des législateurs et des juges semble être de suivre plutôt que de précéder une opinion publique elle-même déboussolée par les médias et les instances d'une société de consommation sans limites. Mais en matière de droits de l'homme, une chose paraît également certaine. C'est que, dans l'esprit des juges et des législateurs l'évolution des droits dits fondamentaux ne peut se faire que dans le sens d'une fuite en avant puisque l'objectif est "le développement des droits", vers toujours plus de droits et toujours plus de libertés, sans

41 Voy. L.E. PETTITI et P.H. IMBERT, *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, 2^e éd. Paris, Economica, 1999; J. MARGUENAUD, *op. cit.*, note 13, pp. 34-36.

42 Voy. à ce sujet F. RIGAUD, "L'élaboration d'un *Right of Privacy* par la jurisprudence américaine", *R.T.D.C.*, 1980, pp. 701-730.

43 Voy. F. SUDRE, *op. cit.*, note 36. Voy. aussi M.T. MEULDERS-KLEIN, "Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille: Un voyage sans destination?" in *La personne, la famille et le droit*, *op. cit.*, note 29, pp. 495-525.

retour possible en arrière, même s'il s'avérait que les fruits récoltés sont moins bons que ceux que l'on espérait.

Cette évolution transparait à la fois dans les législations, mais aussi dans les décisions rendues sur la base des articles 8, 12 et 14 de la Convention européenne, et surtout dans la longue litanie des critères de discrimination de l'article 14, et celle encore plus longue de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Parmi les buts poursuivis, le principal apparaît désormais comme l'égalité dans la libre disposition de soi-même et l'épanouissement personnel, au prix peut-être d'autres discriminations, en particulier à l'égard des enfants, de plus en plus souvent considérés comme objets de droit que l'on peut se procurer par n'importe quel moyen et à n'importe quel prix, tandis que, paradoxalement, on le proclame solennellement sujet de droit⁴⁴.

– La notion de dignité humaine

La même remarque peut-être faite au sujet de la notion de "dignité humaine". Qu'est-ce que la dignité humaine? J'ai trouvé une réponse étonnante dans l'arrêt *Law c. Canada* (1999) de la Cour suprême du Canada, qui m'a laissée rêveuse avec tout le respect que je dois à la Cour. Selon l'opinion majoritaire, au sens du § 15 (1) de la Charte canadienne des droits et libertés: "La dignité humaine signifie qu'une personne ou un groupe ressent du respect et de l'estime de soi. Elle relève de l'intégrité physique et psychologique et de la prise en main personnelle... Au sens de la garantie d'égalité, la dignité humaine n'a rien à voir avec le statut ou la position d'une personne dans la société en soi, mais elle a plutôt trait à la façon dont il est raisonnable qu'une personne se sente face à une loi donnée"... (*Law* § 53)⁴⁵.

Selon les commentateurs, la dignité humaine serait donc le sentiment d'estime de soi, et le devoir constitutionnel du législateur et des juges est de faire en sorte que chaque individu puisse parvenir à cet état, en effaçant tout ce qui pourrait le blesser et notamment en réparant toutes les fautes et stéréotypes passés qui pourraient perpétuer ou favoriser l'idée que l'individu concerné est moins

44 Convention internationale des droits de l'enfant (1989) et Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant (1996). Voy. aussi M.T. MEULDERS-KLEIN, "Les droits de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées", in *La personne, la famille et le droit*, op. cit., note 29, pp.285-326.

45 *Law c. Canada* (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), (1999) 1 R.C.S. 497.

capable ou moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain (Law, § 51).

Cette définition expiatoire et réparatrice des fautes passées est généreuse et idéaliste. Mais elle donne à la notion de discrimination un contenu infiniment subjectif fondé sur les sentiments présumés de chacun ou des juges eux-mêmes, susceptible de ramener la notion de dignité humaine aux minuties d'une interprétation casuistique à outrance. Mais qui soulève surtout la question de savoir si le droit objectif, qui est la loi commune, doit être fondé sur les perceptions subjectives individuelles de chacun ou celles des juges.

Allant plus loin encore en Belgique, le législateur vient lui-même d'adopter une loi instaurant une présomption de discrimination directe ou indirecte, fondée sur une longue liste de critères entraînant un renversement de la charge de la preuve vers celle d'un fait négatif, et assortie de sanctions pénales renforcées, ainsi que d'astreintes. Ainsi cette loi, contraire à la présomption d'innocence en matière pénale, devient-elle elle-même contraire à un droit fondamental, même si elle se permet d'affirmer explicitement et de manière surprenante en son article 3 que *"Cette loi ne viole pas les droits fondamentaux tels que prévus dans la Convention européenne des droits de l'homme et les autres conventions internationales"*⁴⁶.

Cette évolution illustre en tous cas un phénomène sur lequel je voudrais attirer l'attention en terminant. C'est l'inflation exponentielle en Occident de l'appel à la discrimination comme l'une des plus odieuses atteintes à la dignité humaine, mais à propos de tout, et comme arme absolue contre toute frustration ou toute limite. Au point que toute différence naturelle ou toute forme de contrainte devienne une discrimination. Et ceci m'amène à une dernière réflexion.

La notion même de discrimination suppose au départ que l'on compare des situations comparables, à défaut de quoi l'analyse doit s'arrêter. Pour forcer cet obstacle, là où les faits résistent, il faut tenter d'effacer les différences, ou changer le sens de mots. Et c'est bien là les deux phénomènes que nous signalent les sociologues en matière familiale: celui de l'"indifférenciation" et de "l'interchangeabilité" des sexes et des genres, des rôles et des formes de vie, des sexualités, conjugalités et parentalités, et celui du changement des définitions

46 Loi du 12 décembre 2002.

elles-mêmes⁴⁷ (47). Ainsi des notions telles que famille, parent, sexe, couple, enfant, filiation, prennent-elles un contenu différent et fluctuant selon les besoins⁴⁸ (48). Il en va de même des notions de personne, égalité, dignité, démocratie... Qu'est-ce au juste qu'une société démocratique aujourd'hui par rapport à celle de la Révolution française? Une société politique de citoyens responsables? ou une "société d'individus" occupés de leurs petites affaires, selon les mots de Tocqueville, et avides de leurs seuls droits et libertés? Une "société de pluralisme, d'ouverture et de tolérance" comme l'énonce la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Handyside c. Royaume-Uni* (1976) à propos de la liberté de la presse, mais quel qu'en soit le propos, et la philosophie de la tolérance elle-même n'est-elle pas en passe de devenir la plus intolérante des intolérances? Ou la nouvelle démocratie est-elle en dernière analyse une "démocratie contre elle-même" comme l'évoque le philosophe français Marcel Gauchet à propos de l'usage obsessionnel des droits de l'homme comme "politique de la société civile" face à l'Etat devenu exclusivement serviteur⁴⁹?

Or, et ce sera là ma conclusion, il se fait que dans nos "Etats de droit" – qui constituent un progrès immense, il faut le souligner avec force – ce sont les juges, et non plus le législateur, qui en dernière instance sont investis du pouvoir suprême de modifier les définitions en accréditant et légitimant le changement du contenu des mots dans l'interprétation donnée par leurs jugements, et avec eux l'ordre du monde. Et cela sans appel, puisque au-dessus d'eux il n'y plus d'autre recours⁵⁰.

Tels sont, je crois, la grandeur et le péril de la mission et de la puissance des Juges⁵¹.

47 Voy. I. THERY, "Approche sociologique de la 'vie familiale': La question des définitions", in F. SUDRE, op. cit., note 36, pp. 61-105.

48 Voy. M. LEVINET, "Couple et vie familiale" et P. MURAT, "Filiation et vie familiale", précités note 36. Voy. aussi B. MOORE, "Les enfants du nouveau siècle (libres propos sur la réforme de la filiation)" (au Québec), in *Développements récents en droit familial* – 176, éd. Yvon Blais, 2002, pp. 77-112.

49 Voy. M. GAUCHET, *Le désenchantement du monde*, Paris, Gallimard, 1985, sp. pp. 235 et s. et *La démocratie contre elle-même*, Paris, Gallimard, coll. Tel, 2002.

50 Voy. F. RIGAUX, *La Loi des juges*, Paris, éd. O. Jacob, 1997.

51 Voy. aussi J. VAN COMPERNOLLE, "Le rôle du juge dans la cité: Vers un gouvernement des juges?", in *Le rôle du juge dans la Cité*, Colloque du 12 octobre 2001, Cahiers de l'Institut d'études sur la justice, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 152-176.

LE TRAVAILLEUR MIGRANT EN SITUATION IRRÉGULIÈRE: L'ACCÈS FORMEL ET EFFECTIF AUX DROITS DEVANT LES ORGANES *QUASI* JURIDICTIONNELS ET JURIDICTIONNELS DE CONTRÔLE

Paula Wojcikiewicz Almeida

Professeur et chercheur dans le domaine du droit international et européen de la Faculté de Droit à la Fondation Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, Brésil; Coordinatrice du Module européen du Programme Jean Monnet de la Faculté de droit de la Fondation Getúlio Vargas. Doctorante de l'Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne en droit international et européen.

INTRODUCTION

On ne saurait évaluer l'accès des travailleurs migrants irréguliers aux droits sans songer à l'existence d'une catégorie juridique particulière dans laquelle ces individus seraient inclus¹. Le classement des individus dans des catégories juridiques permet d'extraire des conséquences juridiques applicables uniquement à ceux qui la composent². L'objectif de la catégorisation juridique de personnes n'est autre que l'application des règles qui lui sont propres. Il ne s'agit pas d'un choix neutre. Il peut, en effet, être guidé par un découpage objectif de la réalité ou bien entretenir des rapports avec les valeurs de l'époque. Cette dualité conduit à penser autant aux aspects positifs que négatifs de la catégorisation: d'une part, elle permet de conférer une reconnaissance officielle et par conséquent un minimum de droits à un groupe de personnes et, d'autre part, elle autorise également la création d'exceptions à la règle générale

1 Selon le dictionnaire *Le Petit Robert*, une catégorie peut être définie comme "classe dans laquelle on range des objets de même nature" (REY-DEBOVE, J., REY, A., Le nouveau *Petit Robert*, Dictionnaires Le Robert, Paris, 1993, p. 359). Le dictionnaire juridique Gerard CORNU définit catégorie comme un "groupe distinct d'éléments présentant des caractères semblables", P.U.F., 4ème éd., Paris, 2003, p. 132.

2 V. sur le sujet JULIEN-LAFERRIERE, F., "Droit des étrangers et principe d'égalité", in CARLIER, J.-Y., *L'étranger face au droit*, XXème Journées d'études juridiques Jean Dabin, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 247-257.

de façon à justifier un traitement différencié, voire discriminatoire³. Il faudra donc s'interroger sur le point de savoir si le droit intègre les travailleurs migrants irréguliers à son lexique, lui attachant des conséquences juridiques particulières.

Un travailleur migrant irrégulier est d'abord un travailleur, c'est-à-dire une personne qui par ses activités s'intègre à la société dans laquelle elle vit. L'ouvrier qui émigre continue d'être l'ouvrier⁴. Cette personne est, par ailleurs, étrangère dans la société, ce qui comporte une double connotation. La première concerne une réalité objective consistant à considérer comme étrangère toute personne qui vit de façon temporaire ou permanente hors du territoire de l'Etat dont elle possède la nationalité ou la citoyenneté, ne relevant pas de la protection juridique de cet Etat. On sait toutefois que cette constatation mérite d'être nuancée en ce qui concerne les ressortissants des Etats membres de l'Union européenne⁵. En outre, elle ne jouit pas du régime juridique général inhérent au statut de réfugié, de résident permanent, ou de naturalisé octroyé par l'Etat d'accueil⁶. La seconde connotation revient à une situation subjective ressentie par la personne située objectivement en dehors de son Etat d'origine⁷. Elle n'appartient pas ou est considérée comme

3 En ce qui concerne l'aspect négatif, LOCHAK D. considère que "c'est une façon de signifier que la société les considère comme inacceptables". Pour plus de détails, v. "La race: une catégorie juridique?", in Actes Du colloque *Sans distinction de... race*, 27 et 28 mars 1992, revue Mots, n° 33, décembre 1992, Paris, Presses de la FNSP.

4 MAHAIM, E., "L'organisation permanente du travail", *R.C.A.D.I.*, 1924, III, vol. 4, p. 115.

5 Le ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne n'est pas considéré un étranger dans les autres Etats membres. Selon l'article 1^{er} de la Convention Schengen du 19 juin 1990, "(...) on entend par (...) étranger toute personne autre que les ressortissants des Etats membres des Communautés européennes", Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des Etats de l'Union économique du Benelux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, *JO L 239*, 22 septembre 2000, pp. 19-62. Si les ressortissants ne sont pas des nationaux, ils restent quand même des étrangers au regard du droit interne. Leur situation juridique semble intermédiaire entre celle des nationaux et celle des étrangers.

6 V. pour une définition générale, premier rapport (E/CN.4/2000/82), Gabriela Rodríguez Pizarro, Special Rapporteur of the Commission on Human rights in A/57/292, Human rights of migrants, Note by the Secretary-General, 9 août 2002.

7 Le terme "étranger" vient du latin "extraneus" (de extra, c'est-à-dire dehors ou ailleurs).

n'appartenant pas à une collectivité, étant différente, intrusive, isolée de la société⁸.

Son extranéité, étrangeté et vulnérabilité⁹ est accrue en fonction de l'irrégularité de sa situation juridique. Les travailleurs migrants irréguliers sont également dénommés "sans papiers"¹⁰ ou illégaux¹¹, même si ces termes ne semblent pas juridiquement adéquats. Il s'agit d'un acteur invisible dans la société dans laquelle il vit. La situation d'irrégularité peut exister à différents stades, y compris le départ, le transit, l'entrée et le retour, pouvant être créées au détriment du

8 Pour les définitions d'"étranger", v. REY-DEBOVE, J., REY, A., *Le nouveau Petit Robert*, Dictionnaires Le Robert, Paris, 1993, pp. 937-938.

9 Les travailleurs migrants irréguliers ont été classés par l'OIT parmi les groupes les plus vulnérables (Conférence internationale du travail, "Une approche équitable pour les travailleurs migrants dans une économie mondialisée, rapport VI, 92^{ème} session, Bureau international du travail, Genève, 2004, p. 67, disponible sur le site: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---comm/documents/meetingdocument/kd00096fr.pdf>). Concernant leur vulnérabilité, v. BELL, Mark, "Invisible Actors ? Irregular Migrants and Discrimination, in: B. Bogusz, (eds.), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, Leiden [etc.], Nijhoff, 2004, pp. 345-362.

10 En 1994, la Conférence internationale sur la population et le développement a recommandé d'utiliser l'expression "sans-papiers". Toutefois, elle n'est pas adéquate puisqu'elle ne s'applique pas aux immigrants qui sont entrés dans le pays d'accueil de manière légale dotés d'un visa de tourisme, ayant ensuite enfreint les dispositions régissant leur droit d'entrée lorsqu'ils ont été employés. Il existe également des situations où les migrants sont dotés des "faux papiers", octroyés par des trafiquants. C'est la raison pour laquelle le colloque international sur les migrations, tenu à Bangkok en avril 1999, a recommandé l'emploi de l'expression "en situation irrégulière". Pour plus de détails, v. Conférence internationale du travail, "Une approche équitable pour les travailleurs migrants dans une économie mondialisée, rapport VI, 92^{ème} session, Bureau international du travail, Genève, 2004, disponible sur le site: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/meetingdocument/kd00096fr.pdf>, pp. 11-12.

11 L'irrégularité se distingue de l'illégalité car elle ne suggère pas un lien avec la criminalité. Le fait de rentrer clandestinement dans un pays ou d'y rester après l'expiration d'un visa ou d'un permis de travail ne doit pas transformer les travailleurs migrants en criminels au sens propre. Le pouvoir étatique d'exiger le départ de ces personnes, bien que discrétionnaire n'est pas illimité. V. dans ce sens ONU, Conseil économique et social, commission des droits de l'homme, sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, 55^{ème} session, point 5 de l'ordre du jour provisoire, "Les droits des non-ressortissants", § 29, cité par CHOLEWINSKI, R., *Etude des obstacles à l'accès effectif des migrants irréguliers aux droits sociaux minimaux*, éd. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2005, 91 p.

migrant ou par le migrant lui-même¹². Elles englobent aussi bien le migrant inséré dans une relation de travail informelle, que le migrant entré dans un Etat sur la base d'un emploi légal et passé ensuite à l'illégalité. On pourrait se poser la question de savoir si le migrant irrégulier démuné de travail, ayant déjà été employé au passé dans un Etat où il n'est pas ressortissant pourrait être classé dans cette catégorie. La même question se pose en ce qui concerne les demandeurs d'asile dont la demande a été rejetée ou les migrants qui auraient pu bénéficier du statut de réfugié mais qui n'ont pas déposé de demande d'asile et ne sont donc pas engagés dans une procédure de demande d'asile¹³. En effet, la frontière entre les personnes qui émigrent afin de travailler et les réfugiés *de facto* est difficile d'établir en fonction de la motivation de la migration¹⁴. Les travailleurs migrants seraient ceux qui ont pris librement la décision de migrer afin de travailler sans y avoir été forcés par des facteurs extérieurs.

12 Pour plus de détails concernant le concept d'irrégularité, v. BATTISTELLA (G.) (dir.), *Irregular Migration*, Scalabrini International Migration Institute (SIMI), Rome, 2008, pp. 201-233, spéc. p. 202-203.

13 L'article 5 § 1 f de la Convention européenne des droits de l'homme autorise la détention des étrangers entrés irrégulièrement sur le territoire d'un Etat contractant. Dans l'affaire *Saadi c. Royaume Uni*, du 29 janvier 2008, req. 13229/03, la CEDH a interprété le sens de la formule " empêcher [l'intéressé] de pénétrer irrégulièrement", prévue à l'article précité comme étant la faculté pour les Etats de placer en détention des candidats à l'immigration ayant sollicité, par le biais d'une demande d'asile ou non, l'autorisation d'entrer dans le pays. Selon la Cour, tant qu'un Etat n'a pas " autorisé " l'entrée sur son territoire, celle-ci est " irrégulière ". Par conséquent, ce n'est pas parce qu'un demandeur d'asile se présente de lui-même aux services de l'immigration, que cela signifie qu'il cherche à pénétrer " régulièrement " dans le pays. Toutefois, le requérant, les tiers intervenants et les juges dissidents ont interprété ledit article comme ne s'appliquant pas aux demandeurs d'asile, l'entrée de ceux-ci sur le territoire national devant être réputée régulière.

14 Le Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (ACNUR) avait déjà souligné le lien entre la migration et l'asile, reconnaissant la difficulté d'établir une distinction claire entre les réfugiés et les migrants (Opinion séparée du juge Antônio Augusto Cançado Trindade à l'avis consultatif n° 18/03, § 34). Les réfugiés *de facto* sont des personnes qui n'ayant pas eu leur statut de réfugié reconnu juridiquement, ne peuvent pas retourner à leur pays d'origine pour des motifs politiques, raciaux, religieux ou relatifs à la violence. Ils sont considérés des travailleurs migrants une fois qu'ils ont établi une relation de travail dans le pays d'accueil. Sur ce point, v. BOSNIAK, Linda S., "Human Rights, State Sovereignty and the Protection of Undocumented Migrants, in: B. Bogusz, (eds.), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, Leiden [etc.], Nijhoff, 2004, p. 317. La Convention de 1990 adoptée sous l'égide de l'ONU a tenté d'exclure la catégorie des réfugiés de son champ d'application.

Malgré cette difficulté de conceptualisation, les Conventions spécialisées de l'OIT 97¹⁵ et 143¹⁶ ont effectué une distinction entre les travailleurs migrants en situation régulière et irrégulière, confirmant la création d'une catégorie juridique particulière consacrée à ces derniers. Contrairement à cette logique, la Convention de l'ONU sur la protection de tous les travailleurs migrants et leur famille de 1990 a adopté une définition plus générale de travailleur migrant, évitant des distinctions tenant à la régularité de sa situation juridique. Selon ses termes, le travailleur migrant est avant tout une personne qui va exercer, exerce ou a exercé une activité rémunérée dans un Etat dont il n'est pas ressortissant¹⁷. Si cette définition semble la plus adéquate à nos jours, elle n'est pas sans soulever des critiques en fonction de l'imprécision des termes choisis. Apparemment, il suffit qu'une personne ait exercé n'importe quelle activité rémunérée pendant n'importe quelle durée¹⁸. La même situation s'applique *mutatis mutandis* aux personnes qui vont exercer une activité rémunérée dans le futur, sans aucune détermination en ce qui concerne son commencement.

Il semble donc que le travailleur migrant en situation irrégulière relève de trois sous-catégories juridiques (travailleur, migrant et irrégulier) qui marquent la spécificité de son statut¹⁹. Cet ensemble de sous-catégories participent à la tendance contemporaine, qui n'est pas nécessairement positive, de formation d'une catégorie propre, reconnue à la fois par le droit international des droits du travail et de

15 Convention n° 97 sur les travailleurs migrants (révisée), adoptée le 1^{er} juillet 1949, entrée en vigueur le 22 janvier 1952.

16 Convention n° 143 sur les travailleurs migrants (dispositions complémentaires), adoptée le 23 juin 1975, entrée en vigueur le 9 décembre 1978.

17 Article 2, Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, adoptée et ouverte à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 45/158 du 18 décembre 1990, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2003.

18 Les termes ambigus employés dans la Convention laissent comprendre que la personne sera toujours considérée un travailleur du fait d'avoir exercé une activité rémunérée au passé. V. NAFZIGER, J. A. R., BARTEL, B. C., "The Migrant Workers Convention: Its Place in Human Rights Law", *International Migration Review*, vol. 25, n° 4, édition spéciale: UN International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, hiver: 1991, p. 786.

19 Dans son avis consultatif n° 18/03, la CIDH semble reconnaître les travailleurs migrants irréguliers en tant qu'une catégorie autonome afin de lui appliquer une protection accrue. V. § 129 et s. de l'avis.

l'homme²⁰. Si le travailleur migrant, à la fois travailleur et expatrié, intéresse les organisations internationales de plusieurs types, qu'elles soient universelles ou régionales, dotées d'une compétence générale ou spécialisée, on voit que ceux en situation irrégulière ont été tardivement pris en compte par les instruments internationaux. On peut se poser la question de savoir si la régularité de leur situation juridique produit des incidences sur le niveau de protection octroyé par rapport à ceux considérés en situation régulière dans l'Etat où ils vivent. L'apparente égalité de traitement semble illusoire, plusieurs bénéfices n'étant accordés conventionnellement qu'aux travailleurs migrants en situation régulière. Cette réalité, fondée sur une lecture restrictive des droits ou *a rights-based approach*, a pour effet de circonscrire l'ampleur de la protection des travailleurs migrants en situation irrégulière (I). Elle tend toutefois à être remise en cause grâce à une lecture progressiste des droits, fondée plutôt sur les principes – *a principle-based approach* – et moins sur le volontarisme étatique (II). Cela confirme l'accent mis sur la justice objective au détriment de la loi formelle qui s'en écarte souvent²¹. Une telle lecture favorise l'érosion des différences de traitement fondées sur la régularité ou la nationalité du travailleur.

I. UNE LECTURE RESTRICTIVE DES DROITS OU A *RIGHTS-BASED APPROACH*

La dimension géographique du phénomène des migrations justifie l'intérêt de l'OIT en tant qu'institution spécialisée dans la protection des droits des travailleurs, ainsi que de l'ONU comme une organisation à vocation universelle. Le double niveau de protection – droits du travail et droits de l'homme – conduit à se poser la question de savoir quel serait l'organisme compétent pour protéger les droits de l'homme des travailleurs migrants, qu'ils soient réguliers ou non. Cette discussion est ancienne, ayant déjà fait l'objet de nombreuses controverses. Un accord conclu entre les Nations Unies et l'OIT

20 Sur l'aspect négatif de la catégorisation, v. Cholewinski, R., "The Human and Labor Rights of Migrants: Visions of Equality", *Georgetown Immigration Law Journal*, Vol. 22 (2008), No. 2, pp. 177-219.

21 V. sur le sujet PCIJ/Advisory Committee of Jurists, Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee (16 June-24 July 1920) avec Annexes, La Haye, Van Langenhuisen Frères, 1920, point n° 3, p. 306, ann. n° 3, pp. 345-346, cité par CANÇADO TRINDADE (A. A.), Opinion séparée, affaire des usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), arrêt du 20 avril 2010, p. 4.

en 1947 a établi les compétences de chaque organisation en ce qui concerne la migration: l'OIT devait traiter des travailleurs migrants tandis que l'ONU devait se limiter au statut des étrangers. L'objectif était de limiter la compétence de l'ONU afin que l'OIT garde une compétence exclusive en ce qui concerne les migrations²². C'est sous cette base de compétence que l'OIT s'est chargée de la protection des travailleurs migrants par le biais d'une série de conventions et de recommandations s'y rapportant. Néanmoins, la protection fournie par les instruments de l'OIT en ce qui concerne les travailleurs migrants en situation irrégulière s'est avérée à la fois minimale et à la carte (A). C'est le résultat d'un compromis complexe entre les participants qui a abouti à un texte fragmenté, permettant plusieurs possibilités d'*opting-out*. A cela s'ajoute le fait que peu d'Etats ont ratifié les instruments adoptés au sein de l'OIT, les raisons politiques et économiques y jouant une influence considérable²³.

Comme la protection des travailleurs migrants en situation régulière et irrégulière n'était pas clairement établie en fonction du caractère à la fois restrictif et à la carte de la Convention n° 143 de l'OIT²⁴, l'ONU pourrait prendre le relais en adoptant un nouvel instrument susceptible de renforcer cette protection. Une telle alternative a été jugée plus appropriée au lieu de réviser les conventions pertinentes de l'OIT. C'est ce que souhaitent les pays en développement car ceux-ci considéraient que l'ONU était l'organisation la plus adéquate pour défendre leurs intérêts si menacés par la nature tripartite de l'OIT. Plusieurs raisons ont milité dans ce

22 HASENAU, M., "ILO Standards on Migrant Workers: The Fundamentals of the UN Convention and Their Genesis", *International Migration Review*, vol. 25, n° 4, édition spéciale: UN International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, hiver: 1991, p. 693.

23 BOHNING, R., "The ILO and the New UN Convention on Migrant Workers: The Past and Future", *International Migration Review*, vol. 25, n° 4, édition spéciale: UN International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, hiver: 1991, p. 699.

24 LONNROTH, J., "The International Convention of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families in the Context of International Migration Policies: An Analysis of Ten Years of Negotiation", *International Migration Review*, vol. 25, n° 4, édition spéciale: UN International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, hiver: 1991, pp. 726-727. V. pour un historique de l'OIT, v. MAHAIM, E., "L'organisation permanente du travail", *R.C.A.D.I.*, 1924, 4, pp. 65-223.

sens²⁵. C'est ainsi que l'Assemblée des Nations Unies a créé un groupe de travail en 1979 afin "d'élaborer une convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et de leurs familles"²⁶. La convention élaborée par l'ONU répond plutôt à la nécessité d'établir une égalité de traitement, contrairement aux instruments adoptés sous les auspices de l'OIT, qui visent à établir des standards minimums de protection. On pouvait donc s'attendre à ce que les travailleurs migrants en situation irrégulière soient désormais protégés par le nouvel instrument. Néanmoins, quelques différences de traitement demeurent, ce qui pourrait caractériser la convention de l'ONU comme fournissant une protection renforcée mais toujours *à la carte* (B).

A) Le droit conventionnel de l'OIT: une protection minimale et *à la carte*

Si les droits des travailleurs migrants irréguliers ont été reconnus explicitement et *à la carte* par deux conventions de l'OIT (1), on pourrait se poser la question de savoir si cette reconnaissance formelle répercute sur l'accès effectif aux droits. L'OIT a institué deux moyens de contrôle du respect par les Etats de leurs obligations internationales relatives à la protection des travailleurs migrants, y compris de ceux en situation irrégulière. Le développement de ces mécanismes constitue l'un des progrès les plus sensibles du droit international

25 La communauté internationale s'est montrée divisée: certains soutenaient que le sujet des travailleurs migrants devait se limiter au cadre de l'OIT (pays développés) et d'autres croyaient que l'ONU était l'organisation la plus adéquate pour aborder ces questions d'une manière globale (pays en développement). Pour une analyse plus détaillée concernant les raisons qui expliquent les raisons pour lesquelles les pays en développement souhaitent que l'ONU soit l'organisation chargée d'assurer la protection des travailleurs migrants et, par conséquent, de rédiger une convention internationale capable de remplir les lacunes découlant de l'absence de ratification des instruments antérieurs de l'OIT, v. BOHNING, R., *op. cit.*, p. 700.

26 L'Assemblée de Nations Unies a adopté le 17 février 1978 une Résolution demandant l'amélioration de la situation des travailleurs migrants. Par le biais de cette résolution, l'ONU avait demandé aux Etats de protéger les droits fondamentaux des travailleurs migrants, de ratifier la Convention de l'OIT de 1975 relative aux travailleurs migrants, ainsi que d'augmenter la diffusion d'information s'y rapportant. La résolution recommandait la Commission des droits de l'homme et le Conseil économique et social de considérer dans leur cadre la situation des travailleurs migrants. En 1978, le Secrétaire général de l'ONU a préparé un rapport dans lequel il avait souligné la précarité de la situation des travailleurs migrants et de leurs familles.

contemporain²⁷. Leur objectif est celui d'assurer la mise en œuvre des conventions ratifiées et de promouvoir l'application des standards de l'OIT, indépendamment d'une quelconque obligation formelle²⁸. Au-delà du mécanisme régulier de contrôle opéré sur la mise en œuvre des conventions de l'OIT, on s'intéresse particulièrement ici aux procédures particulières permettant la soumission d'une réclamation ou d'une plainte au sujet des conventions ratifiées²⁹. Il s'agit d'une possible voie permettant un accès effectif³⁰ des travailleurs migrants

27 CHARPENTIER J., "Les Comités des sanctions du Conseil de Sécurité", in RUIZ-FABRI H., SICILIANOS L.-A., SOREL J.-M., *L'effectivité des organisations internationales: mécanismes de suivi et de contrôle*, Journées franco-helléniques 7-8 mai 1999, sous l'égide du ministère hellénique des Affaires étrangères et de l'Ambassade de France à Athènes, Ant. N. Sakkoulas/A. Pedone, Athènes/Paris, 2000, pp. 9-22, spéc. p. 9. V. également CHARPENTIER J., "Le contrôle par les organisations internationales de l'exécution des obligations des Etats", *R.C.A.D.I.*, t. 182, pp. 147-244.

28 La base juridique du système de contrôle se trouve dans la Constitution de l'OIT, qui exige que les Etats membres présentent au BIT un rapport annuel sur les mesures prises pour exécuter les conventions et recommandations auxquelles ils ont adhéré (article 22 et article 19, 6, d). En raison de l'augmentation significative du nombre de rapports, la règle a été révisée afin de faire en sorte que les rapports soient soumis avec une plus grande périodicité (tous deux ans pour les huit conventions fondamentales et pour les quatre conventions prioritaires et tous les cinq ans pour les autres).

29 Le mécanisme régulier de contrôle est réalisé par deux organes de l'OIT: la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations et la Commission tripartite de l'application des conventions et recommandations de la Conférence internationale du Travail. L'innovation de ce mécanisme consiste à l'obligation de soumettre un rapport concernant les conventions non ratifiées au directeur général du BIT par le biais duquel l'Etat devra présenter l'état de sa législation et sur sa pratique concernant la question qui fait l'objet de la convention en précisant dans quelle mesure l'on a donné suite ou l'on se propose de donner suite à toute disposition de la convention" par les voies appropriées, tout en exposant les difficultés qui empêchent ou retardent la ratification de la convention en cause (article 19, 5, e) et 22 de la Constitution de l'OIT). Cette règle permet à la fois d'accroître les chances de ratification et d'application des normes internationales du travail et de renforcer le rôle des parlements nationaux en ce qui concerne les matières sociales discutées à l'échelon international (PICARD (L.), "Des droits sociaux universels ? Le rôle de l'Organisation internationale du travail dans la mise en œuvre des droits sociaux", in ALIPRANTIS (N.), *Les droits sociaux dans les instruments européens et internationaux, défis à l'échelle mondiale*, Bruylant, Bruxelles, 2009, pp. 146-147).

30 Cet article évaluera l'accès effectif des travailleurs migrants en situation irrégulière devant les mécanismes quasi-juridictionnels et juridictionnels de contrôle exclusivement au niveau international. Cela n'exclut pas l'importance d'un accès simple, rapide et effectif devant les tribunaux nationaux.

en situation irrégulière devant un organe *quasi* juridictionnel de contrôle (2). L'intention est donc de vérifier si le droit atteint son but, en d'autres termes, s'il est effectif, pouvant être traduit par des actes ou des comportements tangibles³¹ car l'effectivité d'une règle de droit consiste en sa pleine réalisation³².

1) L'accès formel aux droits en vertu des instruments de l'OIT

La préoccupation liée aux travailleurs migrants a été présente dès la Constitution de cette organisation, élaborée en avril 1919 par la Commission de la législation internationale du travail et intégrée au Traité de Versailles (XIIIème partie). Le document fondateur souligne, dans le préambule de la partie VIII, qu'il vise "la défense des intérêts des travailleurs occupés à l'étranger". Le traité a donc attribué explicitement une compétence à l'organisation internationale du travail pour s'occuper des ouvriers émigrants. L'égalité de traitement entre travailleurs nationaux et étrangers fait partie de l'un des objectifs de l'action normative de l'OIT³³. Dûment mandatée en ce qui concerne la protection des travailleurs, l'OIT a adopté toute une série de conventions et de recommandations générales concernant des sujets variés: le travail forcé³⁴, la liberté syndicale et la protection du droit syndical³⁵, le droit d'organisation et de négociation collective³⁶, l'égalité

31 KELSEN (H.), "Théorie pure du droit", *Cahiers de philosophie Être et penser*, éd. De la Baconnière, Neuchatel, 1953, p. 63.

32 VISSCHER (C.), *Les effectivités du droit international public*, Paris, Pedone, 1967, p. 161.

33 HAMIDOU, B. A. (dir.), "Les normes de l'OIT relatives à la protection des travailleurs migrants", *Migration de Main d'œuvre pour l'intégration et le développement en Afrique de l'Ouest*, BIT, séminaire de l'OIM, 2004, p.3. La recommandation n° 2 sur la réciprocité de traitement de 1919 assure uniquement l'égalité de traitement en ce qui concerne la sécurité sociale sous condition de réciprocité. Son apport a été très limité car il s'agissait notamment des principes généraux et vagues, sans envisager aucune solution concrète.

34 Convention n° 29 sur le travail forcé, adoptée le 28 juin 1930, entrée en vigueur le 1^{er} mai 1932.

35 Convention n° 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, adoptée le 9 juillet 1948, entrée en vigueur le 4 juillet 1950.

36 Convention n° 98 sur le droit d'organisation et de négociation collective, adoptée le 1^{er} juillet 1949, entrée en vigueur le 18 juillet 1951.

de rémunération³⁷, l'abolition du travail forcé³⁸, la discrimination³⁹, l'âge minimum⁴⁰ et les pires formes de travail d'enfants⁴¹. Sauf indication contraire, ces conventions s'appliquent également aux travailleurs migrants, y compris à ceux en situation irrégulière.

Néanmoins, le phénomène de la migration de la main-d'œuvre a conduit l'OIT à considérer que la protection des travailleurs migrants exigeait une base juridique solide reposant sur le droit international car les instruments précédents n'étaient pas adaptés à la réalité actuelle. C'est ainsi que l'OIT a adopté en 1949 la première convention destinée à "faciliter [...] la distribution internationale de la main-d'œuvre et, en particulier, son mouvement des pays excédentaires vers les pays déficitaires"⁴². Cette convention⁴³ et la recommandation qui la complète⁴⁴ ont pour but d'assurer l'égalité de traitement entre travailleurs migrants nationaux et étrangers, tout en excluant l'exigence de réciprocité prévue dans les instruments précédents.

37 Convention n° 100 sur l'égalité de rémunération, adoptée le 29 juin 1951, entrée en vigueur le 23 mai 1953.

38 Convention n° 105 sur l'abolition du travail forcé, adoptée le 25 juin 1957, entrée en vigueur le 17 janvier 1959.

39 Convention n° 111 concernant la discrimination (emploi et profession), adoptée le 25 juin 1958, entrée en vigueur le 15 juin 1960.

40 Convention n° 138 sur l'âge minimum, adoptée le 26 juin 1973, entrée en vigueur le 19 juin 1976.

41 Convention n° 182 sur les pires formes de travail des enfants, adoptée le 17 juin 1999, entrée en vigueur le 19 novembre 2000.

42 V. § 4 (1) de la recommandation n° 86.

43 Convention n° 97 sur les travailleurs migrants (révisée), adoptée le 1^{er} juillet 1949, entrée en vigueur le 22 janvier 1952. Il s'agit de la première convention internationale consacrée à la protection des travailleurs migrants. En effet, la Convention n° 66 de 1939 relative à la "migration à des fins d'emploi" n'a jamais été en vigueur faute d'avoir été ratifiée. La révision de cette convention s'est effectuée dans le cadre de la 32^{ème} conférence à Genève au travers de la "convention sur les travailleurs migrants". L'objectif des instruments relatifs aux travailleurs migrants concernaient l'organisation et le contrôle des mouvements des travailleurs migrants vers les pays industrialisés. Pour plus de détails, v. HASENAU, M., "ILO Standards on Migrant Workers: The Fundamentals of the UN Convention and Their Genesis", *International Migration Review*, vol. 25, n° 4, édition spéciale: UN International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, hiver: 1991, p. 691.

44 Recommandation n° 86 sur les travailleurs migrants (révisée), adoptée le 1^{er} juillet 1949. La recommandation préconise des mesures destinées à compléter les dispositions de la Convention n° 97, ainsi que des dispositions visant à protéger les travailleurs migrants contre l'expulsion pour des motifs fondés sur l'insuffisance de leurs ressources ou sur la situation du marché d'emploi (partie VI).

Elles visent donc à assurer uniquement la protection des travailleurs migrants admis régulièrement⁴⁵. Les mesures de protection concernent le maintien d'un service gratuit d'information et d'aide aux migrants, ainsi que des mesures visant à assurer aux travailleurs migrants l'égalité de traitement dans un certain nombre de domaines, à savoir les conditions de vie et de travail, la sécurité sociale, les impôts liés au travail et l'accès à la justice⁴⁶. Comme toute convention internationale est le produit de son temps, on voit que la question relative aux travailleurs migrants irréguliers n'était pas encore à l'ordre du jour au moment de l'adoption de ces instruments⁴⁷.

Un changement de la politique migratoire de l'OIT s'est produit à partir de 1955, alors que pour des raisons économiques la migration des travailleurs n'était plus encouragée⁴⁸. Pendant les années 1970, quelques Etats industrialisés ont subi les conséquences de la récession et de la détérioration du marché du travail. La crise du pétrole de 1973 a entraîné des problèmes sociaux très graves dans les pays producteurs disposant de main d'œuvre immigrante abondante et a provoqué de nouveaux mouvements migratoires vers d'autres pays. Cette situation a amené l'OIT à adopter une nouvelle Convention internationale sur les travailleurs migrants en 1975 (C143)⁴⁹. La nouvelle Convention, qui vise à maîtriser les flux migratoires, devait compléter la Convention n° 97 de 1949⁵⁰. Pendant sa rédaction en

45 Article 11 de la Convention 97. R86 sur les travailleurs migrants (1949): Article 1 – "le terme travailleur migrant désigne une personne qui émigre d'un pays vers un autre pays en vue d'occuper un emploi autrement que pour son propre compte ; il inclut toute personne admise régulièrement en qualité de travailleur migrant".

46 V. articles 2, 3 § 1, 4, 5, 6, 8 et 9. La Convention dispose également de trois annexes, qui peuvent être ratifiés selon le choix de l'Etat (article 14).

47 Ces instruments ne contiennent que des références minimales à la protection de ce groupe considéré par l'OIT dans les travaux préparatoires de la Convention de 1975 comme étant vulnérable. La seule référence concerne l'obligation étatique de sanctionner les responsables de l'immigration clandestine ou illégale (art. 8, annexe I et article 13, annexe II de la Convention n° 97. V. CHOLEWINSKI (R.), *Migrant Workers in International Human Rights Law: Their Protection in Countries of Employment*, Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 132.

48 La recommandation n° 122, relative à la politique d'emploi, a renforcé l'argument selon lequel la migration internationale des travailleurs doit se faire conformément à la nécessité économique des Etats d'immigration et d'émigration.

49 Convention n° 143 sur les travailleurs migrants (dispositions complémentaires), adoptée le 23 juin 1975, entrée en vigueur le 9 décembre 1978. Recommandation n° 151 sur les travailleurs migrants, adoptée le 24 juin 1975.

50 La Convention C 143 et la recommandation n° 151 sur les travailleurs migrants devaient réviser et compléter les instruments précédents. Toutefois, la Conven-

1975, l'OIT devait s'occuper de la nécessité de créer de nouveaux emplois dans les Etats d'origine des migrants ainsi que de faire des efforts afin d'assurer l'emploi de la main-d'œuvre nationale avant de recruter des travailleurs migrants⁵¹. L'amélioration des conditions de travail dans les pays d'origine était donc fondamentale afin d'éviter l'accroissement non contrôlé du nombre de travailleurs migrants, y compris de ceux en situation irrégulière⁵². L'objectif d'éviter l'entrée de ces travailleurs dans le marché du travail explique la contradiction existante entre les dispositions de cette convention.

La première partie concerne la lutte contre les migrations dans des conditions abusives⁵³. L'absence de distinction entre les travailleurs en situation régulière et irrégulière dans le texte conventionnel fait en sorte que cette partie soit applicable pour la première fois aux travailleurs migrants en situation irrégulière. Toutefois, les droits protégés sont uniquement ceux considérés comme étant les plus "fondamentaux"⁵⁴. Ils n'incluent donc pas le droit à

tion 143 n'a été ratifiée que par 23 Etats.

51 Il ressort du § 1 de la recommandation 151 que: "1. Les Membres devraient appliquer les dispositions de la présente recommandation dans le cadre d'une politique d'ensemble relative aux migrations internationales aux fins d'emploi. Cette politique de migrations devrait être fondée sur les besoins économiques et sociaux des pays d'origine et des pays d'emploi; elle devrait tenir compte non seulement des besoins et des ressources à court terme en main-d'œuvre, mais aussi des conséquences économiques et sociales à long terme des migrations, tant pour les migrants que pour les communautés intéressées". Il en va de même pour la Convention n. 143, quatrième § des considérants: "Considérant en outre qu'afin de surmonter le sous-développement et le chômage structurel et chronique, les gouvernements de nombreux pays insistent toujours davantage sur l'opportunité d'encourager les déplacements des capitaux et des technologies plutôt que ceux des travailleurs, en fonction des besoins et des demandes de ces pays et dans l'intérêt réciproque des pays d'origine et des pays d'emploi;"

52 "Considérant le Programme mondial de l'emploi de l'OIT ainsi que la convention et la recommandation sur la politique de l'emploi, 1964, et soulignant la nécessité d'éviter l'augmentation excessive et non contrôlée ou non assistée des mouvements migratoires, à cause de leurs conséquences négatives sur le plan social et humain" (troisième considérant).

53 On voit apparaître dans cette convention la "traite" des êtres humains et l'appel fait aux Etats pour qu'ils poursuivent "les organisateurs des mouvements illégaux ou clandestins d'immigrants aux fins d'emploi et les personnes qui emploient des travailleurs migrants ayant émigré dans des conditions illégales" (Article 3).

54 Il s'agit, par exemple, du droit à la vie, de la protection contre la torture et les traitements inhumains ou dégradants, de la liberté et la sécurité contre l'arrestation arbitraire, du droit à un jugement équitable (articles 6, 7, 9 et 14 du PIDCP). V. Conférence internationale du travail, 66^{ème} session, Rapport du Comité d'experts

l'égalité d'opportunité et de traitement par rapport aux travailleurs nationaux. A part les mesures visant à combattre les migrations dans des conditions abusives, la Convention contient des mesures de protection en faveur des travailleurs migrants ayant perdu leur emploi, ainsi qu'en faveur de ceux qui se trouvent en situation irrégulière⁵⁵. Ces mesures de protection, déjà très limitées, sont confrontées aux dispositions de la seconde partie de la Convention, qui restreint le champ d'application de l'égalité de traitement et de chances aux seuls travailleurs migrants admis régulièrement. Cela signifie que ceux en situation irrégulière n'auront droit qu'à la perception du salaire et d'autres bénéfices sociaux découlant de la relation de travail déjà installée⁵⁶ car ils se trouvent exclus de toute garantie qui ne se limite pas aux emplois antérieurs⁵⁷. D'autres garanties concernent le droit de recours devant une instance administrative ou judiciaire en cas d'expulsion, ainsi que l'assistance judiciaire au même titre que les travailleurs nationaux, y compris la possibilité de se faire assister par un interprète⁵⁸. La même Convention détermine, en outre, que l'Etat doit prendre dès que possible une décision pour que le travailleur migrant sache si sa situation peut être régularisée⁵⁹.

sur l'application des conventions et recommandations, General Survey of the Reports relating to Conventions n. 97 and 143 and recommendations n. 86 and 151 concerning Migrant Workers, Bureau international du travail, Genève, 1980, 69, § 256 et 257. Inséré tardivement dans le texte conventionnel, l'article 1^{er} semble se détacher de l'objectif général de la première partie. Cet article n'a été introduit dans le texte de la convention qu'à l'occasion de la 60^{ème} session de la Conférence internationale du travail lors de l'adoption des instruments de 1975. Il s'agissait originellement d'un amendement proposé par les membres du gouvernement de l'Algérie et du Mexique. V. CHOLEWINSKI (R.), *Migrant Workers in International Human Rights Law*, op. cit., p. 103.

55 V. articles 8 et 9.

56 Selon le § 34 (1) de la Recommandation 151, rédigé au conditionnel, "tout travailleur migrant qui quitte le pays d'emploi devrait avoir droit, sans qu'il soit tenu compte de la légalité de son séjour dans ce pays: a) au solde de la rémunération due pour le travail qu'il a accompli, y compris les indemnités de fin de contrat normalement dues; b) aux prestations qui lui seraient dues en matière d'accidents du travail et de maladies professionnelles (...)". Afin de faire valoir leurs droits, le travailleur devrait pouvoir saisir l'organisme compétent et bénéficier de l'égalité de traitement en matière d'assistance judiciaire.

57 Il s'agit, par exemple, de l'égalité de chances et de traitement en matière d'emploi et de profession, de sécurité sociale, de droits syndicaux et culturels et de libertés individuelles et collectives (article 10).

58 § 33 de la recommandation 151.

59 Article 8 (1) de la recommandation 151.

Une véritable dichotomie s'est installée entre la première et la seconde partie de la Convention, autorisant de ce fait l'Etat qui la ratifie d'exclure de son acceptation la partie I ou II. Cette fragmentation qui permet une ratification *à la carte* a été considérée comme le seul moyen d'assurer un plus grand nombre de ratifications⁶⁰. Une contradiction similaire se trouve dans la recommandation n° 151, relative aux "travailleurs migrants" adoptée à la même année⁶¹. Si l'intention était de rendre effectifs les droits découlant de la relation de travail aux travailleurs migrants en situation régulière, on verrait mal comment mettre en œuvre les droits reconnus à ceux en situation irrégulière. Le contenu vague des clauses de protection fait encore défaut. Cette protection minimale consacrée aux travailleurs migrants en situation irrégulière est encore plus anéantie en raison du nombre insuffisant des ratifications, ceci malgré l'initiative de fragmenter la Convention de 1975 en deux parties.

2) Les possibilités d'accès effectif aux droits devant un organe *quasi* juridictionnel de contrôle

L'accès effectif des travailleurs migrants en situation irrégulière ne s'effectue pas directement à l'organe *quasi* juridictionnel de contrôle de l'OIT. Si les individus ne pourront pas adresser une réclamation au Bureau international du travail (BIT), ils pourront y accéder indirectement par le biais de l'envoi des informations pertinentes à leur organisation de travailleurs ou d'employeurs, conformément aux procédures prévues par la Constitution de l'OIT

60 Pour plus de détails, v. CHOLEWINSKI (R.), *Migrant Workers in International Human Rights Law*, *op. cit.*, pp. 100-101. Pour la nature des conventions de l'OIT ainsi que la procédure d'adoption et de mise en œuvre des conventions, v. WOLF, F., "L'interdépendance des Conventions internationales au travail", *R.C.A.D.I.*, 1967, II, vol. 121, pp. 113-219.

61 La première partie de la recommandation portant sur l'égalité de chances et de traitement, ne concerne que les travailleurs migrants et les membres de leurs familles qui se trouvent légalement sur le territoire d'un Etat membre. Toutefois, son article 8 mentionne expressément les travailleurs migrants dont la situation n'est pas régulière ou n'a pas pu être régularisée. Il confère certains droits extensifs à leurs familles résultant de leur emploi ou d'emplois antérieurs en matière de rémunération, de sécurité sociale, d'appartenance aux organisations syndicales et d'exercice des droits syndicaux. La partie III de la recommandation précise les normes minimales de protection, notamment en cas de perte d'emploi (pt. 32), d'expulsion (pt. 33: "Tout travailleur migrant faisant l'objet d'une mesure d'expulsion devrait bénéficier d'un droit de recours devant une instance administrative ou judiciaire (...)") et de départ du pays (pt. 34).

(2.1). Une analyse des réclamations présentées par les associations de travailleurs migrants sous les auspices de l'article 24 de la Constitution de l'OIT permettra de constater leur accès effectif aux mécanismes de contrôle de cette organisation⁶² (2.2).

2.1. La procédure de soumission des réclamations à l'OIT

Il est important de remarquer tout d'abord que les mécanismes de contrôle de l'OIT, contrairement à ceux développés dans le cadre des conventions des droits de l'homme de l'ONU, permettent l'accès des individus, représentés par une organisation de travailleurs ou d'employeurs, indépendamment de l'acceptation de la compétence de l'organe *quasi* juridictionnel par l'Etat mis en cause. L'accès effectif pourra donc être exercé automatiquement par une organisation professionnelle, ce qui a permis le développement d'une "jurisprudence" en matière de protection des droits du travail.

L'article 24 de la Constitution de l'OIT prévoit, en effet, qu'une organisation professionnelle des travailleurs ou des employeurs pourra adresser une réclamation au BIT au cas où elle jugerait qu'un quelconque des Membres n'aurait pas assuré d'une manière satisfaisante l'exécution d'une convention à laquelle il a adhéré⁶³. A la suite de la réception d'une réclamation, le Directeur général en accuse réception et en informe le gouvernement mis en cause. Il s'agit bien de la première étape de la procédure ouverte au titre de l'article 24, qui comporte quatre étapes au total. La deuxième concerne l'examen de la recevabilité de la réclamation. Parmi les critères énumérés à l'article 2 du règlement relatif à la procédure, on peut citer celle relative à l'exigence que la réclamation porte "sur une convention à laquelle le Membre mis en cause est partie"⁶⁴. En

62 L'auteur a effectué une recherche sur la base de données de l'OIT relative aux réclamations fondées sur l'article 24 de la Constitution, faisant référence aux travailleurs migrants de manière générale.

63 Au-delà de l'accès collectif, la Constitution de l'OIT prévoit également le dépôt des plaintes par un Etat membre au Bureau international du travail au sujet de l'application d'une convention. Pour plus de détails concernant cette procédure, v. les articles 26 à 34 de la Constitution de l'OIT.

64 V. Règlement relatif à la procédure à suivre pour l'examen des réclamations au titre des articles 24 et 25 de la Constitution de l'OIT, adopté par le Conseil d'administration à sa 57e session (8 avril 1932). Modifié par le Conseil à sa 82e session (5 février 1938), à sa 212e session (7 mars 1980), à sa 291e session (18 novembre 2004), disponible sur le site: http://www.ilo.org/global/standards/information-resources-and-publications/publications/WCM_041900/lang-en/index.htm.

cas de recevabilité de la réclamation⁶⁵, la troisième étape prévoit son renvoi à un Comité tripartite, dont les membres sont désignés par le Conseil d'administration⁶⁶. La seule exception consiste à une réclamation relative aux droits syndicaux. Dans ce cas, elle pourra être renvoyée au Comité de la liberté syndicale⁶⁷. On passe donc à la quatrième étape, dans laquelle l'examen de la réclamation sera effectué⁶⁸. Une fois terminé l'examen de la réclamation quant au fond, le Comité devra présenter au Conseil d'administration un rapport décrivant les mesures prises pour examiner la réclamation. Ce rapport doit contenir ses conclusions sur les questions soulevées et ses recommandations quant à la décision à prendre par le Conseil d'administration⁶⁹. La procédure est conclue avec l'examen de la réclamation par le Conseil d'administration⁷⁰, qui se réunit à huit clos. Le Conseil d'administration pourra rendre la réclamation publique, ainsi que la déclaration reçue en réponse au cas où il considère que le gouvernement mis en cause n'a pas envoyé une déclaration dans un délai raisonnable ou si la déclaration éventuellement reçue ne paraît pas satisfaisante⁷¹. Le Conseil d'administration pourra également engager d'office la procédure de plainte prévue à la constitution de l'OIT au cas où il considère que le gouvernement mis en cause n'a pas mis en œuvre une convention de manière satisfaisante⁷². Si cette procédure est généralement respectée par les organisations des travailleurs, il importe de savoir à l'instant si ces associations revendiquent le respect des droits des travailleurs migrants.

2.2. Les réclamations faisant référence aux travailleurs migrants soumises à l'OIT

La procédure de contrôle prévue par la Constitution de l'OIT a déjà été mise en œuvre en ce qui concerne les droits des travailleurs

65 L'objectif de l'examen de la recevabilité de la réclamation est de vérifier les conditions préalables qui doivent être remplies avant que le Conseil d'administration puisse passer à l'examen du fond de la réclamation, ainsi que formuler des recommandations.

66 Article 3, § 1 du règlement.

67 Article 3, § 2 du règlement. La procédure devant le Comité de la liberté syndicale sera analysée lors de la deuxième partie de cet article.

68 Article 4, 5 et 6 du règlement.

69 Article 6 du règlement.

70 Article 7 du règlement.

71 V. article 25 de la Constitution et article 8 du règlement.

72 Il s'agit la possibilité prévue à l'article 24, § 4 de la Constitution de l'OIT.

migrants. Actuellement, trois réclamations concernent le non respect de la Convention n° 97 sur les travailleurs migrants (révisée) de 1949 et de celle adoptée en 1975⁷³. La première réclamation a été présentée au BIT en 1991 par l'Organisation internationale des employeurs (OIE) et la Fédération vénézuélienne des chambres et associations de commerce et de production (FEDECAMARAS)⁷⁴. Elles allèguent l'inexécution par le gouvernement du Venezuela de plusieurs conventions de l'OIT, y compris celle relative aux travailleurs migrants (dispositions complémentaires), adoptée en 1975 (convention n° 143), dûment ratifiée par le Venezuela. Les organisations plaignantes indiquent que la loi organique du travail établit que la proportion des travailleurs ressortissants du pays employés dans une entreprise et dans une exploitation rurale doit être supérieure à 80 et 90% par rapport aux travailleurs étrangers. Selon le Comité, cette exigence viole l'article 10 de la convention, consacré à l'égalité des chances et de traitement en matière d'emploi et de profession, de sécurité sociale, des droits syndicaux et culturels et de libertés individuelles et collectives, ainsi que l'article 12, alinéa g, qui prévoit le principe d'égalité de chances et de traitement en matière de conditions de travail entre tous les travailleurs migrants exerçant une même activité. Le Comité a invité le gouvernement à prendre les mesures nécessaires afin de se conformer aux dispositions de la convention pertinente. Il est important de préciser que les dispositions en cause ne visent que les travailleurs se trouvant légalement sur le territoire de l'Etat. En l'espèce, l'organisation plaignante a insisté que la plupart des étrangers migrants étaient venus légalement dans le pays.

La deuxième réclamation a été présentée en 1997 par la Confédération générale des travailleurs de l'Argentine (CGT) à propos du manquement par le gouvernement de l'Espagne de la convention n° 97 sur les travailleurs migrants (révisée), 1949, de la convention n° 111 concernant la discrimination (emploi et profession), 1958,

73 Cette recherche a été conclue à la fin de 2010.

74 Rapport du Comité chargé d'examiner la réclamation alléguant l'inexécution par le Venezuela des conventions internationales du travail nos. 4, 81, 87, 88, 95, 98, 100, 111, 143, 144 et 158, présentée en vertu de l'article 24 de la Constitution de l'OIT par l'Organisation internationale des employeurs (OIE) et la Fédération vénézuélienne des Chambres et Associations de commerce et de production (FEDECAMARAS).

et de la convention n° 122 sur la politique de l'emploi, 1964⁷⁵. Les conventions mentionnées ont été dûment ratifiées par l'Espagne. La CGT soutient, au nom de l'Association des odontologistes diplômés d'Argentine, l'existence de discrimination en matière d'emploi car l'Espagne s'est refusée de continuer à autoriser les dentistes ayant obtenu leur diplôme en Argentine à travailler en Espagne. Le gouvernement espagnol a ajouté une formalité à la procédure d'homologation des diplômes étrangers d'odontologie. Selon le plaignant, ces mesures constituent une violation des conventions de l'OIT et d'un accord bilatéral de coopération culturelle conclu en 1971 entre l'Espagne et l'Argentine, permettant la reconnaissance mutuelle des diplômes universitaires délivrés ou reconnus par chacun des pays. Le Comité a limité son analyse aux conventions de l'OIT souscrites par l'Espagne. Il a réfuté l'argument consistant à une violation des conventions n° 111 et 122 car toutes les deux, qui portent sur la non discrimination dans l'emploi et la profession et sur le libre choix de l'emploi respectivement, ne visent pas des distinctions faites entre nationaux du pays concerné et ressortissants étrangers⁷⁶. La seule convention qui pourrait être applicable est celle relative aux travailleurs migrants (convention n° 97), en ce

75 Rapport du Comité chargé d'examiner la réclamation alléguant l'inexécution par l'Espagne de la convention (no 97) sur les travailleurs migrants (révisée), 1949, de la convention (no 111) concernant la discrimination (emploi et profession), 1958, et de la convention (no 122) sur la politique de l'emploi, 1964, présentée en vertu de l'article 24 de la Constitution de l'OIT par la Confédération générale des travailleurs de l'Argentine (CGT).

76 La notion d'"ascendance nationale" mentionnée dans le texte des conventions diffère de celle de "nationalité". Dans le premier cas, il s'agit plutôt des distinctions établies entre les citoyens d'un même pays en fonction du lieu de naissance, de l'ascendance ou de l'origine étrangère. La convention n° 111 définit le terme discrimination comme étant "toute distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, l'**ascendance nationale** ou l'origine sociale, qui a pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité de chances ou de traitement en matière d'emploi ou de profession (...)" (article 1^{er}, souligné par l'auteur). La convention n° 122, quant à elle, prévoit "qu'il y aura libre choix de l'emploi et que chaque travailleur aura toutes possibilités d'acquérir les qualifications nécessaires pour occuper un emploi qui lui convienne et d'utiliser, dans cet emploi, ses qualifications ainsi que ses dons, quels que soient sa race, sa couleur, son sexe, sa religion, son opinion politique, son **ascendance nationale** ou son origine sociale" (article 1, § 2, c, souligné par l'auteur). Pour plus de détails concernant le critère de l'ascendance nationale et sa distinction par rapport à la nationalité, v. NIELSEN (H. K.), "The Concept of Discrimination in ILO Convention No.111", *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 43, n° 4, octobre 1994), pp. 827-856, spéc. p. 840.

qu'elle prévoit l'application sans discrimination de nationalité d'un traitement qui ne soit pas moins favorable que celui appliqué aux propres ressortissants des Etats ayant ratifié la convention (articles 2 et 6 de la convention). Or, la CGT n'a pas apporté de preuve afin d'établir l'existence d'une discrimination entre les dentistes argentins et espagnols car la formalité exigée ne se limitait pas aux seuls argentins et n'était donc pas contraire à la convention précitée. C'est la raison pour laquelle aucune recommandation n'a été faite au gouvernement espagnol.

La troisième réclamation a été présentée au BIT par le Congrès philippin des syndicats (TUCP) en 2003, alléguant que le gouvernement chinois n'a pas respecté la convention n° 97 lorsqu'il a approuvé certaines mesures ayant des conséquences pour les travailleurs domestiques philippins dans la Région administrative spéciale (RAS) de Hong-Kong⁷⁷. Il s'agit notamment de la réduction envisagée du salaire minimum des travailleurs domestiques de 400 dollars par mois, de l'imposition d'une taxe mensuelle de 400 dollars à tous ceux qui emploient des travailleurs domestiques étrangers, de l'exclusion des travailleurs domestiques étrangers n'ayant pas résidé dans la RAS de Hong-Kong pendant au moins sept ans du bénéfice des services de santé publique subventionnés et de l'impossibilité de retravailler en RAS en cas de violation du contrat d'emploi soit par l'employeur, soit par le travailleur domestique étranger. Selon le TUCP, ces mesures constituent une violation du principe de non discrimination, prévu à l'article 6 de la convention précitée.

Le Comité a estimé qu'il ne pouvait pas déterminer s'il y eu violation du principe de non discrimination en ce qui concerne la rémunération car il ne disposait pas de suffisamment d'informations pour pouvoir établir une comparaison entre les travailleurs étrangers et les ressortissants. Quant à l'imposition d'une taxe mensuelle à ceux qui emploient les travailleurs domestiques étrangers, le Comité a fait valoir que cette mesure pouvait constituer une violation du principe d'égalité de traitement. Une telle taxe viole les principes d'équité et de proportionnalité. En ce qui concerne l'exclusion automatique des bénéfices sociaux, le Comité a considéré que cette mesure constitue une violation du principe d'égalité de traitement

⁷⁷ Rapport du Comité chargé d'examiner la réclamation alléguant l'inexécution par la Chine - Région administrative spéciale de Hong-Kong de la convention (no 97) sur les travailleurs migrants (révisée), 1949, présentée en vertu de l'article 24 de la Constitution de l'OIT par le Congrès philippin des syndicats (TUCP).

en matière de sécurité sociale, ainsi que de l'article 6, paragraphe 1, alinéa b, sous-alinéa ii de la Convention⁷⁸. Les dispositions de ce dernier, de l'avis du Comité, ne sauraient être interprétées comme un motif d'exclusion automatique d'une catégorie spécifique de travailleurs migrants des prestations de sécurité sociale et seraient contraires à l'esprit de la convention. Cette solution peut ouvrir la voie à une interprétation téléologique capable d'étendre des droits aux travailleurs migrants en situation irrégulière. Finalement, le Comité a souligné que la question relative aux conséquences de la cessation des contrats et le droit des travailleurs migrants en cas de perte d'emploi n'a pas été abordée par la convention en l'espèce⁷⁹. Elle ne prévoit l'égalité de traitement qu'en ce qui concerne les actions en justice⁸⁰. Cet argument n'a pas été soulevé par l'organisation plaignante. Compte tenu de ce qui précède, le Comité a recommandé au Conseil d'administration de demander instamment au gouvernement de ne pas prendre les mesures afin de se conformer aux dispositions de la convention n° 97, notamment celles relatives à la non discrimination entre travailleurs nationaux et migrants en matière de rémunération et de sécurité sociale.

On constate donc dans les affaires précitées qu'il n'était pas question de soulever des questions liées à la régularité de la situation de ces travailleurs migrants. Ces derniers ne pourront saisir le Comité tripartite qu'à propos des conventions ratifiées par l'Etat d'emploi. La protection à *la carte* fournie par les conventions consacrées spécifiquement à la protection des travailleurs migrants, combinée avec le taux faible de ratification des Etats récepteurs forment un double obstacle difficile d'être transposé. C'est la raison pour laquelle le Comité serait peut-être plus accessible aux travailleurs migrants en situation irrégulière en cas de violation des conventions générales de l'OIT par l'Etat d'emploi. Nier cette évidence en écartant tous les travailleurs migrants, indépendamment de leur statut du champ d'application de ces conventions équivaldrait aller à l'encontre de leur esprit, comme déjà reconnu par le Comité.

78 Cet article prévoit que la législation nationale peut prescrire des dispositions particulières en ce qui concerne les prestations ou fractions de prestations payables exclusivement sur les fonds publics.

79 Ces questions sont traitées par la convention n° 143, qui n'a pas été ratifiée par la Chine.

80 V. article 6, § 1, alinéa d.

B) Le droit conventionnel de l'ONU: une protection renforcée mais toujours à la carte

Le rôle de l'ONU s'est concrétisé avec l'adoption de la Convention sur la protection des travailleurs et des membres de leur famille, qui confère formellement des droits aux travailleurs migrants en situation irrégulière (1). La résolution adoptant la Convention est claire en ce qui concerne la réaffirmation de la validité permanente des principes et des standards établis par les instruments internationaux précédents, notamment ceux relatifs à la protection des droits de l'homme⁸¹. La reconnaissance des droits ou l'accès formel à ces droits sera évaluée ici conjointement avec l'accès effectif. L'intention est de dépasser la reconnaissance formelle des droits afin d'évaluer si les individus pourront accéder effectivement

81 On ne peut pas négliger ici les initiatives prises à l'échelle universelle et régionale qui s'appliquent également aux travailleurs migrants, indépendamment de leur statut migratoire. Il convient toutefois de mentionner que l'auteur se limitera à analyser ici les initiatives prises par l'ONU consacrées spécifiquement à la protection des travailleurs migrants, y compris ceux en situation irrégulière. Au niveau universel, il s'agit notamment de la Déclaration des droits de l'homme, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Le Comité PIDESC adopte des observations générales concernant l'interprétation du contenu des dispositions relatives aux droits de l'homme qui ont clarifié l'applicabilité des droits aux travailleurs migrants irréguliers (V. à ce sujet les observations générales n° 14 (2000), portant sur "le droit à jouir du meilleur état de santé (art. 12) ; n° 18 (2005), portant sur "le droit au travail (art. 6) ; n° 20 (2009), relative à "la non-discrimination en matière économique, sociale et culturelle (art. 2, § 2)".), ainsi que du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. En ce qui concerne le niveau régional, on pourrait citer la Charte sociale européenne et la Convention européenne relative au statut du travailleur migrant, la Convention américaine des droits de l'homme et la Charte africaine des droits de l'homme. La Charte sociale européenne relie le bénéfice des droits consacrés à la régularité du séjour ou à la régularité de l'emploi V. article 19, consacré au droit des travailleurs migrants et de leurs familles à la protection et à l'assistance. Les paragraphes 4, 5, 7 et 8 excluent certains droits aux travailleurs qui ne se trouvent pas légalement sur le territoire d'un Etat Partie). La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne réserve le bénéfice des prestations de sécurité sociale aux seuls ressortissants des Etats tiers qui résident ou se déplacent régulièrement à l'intérieur de la Communauté (art. 34 (2) de la Charte). Le Comité de la Charte a effectué une interprétation téléologique de façon à inclure les ressortissants des Etats tiers en situation irrégulière dans son champ d'application. Pour plus de détails, v. note 138, p. 28 de ce travail. La régularité du séjour joue aussi un rôle en matière de garanties procédurales offertes aux étrangers visés par une mesure d'expulsion (v. article 1^{er} du protocole n.7 de la convention européenne des droits de l'homme).

aux droits à travers le Comité des travailleurs migrants, le dernier organe *quasi* juridictionnel institué dans le cadre de l'ONU (2).

1) L'accès formel aux droits en vertu des instruments de l'ONU

Après plus de dix ans de délibération, l'Assemblée générale a finalement adopté le 18 décembre 1990 la version finale de la Convention, qui est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2003 après avoir obtenue un minimum de vingt ratifications. Toutefois, aucun pays occidental récepteur n'a ratifié la Convention, y compris ceux faisant partie du groupe MESCA⁸². On sait que l'objectif qui a présidé la Convention est d'améliorer le respect des droits de l'homme pour les migrants⁸³. Les travaux préparatoires de la convention laissent comprendre que l'application du traitement national aux travailleurs migrants n'est pas suffisante afin de protéger leurs droits. Ils doivent bénéficier d'une protection additionnelle. En tenant compte de cette nécessité, la Convention possède quatre objectifs généraux: unifier le corps des règles applicables aux travailleurs migrants ; compléter les instruments antérieurs car "les droits des travailleurs migrants et des membres de leur famille n'ont pas été suffisamment reconnus et qu'ils doivent donc bénéficier d'une protection internationale appropriée"; améliorer la situation des travailleurs migrants et de

82 Ce groupe, composé des pays méditerranéens et scandinaves a été le responsable de la rédaction de la Convention sur la protection des travailleurs et des membres de leurs familles sous les auspices de l'ONU. La doctrine avait déjà pointé les raisons de l'absence de ratification: FITZPATRICK (J.), *The human rights of migrants*, in ALEINIKOFF (T. A.), CHETAIL (V.) *Migration and international legal norms*, T.M.C. Asser Press, La Haye, 2003, pp. 169-184, spéc. p. 177 ; HUNE (S.), NIESSEN (J.), "Ratifying the UN Migrant Workers Convention: Current Difficulties and Prospects", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 12 (1994), No. 4, pp. 393-404; TARAN (P.A.), "The Need for a Rights-Based Approach to Migration in the Age of Globalization", in CHOLEWINSKI (R.), GUCHTENEIRE (P. DE), PÉCOUD (A.) (dir.), *Migration and Human Rights: the United Nations Convention on Migrant Workers' Rights*, Cambridge [etc.], Cambridge University Press; Paris, UNESCO Publishing, 2009, p. 154.

83 Pour plus de détails sur la convention, v. CHOLEWINSKI (R.), *Migrant Workers in International Human Rights Law*, *op. cit.*, p. 83 et s.; BOHNING, R., "The ILO and the New UN Convention on Migrant Workers: The Past and Future", *International Migration Review*, vol. 25, n° 4, édition spéciale: UN International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, hiver: 1991, pp. 702 et s.; v. NIESSEN, J., TARAN, P. A., "Using the New Migrant Workers' Rights Convention", *International Migration Review*, vol. 25, n° 4, édition spéciale: UN International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, hiver: 1991, pp. 859-865.

leurs familles et prévenir et éliminer les mouvements clandestins ainsi que le trafic de travailleurs migrants⁸⁴.

Les droits des travailleurs migrants se regroupent selon deux catégories générales. La première porte sur les droits des travailleurs migrants et des membres de leur famille (Partie III), qui s'appliquent à tous les travailleurs migrants, y compris ceux en situation irrégulière. Ces droits concernent les droits civils et politiques (art. 8-24) et les droits économiques, sociaux et culturels (art. 25-35). La seconde catégorie renvoie à la Partie IV de la convention, qui consacre des droits spécifiques applicables uniquement aux travailleurs migrants en situation régulière. La convention établit donc deux sortes de protection, une plus extensive applicable aux travailleurs migrants réguliers et une autre plus restrictive, applicable à ceux irréguliers. On pourrait se poser la question de savoir qu'elle est la raison d'une telle distinction. Afin de répondre à cette question il faudra recourir à l'intention des rédacteurs de cette convention par le biais des travaux préparatoires. Ce n'est effectivement pas par hasard que les rédacteurs ont opté pour l'emploi de "Partie" avec un "p" majuscule. L'intention était bien de se soustraire à l'application de quelques parties de la Convention sans violer son article 88. Cet article indique que l'Etat qui ratifie ou adhère à la Convention " (...) ne peut exclure l'application d'une Partie quelconque de celle-ci ou, sans préjudice de l'article 3, exclure une catégorie quelconque de travailleurs migrants de son application". La lecture de ce dernier semble faire ressortir le compromis fragile obtenu entre, d'une part, les Etats membres qui auraient préféré que la Convention constitue un seul paquet sans la possibilité d'introduire des réserves et, d'autre part, ceux qui souhaitaient fragmenter la convention et choisir uniquement la partie qui leur convenait⁸⁵. Par conséquent, les Etats sont autorisés à introduire des réserves à condition qu'elles n'éliminent pas toute une "Partie" de la Convention⁸⁶. Cette possibilité permettrait d'assurer un nombre plus élevé de ratifications. Certains Etats ont proposé

84 § 11 et 13 du préambule.

85 V. NAFZIGER (J. A. R.), BARTEL (B. C.), "The Migrant Workers Convention: Its Place in Human Rights Law", *International Migration Review*, vol. 25, n° 4, édition spéciale: U.N. International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families, hiver, 1991, pp. 771-799, spéc. p. 785.

86 Contrairement aux conventions de l'ONU, on sait que celles de l'OIT n'admettent pas de réserve (V. WOLF, F., "L'interdépendance des Conventions internationales au travail", *R.C.A.D.I.*, 1967, II, vol. 121, pp. 113-219).

l'inclusion d'une clause de réciprocité. Cependant, celle-ci a été exclue du texte final de la Convention par le *Open-ended Working Group*⁸⁷.

La plupart des droits mentionnés aux articles de la Convention se rapportant aux travailleurs migrants y compris à ceux en situation irrégulière sont déjà prévus dans le texte d'autres conventions internationales, notamment dans les conventions internationales des droits de l'homme⁸⁸. Néanmoins, quelques droits nouveaux ont été explicitement reconnus à tous les travailleurs migrants, comme par exemple ceux prévus aux articles 33, 25 et 22 de la Convention. L'article 33 quant à lui impose aux Etats d'origine, d'emploi ou de transit de diffuser les droits des travailleurs migrants. Le point 3 de cet article flexibilise toutefois cette obligation, permettant que les informations soient fournies dans une langue qu'ils ne comprennent pas. En ce qui concerne l'article 25, premier alinéa, celui-ci affirme que les travailleurs migrants doivent bénéficier d'un traitement non moins favorable que celui dont bénéficient les nationaux de l'Etat d'emploi en matière de rémunération et d'autres conditions de travail et d'emploi. Selon l'alinéa 2 de cet article, le principe de l'égalité de traitement ne peut pas être dérogé légalement dans les contrats de travail privés. L'alinéa 3 concerne explicitement la protection des travailleurs migrants en situation irrégulière: il impose aux Etats d'adopter toutes les mesures nécessaires "afin de faire en sorte que

87 Le groupe de travail des Nations Unies a adopté le texte final des propositions par consensus. Tous les Etats membres de l'ONU étaient libres de participer, c'est pourquoi le groupe était "open-ended". La participation a varié entre 30 et 60 délégations. Pour plus de détails, v. LONNROTH, J., "The International Convention of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families in the Context of International Migration Policies: An Analysis of Ten Years of Negotiation", *International Migration Review*, vol. 25, n° 4, édition spéciale: UN International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, hiver: 1991, pp. 710-736.

88 Il s'agit notamment de la Déclaration universelle des droits de l'homme, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques et de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale. La meilleure façon de comprendre dans quelle mesure la Convention de l'ONU a introduit de nouveaux droits, a élargi les droits existants ou a limité de tels droits consiste à analyser comparativement ses articles par rapport aux conventions internationales des droits de l'homme. Cette analyse a été effectuée par NAFZIGER (J. A. R.), BARTEL (B. C.), *op. cit.*, p. 781.

les travailleurs migrants ne soient pas privés des droits qui dérivent de ce principe en raison de l'irrégularité de leur situation en matière de séjour ou d'emploi". Il ajoute qu'"une telle irrégularité ne doit pas avoir pour effet de dispenser l'employeur de ses obligations légales ou contractuelles ou de restreindre d'une manière quelconque la portée de ses obligations". Finalement, l'article 22 porte sur l'interdiction des expulsions collectives des travailleurs migrants et des membres de leurs familles et établit des conditions pour les expulsions individuelles, qui doivent respecter le procès équitable.

Fruit d'un compromis délicat entre les Etats, on voit que la Convention essaye de concilier la protection des droits de l'homme des travailleurs migrants irréguliers avec le contrôle étatique de la politique nationale d'immigration. Elle prévoit quelques clauses visant à protéger la souveraineté nationale, notamment l'article 68, consacré à la prévention et à l'élimination des mouvements et à l'emploi illégal ou clandestin de travailleurs migrants en situation irrégulière. Dans le même sens, on signale également l'article 79, relatif au droit de chaque Etat partie de fixer les critères régissant l'admission des travailleurs migrants et des membres de leurs familles⁸⁹. Malgré ces clauses de souveraineté, plusieurs Etats, y compris ceux qui ont participé activement à la rédaction de l'instrument, n'ont pas ratifié le texte final de la convention. Cette réticence s'explique par des raisons économiques et politiques, qui donnent la priorité à la lutte contre l'immigration "clandestine" au détriment du respect des droits fondamentaux.

A partir de l'analyse de l'accès formel aux droits, il faudra évaluer si les travailleurs migrants en situation irrégulière auront une voie d'accès permettant de faire valoir les droits reconnus par la Convention au niveau international.

2) Les possibilités d'accès effectif aux droits devant un organe *quasi* juridictionnel de contrôle

L'accès effectif aux droits prévus dans le texte conventionnel doit se faire devant son organe *quasi* juridictionnel de contrôle. En effet, le Comité des travailleurs migrants est compétent pour contrôler la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille qui font l'objet de la Convention internationale de

⁸⁹ Sur ce point, v. CHOLEWINSKI (R.), *Migrant Workers in International Human Rights Law*, *op. cit.*, p. 190.

l'ONU⁹⁰. Il s'agit du dernier organe conventionnel institué dans le système des Nations Unies. Le Comité est composé de dix experts au moment de l'entrée en vigueur de la Convention et de quatorze experts à la suite de son entrée en vigueur⁹¹. Si ses compétences n'innovent pas par rapport à celles conférées aux autres comités des conventions des droits de l'homme de l'ONU, on souligne ici son pouvoir de recevoir des communications individuelles. Une proposition dans ce sens, finalement incluse à l'article 77 de la convention, a été faite par l'Hollande lors des dernières phases du processus de rédaction. Il s'agit d'une voie d'accès privilégiée des particuliers devant le Comité afin de faire valoir leurs droits en vertu de la Convention. Ce mécanisme, qui a trouvé une forte opposition des Etats d'emploi des travailleurs migrants, devrait suppléer celui relatif aux communications interétatiques, à l'exemple de la compétence des comités des conventions des droits de l'homme⁹².

Il existe toutefois une condition pour que cette procédure puisse être activée: il faudra que dix Etats parties aient accepté la compétence du Comité en vertu de l'article 77 de la Convention⁹³. Pour l'instant,

90 V. sur le sujet, VANHEULE (D.), "The international Convention on the Protection of the Rights of all Migrant Workers and Member of Their Families", in ISA (F. G.) (dir.), FEYTER (K.), *International Human Rights Law in a Global Context*, University of Deusto, Bilbao, 2009, pp. 473-494 et BUERGENTHAL (T.), SHELTON (D.), STEWART (D. P.), *International Human Rights in a nutshell*, éd. West Publishing Co., 4^{ème} éd., St. Paul, 1998, pp. 108-111 ; EDELENBOS (C.), "Committee on Migrant Workers and Implementation of the ICRMW", in CHOLEWINSKI (R.), GUCHTENEIRE (P. DE), PÉCOUD (A.) (dir.), *Migration and Human Rights: The United Nations Convention on Migrant Workers' Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 100-121.

91 La détermination du nombre d'experts a fait l'objet d'intenses débats au sein du groupe de travail. Certains auraient préféré un comité moins nombreux pour des raisons financières et pratiques, alors que d'autres soutenaient qu'un comité plus nombreux serait plus adéquat à la complexité de la convention et pourrait assurer une défense géographique équitable de l'intérêt des Etats d'envoi et de réception des travailleurs migrants. V. sur ce point, CHOLEWINSKI (R.), *Migrant Workers in International Human Rights Law*, op. cit., p. 193.

92 Pour plus de détails, v. *Ibid*, p. 195.

93 Il en va de même en ce qui concerne les communications émanées d'un Etat partie de la convention (article 76, 1). Selon l'article 77 de la Convention, "1. Tout Etat partie à la présente Convention peut, en vertu du présent article, déclarer à tout moment qu'il reconnaît la compétence du Comité pour recevoir et examiner des communications présentées par ou pour le compte de particuliers relevant de sa juridiction qui prétendent que leurs droits individuels établis par la présente Convention ont été violés par cet Etat partie. Le Comité ne reçoit aucune communication intéressant un Etat partie qui n'a pas fait une telle déclaration". L'alinéa 8 dispose

seulement deux Etats ont émis une déclaration reconnaissant la compétence du Comité pour recevoir des communications concernant les prétendues violations des droits consacrés par la Convention. Il s'agit du Guatemala et du Mexique. C'est la raison pour laquelle les travailleurs migrants en situation irrégulière ne pourront pas encore saisir le Comité afin qu'il exerce ses fonctions *quasi* contentieuses⁹⁴. Néanmoins, on pourrait s'en douter que l'obtention du nombre minimum de déclarations serait suffisante afin de protéger les droits des travailleurs migrants en situation irrégulière. Comme on l'a vérifié ci-dessus, les Etats ayant ratifié la Convention ne sont pas des Etats d'emploi, mais plutôt des Etats d'envoi des travailleurs migrants. En l'absence d'une acceptation universelle du texte conventionnel, les possibilités d'accès individuel offertes à travers le Comité seront condamnées à sommeiller dans le texte conventionnel, sans jamais pouvoir être exercées de manière effective. L'accès aux droits demeure dans ce cas uniquement formel.

La Convention ne prévoit aucun mécanisme de contrôle à part ceux découlant des communications des particuliers et Etats parties. Si un Etat viole une disposition de la convention, il n'y a aucune sanction susceptible d'être appliquée par le Comité. La seule disposition concernant le contrôle des particuliers concerne l'article 84 de la Partie VIII, qui affirme que chaque Etat partie s'engage à garantir que les personnes ayant leurs droits et libertés violés devront

que "Les dispositions du présent article entreront en vigueur lorsque dix Etats parties à la présente Convention auront fait la déclaration prévue au paragraphe 1 du présent article. Ladite déclaration est déposée par l'Etat partie auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, qui en communique copie aux autres Etats parties. Une déclaration peut être retirée à tout moment au moyen d'une notification adressée au Secrétaire général. Ce retrait est sans préjudice de l'examen de toute question qui fait l'objet d'une communication déjà transmise en vertu du présent article; aucune autre communication soumise par ou pour le compte d'un particulier ne sera reçue en vertu du présent article après que le Secrétaire général aura reçu notification du retrait de la déclaration, à moins que l'Etat partie intéressé n'ait fait une nouvelle déclaration".

94 Le seul Comité qui exerce des fonctions *quasi* juridictionnelles est celui des droits de l'homme, institué par le Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966. En vertu du Protocole facultatif relatif au pacte international relatif aux droits civils et politiques, le comité reçoit et examine les communications qui émanent des particuliers qui prétendent avoir été victimes d'une violation d'un des droits énoncés dans le pacte (article 1^{er}).

disposer “d’un recours utile même si la violation a été commise par des personnes agissant dans l’exercice de leurs fonctions officielles”. Si une personne a exercé un tel recours, il faudra garantir que sa plainte soit examinée par les autorités compétentes étatiques. L’Etat en cause doit développer “les possibilités de recours juridictionnels” en donnant “suite à tout recours qui aura été reconnu justifié “. Toutefois, il n’y a aucune disposition prévoyant une immunité aux travailleurs migrants irréguliers qui décident de saisir les autorités nationales afin de faire prévaloir leurs droits en vertu de la Partie III de la convention⁹⁵. C’est ainsi que l’absence de moyens de contrôle des dispositions de la convention peut faire en sorte qu’elle devienne *a white elephant*⁹⁶. Le rôle des ONGs sera fondamental afin de faire pression sur les mécanismes de contrôle⁹⁷. Celles-ci pourront assister les individus pour envoyer une communication au Comité de contrôle de la Convention⁹⁸. Pour l’instant, l’absence de déclaration acceptant la compétence de ce Comité implique une limitation du système à la soumission des rapports étatiques et à leur analyse. Le mécanisme de contrôle de la Convention de l’ONU semble donc plus faible que celui prévu dans le cadre de l’OIT.

De toute façon, les mécanismes évalués qui répondent à une lecture restrictive des droits, c’est-à-dire, qui ont été institués sur la base des conventions ratifiées, ne s’avèrent pas susceptibles de fournir un accès formel et effectif aux droits des travailleurs migrants en situation irrégulière. C’est la raison pour laquelle on devrait concevoir une lecture extensive des droits.

95 V. sur le sujet BOSNIAK (L.), *op. cit.*, p. 760.

96 CHOLEWINSKI (R.), *Migrant Workers in International Human Rights Law*, *op. cit.*, p. 199.

97 Selon Henri STEINER, les conséquences de l’utilisation plus fréquente du mécanisme de communications individuelle pourraient être remarquables. V. sur le sujet STEINER (H. J.), “Individual Claims in a World of Massive Violations: What Role for the Human Rights Committee?”, in ALSTON (P.), CRAWFORD (J.), *The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring*, éd. Cambridge University Press, Cambridge, New York, Oakleigh, 2000, p. 34.

98 Pour le rôle des ONGs, v. NIESSSEN (J.), TARAN (P. A.), “Using the New Migrant Workers’ Rights Convention”, *International Migration Review*, vol. 25, n° 4, édition spéciale: UN International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, hiver: 1991, pp. 862-863.

II. UNE LECTURE EXTENSIVE DES DROITS OU A *PRINCIPLE-BASED APPROACH*

L'intention de protéger les travailleurs migrants irréguliers ne fait pas bon ménage avec les exigences de la souveraineté nationale, dont l'objectif est de contrôler le flux migratoire. Afin de combler les lacunes des conventions internationales applicables aux travailleurs migrants en situation irrégulière, dont la protection demeure fragmentée et *à la carte*, une lecture extensive des droits s'impose. Cette vision progressiste des droits, allant au-delà des obligations conventionnelles, est fondée plutôt sur les principes au détriment d'une approche positiviste⁹⁹. La portée des principes ne doit pas être sous-estimée car ceux-ci vont guider l'adoption et l'application du droit international¹⁰⁰. Ils sont donc supérieurs aux normes de droit positif car ils reflètent l'idée de droit et de justice et donc la conscience de la communauté internationale¹⁰¹. Une lecture extensive des droits favorise à la fois l'adoption des principes fondamentaux au travail par l'OIT (A) et l'érosion des différences de traitement entre les travailleurs migrants réguliers et irréguliers par le biais de l'application du principe de non-discrimination par la Cour interaméricaine des droits de l'homme (B).

A) Les principes fondamentaux au travail reconnus par l'OIT

L'approche de l'OIT a été toujours très claire dès l'adoption de ses premières conventions: elle vise à établir un standard minimum de

99 ROUSSEAU (C.), *Principes généraux du droit international public*, vol. 1, éd. Pedone, Paris, 1944, p. 891.

100 CANÇADO TRINDADE (A. A.), Opinion séparée, affaire des *usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (Argentine c. Uruguay), arrêt du 20 avril 2010, p. 12. Pour les cours de La Haye qui ont abordé le sujet relatif aux principes de droit international, v. ROLIN (H.), "Les principes de droit international public", *R.C.A.D.I.*, 1950, II, vol. 77, pp. 305-479 ; SCHWARZENBERGER (G.), "The fundamental principles of international law", *R.C.A.D.I.*, 1955, I, vol. 87, pp. 195-385 ; GUGGENHEIM (P.), "Les principes de droit international public", *R.C.A.D.I.*, 1952, I, vol. 80, pp. 5-189 ; ROUSSEAU (C.), "Principes de droit international public", *R.C.A.D.I.*, 1958, I, vol. 93, pp. 369-549 ; FITZMAURICE (G.), "The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law", *R.C.A.D.I.*, 1957, II, vol. 92, pp. 1-223 ; SØRENSEN (M.), "Principes de droit international public: cours général", *R.C.A.D.I.*, 1960, III, vol. 101, pp. 1-254 ; JENNINGS (R. Y.), "General course on principles of international law", *R.C.A.D.I.*, 1967, II, vol. 121, pp. 323-605.

101 *Idem*.

protection, contrairement à celle de l'ONU, davantage concentrée sur l'égalité de traitement entre les travailleurs migrants et nationaux. La Déclaration de l'OIT de 1998, relative aux *principes fondamentaux au travail et son suivi* s'inscrit dans cette logique et confirme la validité des conventions adoptées dans le cadre de l'OIT¹⁰². Elle prévoit une reconnaissance formelle des principes fondamentaux au travail (1), en établissant également un mécanisme de suivi afin de contrôler le respect étatique des engagements souscrits en vertu de la déclaration. Ce mécanisme, fondée sur une interprétation extensive de la charte, est complété par celui établi par le Comité de la liberté syndicale, qui suit une logique similaire. Si ce dernier n'est pas directement lié à la déclaration de l'OIT, il pourrait conférer un accès effectif aux droits des travailleurs migrants en situation irrégulière à travers le contrôle du respect du principe de la liberté syndicale, qui fait partie de l'un des principes reconnus par la Déclaration comme étant fondamentaux (2).

1) L'accès formel aux droits en vertu de la Déclaration de l'OIT

L'originalité de la Déclaration de l'OIT de 1998 relative aux principes fondamentaux au travail et son suivi réside à la fois dans l'explicitation de la signification des principes et des droits dans le contexte de l'économie mondialisée et dans la contribution à l'application universelle de ces droits¹⁰³. Le préambule souligne que "la garantie des principes et des droits fondamentaux au travail revêt une importance et une signification particulières". Les intéressés doivent être dotés de la possibilité de revendiquer librement et avec

102 Cette déclaration a été adoptée par la Conférence internationale du travail à sa 86^{ème} session, Genève, 18 juin 1998, annexe révisée le 15 juin 2010. Pour un historique de l'adoption de La Déclaration de 1998, v. "Examen d'une éventuelle déclaration de principes de l'Organisation internationale du Travail relative aux droits fondamentaux et de son mécanisme de suivi approprié", CIT, quatre-vingt-sixième session, 1998 (rapport VII), pp. 3-10 et ALSTON (P.), "Core Labour Standards' and the Transformation of the International Labour Rights Regime", in LEARY (V. A.), WARNER (D.), *Social Issues, Globalization and International Institutions – Labour Rights and the EU, ILO, OECD and WTO*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, pp. 7-18. V. également KELLERSON (H.), "La Déclaration de 1998 de l'OIT sur les principes et droits fondamentaux: un défi pour l'avenir ?", *Revue internationale du Travail*, vol. 137 (1998), n° 2, pp. 243-248.

103 MAUPAIN (F.), "L'OIT, la justice sociale et la mondialisation", *R.C.A.D.I.*, 1999, vol. 278, p. 263. ALSTON (P.) l'a considéré en tant que tournant de la transformation révolutionnaire de l'OIT, *Ibid*, p. 2.

des chances égales leur juste participation aux richesses qu'ils ont contribué à générer. L'OIT justifie l'adoption de la Déclaration en raison de l'urgence de "réaffirmer la permanence des principes et droits fondamentaux inscrits dans la Constitution de l'Organisation ainsi que de promouvoir leur application universelle".

Si la Déclaration a été analysée par certains en tant qu'un renforcement de la protection préexistante dans les instruments internationaux, d'autres ont pu souligner qu'elle finit par anéantir les droits, tout en privilégiant une approche flexible et non contraignante¹⁰⁴. En effet, une telle initiative, qui repose sur la *soft law*, peut s'avérer à la fois positive et négative¹⁰⁵. Dans le premier cas, cette approche non contraignante se substituerait indirectement à l'approche conventionnelle. Il s'agirait d'un moyen complémentaire de faire en sorte que les Etats respectent les droits fondamentaux des travailleurs prévus dans les conventions du travail considérées fondamentales, même s'ils ne les ont pas ratifiés. Cela permettrait d'obtenir l'approbation politique d'un nombre plus expressif d'Etats membres. Dans le second cas, l'approche non contraignante

104 V. notamment les articles suivants qui ont polarisé le débat: ALSTON (P.), HEENAN (J.), "Shrinking the International Labor Code: an Unintended Consequence of the 1998 ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work", *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 36, 2-3, 2004, pp. 221-264; ALSTON (P.), "Core Labour Standards' and the Transformation of the International Labour Rights Regime", *European Journal of International Law*, v. 15, 2004, pp. 457-521. Ce dernier article a été également publié in LEARY (V. A.), WARNER (D.), *Social Issues, Globalization and International Institutions – Labour Rights and the EU, ILO, OECD and WTO*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, pp. 1-87 ; LANGILLE (B. A.), "Core Labour Rights: The True Story (Reply to Alston)", *European Journal of International Law*, v. 16, n° 3, 2005, pp. 409-437. Cet article a été également publié in LEARY (V. A.), WARNER (D.), *Social Issues, Globalization and International Institutions – Labour Rights and the EU, ILO, OECD and WTO*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, pp. 89-124 ; MAUPAIN (F.), "Revitalization not Retreat: the Real Potential of the 1998 ILO Declaration for the Universal Protection of Worker's Rights", *European Journal of International Law*, vol. 16, 3, 2005, pp. 439-465; ALSTON (P.), "Facing Up to the Complexities of the ILO's Core Labour Standards Agenda", *European Journal of International Law*, v. 16, n° 3, 2005, pp. 467-480.

105 Néanmoins, Philip ALSTON a souligné que l'adoption de la déclaration fait partie de la stratégie de certains pays, notamment des Etats-Unis, d'orienter le débat relatif aux droits du travail de la sphère conventionnelle et donc contraignante de l'OIT vers une approche flexible, laissant une plus grande marge de manœuvre aux Etats. Francis MAUPAIN soutient de sa part que "l'adoption de la déclaration a été le résultat d'une négociation complexe et obéit à des motivations très diverses de la part des différents protagonistes", *Ibid*, p. 263. Il ne met pas l'accent sur les Etats-Unis.

pourrait servir à anéantir la ratification, l'application et le respect des conventions fondamentales de l'OIT qui prévoient dans leur texte les principes et droits mentionnés dans la déclaration. Elle représenterait ainsi un retour en arrière car les standards auxquels les principes font référence ont déjà été consacrés en termes de droits par d'autres conventions¹⁰⁶.

Le caractère non contraignant de la déclaration est accentué par le poids démesuré mis sur les principes au détriment d'une approche basée sur les droits. Le choix des principes n'est pas aléatoire. En effet, les principes fondamentaux dont l'OIT fait référence dans sa Déclaration sont ceux qui ont été exprimés et développés sous la forme de droits et d'obligations spécifiques au sein des conventions considérées fondamentales. Il s'agit particulièrement des principes concernant les droits fondamentaux qui font l'objet des conventions relatives à (i) la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective; à (ii) l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire; (iii) à l'abolition effective du travail des enfants ; et à (iv) l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession. On pourrait toutefois s'interroger sur les raisons du choix de ces quatre principes et droits fondamentaux¹⁰⁷. La Constitution de l'OIT et la Déclaration de Philadelphie ne mentionnent de façon explicite que trois principes repris dans la Déclaration de 1998 : la liberté d'association, la protection du travail des enfants et l'égalité de chances et de traitement. La prohibition du travail forcé ne bénéficiant pas de mention expresse, le Bureau a considéré qu'elle "représente la négation absolue de plusieurs des principes fondamentaux énoncés dans ces textes, en particulier le fait que le travail n'est pas une marchandise et celui selon lequel le travailleur a droit au respect de sa dignité et à l'égalité de chances"¹⁰⁸. C'est ainsi que d'autres principes ont été considérés implicites, leur force normative n'ayant pas été anéantie. On voit que l'approche flexible de l'OIT a été orientée plutôt vers les moyens car l'intention était de permettre aux travailleurs de jouir des droits civils et politiques et de saisir la justice afin d'invoquer leurs droits sous la

106 ALSTON (P.), *op. cit.*, p. 28.

107 Philip ALSTON considère à ce propos que les quatre 'core labour standards' représentent un choix sélectif, voire arbitraire. V. "'Core Labour Standards' (...)", *op. cit.*, p. 36.

108 MAUPAIN (F.), *op. cit.*, p. 271, note 127.

base de l'égalité de traitement¹⁰⁹. C'est la raison pour laquelle les droits économiques et sociaux n'ont pas été inclus au sein de la déclaration en tant que principes et droits fondamentaux.

La Déclaration vise donc à rompre avec l'effet relatif des traités en établissant que l'ensemble des Etats membres "même lorsqu'ils n'ont pas ratifié les conventions en question, ont l'obligation, du seul fait de leur appartenance à l'Organisation, de respecter, promouvoir et réaliser, de bonne foi et conformément à la Constitution, les principes concernant les droits fondamentaux qui sont l'objet desdites conventions"¹¹⁰. Le raisonnement de l'OIT consiste à dire qu'en adhérant librement à l'organisation, les Etats membres ont accepté les principes et droits énoncés dans sa Constitution et dans la Déclaration de Philadelphie. Ils se sont engagés de ce fait à contribuer de bonne foi à la réalisation des objectifs de l'organisation, selon une interprétation téléologique¹¹¹. Le choix indispensable de cette interprétation évite une lecture statique des traités et permet d'extraire toutes les conséquences explicites ou implicites que la lettre et l'esprit commandent¹¹². En effet, une organisation ne peut pas rester figée de par sa charte constitutive ; elle doit posséder les pouvoirs essentiels à l'accomplissement des fonctions qui lui ont été attribuées, même si ceux-ci ne sont pas expressément énoncés dans sa Charte¹¹³. Cela est évidemment applicable à l'OIT, la CPIJ

109 V. sur ce point ALSTON (P.), "Core Labour Standards' (...)", *op. cit.*, p. 41 et CLEVELAND, LYON, SMITH, "Inter-American Court of Human Rights Amicus Curiae Brief: The United States Violates International Law When Labour Law Remedies Are Restricted Based on Workers' Migrant Status ", *Seattle Journal for Social Justice*, n° 1, 2003, 795, at. 844.

110 La Constitution de l'OIT comporte une particularité qui consiste à l'obligation des Etats-membres de soumettre à leur autorité compétente, dans un délai d'un an, les conventions adoptées par la Conférence internationale du Travail en vue de les transformer en loi. L'article 19, § 5, alinéa e), de la Constitution précise que " si une convention n'obtient pas l'assentiment de l'autorité ou des autorités, le Membre ne sera soumis à aucune autre obligation si ce n'est qu'il devra faire rapport au Directeur général ". Il s'agit de la seule obligation applicable aux Etats-membres qui n'ont pas ratifié une ou plusieurs conventions de l'OIT. Les Etats doivent donc promouvoir de bonne foi les buts et objectifs énoncés dans la Constitution de l'OIT.

111 MAUPAIN (F.), *op. cit.*, p. 271.

112 V. à propos de l'interprétation téléologique au sein de l'Union européenne: LE-COURT (R.), *L'Europe des juges*, éd. Bruylant, Bruxelles, 1976, pp. 236-237; LE-COURT (R.), *Le juge devant le Marché commun*, éd. Institut Universitaire des Hautes Etudes Internationales, Genève, 1970, p. 61.

113 La CIJ a fait un usage répété de la théorie des pouvoirs implicites, notamment à propos du *statut international du Sud Ouest africain* (avis consultatif du 1^{er} juillet

ayant très tôt souligné que l'intention des rédacteurs de son traité constitutif était de conférer à cette organisation "des pouvoirs très étendus (...) en vue d'assurer un régime de travail humain et la protection des travailleurs salariés"¹¹⁴. L'OIT doit donc être dotée du pouvoir d'élaborer et de proposer des mesures essentielles à cette fin. Un renforcement de la théorie des pouvoirs implicites a été effectué par son directeur général lors de la révision de la constitution de l'OIT en 1986¹¹⁵. D'autres initiatives visant à renforcer le mécanisme de contrôle de l'OIT se sont fondées sur la théorie des compétences implicites¹¹⁶.

En l'absence de mention dans le sens contraire, les principes indiqués à la Déclaration de 1998 s'appliquent également à tous les travailleurs migrants, indépendamment de leur statut migratoire, et à tous les Etats membres de l'OIT¹¹⁷. C'est sous cette optique que les travailleurs migrants en situation irrégulière pourront invoquer la déclaration devant les tribunaux nationaux afin de faire respecter les principes fondamentaux prévus à la Déclaration. Ils sont dotés

1950), de *l'effet des jugements du Tribunal administratif des Nations Unies* (avis du 20 juillet 1962), des *conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du sud en Namibie* (avis consultatif du 21 juin 1971), des *réparations des dommages subis au service des Nations Unies* (avis consultatif du 11 avril 1949) et de la *licéité de l'emploi des armes nucléaires* (OMS) (avis consultatif du 8 juillet 1996).

114 CPJI série B, n° 13: compétence de l'OIT pour régler accessoirement le travail personnel du patron (1926).

115 Il a déclaré qu' "une constitution – et cela s'applique spécialement à la Charte fondamentale d'une organisation internationale – donne vie à une institution et il serait vain et sans doute dangereux de prétendre en fixer étroitement le cours et le destin. Tout en énonçant les objectifs et les garanties essentiels pour tous, cette Constitution doit être conçue de manière suffisamment souple pour s'adapter aux circonstances", C.R.P. 1986, n° 9, p. 9/7, cité par MAUPAIN (F.), "La réforme de l'Organisation internationale du Travail", *Annuaire français de droit international*, vol. 33, 1987, p. 482.

116 Selon MAUPAIN (F.) "C'est à ce titre qu'au début des années cinquante, dans le contexte marqué par la guerre froide, s'est développé un mécanisme très original qui permet à des organisations de travailleurs ou d'employeurs de soumettre des plaintes en matière de liberté syndicale", in "L'OIT, la justice sociale et la mondialisation", *R.C.A.D.I.*, 278, 1999, p. 270. V. également "The Strengthening of the ILO's Supervisory System", ILO Doc., GB. 267/LILS/5, 267^{ème} session, novembre 1996, § 9.

117 Un nombre important de travailleurs ne peut pas se prévaloir de la liberté syndicale, reconnue par la convention n° 87 de l'OIT, comme ceux provenant de quelques Etats comme le Brésil, la Chine, l'Inde et les Etats-Unis qui n'ont pas ratifié la convention en cause. Ces pays sont considérés en tant que pays d'envoi et non pas récepteurs des travailleurs migrants irréguliers.

de force normative¹¹⁸. Cet aspect positif peut toutefois être nuancé si l'on considère que leur interprétation sera à la charge des autorités étatiques: une interprétation restrictive conduira certainement à un niveau de protection plus limité. A part la possibilité d'invoquer les principes devant les systèmes nationaux, qui ne fait pas l'objet de ce travail, l'objectif ici est de savoir si ces travailleurs auront accès effectif aux principes et droits reconnus par la Déclaration au niveau international.

2) Les possibilités d'accès effectif aux droits devant un organe *quasi* juridictionnel de contrôle

La Déclaration de l'OIT prévoyant les principes et droits fondamentaux au travail n'a pas prévu au mécanisme permettant l'accès direct des particuliers en cas de violation (2.1). Ils pourront néanmoins accéder, à travers une organisation professionnelle, au Comité de la liberté syndicale en cas de violation du principe de la liberté syndicale et de négociation collective grâce à une interprétation extensive de la Constitution de l'OIT¹¹⁹. Si le mandat de ce Comité n'est pas lié à la déclaration de l'OIT de 1998, il pourra permettre un accès indirect au principe de la liberté d'association et de négociation collective prévu dans ladite déclaration (2.2).

2.1) L'absence d'accès direct des particuliers en vertu de la Déclaration

Le mécanisme de suivi de la Déclaration de l'OIT de 1998 vise à promouvoir le concours de ladite organisation dans la mise en œuvre de quatre principes fondamentaux et droits relatifs au travail par les Etats qui n'ont pas ratifié les conventions fondamentales. Il est marqué par son caractère promotionnel et positif¹²⁰. Néanmoins, les pères fondateurs de la déclaration n'ont pas innové en ce qui concerne les procédures. Ils se sont fondés sur l'article 19, § 5, alinéa e) de la Constitution, qui permet au Conseil d'administration de demander aux Etats membres des rapports au titre des conventions qu'ils n'ont pas ratifiées. La seule distinction entre la procédure classique et celle prévue par la Déclaration tient à sa régularité. Elle englobe à la

118 DWORKIN (R.), *Levando os direitos a sério*, éd. Martins Fontes, São Paulo, 2002, pp. 23-125.

119 Pour plus de détails, v. VALTICOS (N.), " Les méthodes de la protection internationale de la liberté syndicale", *R.C.A.D.I.*, 1975, I, vol. 144, pp. 77-138.

120 Annexe révisée de la déclaration ("suivi de la déclaration"), alinéa 2.

fois un examen annuel comprenant les progrès réalisés par les Etats qui n'ont pas encore ratifié une ou plusieurs conventions de l'OIT qui font référence directement aux principes et droits mentionnés dans la déclaration¹²¹; et un rapport global offrant chaque année un bilan global de la situation actuelle portant sur les principes et droits auxquels la déclaration fait référence et permettant de mettre l'accent sur les domaines qui exigent une attention particulière¹²².

Il convient de souligner que ce mécanisme de contrôle ne permet pas l'accès effectif des particuliers, en l'espèce des travailleurs migrants en situation irrégulière à un organe *quasi* juridictionnel de contrôle de la déclaration. En effet, le mécanisme de plainte applicable en matière de liberté syndicale a été exclu en réponse à l'opposition ferme de la majorité des gouvernements et du groupe d'employeurs¹²³. Il serait toutefois souhaitable que de nouveaux comités soient créés soit en vertu d'une révision de la Déclaration de 1998, soit en fonction d'une interprétation téléologique de celle-ci afin de permettre aux particuliers d'exercer leurs droits en cas de violation des principes et droits prévus dans cet instrument. Une telle proposition n'est pas immune aux critiques tendant à rappeler le caractère promotionnel de la déclaration. C'est la raison pour laquelle il faudrait envisager la possibilité de conférer un accès des

121 Les rapports sont étudiés par le comité des experts-conseillers indépendants. Ce groupe d'experts-indépendants a établi une introduction à la compilation des rapports annuels. Ils ont présenté une compilation des rapports annuels entre 2000 et 2008. Le mandat de ce groupe ayant expiré en 2008, le Bureau a présenté la compilation de l'année 2009. Le rapport vise à donner au Conseil d'administration de l'OIT "une vue d'ensemble de la situation en ce qui concerne la promotion et la mise en œuvre des principes et droits fondamentaux au travail dans chacun des cas de non-ratification" (Conseil d'administration du BIT, "Examen des rapports annuels en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail", GB. 304/3, 34^{ème} session, 27 février 2009, Introduction).

122 Les rapports annuels ont été critiqués par leur contenu général purement descriptif de la législation, n'analysant pas avec profondeur de stade de l'application de la loi. Sur ce point, v. ALSTON (P.), *op. cit.*, p. 75. V. également OIT, "Review of the follow-up to the 1998 ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work", Conférence internationale du travail, 99^{ème} session, VII^{ème} rapport, § 27, p. 6. Cette critique trouve d'écho si l'on analyse le contenu de l'examen des rapports annuels en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail". Quant au rapport global établi par le directeur général, celui-ci a été considéré plus substantif, n'étant toutefois pas capable d'évaluer les progrès effectifs réalisés par les Etats en ce qui concerne les principes et droits découlant de la déclaration.

123 MAUPAIN (E.), *op. cit.*, p. 274.

particuliers au Comité de la liberté syndicale, même si celui-ci n'est pas directement lié à la Déclaration de 1998.

2.2) L'accès indirect des particuliers au Comité de la liberté syndicale

La procédure spéciale de contrôle en matière syndicale, qui a été mise en œuvre en 1951 avec la création du Comité de la liberté syndicale, a été qualifiée de révolutionnaire. Le principe de la liberté syndicale et de la négociation collective sont considérés en tant que principes fondateurs de l'OIT, ayant été affirmés par la Constitution de l'OIT et par la Déclaration de Philadelphie. Ils ont fait l'objet de deux conventions spécifiques: la Convention n° 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical et la Convention n° 98 sur le droit d'organisation et de négociation collective¹²⁴. Ces principes sont soumis à une procédure particulière de contrôle devant le Comité, qui peut être engagée même à l'égard des pays qui n'ont pas ratifié les conventions pertinentes¹²⁵. Cela s'explique en raison de la nature du mandat du Comité, qui découle directement des buts et des objectifs fondamentaux énoncés dans la Constitution de l'OIT. En effet, lorsqu'un Etat adhère à l'OIT il s'engage à respecter les principes fondamentaux prévus dans la Constitution et dans la Déclaration de Philadelphie, y compris le principe de la liberté syndicale. L'action de l'organisation ne pourra donc pas être considérée comme une intervention dans les affaires intérieures car elle s'inscrit dans le cadre du mandat que l'OIT a reçu de ses Etats membres.

Le Comité de la liberté syndicale s'est récemment prononcé sur deux plaintes ayant trait aux droits syndicaux des travailleurs étrangers en situation irrégulière. La première plainte a donné au

124 Pour plus de détails concernant la convention sur la liberté syndicale, v. DUNNING (H.), "Les origines de la convention n° 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical", *Revue internationale du Travail*, vol. 137 (1998), n° 2, pp. 165-186 ; SWEPSTON (L.), "Droits de l'homme et liberté syndicale: évolution sous le contrôle de l'OIT", *Revue internationale du Travail*, vol. 137 (1998), n° 2, pp. 187-214 ; POTOBSKY (G.), "Liberté syndicale: l'impact de la convention n° 87 et l'action de l'OIT", *Revue internationale du Travail*, vol. 137 (1998), n° 2, pp. 215-241.

125 Comité de la liberté syndicale, cas n° 2227, plainte présentée par La Fédération américaine du travail et Congrès des organisations industrielles (AFL-CIO) et la Confédération des travailleurs du Mexique (CTM) le 18 octobre 2002, rapport n° 332, LXXXVI, 2003, série B, n° 3, § 600. Pour la procédure devant le Comité de la liberté syndicale, v. BIT, *La liberté syndicale. Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du BIT*, Genève, Bureau international du Travail, 5e édition révisée, 2006, pp. 7-12.

Comité l'opportunité d'interpréter de manière téléologique la notion de travailleur pour que les droits dérivés de la Convention sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical de 1948 s'appliquent également aux travailleurs migrants en situation irrégulière (2.2.1). La seconde plainte, de sa part, a également permis l'utilisation de cette même interprétation de la Constitution de l'OIT afin d'établir la compétence du comité de la liberté syndicale, indépendamment de la ratification des conventions internationales s'y rapportant (2.2.2).

2.2.1) Une interprétation téléologique conduisant à élargir la notion de travailleur

L'Union générale des travailleurs (UGT), un syndicat espagnol, a introduit une plainte à propos d'une nouvelle loi espagnole subordonnant l'exercice des droits syndicaux à l'obtention d'un permis de séjour¹²⁶. L'organisation plaignante considère que la loi constitue une violation de la convention n° 87 de l'OIT sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical de 1948, qui a été dûment ratifiée par l'Espagne. La nouvelle loi limite l'exercice des libertés syndicales et des droits de grève, de réunion, de manifestation et d'association et de négociation collective. Son objectif est de permettre aux étrangers de jouir de ces droits et libertés uniquement après " obtention du permis de séjour ou de résidence en Espagne ". L'organisation soutient, en outre, que cette nouvelle situation juridique résulte d'une politique de dissuasion menée par le gouvernement à l'égard des étrangers en situation irrégulière dans le pays et à l'égard des futurs immigrés. Elle affirme que l'attitude du gouvernement espagnol viole plusieurs instruments consacrés à la protection des droits de l'homme au niveau international et régional, étant également condamnable du point de vue social. Ce comportement est particulièrement discriminatoire à l'égard des étrangers en situation irrégulière qui vivent dans le pays.

Dans sa réponse, le gouvernement précise que la restriction des droits des étrangers séjournant illégalement dans le pays n'est

126 Il s'agit de la loi organique no 8/2002 sur les droits et libertés des étrangers en Espagne et leur intégration sociale (LO 8/2000), entrée en vigueur le 23 janvier 2001. Comité de la liberté syndicale, cas n° 2121, Plainte présentée par L'Union générale des travailleurs (UGT) le 23 mars 2001, relative au Déni du droit syndical et des droits de grève, de réunion, de manifestation, d'association et de négociation collective aux travailleurs étrangers "en situation irrégulière", rapport n° 327, vol. LXXXV, 2002, Série B, n° 1.

pas motivée par le fait qu'ils sont étrangers, mais justement par le fait qu'ils sont en situation irrégulière. Il affirme que l'immigrant irrégulier se trouve dans une situation juridique à fois singulière et contradictoire "car si, en tant que personne, il jouit indiscutablement de droits et de libertés, sa situation irrégulière le tient cependant à l'écart du système juridique qui, dans les sociétés actuelles, l'autoriserait à jouir de manière effective de tels droits et libertés"¹²⁷. Selon le gouvernement espagnol, la loi espagnole a pour seul objectif d'établir une distinction claire entre, d'une part, les travailleurs migrants légaux, qui jouissent des droits syndicaux sur un pied d'égalité avec les ressortissants nationaux, et, d'autre part, les travailleurs migrants "en situation irrégulière".

Le Comité a suivi le raisonnement de l'organisation plaignante et a réalisé une interprétation extensive de la notion de "travailleur" contenue dans l'article 2 de la convention n° 87 de l'OIT. Il a souligné que la seule limitation admise au champ d'application de la convention était celle prévue par l'article 9 de la convention n° 87, concernant les forces armées et la police. Selon le Comité, aux termes de l'article 2 de la convention n° 87, les travailleurs, sans distinction d'aucune sorte, ont le droit, sans autorisation préalable, de s'affilier aux organisations de leur choix. Tous les travailleurs sont donc couverts par la Convention n° 87. Par conséquent, le Comité a demandé au gouvernement de tenir compte de l'article 2 de la Convention n° 87 dans sa législation interne de façon à ce que tous les syndicats puissent avoir le droit de représenter et d'assister les travailleurs couverts par la convention en vue de défendre et promouvoir leurs intérêts, quelque soit leur statut au regard du droit interne.

Selon l'expérience apportée par le Comité de la liberté syndicale, on soutient qu'il est possible d'effectuer une interprétation extensive de la notion de travailleur pour inclure ceux en situation irrégulière dans le champ d'application de toutes les autres conventions de l'OIT, indépendamment de toute mention contraire. En effet, une mention explicite contraire ne serait pas un obstacle insurmontable à l'interprétation téléologique, en témoigne la pratique du Comité européen des droits sociaux¹²⁸. Ce serait une façon d'élargir leur

127 Comité de la liberté syndicale, cas n° 2121, § 556.

128 Le Comité européen des droits sociaux s'est utilisé d'une interprétation téléologique afin d'élargir les droits applicables aux étrangers en situation irrégulière dans le territoire des Etats parties à la Charte sociale européenne. Il s'agissait d'une réclamation relative aux dispositions introduites en 2002 et 2003, modifiant le Code

protection et d'appliquer les droits du travail à tous les travailleurs, indépendamment de la régularité de leur situation dans l'Etat d'emploi.

de l'action sociale et des familles, relatives à la "couverture médicale universelle" (CMU) (1) et à " l'aide médicale d'état " (AME). Ces modifications ont fait en sorte que les conditions pour la prise en charge des soins médicaux des étrangers en situation irrégulière en état de besoin soient restreintes. Selon le plaignant, elles violent les engagements souscrits par les Etats parties de la Charte sociale européenne, notamment son article 13, § 1 et 4 et 17. La FIDH soutient que l'irrégularité de la situation des intéressés ne pourrait pas justifier la privation de toute forme d'assistance médicale. Les dispositions en cause seraient donc applicables aux étrangers en situation irrégulière, malgré le § 1^{er} de l'annexe à la Charte sociale européenne. Le Comité a pris l'occasion pour affirmer que l'interprétation de la Charte doit être faite selon les techniques d'interprétation consacrées par la Convention de Vienne sur le droit des traités, précisément son article 31, § 1, qui met accent sur l'objet et le but d'un traité. Le Comité considère que la Charte est "un instrument vivant, voué à certaines valeurs qui l'inspirent (...)". Les restrictions aux droits fondamentaux doivent donc être interprétées strictement, de façon à laisser "intacte l'essence du droit en question et permettre d'atteindre l'objectif général de la Charte". La finalité de la Charte doit être prise en compte lors de l'interprétation de l'annexe 1^{er}, qui restreint son champ d'application aux seuls étrangers résidant légalement dans le territoire d'un Etat membre. Le Comité a donc jugé que la législation qui niait le droit à l'assistance médicale aux ressortissants étrangers, même en situation irrégulière, était contraire à la Charte. Cette interprétation téléologique et donc extensive de la Charte a toutefois été l'objet de critiques adressées par M. Stein EV JU, dans son opinion dissidente, à laquelle se sont rallié Mme. Polonca KONKAR et M. Lucien FRANÇOIS. Selon eux, les droits sociaux garantis par la Charte visent uniquement les ressortissants des Etats membres se trouvant légalement sur le territoire d'une Partie. La clarté du libellé de l'annexe 1^{er} et des articles invoqués ne laissent place à aucune ambiguïté et donc ne se prêtent pas à une interprétation aussi large. Une interprétation téléologique ne pourrait donc pas aller à l'encontre d'une formulation explicite de la Charte. V. Comité européen des droits sociaux, *Fédération internationale des Ligues de Droits de l'Homme c. France*, réclamation n° 14/2003, décision sur le bien-fondé du 8 septembre 2004. Dans sa décision prise sur le bien-fondé de la réclamation n° 47/2008, le Comité a également fait usage de l'interprétation téléologique. Il s'agissait d'une affaire jugé récemment portant sur la discrimination raciale concernant la jouissance du droit au logement des Roms et Sintis, ainsi que les difficultés auxquelles ils se heurtent en matière d'accès au logement et aux prestations familiales. De l'avis du Comité, les droits invoqués s'appliquent également aux ressortissants de pays tiers ou des personnes résidant illégalement dans un Etat partie. Cette approche téléologique s'avère la plus propre pour atteindre le but et pour réaliser l'objet de la Charte sociale. V. Comité européen des droits sociaux, *Défense des Enfants International (DEI) c. Pays-Bas*, réclamation n° 47/2008, décision sur le bien-fondé du 20 octobre 2009.

2.2.2) Une interprétation téléologique conduisant à établir la compétence du Comité de la liberté syndicale

La seconde plainte ne concerne pas le droit des travailleurs en situation irrégulière de s'affilier à un syndicat. Elle porte sur l'efficacité des sanctions dont un employeur devrait faire l'objet en cas de discrimination d'un travailleur étranger en situation irrégulière en raison de son activité syndicale¹²⁹. La Fédération américaine du travail et Congrès des organisations industrielles (AFL-CIO)¹³⁰ et la Confédération des travailleurs du Mexique (CTM)¹³¹ ont présenté une plainte en 2002, à la suite de la décision prise dans la même année par la Cour suprême des Etats-Unis dans l'affaire *Hoffman Plastic Compounds contre le Conseil national des relations professionnelles*. En se fondant sur les lois relatives à l'immigration, la Cour suprême des Etats-Unis avait annulé une décision du Conseil national des relations professionnelles (NLRB) et de la Cour d'appel fédérale accordant rétroactivement à un travailleur en situation irrégulière les salaires qu'il aurait perçus s'il n'avait pas été illicitement licencié pour son activité syndicale¹³². Les organisations plaignantes allèguent que ladite décision met en situation difficile plus d'un million de travailleurs, qui ne pourront plus exercer leurs droit relatif à la liberté syndicale du fait de leur situation irrégulière au regard des lois sur l'immigration. Elle viole les obligations au titre des conventions n° 87 et 98 de l'OIT, ainsi que de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail de 1998.

Dans sa communication présentée en 2003, le gouvernement américain rappelle tout d'abord que les Etats-Unis n'ont pas

129 Comité de la liberté syndicale, cas n° 2227, plainte présentée par La Fédération américaine du travail et Congrès des organisations industrielles (AFL-CIO) et la Confédération des travailleurs du Mexique (CTM) le 18 octobre 2002, rapport n° 332, LXXXVI, 2003, série B, n° 3.

130 La Fédération américaine du travail et Congrès des organisations industrielles (AFL-CIO) regroupe 66 syndicats nationaux et internationaux aux Etats-Unis et représente environ 13 millions de travailleuses et de travailleurs (§ 554 du rapport).

131 La Confédération des travailleurs du Mexique (CTM) représente quant à elle 5,5 millions de membres entretenant des liens familiaux et professionnels étroits avec les travailleurs mexicains qui travaillent à l'étranger et dont les droits sont directement et indirectement remis en question par les mesures adoptées par le gouvernement des Etats-Unis.

132 M. José Castro a été licencié de l'entreprise Hoffman Plastic pour avoir appuyé une campagne de syndicalisation et distribué des cartes syndicales à des collègues. Pour plus de détails sur l'affaire, v. les §§ 556 à 577.

ratifié les conventions n° 87 et 98 et qu'ils n'ont de ce fait aucune obligation juridique internationale au titre de ces instruments. Ce pays a également affirmé que "la Déclaration de l'OIT est une déclaration de principes non contraignante, qu'il ne s'agit pas d'un traité et qu'elle ne donne naissance à aucune obligation juridique"¹³³. Ces arguments ont donné au Comité l'opportunité de développer un raisonnement orienté vers les buts et objectifs fondamentaux de l'OIT. En effet, il a rappelé que "depuis sa création en 1951, le Comité a été chargé d'examiner les plaintes alléguant des violations de la liberté syndicale indépendamment du fait que le pays ait ou non ratifié les conventions pertinentes de l'OIT". Le Comité a insisté sur le fait que son mandat n'est pas lié à la Déclaration de l'OIT de 1998, qui possède ses propres mécanismes de suivi ; celui-ci découle directement des buts et des objectifs fondamentaux énoncés dans la Constitution de l'OIT. Si l'organisation dispose d'une compétence en matière de liberté syndicale et de protection de l'individu, sa fonction est de contribuer à la mise en œuvre effective des principes généraux de la liberté syndicale, l'une des garanties primordiales de la paix et de la justice sociale. Ce raisonnement a permis au Comité d'établir sa propre compétence afin d'examiner la plainte en cause, indépendamment de l'absence de ratification par les Etats-Unis des conventions invoquées par l'organisation plaignante.

La question qui se pose au Comité consiste à savoir si les voies de recours restant à la disposition des travailleurs en situation irrégulière capables de les protéger dans l'exercice de leur liberté d'association après la décision Hoffman peuvent être considérées comme étant suffisantes afin de "garantir que ces droits ont une signification véritable" ou qu'ils soient efficacement protégés¹³⁴. Selon le plaignant, les voies de recours disponibles sont insuffisantes pour protéger les droits des travailleurs étrangers en matière de liberté syndicale en raison de l'intimidation exercée à l'encontre des travailleurs étrangers. Ceux-ci subissent le risque d'être licenciés et d'être expulsés, ce qui éviterait toute sorte de revendication. La situation est particulièrement grave lorsque l'on considère l'existence d'environ 8 millions de travailleurs en situation irrégulière aux Etats-Unis. Le Comité a insisté que la reconnaissance formelle des droits par la législation américaine, qui interdit les actes de discrimination

133 Comité de la liberté syndicale, cas n° 2227, § 578.

134 *Ibid*, § 604 et 608.

antisyndicale, ne sera pas suffisante sans être accompagnée de “procédures efficaces assurant une protection adéquate contre de tels actes”¹³⁵. Après avoir évalué la législation américaine, le Comité a conclu que les voies de recours disponibles en cas de licenciement illégal de travailleurs en situation irrégulière ne sont pas suffisantes afin d’assurer une protection efficace contre les actes de discrimination antisyndicale. Cette lacune devrait faire l’objet d’une mesure étatique afin d’éviter d’éventuels abus ou mesures d’intimidation, ainsi que “toute restriction à l’exercice effectif de leurs droits fondamentaux en matière syndicale”¹³⁶. Le Comité a finalement invité les Etats-Unis à modifier la législation afin de la mettre en conformité avec les “principes de la liberté syndicale” de façon à garantir la protection effective de tous les travailleurs migrants.

Il est donc clair que le Comité de la liberté syndicale confère une voie de recours privilégiée pour les individus qui ont leur droit violé résultant du principe fondamental de la liberté syndicale reconnu par la Constitution de l’OIT et par la Déclaration de 1998. Si ce Comité ne peut pas se prononcer à l’égard des autres principes reconnus par ladite Déclaration, une violation de ceux-ci ne fait l’objet d’aucun contrôle par l’OIT. Cela n’empêche pas la création d’autres comités afin de contrôler le respect des principes considérés fondamentaux par l’OIT, prévus dans sa constitution. Le même raisonnement qui a conduit à la création du Comité de la liberté syndicale confirme cette possibilité.

Ces deux cas montrent bien qu’une lecture extensive à travers l’interprétation téléologique s’impose afin d’assurer la protection et l’accès effectif des travailleurs migrants en situation irrégulière. Il s’agit bien d’une lecture qui va au-delà de l’approche traditionnelle, pouvant permettre l’accès effectif des travailleurs migrants en situation irrégulière aux principes et droits fondamentaux du travail. Cette même idée s’applique à l’initiative prise par la Cour interaméricaine des droits de l’homme lorsqu’elle a reconnu l’applicabilité du principe de non discrimination et d’égalité devant la loi aux travailleurs migrants en situation irrégulière.

135 *Idem.*

136 *Ibid.*, § 611.

B) Le principe de non discrimination et d'égalité devant la loi appliqué par la Cour interaméricaine des droits de l'homme

Un nombre non négligeable d'instruments internationaux réserve le bénéfice de certains droits aux seuls travailleurs migrants en situation régulière, la régularité du séjour constituant un motif légitime pour fonder les différences de traitement et donc de protection. Si cette lecture est privilégiée en droit international des droits de l'homme, son bien-fondé tend à être remis en cause au nom d'une interprétation extensive ou progressiste du principe de non discrimination¹³⁷. La prise en compte des travailleurs migrants en situation irrégulière en tant que sujets des droits de l'homme tend à neutraliser les différences de traitement avec les travailleurs migrants en situation régulière et nationaux. La Cour interaméricaine s'est engagée sur cette voie dans son avis consultatif n° 18 relatif à la *condition juridique et aux droits des travailleurs migrants illégaux*. La question relative au statut juridique des travailleurs migrants en situation irrégulière et leurs droits y était centrale. Cet avis a fait couler beaucoup d'encre¹³⁸. Marqué par les arguments de l'ancien président de la Cour interaméricaine, le juge Antônio Augusto Cançado Trindade, il s'inscrit dans une perspective d'"humanisation du droit international des droits de l'homme"¹³⁹. Celle-ci implique

137 V. FLAUSS (J.-F.), "L'étranger, entre souveraineté nationale et droits de l'homme. Les principes en droit international", in CARLIER, J.-Y., *L'étranger face au droit*, XXème Journées d'études juridiques Jean Dabin, Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 72.

138 V. SCALABRINO (M.), "Les travailleurs clandestins dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme", in CHETAIL (V.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme: le droit international en question*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 363-400 ; HENNEBEL L., "L'humanisation du droit international des droits de l'homme: commentaire de l'Avis consultatif n° 18 de la Cour interaméricaine des droits de l'homme", *R.T.D.H.*, n° 59, 2004, p. 747 ; BURGORGUE-LARSEN (L.), UBEDA DE TORRES (A.), *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2008, pp. 459 et s.; LYON (B.), "The Inter-American Court of Human Rights defines unauthorized migrant workers' rights for the hemisphere: a comment on advisory opinion 18", *N.Y.U. Review of Law & Social Change*, vol. 28, 2003-2004, pp. 547-596; CLEVELAND (S.), "Rights of undocumented workers, human rights, nondiscrimination, jus cogens, inter-American system", *American Journal of International Law*, 99, 2005, pp. 460-465.

139 CANCADO TRINDADE (A. A.), "International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium (I) - General Course on Public International Law", *R.C.A.D.I.*, vol. 316, 2005, cap. XII, pp. 336-346; CANCADO TRINDADE (A. A.), "La ampliación del contenido material del ius cogens", in Comité Jurídico Interamericano, *Curso de Derecho Internacional*, XXXIV, 2007, pp.

une construction juridique fondée sur le dépassement du “positivisme juridique” au profit d’un droit universel, retrouvé grâce à la “conscience juridique universelle” ou l’*opinio juris communis*, source matérielle du droit des gens, qui est applicable tant aux Etats quant aux individus¹⁴⁰. Il faut, en effet, retrouver l’homme en dehors des pesanteurs égoïstes exprimés par la souveraineté étatique¹⁴¹. C’est l’homme qui doit occuper la position centrale en tant que sujet de droit interne et international¹⁴². La situation de vulnérabilité des travailleurs migrants en situation irrégulière est particulièrement illustrative de la nécessité de protéger l’homme. L’invisibilité apparente de ces travailleurs n’a donc pas pour effet d’effacer leur humanité et ne les condamne pas à l’inexistence. L’avis de la Cour interaméricaine a permis de “retrouver” les travailleurs migrants en situation irrégulière par le biais de l’application formelle du principe de non discrimination et d’égalité devant la loi (1). On pourrait toutefois s’interroger sur le point de savoir si cette reconnaissance produit des effets tangibles, pouvant être traduite par la concession de leur accès effectif aux systèmes de protection des droits de l’homme (2).

1) L’accès formel aux droits en vertu du principe de non discrimination et d’égalité devant la loi

Le principe de non discrimination et d’égalité devant la loi a été appliqué par la Cour interaméricaine des droits de l’homme (C.I.D.H.)

1-15 ; CANCADO TRINDADE (A. A.), “Jus cogens: The Determination and the Gradual Expansion of its Material Content in Contemporary International Case-law”, in Comité Jurídico Interamericano, Curso de Derecho Internacional, XXXV, 2008, pp. 3-29 ; CANCADO TRINDADE (A. A.), *A humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte, ed. Del Rey, 2006, pp. 3-406; CANCADO TRINDADE (A. A.), “El desarraigo como problema humanitario y de derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal”, “Derecho internacional y humanitario y temas de áreas vinculadas”, Lecciones y Ensayos n° 78, Gabriel Pablo Valadares (org.), Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, pp. 71-116, spéc. chapitre XI.

140 Selon le juge, la prise en compte de la “conscience juridique universelle” jouera un rôle fondamental pour l’intensification du processus d’humanisation du droit international contemporain. Le juge affirme que la conscience serait supérieure à la volonté. Pour plus de détails, v. opinion séparé § 25 et 87. V. également vote séparé dans l’affaire des *Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiana en la República Dominicana* (Medidas Provisionales de Protección, 2000) devant la CIDH, § 12.

141 M. FLORY, “Ordres juridiques et statut des travailleurs étrangers”, in Colloque de Clermont-Ferrand, *Les travailleurs étrangers et le droit international*, éd. Pedone, Paris, p. 194.

142 Opinion séparée, § 24.

dans le cadre d'une demande d'avis soumise par le Mexique. Cette demande faisait référence à la privation de la jouissance et de l'exercice par les travailleurs migrants de certains droits concernant le travail. Il s'agissait notamment de leur compatibilité avec l'obligation étatique de garantir les principes de l'égalité juridique, de non discrimination et de protection égalitaire et effective de la loi consacrés dans les instruments internationaux de protection des droits de l'homme¹⁴³. La demande en cause a été motivée par l'attitude récurrente des Etats-Unis d'empêcher la jouissance des droits du travail et de l'homme aux travailleurs mexicains irréguliers dans ce pays. En effet, le Mexique ne cache pas sa préoccupation en vertu du revirement jurisprudentiel émanant de la décision de la Cour Suprême nord-américaine dans l'affaire *Hoffman Plastics Compound Inc.*, qui tend à ouvrir la voie à toute sorte d'abus contre les travailleurs migrants sans papiers¹⁴⁴. L'impossibilité de saisir la C.I.D.H. dans le cadre d'une procédure contentieuse afin d'engager la responsabilité des Etats-Unis pour des violations des droits de l'homme n'a pas pour autant découragé la demande mexicaine d'un avis général sur la question relative aux droits des travailleurs migrants irréguliers de façon à produire des effets indirects sur le territoire des Etats-Unis¹⁴⁵.

Le Mexique s'est posé la question de savoir si un Etat américain pourrait, en vertu de son droit du travail, établir un traitement différent portant préjudice aux travailleurs migrants sans papiers par rapport aux résidents légaux ou citoyens. Le statut migratoire des travailleurs sert-il à empêcher lui-seul la jouissance de tels droits ? Le Mexique voulait savoir si une telle privation serait compatible

143 Avis n° 18/03, § 51.

144 V. Avis n° 18/03, du 17 septembre 2003, sollicité par les Etats Unis mexicains, relatif au "statut juridique et droits des travailleurs migrants illégaux", § 2. Comme on l'a vu ci-dessus, la Cour Suprême avait, en effet, décidé qu'un travailleur mexicain, licencié pour avoir distribué des informations d'ordre syndical, n'avait pas droit à des indemnités en raison de sa situation irrégulière sur le territoire des Etats-Unis (Cour Suprême des Etats-Unis, 27 mars 2002, *Hoffman Plastics Compound Inc v. National Labour Relations Board – NLRB*. Cette décision a été prise sous le prétexte de décourager l'emploi des travailleurs migrants irréguliers ; l'objectif supposé de la législation nord-américaine (IRCA: *Immigration Reform and Control Act* de 1986).

145 La possibilité de consulter la Cour à propos de l'interprétation de la convention américaine des droits de l'homme ou de tout autre traité concernant la protection des droits de l'homme dans les Etats américains est ouverte à tous les Etats membres de l'organisation, ainsi qu'à tous les organes énumérés au chapitre X de la Charte. V. article 64 de la Convention américaine des droits de l'homme.

avec les devoirs d'un Etat américain qui consiste à garantir la non discrimination et la protection égalitaire et effective devant la loi, conformément aux dispositions des instruments régionaux des droits de l'homme¹⁴⁶. Dans le cas où un Etat américain subordonnerait le respect des droits fondamentaux de l'homme, notamment le droit à l'égalité devant la loi et à la protection égale sans discrimination aux objectifs de sa politique migratoire nationale quel serait la validité d'une telle interprétation face aux droits de l'homme opposables *erga omnes*¹⁴⁷ ? Enfin, le principe de non discrimination et le droit à la protection égalitaire et effective devant la loi, de même que les effets juridiques qui en découlent peuvent-ils être considérés comme faisant partie des normes de *jus cogens*¹⁴⁸ ? La Cour a considéré que

146 V. Avis n° 18/03, § 52. Il s'agit ici des articles 2, § 1 de la Déclaration universelle, de l'article 2 de la Déclaration américaine, des articles 2 et 26 du Pacte international des droits civils et politiques et des articles 1 et 24 de la Convention américaine.

147 Concernant les obligations *erga omnes*, v. CIJ, arrêt du 5 février 1970, affaire *Barcelona Traction Light and Power Company Limited* (Belgique c. Espagne), deuxième phase, Rec. 1970, p. 32, § 34. Les obligations *erga omnes* seraient "les obligations des Etats envers la communauté internationale dans son ensemble (...) ", tous les Etats "ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés". V. également CIJ, arrêt du 30 juin 1995, affaire du *Timor oriental* (Portugal c. Australie), Rec. 1995, p. 102, § 28-29.

148 Le concept de *jus cogens* a été pour la première fois consacré dans trois articles de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 (art. 53, 64 et 71). Tout traité qui entre en conflit avec une norme impérative du droit international est nul. La convention ne mentionne pas l'origine ou le contenu de ces normes, ce qui a conduit les juges internationaux à clarifier progressivement cette notion. La jurisprudence a élargi ce principe en le faisant évoluer d'une consécration implicite à une consécration explicite. V. CIJ, arrêt du 9 avril 1949, *Détroit de Corfou* (Royaume Uni c. Albanie), fond, Rec. 1949, p. 22 ; CIJ, arrêt du 28 mai 1951, avis consultatif, *Réserves à la convention pour la prévention et répression du crime de génocide*, Rec. 1951, pp. 22-24 ; CIJ, arrêt du 15 décembre 1979, affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran), demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance, Rec. 1979, pp. 18-20, § 35-44 ; CIJ, arrêt du 27 juin 1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, Rec. 1986, pp. 100-101, Rec. § 190 ; CIJ, arrêt du 8 juillet 1996, avis consultatif, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Rec. 1996, pp. 257-258 ; CIJ, arrêt du 3 février 2006, *Activités armées sur le territoire du Congo* (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence de la Cour et recevabilité de requête, § 64-70 ; TPI (deuxième chambre), arrêt du 21 septembre 2005, *Ahmed Ali Yusuf et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission*, aff. T-306/01 et *Yassin Abdullah Kadi c. Conseil et Commission*, aff. T-315/01 ; TPIY, chambre de première instance, 10 décembre 1998, *Le procureur c.*

ce principe relève du domaine du *jus cogens* (1.1) et s'applique donc à tous les travailleurs migrants, indépendamment de leur statut migratoire (1.2). Ce même principe indique que les droits du travail s'appliquent à tous les travailleurs migrants car ceux-ci résultent de la condition même de travailleur (1.3).

1.1) Le principe de non discrimination et d'égalité devant la loi relève du *jus cogens*

Dans son raisonnement, la Cour a analysé d'abord le principe d'égalité et de non-discrimination pour ensuite pouvoir l'appliquer aux migrants¹⁴⁹. Elle a observé que la reconnaissance du principe de l'égalité devant la loi fait en sorte que tout traitement discriminatoire soit interdit¹⁵⁰. L'égalité devant la loi et la non-discrimination sont donc inséparables car elles comportent à la fois une connotation positive et négative. Toutefois, il n'y aura pas de discrimination si une différence de traitement possède un objectif légitime, n'aboutissant pas à des situations contraires à la justice. La Cour affirme que le principe d'égalité devant la loi et de non discrimination imprègne l'activité du pouvoir étatique à propos du respect et de la garantie des droits de l'homme. Un Etat ne peut agir, soit sur le plan international ou interne, de façon contraire au principe d'égalité et de non discrimination au détriment d'un groupe de personnes.

Ce principe impératif du droit international général est applicable à tous les Etats, indépendamment du fait qu'ils fassent ou non partie d'un traité international quelconque et crée des effets à l'égard des tiers, y compris des individus. La Cour est allée très loin en considérant qu'"en la phase actuelle du droit international, le principe fondamental d'égalité devant la loi et de non discrimination est rentré

Anto Furundzija, IT-95-17/1-T, jugement, § 143-157 ; CEDH, 21 novembre 2001, *Al-Adsani*, req. n° 35763197. Pour la doctrine, v. notamment VISSCHER (C.), "Positivisme et *jus cogens*", *R.G.D.I.P.*, vol. 75, 1971, pp. 5-11; VIRALLY (M.), "Réflexions sur le *jus cogens*", *Annuaire français de Droit international*, 12, 1966, pp. 5-29; et GAJA (G.), "Jus Cogens beyond the Vienna Convention", *R.C.A.D.I.*, 1981, III, vol. 172, pp. 271-316.

149 Question n° 2.1 et 4 de la demande d'avis du Mexique.

150 La Cour a distingué les termes de différence et de discrimination. Sans innover sur ce point, elle a affirmé que le terme "différence" sera employé pour ce qui est admissible, raisonnable, proportionnel et objectif. La discrimination sera utilisée pour faire référence à ce qui est inadmissible et viole les droits de l'homme (toute exclusion, restriction ou privilège qui n'est pas objectif et raisonnable ou qui se manifeste au détriment des droits de l'homme), v. § 84.

dans le domaine du *jus cogens*¹⁵¹. On sait que les conséquences qui en découlent ne sont pas négligeables¹⁵². Le principe fondamental d'égalité et non-discrimination s'appliquerait donc à tous les Etats, produisant des obligations *erga omnes* (objectives) de protection qui doivent être assurées horizontalement et verticalement¹⁵³. A partir d'une telle interprétation, l'Etat n'est plus autorisé à empêcher l'accès des individus aux droits et à la justice de façon discriminatoire.

1.2) Le principe de non discrimination et d'égalité devant la loi s'applique à tous les travailleurs migrants

Après avoir qualifié ce principe, il faudrait évaluer son application aux migrants, notamment aux travailleurs migrants en situation irrégulière¹⁵⁴. Ceux-ci se trouvent dans une condition de vulnérabilité par rapports aux nationaux ou résidants, renforcée par des situations inégalitaires de *jure* et de *facto* qui ne leur permettent pas d'accéder au service public de façon égalitaire¹⁵⁵. Ils passent donc leur vie avec "un sentiment permanent d'injustice"¹⁵⁶. La Cour a repris son raisonnement pour affirmer que la situation irrégulière d'une personne n'est pas une condition nécessaire pour qu'un Etat respecte et garantisse le principe d'égalité et de non discrimination¹⁵⁷. Par conséquent, les Etats ne peuvent pas discriminer ou tolérer des situations discriminatoires contre les migrants, ce qui ne les empêche pas toutefois de leur octroyer un traitement différencié en fonction de la régularité ou non du migrant¹⁵⁸. Le principe d'égalité et non-discrimination permet d'extraire des obligations positives et négatives à la charge des Etats, dont le respect peut être exigé par les individus.

151 Avis n° 18/03, § 101. La Cour a été accusée d'aller trop loin en consacrant le principe de non-discrimination comme étant une norme de *jus cogens* (FLAUSS (J.-F.), *op. cit.*, p. 74).

152 En ce qui concerne les conséquences d'une norme impérative pour le droit des traités, v. article 53 de la Convention de Vienne du droit des traités du 23 mai 1969.

153 V. avis consultatif n° 18/03, § 110. Le juge A. A. Cançado Trindade a clarifié la double dimension des obligations *erga omnes*. Elles auraient, d'une part, une dimension horizontale, qui conduit à affirmer que les obligations *erga omnes* s'appliquent à toute la communauté internationale ; et, d'autre part, une dimension verticale permettant d'étendre les ces obligations tant aux organes et agents public qu'aux particuliers dans leurs relations interindividuelles. V. opinion séparée, § 76 et 77.

154 Question n° 2.1 de la demande d'avis du Mexique.

155 Avis consultatif, § 112.

156 Opinion séparée du juge A. A. Cançado Trindade, § 14.

157 Avis consultatif, § 118.

158 Avis consultatif, § 119.

1.3) Les droits qui résultent de l'application du principe de non discrimination et d'égalité devant la loi

Finalement, la Cour s'est consacrée à analyser les droits des travailleurs migrants sans papiers en application du principe d'égalité et non-discrimination¹⁵⁹. Elle a affirmé catégoriquement que "les droits du travail découlent nécessairement de la condition de travailleur, celle-ci entendue dans le sens le plus vaste. Toute personne qui va exercer, exerce ou a exercé une activité rémunérée, acquiert automatiquement la condition de travailleur et, par conséquent, les droits inhérents à ladite condition"¹⁶⁰. Une fois initié un rapport de travail dans un Etat d'emploi, celui-ci doit obligatoirement assurer le respect et la garantie de la jouissance des droits du travail sans aucune discrimination. La situation du travailleur migrant, qu'elle soit ou non régulière, est à cet effet dérisoire. Elle ne peut pas constituer une justification légitime pour le priver de la jouissance et de l'exercice de ses droits, y compris ceux du travail. La reconnaissance des droits du travail s'avère une conséquence logique et automatique du rapport de travail qui s'est établi¹⁶¹. En effet, le travailleur migrant irrégulier ne peut pas vivre dans un néant juridique à cause de sa situation irrégulière car il est avant tout un travailleur et doit jouir des droits inhérents à cette condition. Par conséquent, un Etat serait tenu responsable devant le droit international si, d'une part, il ne veillait pas à ce que tous les droits du travail que son ordre juridique établit soient reconnus et appliqués dans l'ensemble du territoire par les acteurs publics et privés et, d'autre part, s'il tolérerait des actions et des pratiques de tiers qui portent préjudice aux travailleurs migrants.

La Cour donne quelques exemples de pratiques contraires aux droits de l'homme des travailleurs migrants, comme la négation du droit à la retraite pour un travailleur qui remplit les exigences de la loi et du droit de faire valoir ses droits devant un tribunal compétent de l'Etat d'emploi¹⁶². Elle affirme que le droit à un procès équitable fait partie des droits minimaux qui doivent être garantis aux migrants,

159 Question n° 2.2 et 1 de la demande d'avis du Mexique.

160 Avis consultatif, § 133 et 134.

161 Cette notion englobe l'ensemble des droits du travailleur conformément au système juridique en cause, qu'il soit national ou international. Dans l'application des droits, l'Etat doit privilégier l'ordre juridique qui prévoit les droits les plus favorables. V. avis consultatif, § 155 et 156.

162 Avis consultatif, § 154.

indépendamment de leur statut migratoire¹⁶³. Il s'agit donc d'une réponse indirecte à l'attitude de la Cour Suprême des Etats-Unis dans l'affaire *Hoffman*¹⁶⁴. Ces garanties judiciaires minimales doivent être respectées notamment dans les procédures administratives et dans toute autre procédure susceptible d'affecter les droits de l'homme¹⁶⁵. La Cour cite en tant que droits inaliénables de tous les travailleurs migrants la prohibition du travail forcé ou obligatoire, la prohibition et l'abolition du travail des enfants, la protection des femmes au travail, ainsi que les droits relatifs à l'association et à la liberté syndicale, la négociation collective, le salaire adéquat pour un travail dûment réalisé, la sécurité sociale, les garanties judiciaires et administratives, la journée de travail de durée raisonnable et dotée de conditions adéquates en ce qui concerne la sécurité et l'hygiène, le repos et l'indemnisation¹⁶⁶. S'il ne s'agit pas d'une liste exhaustive des droits inaliénables, ces exemples semblent néanmoins élargir les quatre principes fondamentaux du droit du travail énoncés par l'OIT¹⁶⁷. En l'absence d'identification des droits substantifs¹⁶⁸, on peut penser que les conséquences de l'avis consultatif n° 18/03 à

163 § 121 et 122. La CIDH cite à ce sujet l'avis consultatif relatif au droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties du procès équitable, § 117 et 119. Selon la Cour, les garanties minimales découlant du procès équitable s'appliquent dans la détermination de tous les droits, y compris ceux d'ordre civil, du travail ou fiscal - § 124. V. également opinion séparée du juge A. A. Cançado Trindade, § 30. La CIDH a en effet privilégié dans les affaires concernant les travailleurs l'accès au juge et le droit à un procès équitable, ainsi que le droit de propriété et la liberté d'association. V. BURGORGUE-LARSEN (L.), UBEDA DE TORRES (A.), *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 480. V. CIDH, 2 février 2001, Fond, *Baena Ricardo et autres c. Panama*, série C, n° 72, §§ 126 et 127.

164 Pour plus de détails concernant l'affaire, v. p. 28 de ce travail.

165 Avis consultatif, § 125.

166 Avis consultatif, § 157.

167 Selon CLEVELAND S., la Cour n'a pas fourni une base afin de déterminer quels sont les droits du travail considérés inaliénables, in "Rights of undocumented workers, human rights, nondiscrimination, *jus cogens*, inter-American system", *American Journal of International Law*, 99, 2005, p. 464.

168 La C.I.D.H. n'a toutefois pas analysé la question de la violation des droits économiques, sociaux et culturels. Une telle approche aurait permis l'établissement d'un minimum de droits applicables, n'étant pas limitée à la protection fournie par l'Etat d'emploi aux travailleurs migrants réguliers ou nationaux. L'approche de la Cour peut s'expliquer en fonction du contenu de la demande d'avis formulée par Le Mexique ou bien en fonction de la sensibilité du sujet, favorisant une prise de position sur une question moins controversée. Sur ces points, v. LYON B., "The Inter-American Court of Human Rights defines unauthorized migrant workers' rights

l'égard des travailleurs migrants seront plus importantes en ce qui concerne les Etats disposant d'une protection plus amplifiée au niveau national¹⁶⁹. Le travailleur migrant peut donc continuer à bénéficier d'une protection à *la carte*, dépendante du niveau de protection assuré par l'Etat d'emploi selon sa législation nationale.

Cet avis montre donc qu'une éventuelle résorption des différences de traitement fondées sur la régularité ou non du séjour du travailleur migrant pourrait être envisagée par le biais d'un enrichissement, voire d'une hypertrophie du principe de non discrimination en tant que norme du droit international en général¹⁷⁰. Il s'agit de l'interprétation la plus progressiste des droits des travailleurs migrants en situation irrégulière déjà adoptée. Si elle est effectivement applicable à tous les Etats membres de l'OEA¹⁷¹, son effet ne demeure pas moins

for the hemisphere: a comment on advisory opinion 18", *N.Y.U. Review of Law & Social Change*, vol. 28, 2003-2004, p. 585.

169 *Idem*.

170 FLAUSS (J.-F.), *op. cit.*, p. 73.

171 Les avis rendus par la CIDH ne sont pas juridiquement obligatoires, mais ils jouissent d'une autorité morale incontestable, permettant à la Cour de contribuer à l'évolution du droit international des droits de l'homme (Dans ce sens, v. HENNEBEL (L.), "L'humanisation du droit international des droits de l'homme: commentaire de l'Avis consultatif n° 18 de la Cour interaméricaine des droits de l'homme", *R.T.D.H.*, n° 59, 2004, p. 756). La Cour a insisté pour que l'étendue de ses avis consultatifs dépasse de loin le cadre limité des Etats qui ont accepté sa compétence. Son avis ne doit pas se limiter aux Etats qui ont ratifié la Convention américaine car il vise à "faciliter les Etats membres et les organes de l'OEA l'obtention d'une interprétation judiciaire sur une disposition de la Convention ou d'autres traités concernant la protection des droits de l'homme dans les Etats américains" (avis consultatif n° 18, § 58 et 59. V. également les décisions citées par la Cour: *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, § 36 et 40; *Restricciones a la pena de muerte* (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). La Cour pourra donc émettre un avis sur la compatibilité de l'une quelconque des lois d'un Etat avec les instruments internationaux précités (avis consultatif n° 18, § 53 et 54. V. article 64 de la convention américaine). Cette caractéristique est particulièrement importante en ce qui concerne l'affaire en l'espèce. C'est la raison pour laquelle elle tient à insister que les conclusions tirées dans l'avis consultatif s'appliquent à tous les Etats membres de l'OEA qui ont ratifié la Charte de l'OEA, la Déclaration américaine, la Déclaration universelle ou bien le Pacte International de Droits Civils et Politiques (avis consultatif n° 18, § 60). Les Etats-Unis d'Amérique devraient donc respecter l'avis consultatif rendu par la Cour, indépendamment de ne pas avoir ratifié la Convention américaine, ce qui est toujours le cas. Néanmoins, c'est apparemment l'effet contraire qui s'est produit: la législation nord-américaine portant sur les travailleurs migrants a été endurcie, l'exemple de la loi de l'Arizona en témoigne. Cette loi sur "le renforcement de l'application de nos lois et de la sécurité de nos quartiers" est connue sous le nom "projet de loi 1070 ou

visible à l'égard des Etats en dehors du système¹⁷². Elle pourra donc motiver le développement d'une jurisprudence compréhensive plus orientée vers la souveraineté des individus au détriment du respect absolu de la souveraineté étatique¹⁷³. Il faudra savoir à présent si les travailleurs migrants en situation irrégulière, qui en sont les principaux bénéficiaires, pourront avoir accès effectif au principe de non discrimination et d'égalité devant la loi devant les organes juridictionnels de contrôle.

2) Les possibilités d'accès effectif aux droits devant les organes juridictionnels de contrôle

On a vu que la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme a joué un rôle majeur en ce qui concerne la protection des travailleurs migrants et la reconnaissance de leurs droits. Le juge interaméricain a surmonté les obstacles à l'universalisation des droits des travailleurs migrants par le biais d'une interprétation utile qui a dépassé le cadre conventionnel lorsqu'il a affirmé que le principe de non discrimination s'applique à tous les travailleurs migrants indépendamment de leur statut migratoire¹⁷⁴. Partant de l'apport de la Cour interaméricaine, il faudra évaluer si les travailleurs migrants en situation irrégulière pourront désormais avoir accès effectif à leurs droits, faisant valoir devant les juridictions internationales les obligations *erga omnes* de protection, ou si les développements énoncés dans l'avis de la Cour tendent à se limiter à la sphère formelle. Il s'agit ici de l'aboutissement de la consécration réelle des droits par les cours des systèmes des droits de l'homme. On parle d'un "droit au droit", en d'autres termes d'"un droit à un ordre

"Arizona SB 1070". D'autres exemples concernent l'utilisation de la jurisprudence *Hoffman Plastics* par d'autres cours d'appel au Michigan et en Pennsylvanie. V. sur le sujet LYON B., "The Inter-American Court of Human Rights defines unauthorized migrant workers' rights for the hemisphere: a comment on advisory opinion 18", *N.Y.U. Review of Law & Social Change*, vol. 28, 2003-2004, p. 562.

172 La Commission des droits de l'homme de l'ONU a déjà invoqué l'avis consultatif n° 18/03 dans une résolution concernant les droits de l'homme des migrants. Il s'agit de la résolution 2004/53, du 20 avril 2004.

173 ANNAN K., "Two concepts of sovereignty", *The Economist*, 18 septembre 1999.

174 Opinion consultative n° 18/03, 17 septembre 2003, sollicitée par les Etats Unis mexicains, relative à la "condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados".

juridique – tant au niveau national qu’international – qui sauvegarde effectivement les droits fondamentaux de la personne humaine¹⁷⁵.

Malgré les développements de la Cour interaméricaine, les travailleurs migrants en situation irrégulière sont toujours confrontés à quelques difficultés essentielles afin d’accéder à la justice internationale et d’obtenir la réalisation de leurs droits¹⁷⁶. Leur accès effectif se heurte, tout d’abord, à la difficulté de leur conférer un accès direct devant les systèmes internationaux des droits de l’homme (2.1). Si cette difficulté n’est pas particulière à cette catégorie de travailleurs, elle produit des incidences sur leur accès à la justice sur le plan international. Le droit des particuliers de présenter une requête, ainsi que la nécessité de prévoir la juridiction obligatoire des tribunaux internationaux sont nécessairement liées (2.2). On pourrait dire qu’elles “constituent les véritables pierres angulaires de la protection internationale des droits de la personne”¹⁷⁷. Elles conditionnent l’accès des particuliers à la justice internationale, “ce qui constitue une véritable révolution juridique”¹⁷⁸. Au-delà de reconnaître la juridiction obligatoire des cours des systèmes de protection des droits de l’homme, l’accès effectif des travailleurs migrants en situation irrégulière pourrait se heurter également à la règle de l’épuisement des voies de recours internes (2.3).

175 CANCADO TRINDADE (A. A.), *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, tome III, Porto Alegre, Brésil, éd. S. A. Fabris, 2002, p. 524, § 187 ; et CANCADO TRINDADE (A. A.), *Evolution du droit international au droit des gens - l'accès des individus à la justice internationale, le regard d'un juge*, éd. Pedone, Paris, 2008, p. 117.

176 Le droit d’accès à la justice doit s’entendre lato sensu: il s’agit du droit à ce que la justice soit faite, in CANCADO TRINDADE (A. A.), *Evolution du droit international au droit des gens, op. cit.*, p. 81.

177 OEA, *rapport annuel de la cour interaméricaine des droits de l’homme – 2000*, adressé par le Président de La Cour interaméricaine des droits de l’homme, le juge A. A. Cançado Trindade devant l’Assemblée générale de l’OEA, tenue à Windsor, Canada, annexe LI, pp. 785-790) et OEA, rapport présenté par le Président de la Cour interaméricaine des droits de l’homme, le juge A. A. Cançado Trindade, à la Commission des affaires juridiques et politiques du Conseil permanent de l’OEA, dans le cadre du dialogue sur le renforcement du système interaméricain de protection des droits de la personne humaine: “vers la consolidation de la capacité juridique internationale des pétitionnaires dans le système interaméricain de protection des droits de la personne humaine”, 19 avril 2002, OEA, document OEA/Ser.G/CP/CAJP-1933/02, de 25.04.2002, p. 3.

178 Idem.

2.1) La nécessité d'un accès direct devant les systèmes internationaux des droits de l'homme

Le système interaméricain empêche les particuliers d'accéder directement à la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Ils peuvent uniquement soumettre à la Commission des pétitions contenant des dénonciations ou des plaintes relatives à une violation de la présente Convention par un Etat partie¹⁷⁹. Le système interaméricain n'octroie que le *locus standi in judicio* à toutes les étapes de la procédure devant la Cour¹⁸⁰. Si l'on a pu se féliciter de ce progrès déjà accompli, la limitation de l'accès direct mérite d'être réexaminée. En effet, elle a été maintes fois soulignée par l'ancien président de la Cour, le juge Antônio Augusto Cançado Trindade, qui a proposé de réviser le règlement afin de prévoir l'accès direct des particuliers devant le système interaméricain¹⁸¹. Selon le juge, la reconnaissance de *legitimatio ad causam* des particuliers devant les instances internationales répond à une "nécessité de l'ordre juridique international lui-même"¹⁸².

Suivant cette logique, à partir de l'entrée en vigueur du protocole n° 11 à la Convention européenne des droits de l'homme, le 1^{er} novembre 1998, le mécanisme de contrôle de la Convention européenne a été modifié en accordant aux individus l'accès direct à la Cour européenne (*jus standi*) en tant que sujets de droit international des droits de l'homme¹⁸³. Une voie moyenne a été trouvée par le protocole instituant la récente Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, entrée en vigueur le 25 janvier 2004 après le dépôt de quinze instruments de ratification¹⁸⁴. Il établit que les individus

179 Article 44 de La Convention américaine relative aux droits de l'homme.

180 Règlement de la Cour interaméricaine adopté le 24 novembre 2000 et entré en vigueur le 1^{er} juin 2001.

181 OEA, *rapport annuel de la cour interaméricaine des droits de l'homme - 2000*, adressé par le Président de La Cour interaméricaine des droits de l'homme, le juge A. A. Cançado Trindade devant l'Assemblée générale de l'OEA, tenue à Windsor, Canada, annexe LI, pp. 785-790.

182 CANCADO TRINDADE (A. A.), *Evolution du droit international au droit des gens, op. cit.*, p. 29.

183 L'article 34 du Protocole n° 11 prévoit la possibilité d'introduire des requêtes par des personnes physiques qui se prétendent victimes d'une violation des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles. L'Etat en cause ne pourra pas entraver l'exercice efficace de ce droit.

184 En vertu de l'article 35 § 3, le Protocole est entré en vigueur 30 jours après le dépôt du 15^e instrument de ratification. V. Protocole relatif à la Charte africaine des

ou les organisations non gouvernementales pourront introduire des requêtes directement devant la Cour, conformément à l'article 34, § 6 du protocole¹⁸⁵. Cet article prévoit un système de déclaration facultative unilatérale de la part des Etats portant acceptation de la compétence de la Cour afin d'examiner les requêtes individuelles. C'est la condition imposée par le protocole afin qu'un particulier puisse accéder à la Cour africaine.

2.2) La nécessité de prévoir la juridiction obligatoire des tribunaux internationaux

La seconde "pierre angulaire de la protection internationale des droits de la personne" consiste en la nécessité de reconnaître la juridiction obligatoire des cours des systèmes de protection des droits de l'homme, qui produit des incidences directes sur l'accès effectif des travailleurs migrants en situation irrégulière. L'importance de prévoir la reconnaissance étatique sans réserve de la juridiction obligatoire des cours internationales a été déjà évoquée¹⁸⁶. En ce qui concerne la Cour interaméricaine, son ancien président, le juge Cançado Trindade, avait souligné maintes fois la nécessité de prévoir l'automatisme de la compétence contentieuse obligatoire de la Cour par le biais de l'acceptation étatique sans réserve, ainsi

droits de l'homme et des peuples, portant création d'une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, adopté à Ouagadougou, Burkina Faso, le 10 juin 1998.

185 Article 5, § 3, du Protocole. Concernant les moyens trouvés par la Commission afin d'autoriser l'introduction de requêtes individuelles et de résoudre le problème relatif à l'absence de mention quant à cette possibilité dans la Charte africaine, v. ATANGANA AMOUGOU (J.-L.), "Avancées et limites du système africain de protection des droits de l'homme: la naissance de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples", *Droits fondamentaux*, n° 3, janvier – décembre 2003, p. 178. V. également NALDI (G. J.), MAGLIVERAS (K.), "Reinforcing the African System of Human Rights: The Protocol on the Establishment of a Regional Court of Human and People's Rights", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, n° 16, 1998, pp. 431-456 et BELLO (E. G.), "The African Charter on Human Rights and People's Rights: A Legal Analysis", *R.C.A.D.I.*, n° 194, 1985, pp. 21-184.

186 V. Déclaration de Manille sur le règlement pacifique des différends internationaux, adoptée le 15 novembre 1982 par l'Assemblée générale (A/RES/37/10) ; rapport de l'ancien Secrétaire général M. Boutros-Ghali, intitulé "Agenda pour la paix: diplomatie préventive, rétablissement de la paix, maintien de la paix", présenté par le Secrétaire général en application de la déclaration adoptée par la réunion au sommet du Conseil de sécurité le 31 janvier 1992, A/47/277-S/24111, § 39 ; rapport de l'ancien Secrétaire général M. Kofi Annan, relatif à la "prévention des conflits armés", présenté par le Secrétaire général le 7 juin 2001, A/55/285-S/2001/574, § 48 et 50.

que de l'amendement de la disposition relative à sa compétence¹⁸⁷. Ce serait la seule façon de surmonter les difficultés découlant du caractère facultatif de l'acceptation de sa compétence contentieuse.

Cette question se pose particulièrement dans le contexte de l'avis consultatif n° 18 rendu par la Cour interaméricaine, dans lequel le principe de non discrimination a été qualifié en tant qu'une norme de *jus cogens*. On pourrait s'interroger sur le point de savoir si le fait qu'un différend porte sur le respect d'une norme de *jus cogens* et des obligations *erga omnes* qui en découlent ne saurait en lui-même fonder la compétence de la Cour pour en connaître, indépendamment de la règle du consentement des parties à l'exercice de sa juridiction. Une telle possibilité a été invoquée par le Congo afin de fonder la compétence de la C.I.J. pour statuer sur l'affaire relative aux activités armées. Dans son arrêt de 2006, concernant la compétence et recevabilité, la C.I.J. a réitéré que " l'opposabilité *erga omnes* d'une norme et la règle du consentement à la juridiction sont deux choses différentes "¹⁸⁸. Elle considère que "le seul fait que des droits et obligations *erga omnes* seraient en cause dans un différend ne saurait [lui] donner compétence" pour connaître d'un différend¹⁸⁹. Par conséquent, le fait qu'un différend porte sur le respect d'une norme possédant le caractère de *jus cogens* ne pourrait pas constituer tout seul le fondement de sa compétence car celle-ci

187 Article 62 de la Convention américaine. CASCADO TRINDADE (A. A.), *Evolution du droit international au droit des gens, op. cit.*, p. 60 et CASCADO TRINDADE (A. A.), "La Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme au seuil du XXIème siècle", *Actualité et Droit International*, 24 février 2000 (<http://www.ridi.org/adi>), § 7 et 8.

188 V. C.I.J., *Activités armées sur le territoire du Congo* (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence et recevabilité, arrêt, *Recueil* 2006, p. 6, § 64 ; *Activités armées sur le territoire du Congo* (nouvelle requête: 2002), (République démocratique du Congo c. Rwanda), mesures conservatoires, ordonnance du 10 juillet 2002, *Recueil* 2002, p. 219, § 71 ; *Timor oriental* (Portugal c. Australie), *Recueil* 1995, p. 102, § 29.

189 La mention relative "au seul fait que des droits et obligations *erga omnes* seraient en cause" a soulevé quelques critiques. En ce faisant, la Cour admettrait indirectement qu'une norme de *jus cogens* pourrait limiter le principe du consentement étatique à condition que d'autres éléments soient présents. Dans ce sens, v. QUINDIMIL LOPEZ (J. A.), "Las normas de *ius cogens* y el consentimiento de los Estados ante la Corte Internacional de Justicia: ¿hacia un nuevo fundamento de jurisdicción? (Comentarios sobre la sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 3 de febrero de 2006, Actividades armadas sobre el territorio del Congo, República Democrática del Congo contra Ruanda -nueva demanda de 2002-)", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 12, 2006, p. 11.

“est toujours fondée sur le consentement des parties”¹⁹⁰. Dans le cas contraire, la Cour serait rapidement encombrée par des plaideurs se contentant d’invoquer la violation de l’interdiction du recours à la force, reconnue en tant que norme impérative, afin de fonder sa compétence¹⁹¹.

On pourrait transposer cette logique à l’affaire en l’espèce afin de considérer que la mise en cause du principe de non discrimination, qualifié de *jus cogens*, ne serait pas de nature à fonder lui-seul la compétence des cours des systèmes de protection des droits de l’homme, dont la compétence est conditionnée par le consentement des Etats en cause. Les travailleurs migrants en situation irrégulière ne peuvent donc pas écarter le volontarisme étatique en cas de violation du principe de non discrimination, leur protection demeurant entre les mains des Etats d’emploi. Néanmoins, si la juridiction des cours internationales est en général de nature consensuelle, cela n’empêche pas de considérer le caractère transitoire de cette règle. Dans sa déclaration relative à arrêt du 3 février 2006, le juge Elaraby a souligné l’importance de l’acceptation par les Etats de la juridiction obligatoire de la Cour, tout en affirmant qu’à l’heure actuelle le règlement judiciaire international est, en général, consensuel¹⁹². Cette limitation intrinsèque du Statut, qui reflète les limites du système judiciaire international en général, consiste à des “ vestiges d’une époque révolue”, qui doivent être réexaminées¹⁹³. Selon le juge, il est devenu impératif, au XXI^e siècle, de surmonter les obstacles à l’établissement de la compétence de la Cour. Pour ce faire, il semble nécessaire de modifier la disposition qui prévoit la nature

190 C.I.J., *Activités armées sur le territoire du Congo* (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence et recevabilité, arrêt, *Recueil* 2006, p. 6, § 64.

191 LATTY (F), “La Cour internationale de justice face aux tiraillements du droit international: les arrêts dans les affaires des activités armées sur le territoire du Congo (RDC c. Ouganda, 19 décembre 2005 ; RDC c. Rwanda, 3 février 2006)”, *Annuaire français de droit international*, vol. 51, 2005, pp. 211.

192 Déclaration du juge Elaraby, Accord sur les conclusions de la Cour – Limites du système judiciaire international– Impossibilité pour la Cour de mettre en application le principe de bonne administration de la justice – Affaires connexes fondées sur des chefs de compétence différents – Non-reconnaissance par le Rwanda de la juridiction obligatoire de la Cour – Nature consensuelle de la compétence de la Cour – Gravité de la situation en cause – Importance de l’acceptation par les Etats de la juridiction obligatoire de la Cour, § 7.

193 Déclaration du juge Elaraby, § 10.

consensuelle de la compétence de la Cour¹⁹⁴. Il en va de même en ce qui concerne les cours des systèmes de protection des droits de l'homme. L'avis consultatif de la Cour interaméricaine pourrait motiver cette nécessité au profit de la reconnaissance effective des droits des travailleurs migrants en situation irrégulière.

2.3) La nécessité de flexibiliser la règle de l'épuisement des voies de recours internes

La règle de l'épuisement des voies de recours internes s'avère particulièrement inadéquate à la situation juridique des travailleurs migrants en situation irrégulière. Elle est prévue en tant que condition de recevabilité des réclamations devant les systèmes *quasi* juridictionnels et juridictionnels de contrôle, à l'instar de la Convention américaine relative aux droits de l'homme¹⁹⁵, du Protocole n° 11 de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁹⁶ et de la Charte

194 Selon l'opinion individuelle de M. le juge ad hoc Dugard, la Cour ne pourrait pas accepter les arguments avancés par la RDC au risque d'outrepasser sa fonction juridictionnelle légitime car seuls les Etats peuvent modifier l'article 36 du Statut de la Cour (§ 13). Opinion individuelle de M. le juge ad hoc Dugard, Accord avec l'arrêt de la Cour – Le *jus cogens* a un rôle important à jouer dans les affaires jugées par la Cour – Le *jus cogens* doit être invoqué par la Cour, dans l'exercice de son choix judiciaire, comme un guide et non comme un moyen de faire échec à une norme du droit international général acceptée et reconnue par la communauté internationale tout entière – L'argument selon lequel le *jus cogens* confère compétence à la Cour en l'espèce est, dès lors, infondé – Pour prouver que la condition de négociation contenue dans une clause compromissaire est satisfaite par des conférences diplomatiques, le demandeur doit indiquer avec un certain degré de précision la convention visée et la nature des violations alléguées.

195 Selon l'article 46, § 1, a) de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, la Commission ne pourra retenir une pétition ou communication que si "toutes les voies de recours internes aient été dûment utilisées et épuisées conformément aux principes du Droit international généralement reconnu". Le § 2 de cet article mentionne des situations dans lesquelles cette règle ne trouverait pas à s'appliquer. Il s'agit des situations suivantes: "a. Il n'existe pas, dans la législation interne de l'Etat considéré une procédure judiciaire pour la protection du droit ou des droits dont la violation est alléguée; b. l'individu qui est présumé lésé dans ses droits s'est vu refuser l'accès des voies de recours internes ou a été mis dans l'impossibilité de les épuiser; ou c. il y a un retard injustifié dans la décision des instances saisies".

196 Le Protocole n° 11, qui a introduit la possibilité de présenter des requêtes individuelles, prévoit à l'article 35 que la Cour ne pourra être saisie "après l'épuisement des voies de recours internes, tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnu (...)".

africaine des droits de l'homme et des peuples¹⁹⁷. Néanmoins, cette règle ne trouverait pas à s'appliquer au cas où le travailleur migrant démontrerait que ceux-ci n'étaient pas effectifs, disponibles et opérants¹⁹⁸, ce qui est souvent le cas en ce qui les concerne. En effet, selon un principe bien établi en droit international, la règle relative à l'épuisement des recours internes ne s'applique pas aux recours qui n'ont objectivement aucune chance d'aboutir¹⁹⁹. Il faudra donc effectuer un test de l'effectivité des recours disponibles²⁰⁰.

Pour que le droit d'accès à la justice soit effectif encore faut-il que le justiciable puisse être entendu par un juge sans être confronté à des obstacles insurmontables ou difficiles²⁰¹, comme par exemple le

197 Le protocole relatif à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, portant création de la Cour africaine des droits de l'homme, ne mentionne pas la règle de l'épuisement des recours internes. Toutefois, le règlement intérieur intérimaire de la Cour mentionne que les "requêtes émanant d'individus et d'organisations non gouvernementales doivent remplir les autres conditions de recevabilité prévues par l'article 56.5 et 56.6 de la Charte et l'article 40 du règlement" (article 34, § 4). Les deux dispositions font référence à la règle de l'épuisement des recours internes en tant que condition de recevabilité des requêtes: " 5. Être postérieures à l'épuisement des recours internes s'ils existent, à moins qu'il ne soit manifeste à la Cour que la procédure de ces recours se prolonge de façon anormale ; 6. Être introduites dans un délai raisonnable courant depuis l'épuisement des recours internes ou depuis la date retenue par la Cour comme faisant commencer à courir le délai de sa propre saisine" (Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples, adoptée le 27 juin 1981 à Nairobi, Kenya, lors de la 18^e Conférence de l'Organisation de l'Unité Africaine (OUA). Entrée en vigueur le 21 octobre 1986).

198 En d'autres termes, l'auteur d'une communication n'est tenu d'épuiser les recours internes que "dans la mesure où ceux-ci sont disponibles et opérants et il n'a pas à utiliser de recours extraordinaires ou de recours dont la disponibilité n'est pas suffisamment manifeste", v. Comité des droits de l'homme, affaire *Arzuaga gilboa c. Uruguay*, 1994, n 332/1988, § 6.2 ; Cour européenne des droits de l'homme, affaire *Van Oosterwijk*, arrêt du 6 novembre 1980, *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, 1980, vol. 23, pp. 491-495.

199 V. Comité des droits de l'homme, affaires *Kaaber c. Islande*, 1996, n 674/1995 ; *Ilmari lansman et consorts c. Finlande*, 1994, n 511/1992 ; *Jong-Kyu Sohn c. République de Corée*, 1995, n 518/1992.

200 CANCADO TRINDADE (A. A.), "Exhaustion of local remedies under the United Nations Covenant on Civil and Political Rights and its Optional Protocol", *International and Comparative Law Quarterly*, n° 28, 1979, pp. 734-765 et CANCADO TRINDADE (A. A.), *The application of the rule of exhaustion of local remedies in international law, its rationale in the international protection of individual rights*, ed. Cambridge university press, Cambridge, 1983, p. 110.

201 Selon le Comité des droits de l'homme, "une situation dans laquelle les tentatives d'un particulier pour saisir les juridictions compétentes de ses griefs sont systématiquement contrecarrées est contraire aux garanties prévues au § 1^{er} de l'article

risque d'expulsion des travailleurs migrants en situation irrégulière²⁰². Les nombreuses difficultés auxquelles font face ces travailleurs ont amené le Comité sur les travailleurs migrants, institué en vertu de l'article 77 de la Convention sur la protection des travailleurs migrants et des membres de leurs familles, à souligner que la règle de l'épuisement des voies de recours internes disponibles ne s'applique pas "s'il est peu probable que les voies de recours donneraient une satisfaction effective à ce particulier". La flexibilisation de la règle de l'épuisement des recours internes est donc essentielle afin faciliter l'accès effectif des travailleurs migrants en situation irrégulière aux systèmes internationaux de protection.

14 du pacte" (Comité des droits de l'homme, affaire *Bahamonde c. Guinée équatoriale*, 1993, n° 468/1991, § 9.4 ; affaire *Avellanal c. Pérou*, 1988, n° 202/1986).

202 ROHI (D), " Discriminations légales et précarité: Algériens et Espagnols de France", Direction scientifique (C.) BORDES-BENAYOUN, (C.) DELCROIX, Université Toulouse Le Mirail, C.I.R.E.J.E.D. Diasporas, 2002, disponible sur le site: http://www.gip-recherche-justice.fr/catalogue/PDF/rapports/74_RF_Migrants-rohi.PDF.

CONCLUSION

On sait que la protection des travailleurs migrants en situation irrégulière a été tardivement prise en compte par la communauté internationale. Les initiatives adoptées au niveau international et régional laissent toujours une grande marge de manœuvre aux Etats car la politique migratoire et la lutte contre l'immigration irrégulière sont privilégiées au détriment des mesures de protection. Le paradoxe est évident si l'on analyse les solutions apportées par l'OIT et par l'ONU dans ce domaine, qui reflètent une lecture restrictive des droits. Les deux organisations ont réalisé une protection à *la carte* des droits des travailleurs migrants en situation irrégulière. Si cette protection semble être renforcée par l'ONU, il en demeure plusieurs différences de traitement par rapport aux travailleurs migrants en situation régulière qui indiquent que l'égalité de traitement ne semble qu'illusoire.

Malgré la reconnaissance formelle des droits au sein de l'OIT et de l'ONU, une telle reconnaissance ne répercute pas sur la jouissance des droits, qui est l'une des préoccupations fondamentales de ce travail de recherche. En effet, l'évaluation conjointe de l'accès formel et effectif dans le cadre d'une lecture restrictive des droits met en évidence un décalage évident entre ceux-ci. Un accès formel limité produit des conséquences non négligeables sur l'accès effectif, qui semble sommeiller dans les textes conventionnels faute d'une prise de conscience des Etats d'emploi. Cette hypothèse est confirmée par l'absence d'accès des travailleurs migrants en situation irrégulière aux organes *quasi* juridictionnels de contrôle, leur saisine étant dépendante de l'acceptation ou de la ratification des conventions s'y rapportant par l'Etat en cause. De fait, si le Comité des travailleurs migrants est toujours inopérant, le Comité tripartite quant à lui n'a pas encore analysé des plaintes provenant d'une organisation professionnelle ayant trait aux droits des travailleurs migrants en situation irrégulière.

Une approche extensive ou progressiste des droits, fondée sur les principes découlant de la justice objective, pourrait promouvoir un meilleur accès formel aux droits et diminuer l'écart entre l'accès formel et effectif. C'est sous cette base que la reconnaissance et la jouissance des droits pourrait être assurée aux travailleurs migrants en situation irrégulière, sans être confrontée aux résistances étatiques. Les principes y jouent un rôle essentiel, notamment dans

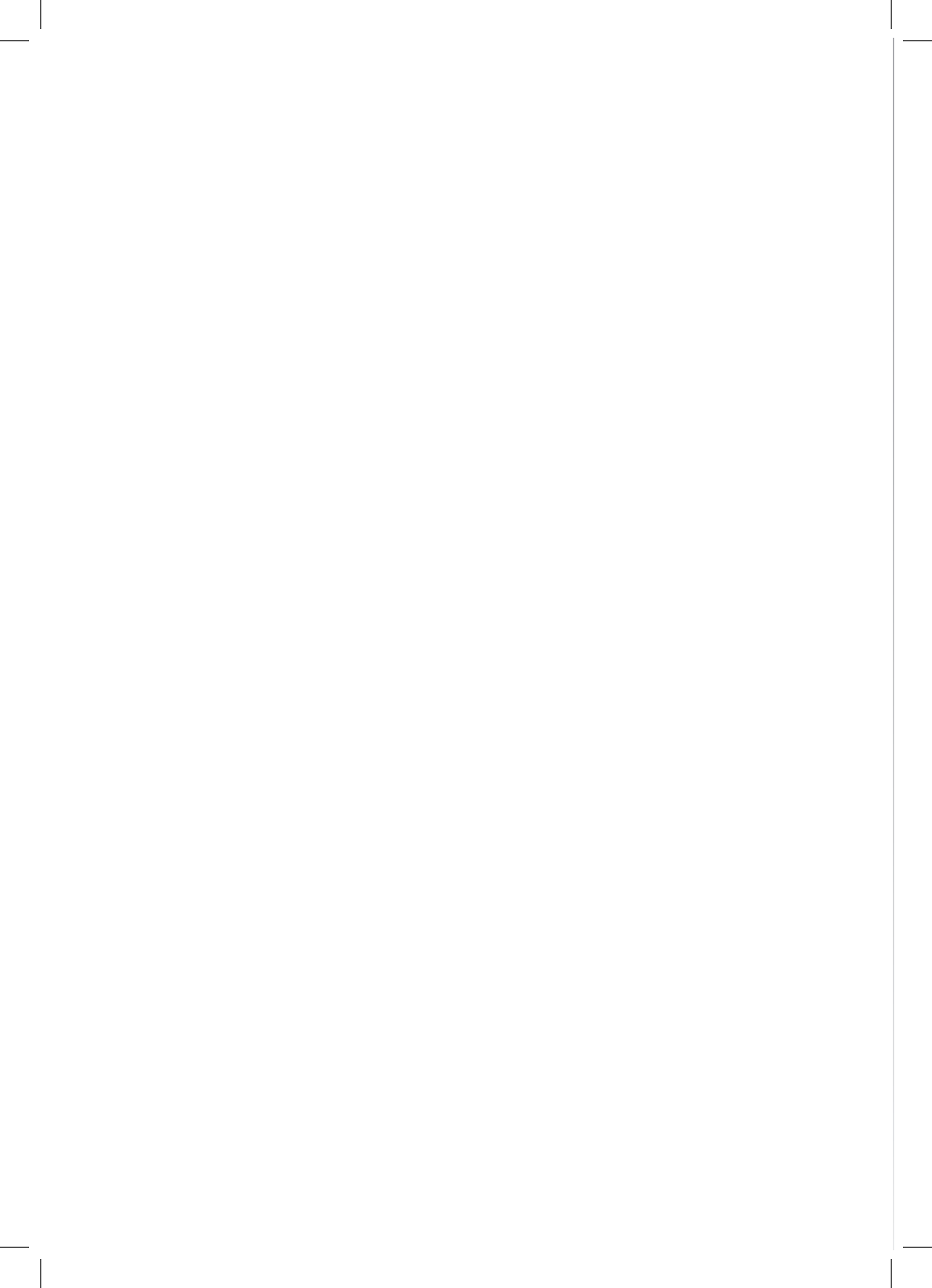
le cas où l'approche conventionnelle se montre insuffisante. Cette tendance a été mise en œuvre par l'OIT dans sa Déclaration relative aux principes fondamentaux au travail et par la Cour interaméricaine dans son avis consultatif n° 18/2003. Ces deux prises de position ont été importantes afin de surmonter les obstacles résultant de l'absence d'acceptation des standards internationaux et de permettre ainsi d'assurer la réalisation des droits des travailleurs migrants en situation irrégulière. Si cette lecture extensive des droits semble effectivement élargir l'accès formel aux droits en favorisant une érosion des différences de traitement entre les travailleurs migrants en situation régulière et irrégulière, elle se heurte toutefois à quelques difficultés concrètes mettant en cause son utilité réelle. L'absence d'un mécanisme capable de permettre la jouissance des droits reconnus formellement viderait donc de toute utilité les initiatives fondées sur les principes.

Qu'elles soient restrictives ou extensives, les approches développées au cours de ce travail ne laissent pas encore présager une diminution importante du décalage entre l'accès formel et effectif devant les systèmes international et régional. Dans l'absence d'un accès simple, rapide et effectif devant les tribunaux nationaux, les travailleurs migrants en situation irrégulière demeurent des acteurs invisibles dans la société où ils vivent. Leur protection est entre les mains des Etats d'emploi. Ils s'apparentent à "l'étranger" d'Albert Camus, étant condamnés par la société au cas où ils ne joueraient pas le jeu²⁰³. Revendiquer leurs droits signifierait rompre avec l'apparente invisibilité de leur situation juridique, avec toutes les conséquences négatives qui en découlent. Le prix à payer afin de renoncer au sentiment permanent d'injustice peut s'avérer trop cher.

203 "L'étranger" d'Albert CAMUS est étranger dans la société où il vit car il n'adopte pas les comportements requis. Selon l'auteur, "dans notre société tout homme qui ne pleure pas à l'enterrement de sa mère risque d'être condamné à mort", Biographie Albert CAMUS, Folio, Paris, 2007.



ANNEXES



I. OPINION INDIVIDUELLE DU JUGE A.A. CANÇADO TRINDADE DANS L’AFFAIRE DE *GOIBURÚ ET AUTRES VERSUS PARAGUAY* (CTIADH, ARRÊT DU 22.09.2006, SÉRIE C)

1. La sinistre *Opération Condor* a finalement été portée à la connaissance d’un tribunal international, dans la mesure où la présente affaire *Goiburú et autres versus Paraguay* se situe dans le cadre de cette opération, de laquelle elle est un microcosme. Dans le présent Jugement, la Cour a souligné l’importance de la reconnaissance de responsabilité de la part de l’État en tant que “contribution positive au développement de cette procédure” (par. 52). De plus, elle a ajouté que “l’adoption d’un jugement établissant la vérité quant aux faits et tous les éléments relatifs au fond de l’affaire, ainsi que les conséquences correspondantes, constitue une manière de contribuer à la préservation de la mémoire historique, de même qu’une forme de réparation pour les familles des victimes et en même temps, une façon de contribuer à éviter que de tels événements se répètent” (par. 53).

2. Compte tenu de la transcendance historique de cette affaire, je me vois dans l’obligation de laisser un témoignage, dans cette Opinion individuelle, de mes réflexions sur le sujet traité dans le Jugement que la Cour vient d’adopter, pour exposer les raisons de ma position à ce sujet. Dans cette Opinion individuelle dans l’affaire *Goiburú et autres*, j’aborderai les thèmes suivants: a) la criminalisation des violations graves des droits de la personne; b) le contexte du terrorisme d’État: ‘l’*Opération Condor*’; c) le crime d’État revisité; d) la responsabilité internationale aggravée en raison du crime d’État; e) les éléments de rapprochement de la complémentarité entre le Droit international des droits de la personne et le Droit pénal international; f) la dissimulation des crimes d’État dans l’*Opération Condor*; g) *Condor redivivus*: l’histoire se répète; et h) l’extension du contenu matériel du *jus cogens*.

I. LA CRIMINALISATION DES VIOLATIONS GRAVES DES DROITS DE L’HOMME

3. Les faits de la présente affaire *Goiburú et autres*, se situant dans le cadre de l’*Opération Condor*, qui a caractérisé l’époque de ténèbres

et de répression la plus cruelle dans toute l'histoire de l'Amérique latine en général et du Cône Sud en particulier, revêtent la plus grande gravité. Dans ce Jugement (par. 40 et 41), la Cour rappelle qu'en reconnaissant, dans sa réponse à la requête, "les considérations factuelles" formulées dans cette dernière "quant au fond de l'affaire", l'État défendeur indiqua

"(...) [reconnaître] que, par le passé, particulièrement durant le régime d'Alfredo Stroessner (1954-1989), de graves violations des droits de la personne ont été perpétrées (...). Il n'y a pas de doutes que l'État a manqué à son obligation de garantir [le respect] des droits durant le régime de 1954-1989, puisqu'au lieu d'organiser l'appareil gouvernemental de manière à pouvoir assurer juridiquement le libre exercice des droits de la personne, l'État lui-même s'est consolidé en un système de répression et d'exécution de violations systématiques des droits de la personne.

Toutefois, il est important de mentionner que le Paraguay, à la différence des autres pays du [C]ône [S]ud, n'a jamais adopté de lois d'amnistie et reconnaît l'inapplication de la prescription en matière de violations graves des droits de la personne. L'État affirme que ces mesures sont des exemples de mesures préventives visant à éviter la répétition d'abus tels que ceux enregistrés durant la dictature de 1954-1989".

4. La Cour elle-même a établi, en tant que faits prouvés dans le cas d'espèce, que

"Les disparitions forcées de MM. Agustín Goiburú Giménez, Carlos José Mancuello Bareiro et des frères Rodolfo et Benjamín Ramírez Villalba (...) comportent des caractéristiques semblables et se réfèrent à un contexte unique, dans lequel des agents de l'État paraguayen ont illégalement arrêté, maintenu isolé, torturé et fait disparaître des personnes engagées dans des activités politiques s'opposant au régime de Stroessner ou désignées comme ennemies de ce régime" (par. 61.14).

Ces violations étaient commises de manière systématique et à échelle *interétatique*. Ainsi, comme l'a établi la Cour, "la disparition du Dr. Goiburú est une affaire qui démontre une action coordonnée entre les forces de sécurité paraguayenne et argentine, dans le cadre de l'*Opération Condor*. Sa disparition fait partie du *modus operandi*

selon lequel les Paraguayens étaient portés disparus en Argentine durant la dictature militaire dans ce pays" (par. 61.27).

5. Le 22 décembre 1992, de nombreux documents – aujourd'hui conservés dans les dénommées "Archives de la terreur", à Assomption - ont été divulgués. Ces archives constituent "une des plus importantes et indéniables sources de preuves concernant les graves abus commis durant la dictature du Général Stroessner", y compris "l'arrestation arbitraire, la torture, les exécutions extrajudiciaires et les disparitions, de même que la coopération répressive internationale" (par. 61.121). En réalité, les faits de la présente affaire *Goiburú et autres* parlent d'eux-mêmes. Au moment de déterminer la responsabilité internationale de l'État dans le contexte de la présente affaire, cette Cour a indiqué, dans le Jugement qu'elle vient d'adopter:

"La présente affaire revête une transcendance historique particulière: les faits sont survenus dans un contexte de pratique systématique de détentions arbitraires, de tortures, d'exécutions et de disparitions perpétrées par les forces de sécurité et d'intelligence de la dictature d'Alfredo Stroessner, dans le cadre de l'*Opération Condor*, dont les caractéristiques et la dynamique ont été brièvement mentionnées dans les faits prouvés (...). Autrement dit, les graves faits se situent dans le cadre de la répression flagrante, massive et systématique à laquelle la population a été soumise, à l'échelle interétatique, puisque les structures de sécurité étatiques se sont déchaînées contre les nations de manière coordonnée et transfrontalière, sous l'ordre des gouvernements dictatoriaux impliqués" (par. 62)¹.

6. Dans l'ordre juridique international, le processus historique actuel de *criminalisation* des violations graves des droits de la personne et du Droit international humanitaire a commencé graduellement à partir de la consécration de ces violations graves dans les quatre Conventions de Genève relatives au Droit international humanitaire de 1949 (et dans les deux Protocoles additionnels de

¹ La Cour observe ensuite que, "au cours de la décennie des années soixante-dix, l'exercice du pouvoir par une majorité de régimes dictatoriaux dans la région – partageant la 'doctrine de la sécurité nationale' comme base idéologique – a permis à la répression contre les personnes considérées comme des 'éléments subversifs' d'acquérir un caractère transfrontières à travers l'Opération Condor. C'est le nom clé qui a été donné à 'l'alliance des forces de sécurité et des services d'intelligence' des dictatures du Cône Sud" (par. 64).

1977), processus s'étant intensifié au cours des dernières années. Les faits de l'*Opération Condor* confirment qu'il a été adéquat de chercher à établir une hiérarchie de normes et d'interdictions internationales, de manière à déterminer les conséquences juridiques des violations graves des droits et éviter que de telles violations se répètent. De la même manière que les interdictions de *jus cogens* (cf. *infra*) ont été consacrées sur le plan normatif – et encore plus, au niveau du droit matériel – l'établissement d'une gradation entre les violations des droits est actuellement recherchée (certaines violations étant particulièrement graves et constituant, à mon avis, de vrais crimes d'État - *infra*), pour en déterminer les conséquences juridiques.

7. En effet, les progrès récents de la *criminalisation* des violations graves des droits de la personne et du Droit international humanitaire² ont suivi, *pari passu*, l'évolution du Droit international contemporain: l'établissement d'une juridiction pénale internationale est vu, de nos jours, comme un élément renforçant le Droit international lui-même, surmontant les carences fondamentales passées concernant l'incapacité de juger et de sanctionner les auteurs de crimes contre l'humanité³. De tels progrès sont dus, de nos jours, à l'intensification de la protestation de toute l'humanité – à la conscience juridique universelle comme source *matérielle* ultime de tout le Droit – contre les atrocités qui ont fait, partout, des millions de victimes au cours des dernières décennies, atrocités qui ne peuvent plus être tolérées et qui doivent être combattues avec détermination.

2 Cf. G. Abi-Saab, "The Concept of 'International Crimes' and Its Place in Contemporary International Law", in *International Crimes of State - A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility* (Éd. J.H.H. Weiler, A. Cassese et M. Spinedi), Berlin, W. de Gruyter, 1989, p. 141-150; B. Graefrath, "International Crimes - A Specific Regime of International Responsibility of States and Its Legal Consequences", in *ibid.*, p. 161-169; P.-M. Dupuy, "Implications of the Institutionnalisation of International Crimes of States", *ibid.*, p. 170-185; M. Gonnelle, "Quelques remarques sur la notion de 'crime international' et sur l'évolution de la responsabilité internationale de l'État", in *Mélanges offerts à P. Reuter - Le droit international: unité et diversité*, Paris, Phédon, 1981, p. 315 à 326; L.C. Green, "Crimes under the I.L.C. 1991 Draft Code", *24 Israel Yearbook on Human Rights*, 1994, p. 19-39.

3 Les travaux préparatoires du Statut de la Cour pénale internationale permanente – adopté, comme il fallait s'y attendre, lors de la Conférence de Rome de 1998 – parallèlement à la responsabilité de l'État, ont contribué à la prompt reconnaissance de la responsabilité pénale internationale individuelle dans le champs d'application présente et future du Statut – ce qui représente un grand pas doctrinal dans la lutte contre l'impunité face aux crimes internationaux les plus graves.

8. Il faut prêter attention aux *valeurs* universelles supérieures sous-jacentes à toute la question de la récente création d'une juridiction pénale internationale ayant un caractère permanent. La cristallisation de la responsabilité pénale internationale des individus (au même niveau que la responsabilité de l'État) et le processus actuel de criminalisation des violations *graves* des droits de la personne et du Droit humanitaire, constituent des éléments d'une importance cruciale dans la lutte contre l'impunité et dans le traitement à donner aux violations passées, pour protéger les droits de la personne.

II. LE CONTEXTE DU TERRORISME D'ÉTAT: L' *OPERATION CONDOR*

9. Malgré la gravité des faits de la présente affaire, tout n'a pas été suffisamment éclairci jusqu'à ce jour (cf. *infra*) quant aux détails de l'*Opération Condor* (dans le cadre de laquelle se situe la présente affaire *Goiburú et autres*). Au cours de cette Opération, les forces de sécurité des États du Cône Sud se sont coordonnées, au plus haut niveau de commandement, pour arrêter illégalement ou arbitrairement, enlever, torturer, assassiner ou faire disparaître des milliers de personnes. Bien que certains détails de cette Opération restent nébuleux jusqu'à ce jour, néanmoins, comme le mentionne une étude en la matière,

"(...) Il existe suffisamment de preuves irréfutables indiquant que le terrorisme d'État a été pratiqué à l'échelle internationale. La documentation trouvée et les témoignages des divers agents impliqués démontrent la complicité de la police et du gouvernement du Paraguay avec la répression brutale exercée par les dictatures de l'Argentine et du Chili, de même que celles du Brésil et de la Bolivie. Cette documentation démontre aussi comment le Général Augusto Pinochet a étendu la pratique du terrorisme d'État à l'intérieur et à l'extérieur de son pays. Il existe aussi des preuves indiquant que Pinochet, de même que Stroessner, ont consacré une attention spéciale au renforcement et à la coordination de leurs services de sécurité, objectif pour lequel ils se sont réunis à diverses occasions"⁴.

10. En effet, les historiques *Rapports finaux*, autant de la Commission nationale Vérité et Réconciliation (du Chili, 1991, le dénommé *Rapport Rettig*) que de la Commission Nationale sur la Disparition

4 E. Cuya, *op. cit. infra* n. (14), p. 6.

des Personnes (d'Argentine, 1984), confirment l'existence de la coordination répressive des services secrets des pays du Cône Sud, connue sous le nom "d'Opération Condor". Le premier *Rapport Final* – de la Commission de Vérité et Réconciliation du Chili – documente les cas de "33 citoyens chiliens disparus après avoir été capturés par des agents argentins, paraguayens ou brésiliens, et livrés à la DINA, seulement entre 1975 et 1976"⁵. Le *Rapport Rettig* fait expressément référence à "l'Opération Condor":

"L'origine des opérations extérieures de la DINA semble remonter à avril ou mai 1974. (...) À partir de mi-1974, la DINA développa de plus en plus une 'capacité extraterritoriale', incluant plusieurs pays. (...) En vue de ces mêmes objectifs de répression politique à l'étranger, la DINA s'est mise à la tâche de créer une coordination des services d'intelligence dans le Cône Sud, qui semble avoir impliqué, au moins, des services de sécurité ou groupes apparentés d'Argentine, d'Uruguay, du Paraguay et du Brésil, en plus du Chili. *Ce regroupement, apparemment coordonné par la DINA, reçut le nom de Condor, bien que plusieurs croient que ce surnom s'applique non pas au regroupement ou à la communauté elle-même, mais plutôt à un ensemble d'opérations coordonnées entreprises par ces derniers.* La DINA a aussi maintenu des relations bilatérales avec divers services d'intelligence étrangers, y compris la CIA et les services d'autres pays"⁶.

De la même manière, la synthèse corrigée et actualisée du *Rapport Rettig* (2^e éd., 1999) fait expressément référence au "plan d'opération dénommé 'Condor', qui incluait l'élimination des opposants politiques"⁷.

11. Pour sa part, la Commission Nationale argentine sur la Disparition des Personnes, dans son *Rapport "Jamais plus" [Nunca Más]* (dont la 1^{ère} édition date de novembre 1984), rapporte, au sujet de la "coordination répressive en Amérique Latine", que

"Il doit être souligné que – en lien avec l'opération répressive illégale réalisée à l'intérieur des limites du territoire national – les

5 *Ibid.*, p. 5.

6 *Cit. in Informe Rettig*, tome II, Santiago du Chili, Commission Nationale de Vérité et Réconciliation, février 1991, p. 455 à 457 (emphase ajoutée).

7 *Cit. in: Nunca Más en Chile - Síntesis Corregida y Actualizada del Informe Rettig*, 2^e Éd., Santiago du Chili, Commission chilienne des droits de l'homme/Fundación Ideas, 1999, p. 63.

activités de persécution ont eu lieu sans restriction de frontières géographiques, comptant pour ce faire sur la collaboration des organismes de sécurité des États limitrophes, lesquels, réciproquement, procédaient à l'arrestation d'individus sans aucun respect pour l'ordre juridique, violant clairement les traités et conventions internationaux ratifiés par notre pays relativement au droit d'asile et de refuge politique. Des agents de répression étrangers ont même opéré à l'intérieur de notre territoire, procédant à l'arrestation de citoyens uruguayens, paraguayens, boliviens et d'autres nationalités. Ces habitants étrangers furent enlevés dans la plus grande clandestinité et impunité, puis livrés aux autorités de leurs pays d'origine. (...)

La méthodologie employée consista, essentiellement, en la correspondance entre les groupes de répression illégaux, lesquels, en définitive, agissent comme s'ils constituaient une seule et unique force (...) opératoire (...).

Lamentablement, ce qui est arrivé démontre l'existence d'un appareil répressif typiquement 'multinational'. Sous sa protection, les forces de répression étrangères passèrent à intégrer les dénommés 'groupes de travail', se consacrant à enlever, interroger sous la torture, assassiner ou transférer leurs compatriotes vers les centres de détention clandestins situés dans leurs propres pays"⁸.

12. Comment, considérant les faits de l'*Opération Condor* – dont tous les détails macabres ne sont pas encore entièrement connus – évaluer pareille distorsion des fins de l'État? Dans l'univers conceptuel du droit, une telle distorsion s'est concrétisée et s'est accentuée, à mon avis, dans la mesure où les responsables de l'exercice du pouvoir (et leurs endoctrineurs) et de l'activité législative se sont éloignés des fondements jusnaturalistes de l'ordre juridique. À ce sujet, M. García-Pelayo examina avec justesse que

"L'État de droit signifie (...) une restriction du pouvoir de l'État par le Droit, et non pas la possibilité de légitimer n'importe quel critère en lui donnant l'allure d'une loi (...). Bien que la légalité soit une composante de la notion d'État de droit, il n'est pas moins sûr que celui-ci ne s'identifie pas à n'importe quelle légalité, mais plutôt à une légalité au contenu déterminé, et surtout, à une légalité qui ne lèse pas certaines

⁸ Cit. in: *Nunca Más - Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas*, 20^e éd., Buenos Aires, EUDEBA, 1995, p. 265 et 266.

valeurs selon lesquelles et pour lesquelles se compose l'ordre juridique (...) et qui s'expriment en normes ou principes que la loi ne peut violer. Après tout, la notion d'État de droit surgit au sein du jusnaturalisme (...), justement avec une légalité visant à garantir certaines valeurs (...), certains droits imaginés comme naturels (...). C'est seulement plus tard que le plein développement du positivisme juridique se détacha de ce lien sous-jacent et conduisit à l'identification entière et consciente du droit avec la loi, et de l'État de droit avec l'État légal (...)"⁹.

13. De là l'apparition de régimes autoritaires, répressifs et fascistes. Selon la perspective historique de la pensée humaine, l'opposition hégélienne au jusnaturalisme¹⁰, avec ses conséquences néfastes, a fortement contribué à cette dégradation: la "divinisation" de l'État, transformé en une fin en soi, en un lieu de sauvegarde final des libertés humaines, en "alfa et omega", justifiant les excès du nationalisme, en mettant l'emphase sur la "sécurité nationale", de même que les excès du fascisme (tel que dénoncé dans l'analyse pointue et saisissante de Ernst Cassirer¹¹ et dans les pondérations de Alf Ross¹²), au moyen desquels furent commises de graves violations des droits de la personne et des atrocités successives.

14. Toutefois, la renaissance du jusnaturalisme – qui, en réalité, n'a jamais cessé d'exister – à partir du milieu du XX^e siècle, témoigna de l'impossibilité de faire abstraction de la conscience humaine, de la conscience juridique universelle – source matérielle ultime de tout le droit, qui se manifeste aujourd'hui contre l'indifférence et l'impunité des responsables – tant les États que les individus – de ces atrocités et crimes contre l'humanité, qui ont fait des milliers et des milliers de victimes seulement dans les pays du Cône Sud de l'Amérique latine, auxquels s'ajoutent tant d'autres crimes contre l'humanité et d'actes génocidaires perpétrés dans les dernières décennies dans d'autres continents (européen, africain et asiatique).

15. Le présent Jugement de la Cour reconnaît que les faits prouvés constituent une *situation claire de terrorisme d'État*. La Cour reconnaît,

9 M. García-Pelayo, *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*, 2^e éd. (10^e réimpression), Madrid, Éd. Alianza, 1996, pp. 52-53.

10 G. Radbruch, *Filosofía del Derecho*, 4^e édition révisée, tome I, Coimbra, Éd. A. Amado, 1961, p. 77.

11 E. Cassirer, *El Mito del Estado*, 2^e éd., Mexique/Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 311-319.

12 A. Ross, *Sobre el Derecho y la Justicia*, 2^e éd., Buenos Aires, EUDEBA, 1997, pp. 314-315.

de plus, la terrifiante distorsion des fins de l'État que cela a impliqué (conformant une fois de plus, à mon avis, la sombre *opposition entre l'État et la Nation*). Selon les propres mots de la Cour,

"(...) Autant l'État que ses institutions, mécanismes et pouvoirs devaient fonctionner de manière à garantir la protection contre l'action criminelle de ses agents. Cependant, l'instrumentalisation du pouvoir étatique, en tant que moyen et ressource pour violer les droits qu'ils devaient respecter et garantir, mise en oeuvre grâce à l'importante collaboration interétatique, a été démontrée. L'État s'est donc constitué comme le facteur principal des graves crimes commis, donnant lieu à une situation claire de 'terrorisme d'État'.

Au Paraguay, cette situation a été reconnue dans des décisions convergentes rendues par les trois pouvoirs de l'État, autant par le Pouvoir exécutif - en reconnaissant la responsabilité internationale de l'État dans cette juridiction internationale - que précédemment, par les Pouvoirs législatif et judiciaire" (pars. 66-67).

16. En ce sens, en plus d'avoir organisé les "Archives de la terreur" (à partir de la divulgation de ses documents, le 22/12/1992), l'État a promulgué la Loi no. 838/96, le 12.09.1996, pour indemniser les victimes des violations des droits de la personne survenues au cours de la période 1954-1989 et a adopté la Loi no. 2225, le 06.10.2003, créant la Commission de Vérité et Justice (par. 61.121 à 61.123). De même, un Jugement rendu le 17.04.2000 par le Tribunal pénal de liquidation et jugement n. 1 reconnut la "pratique commune" à l'époque en question qui consistait à "dissimuler les disparitions des détenus qui étaient exécutés, un acte dénommé la 'loi de la fuite' entre les prisonniers" (par. 69). De plus, une Résolution rendue le 07.12.2000 par le Tribunal pénal de liquidation et jugement n. 3 indiqua, d'une manière significative, que

"Le terrorisme organisé par l'État lui-même est une forme de crime organisé (...) qui a eu lieu dans plusieurs pays et particulièrement en Amérique latine, selon laquelle les corps policiers, les diplomates, les fonctionnaires ou les militaires du gouvernement ont coordonné et réalisé, *de ipso*, des 'travaux de nettoyage' et des 'vols de la mort spéciaux'. Ce genre d'organisation criminelle est même parvenu à se transnationaliser, comptant des agents dans les pays limitrophes (...)" (par. 70).

17. Autrement dit, dans la présente affaire *Goiburú et autres*, l'État défendeur lui-même a reconnu – dans un esprit louable de coopération procédurale – sa responsabilité internationale pour l'existence, à l'époque en question, d'une *politique criminelle*. Et il l'a fait à différents moments, à travers des déclarations de ses divers pouvoirs. Son Pouvoir judiciaire lui-même a expressément caractérisé le terrorisme étatique comme une forme de crime organisé, c'est-à-dire, un *crime d'État*. Les jusinternationalistes qui continuent à nier l'existence de crimes d'État se ferment les yeux face à des faits historiquement démontrés, sous-estimant la terrible souffrance des nombreuses victimes de ces crimes et nuisant lamentablement à l'évolution du Droit international contemporain.

18. Oui, les crimes d'État existent, et ils sont beaucoup plus fréquents que ce qu'on pourrait *prima facie* supposer. Dans la présente affaire *Goiburú et autres*, ils furent perpétrés à l'échelle transfrontière ou interétatique. Dans une affaire antérieure devant cette Cour, celle du *Massacre Plan de Sánchez versus Guatemala* (Jugement sur le fond du 29.04.2004), j'ai soutenu, dans mon Opinion Individuelle, que

“le crime d'État constitue une violation grave du droit international péremptoire (le *jus cogens*). Le crime d'État est encore plus évident dans la mesure où l'intention (faute ou culpabilité), la tolérance, l'acquiescement, la négligence ou l'omission de l'État est établi, en lien avec des violations graves des droits de la personne et du Droit international humanitaire perpétrées par ses agents, y compris lorsque ces violations sont commises au nom d'une politique d'État” (par. 35).

Puis, dans mon Opinion Individuelle dans l'affaire *Myrna Mack Chang versus Guatemala* (Jugement du 25.11.2003), j'ai indiqué que – en tant que sujets du Droit international – autant les États que les individus peuvent être tenus responsables de crimes perpétrés, la responsabilité internationale de l'un et de l'autre coexistant, avec les conséquences juridiques correspondantes (par. 26).

19. Dans la présente affaire *Goiburú et autres*, des crimes d'État ont été commis à l'échelle interétatique. Les États du Cône Sud se sont coordonnés, dans leur politique “anti-insurrection”, pour torturer et exterminer certains segments de leurs populations. Quelle ironie historique et tragique! L'État a infligé des souffrances indescriptibles – qui prendront des années à cicatriser – précisément à sa composante la plus précieuse, sa population! Tel que l'a conclu la Cour à ce sujet,

“en contradiction absolue avec les buts et objectifs principaux de l’organisation de la communauté internationale – établis au niveau universel dans la Charte des Nations Unies et au niveau régional dans la Charte de l’Organisation des États Américains et la Convention Américaine elle-même – au cours de la décennie des années soixante-dix, les services d’intelligence de plusieurs pays du Cône Sud du continent américain constituèrent une organisation interétatique ayant des objectifs criminels, articulée de manière complexe et dont la portée continue de se manifester à l’heure actuelle. En d’autres mots, une pratique systématique de ‘terrorisme d’État’ au niveau interétatique” (par. 72).

III. LE CRIME D’ÉTAT REVISITE

20. L’existence d’un véritable *crime d’État* – une question qui fait l’objet de certaines de mes Opinions récentes dans cette Cour – se trouve à mon avis irréfutablement démontrée dans la présente affaire *Goiburú et autres* et plus encore, d’une manière étendue dans un réseau véritablement interétatique (ou, pour utiliser une caractérisation à la mode, “transnational” ou “multinational”). Les services secrets des États du Cône Sud d’Amérique du Sud, entraînés par les États-Unis dans la sombre “École des Amériques” au Panama (Zone du Canal)¹³, se sont organisés entre eux pour exterminer des individus persécutés pour des raisons politiques. Les faits de la dénommée *Opération Condor* – impliquant, dans la dénommée “lutte contre la subversion (communiste)”, un patron systématique de détentions illégales et d’enlèvements, de tortures et de mauvais traitements, de disparitions forcées et d’assassinats, planifiés et exécutés à travers une politique d’État sous la doctrine, de si triste mémoire, de “sécurité nationale” - se sont graduellement fait connaître au cours de la dernière décennie, surtout avec la découverte des dénommées “Archives de la terreur” au Paraguay (sans

13 Dénommée par certains “l’école des assassins”, où plus de 60 mille officiels latino-américains auraient été “formés” (dans la période 1946-1984) relativement aux techniques de tortures, avant tout pour tirer des confessions des prisonniers politiques; M. Almada, “Terrorismo Made in USA en las Américas - Las Estrategias Legales contra la Impunidad en Paraguay” (exposition de Bochum/Alemagne, le 14.10.2005), in www.terrorfileonline.org/es, p. 6. Cf. aussi A. Boccia Paz, M.H. López, A.V. Pecci et M.G. Giménez, *op. cit. infra* n. (49), pp. 78-79; J. Patrice McSherry, *op. cit. infra* note 51, pp. 16-17.

archives équivalentes préservées dans les autres pays du Cône Sud)¹⁴. Toutefois, tout ce qui est survenu dans cette sous-région au cours des années de dictatures militaires n'est pas encore connu aujourd'hui (*cf. infra*), pas même dans le cadre de l'*Opération Condor* elle-même.

21. Précisément pour cela – parce que, comme l'a mentionné la Cour, la "portée" de l'*Opération Condor* "continue de se manifester à l'heure actuelle" (*supra*) – le fait de ne pas avoir convoqué d'audiences publiques dans la présente affaire *Goiburú et autres* constitue une erreur, compte tenu de la gravité particulière et de la transcendance historique du contexte dans lequel les faits se sont produits. La Cour interaméricaine, dans sa nouvelle soif de "production" de jugements en un temps record – contre laquelle je me suis constamment et en vain opposé au sein du Tribunal depuis qu'il a adopté cette nouvelle "méthode"¹⁵, pour alimenter les graphiques de "productivité" dans ses rapports, qui se rapportent davantage à un exercice d'économistes que de juristes – a renoncé à convoquer (dans une décision, comme de coutume dernièrement, précipitée) l'audience publique qui se révélait nécessaire, même en tenant compte de la reconnaissance de responsabilité de la part de l'État, lequel aurait aussi probablement coopéré dans les procédures relatives à cette audience.

22. Je ne peux m'exempter de témoigner mon insatisfaction en ce qui concerne cette question spécifique. Tel que je l'ai indiqué dans mon Opinion individuelle dans la très récente affaire *Servellón et autres versus Honduras* (Jugement d'hier, 21/09/2006), dans lequel la même chose est survenue, "l'audience publique qui n'a pas eu lieu aurait certainement enrichi le présent Jugement, sur trois aspects: a) elle aurait enrichi le dossier et l'instruction de l'affaire (surtout compte tenu de l'attitude positive de collaboration procédurale assumée par l'État); b) elle aurait complètement appliqué le principe de la procédure contradictoire en ce qui concerne le contexte de la présente affaire; et c) elle aurait permis la satisfaction (comme forme de réparation) des familles des victimes" (par. 3). La Cour s'est privée d'éléments procéduraux additionnels qui auraient pu enrichir ce Jugement (en particulier le chapitre IX relatif à la responsabilité internationale de l'État dans le contexte de la présente affaire) et a

14 Cf., e.g., E. Cuya, "La `Operación Cóndor': El Terrorismo de Estado de Alcance Transnacional", 7 *Revista Ko'aga Roñe'eta* (1996) pp. 1-9; K.M. Slack, "Operation Condor and Human Rights: A Report from Paraguay's Archive of Terror", 18 *Human Rights Quarterly* (1996) pp. 492-506.

15 Non pas par consensus, mais plutôt selon une décision de la majorité des Juges.

perdu une occasion unique d'apporter d'éventuels nouveaux éléments explicatifs concernant la sombre *Opération Condor*, dans le cadre de la présente affaire.

23. Pour cette raison, le chapitre IX du présent Jugement me semble insatisfaisant, considérant que la Cour aurait pu et aurait dû recueillir des éléments additionnels avec davantage de soin et d'attention. De toute façon, il a été démontré que la présente affaire *Goiburú et autres* s'insère dans le cadre d'une politique de *terrorisme d'État* qui a fait, de la manière la plus cruelle et la plus brutale, des milliers de victimes (individus et leurs familles) dans les pays qui ont mené l'*Opération Condor*, laquelle s'est même permis de commettre des violations graves des droits de la personne "extra-territorialement", dans d'autres pays et continents. Comment, face à une politique d'extermination menée par l'État, nier l'existence d'un *crime d'État*?

24. Le crime d'État seul n'existe pas dans la tête des jusinternationalistes "illuminés" qui affirment dogmatiquement que l'État ne peut pas commettre de crime, point final. Ils continuent d'ignorer les épisodes historiquement prouvés, tels que ceux de la présente affaire et des autres affaires de massacres décidées par la Cour interaméricaine (affaires, e.g., du *Massacre de Barrios Altos*, du *Massacre de Plan de Sánchez*, des *19 Marchands*, du *Massacre de Mapiripán*, du *Massacre de la Communauté Moiwana*, du *Massacre de Pueblo Bello*, des *Massacres de Ituango*) et d'assassinats planifiés au plus haut niveau de pouvoir étatique (affaires, e.g., de *Barrios Altos* et de *Myrna Mack Chang*), même compte tenu, aujourd'hui, de la reconnaissance de responsabilité internationale de la part des États défendeurs pour les événements survenus.

25. Une chose ne cesse pas d'exister simplement parce qu'on affirme qu'elle ne peut pas exister. Les jusinternationalistes ne peuvent pas rester indifférents face à la souffrance humaine qui se dégage de faits historiquement démontrés. Tant que la doctrine jusinternationaliste contemporaine insistera pour nier ce qui a été historiquement démontré – les crimes d'État – elle évitera une question de la plus grande gravité, de même que ses conséquences juridiques, compromettant ainsi sa propre crédibilité. Mon insatisfaction ne se limite pas au plan doctrinal; elle comprend aussi – comme indiqué précédemment – le plan procédural, c'est-à-dire la procédure suivie par la Cour dans la présente affaire.

IV. LA RESPONSABILITE INTERNATIONALE AGGRAVEE EN RAISON DU CRIME D'ÉTAT

26. Le crime d'État dans le cadre de l'*Opération Condor* a été adéquatement caractérisé dans une étude récente à ce sujet, publiée dans différentes langues:

"L'Opération Condor (...) représente la pire et la dernière dérive de l'État de droit et de la société civilisée. En effet, les plus hautes autorités de divers pays ont convenu de coopérer dans l'entreprise du terrorisme d'État; c'est-à-dire, non seulement n'ont-elles pas protégé les droits de la personne de leurs propres citoyens, mais elles ont conspiré de manière à violer les normes internationales de précaution: le droit d'asile, la protection des réfugiés, l'habeas corpus et les procédures soigneusement élaborées d'extradition des individus qui font face à des accusations pour des crimes commis dans un pays et qui sont arrêtés dans un autre pays.

Tel un traité secret, le Condor a porté les crimes contre les droits de la personne au niveau le plus élevé de la politique d'État, sous le contrôle direct de chefs d'État et de ministres. Et son existence en tant qu'instrument officiel de six Nations ne permet pas à ces régimes d'expliquer leurs crimes contre les droits de la personne comme étant des actes isolés commis par des fonctionnaires perturbés ou des agents corrompus"¹⁶.

27. La liste des nombreuses victimes du régime de Stroessner, élaborée et divulguée par le Comité des églises pour l'aide d'urgence (CIPAE), sur la base des dénommées "Archives de la terreur", et emblématiquement intitulée *Témoignage contre l'oubli*, constate, dans sa présentation, certains renseignements importants: parmi ceux-ci, premièrement, le fait qu'avec l'émergence de la conscience morale dans l'histoire de la pensée humaine, il n'est pas possible de nier l'engagement de tout le milieu social (à l'exception des individus opprimés et torturés) dans l'établissement et le maintien,

16 J. Dinges, *Operación Cóndor - Una Década de Terrorismo Internacional en el Cono Sur*, Santiago, Éd. B Chile, 2004, pp. 39-40; J. Dinges, *Os Anos do Condor - Uma Década de Terrorismo Internacional no Cone Sul*, São Paulo/Brésil, Cia. das Letras, 2004, pp. 40-41; J. Dinges, *The Condor Years - How Pinochet and His Allies Brought Terrorism to Three Continents*, N.Y./London, The New Press, 2004, pp. 17-18.

pour tant d'années, du régime d'oppression¹⁷. Deuxièmement, les violations graves des droits de la personne survenues au cours des années de répression (1954-1989) ont été perpétrées sous l'apparente indifférence du milieu social pour la douleur humaine¹⁸.

28. Troisièmement, "l'intimidation répressive étatique permanente"¹⁹, propre à un véritable "État militaire totalitaire"²⁰, a subsisté durant l'état de siège prolongé (1954-1987), au cours duquel

"l'Exécutif disposa de pouvoirs discrétionnaires pour arrêter, torturer, expulser et même faire disparaître les personnes"²¹.

Quatrièmement et dernièrement, la perpétration de ces graves violations systématiques des droits de la personne a été insufflée par l'illusion de "progrès" matériel, propagée par le militarisme et "comprise du point de vue du totalitarisme étatique"²². Les victimes dans la présente affaire *Goiburú et autres c. Paraguay* devant la Cour interaméricaine figurent effectivement dans le document *Témoignage contre l'oubli* basé sur les dénommées "Archives de la terreur": sont mentionnés Agustín Goiburú²³, Carlos José Mancuello²⁴, Rodolfo Ramírez Villalba²⁵ et Benjamín Ramírez Villalba²⁶. Plusieurs autres victimes ont vu leurs droits violés durant le même régime de répression; ce *contexte de terreur*, propre à un véritable crime d'État prolongé dans le temps et multipliant les victimes sans défenses, ne peut pas être minimisé.

29. Au cours des dernières années, la Cour interaméricaine a pris connaissance d'affaires successives de massacres et s'est prononcée sur celles-ci (affaires, e.g., du *Massacre de Barrios Altos*, du *Massacre de Plan de Sánchez*, des *19 Marchands*, du *Massacre de Mapiripán*, du *Massacre de la Communauté Moiwana*, du *Massacre de Pueblo Bello*, des *Massacres de Ituango*). Elle a aussi décidé des affaires survenues dans le contexte de violations systématiques des droits

17 CIPAE, *Testimonio contra el Olvido - Reseña de la Infamia y el Terror (Paraguay 1954-1989)*, Asunción/Paraguay, Éd. CIPAE, 1999, p. 10.

18 *Ibid.*, p. 12 et 25.

19 *Ibid.*, p. 34.

20 *Ibid.*, p. 32.

21 *Ibid.*, p. 26.

22 *Ibid.*, p. 32.

23 *Ibid.*, pp. 85-340.

24 *Ibid.*, p. 392.

25 *Ibid.*, pp. 120 et 462.

26 *Ibid.*, pp. 120 et 462.

de la personne (affaires, e.g., de *Barrios Altos* et de *Myrna Mack Chang*, entre autres), planifiées (au plus haut niveau hiérarchique) et exécutées par l'État. Tel que je l'ai indiqué dans mes Opinions dans tous ces cas, ces affaires démontrent l'urgence de promouvoir un meilleur rapprochement ou convergence entre le Droit international des droits de la personne et le Droit pénal international, et en particulier, entre le travail des tribunaux internationaux de droits de la personne et des tribunaux pénaux internationaux.

30. Dans les affaires citées ci-dessus, entre autres, la Cour Interaméricaine a établi la responsabilité étatique internationale *aggravée* et ses conséquences juridiques en matière de réparations. Je me suis référé à cette question de façon détaillée dans mes Opinions dans ces affaires. Dans la présente affaire *Goiburú et autres c. Paraguay*, nous nous trouvons devant une situation de la plus grande gravité: celle de la dénommée *Opération Condor*, du terrorisme d'État à l'échelle internationale ou, plus précisément, interétatique. Ceci constitue, à mon avis, la responsabilité étatique internationale *aggravée*, en raison de véritables *crimes d'État*, avec toutes ses conséquences juridiques.

31. La responsabilité internationale *aggravée* est aussi établie pour le manquement, de la part de l'État, à son devoir de protéger, tout autant qu'à son devoir d'enquêter les faits préjudiciables, puisqu'il n'a fourni les recours internes efficaces permettant de juger et de sanctionner les auteurs des atrocités. Rappelez-vous que la Commission a indiqué, dans sa requête adéquatement formulée (du 08/06/2005), soumise à la Cour dans la présente affaire *Goiburú et autres*, que

“Plus de 27 ans se sont écoulés sans que les familles des victimes aient eu connaissance – grâce à des jugements définitifs et exécutoires – de ce qu'il est advenu de Agustín Goiburú, Carlos José Mancuello, Rodolfo Ramírez Villalba et Benjamín Ramírez Villalba, de l'endroit où se trouvent leurs dépouilles, des individus responsables de leur disparition forcée, de la sanction imposée et des réparations correspondantes selon la justice – tout cela constituant un cadre d'impunité affectant leurs droits fondamentaux protégés par la Convention” (par. 152).

32. Toutes ces circonstances aggravantes imposent un meilleur rapprochement entre la responsabilité internationale des États et

la responsabilité pénale internationale des individus (auteurs des atrocités), tel que je me suis permis de l'indiquer dans mon Opinion Individuelle (par. 38 à 40) dans l'affaire du *Massacre de Mapiripán versus Colombie* (Jugement du 17.09.2005). La responsabilité des criminels n'exempte pas l'État de sa propre responsabilité aggravée, en raison de sa politique criminelle, puisque l'État, doté de la personnalité juridique, est sujet à imputation, comme tout autre sujet de droit²⁷.

33. Le processus historique actuel de violations graves des droits de la personne et du Droit international humanitaire – auquel j'ai déjà fait référence – est venu à son tour revitaliser le principe de la compétence universelle, qui compte déjà un long parcours dans le domaine du Droit international et qui se situe à la confluence entre le Droit international des droits de la personne (la garantie collective) et le Droit pénal international. En effet, il existe des éléments de la plus grande importance et complètement négligés par la doctrine juridique jusqu'à ce jour – que j'ai indiqué dans mes Opinions dans ces affaires et qui méritent, à mon avis, une attention spéciale à l'heure actuelle – qui peuvent faciliter le rapprochement ou la convergence à laquelle je fais référence. C'est à ces éléments que je me réfère ci-après.

V. ÉLÉMENTS DE RAPPROCHEMENT DE LA COMPLEMENTARITE ENTRE LE DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME ET LE DROIT PENAL INTERNATIONAL

34. Il existe des éléments impliquant un rapprochement de la complémentarité entre le Droit international des droits de la personne et le Droit pénal international, insuffisamment traités par la doctrine jusqu'à ce jour. Je me permets d'identifier, à cet effet, cinq éléments, que je passerai ci-après en revue, à savoir: a) la personnalité juridique internationale de l'individu; b) la complémentarité entre la responsabilité internationale de l'État et celle de l'individu; c) la conceptualisation des crimes contre l'humanité; d) la prévention et la garantie de non répétition; et e) la justice réparatrice à la confluence

27 Cf. A.A. Cançado Trindade, "Complementarity between State Responsibility and Individual Responsibility for Grave Violations of Human Rights: The Crime of State Revisited", in *International Responsibility Today - Essays in Memory of O. Schachter* (Éd. M. Ragazzi), Leiden, M. Nijhoff, 2005, pp. 253-269.

entre le Droit international des droits de la personne et le Droit pénal international.

1. La personnalité juridique internationale de l'individu

35. Comme premier élément impliquant un rapprochement de la complémentarité entre le Droit international des droits de la personne et le Droit pénal international figure – au premier plan, à mon avis – l'individu lui-même dans sa condition juridique de sujet, tant *actif* (Droit international des droits de la personne) que *passif* (Droit pénal international) du Droit international, c'est-à-dire, en tant que titulaire de droits et porteur d'obligations qui émanent directement du Droit international. La condition de l'individu en tant que telle représente – comme je l'ai indiqué dans plusieurs écrits – l'héritage le plus précieux de la science juridique depuis le milieu du XX^e siècle²⁸.

36. En effet, par rapport aux Tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda, la Cour pénale internationale (CPI) permanente représente un progrès en ce qui concerne, en particulier, la présence et la participation au procès des victimes (articles 68 et 75 du Statut de Rome et règles 16, 89 et 90-93 du Règlement)²⁹. Une Division d'aide aux victimes et aux témoins a été créée à l'intérieur du Greffe de la CPI (article 43.6 du Statut et règles 16-19 du Règlement)³⁰. Un Fond au profit des victimes a aussi été prévu (article 79 du Statut et règle 98 du Règlement)³¹, lequel vient d'être établi par une décision de l'Assemblée des États membres, le 03 décembre 2005³².

28 Cf., *inter alia*, A.A. Cançado Trindade, "International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* - General Course on Public International Law", 316 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye* (2005) chap. IX-X, pp. 252-317; A.A. Cançado Trindade, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, 1^{ère} éd., Santiago du Chili, Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 317-374 [2^e éd., 2006]; A.A. Cançado Trindade, *El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto/Espagne, 2001, pp. 9-104; A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, tome III, Porto Alegre/Brésil, Éd. S.A. Fabris, 2003, pp. 447-497.

29 CPI, *Documents de base relatifs à la Cour pénale internationale*, La Haye, Greffe de la Cour Pénale Internationale, 2005, pp. 47, 52, 122 et 151-153.

30 *Ibid.*, pp. 32 et 122-124.

31 *Ibid.*, pp. 53 et 155-156.

32 La décision a été adoptée par consensus; voir CPI, *Quatrième session de l'Assemblée des États parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale* (La Haye,

37. La présence des victimes au procès devant la CPI représente, à mon avis, un point de confluence significatif entre le Droit pénal international contemporain et le Droit international des droits de la personne. Il ne s'agit plus seulement d'une justice punitive ou qui sanctionne, mais aussi d'une justice réparatrice (article 75 du Statut de Rome), prévoyant différentes formes et modalités de réparations (règle 98 du Règlement de la CPI)³³, autant individuelles que collectives. Il n'est pas surprenant que, dans ses premières décisions – dans l'affaire *Th. Lubanga Dilo* et l'enquête sur la *situation en République Démocratique du Congo*³⁴, la CPI ait fait référence expressément à la riche jurisprudence de la Cour interaméricaine³⁵. Le Droit international des droits de la personne et le Droit pénal international contemporain peuvent sur ce point se renforcer mutuellement, au profit ultime des êtres humains.

38. La consolidation de la personnalité pénale internationale des individus, en tant que sujets actifs de même que passifs du droit international, fortifie la responsabilité (*accountability*) en Droit international pour les abus perpétrés contre les êtres humains. De cette manière, les individus sont aussi porteurs de devoirs selon le Droit international, ce qui reflète la consolidation de leur personnalité juridique internationale³⁶. Les développements concernant la personnalité juridique internationale et la responsabilité internationale se font *pari passu*; toute cette évolution témoigne de la formation de l'*opinio juris communis*, dans le sens où la gravité de certaines violations des droits fondamentaux de la personne humaine affecte directement

du 28/11/2005 au 03/12/2005), p. 2. Pour consulter le texte du Fond au profit des victimes, voir CPI, *Fond d'affectation spéciale au profit des victimes*, résolution ICC-ASP/4/Res.3, pp. 320-333.

33 . CPI, *Documents de base relatifs à la Cour Pénale Internationale*, La Haye, Greffe de la Cour Pénale Internationale, 2005, pp. 52 et 155.

34 Cf. Cour Pénale Internationale (CPI) / La Chambre préliminaire I, doc. ICC-01/04, 17.01.2006, pp. 14-15, 29 et 34; ICC-01/04, 31.03.2006, p. 12; et ICC-01/04, 31.07.2006, pp. 8-9.

35 Cf. les références aux autres cas, e.g., *Blake versus Guatemala*, 1998; *"Enfants de Rue" versus Guatemala*, 1999; *El Amparo versus Venezuela*, 1996; *Neira Alegría versus Pérou*, 1996; *Paniagua Morales versus Guatemala*, 2001; *Baena Ricardo et autres versus Panama*, 2001, entre autres.

36 H.-H. Jescheck, "The General Principles of International Criminal Law Set Out in Nuremberg, as Mirrored in the ICC Statute", *2 Journal of International Criminal Justice* (2004) p. 43.

les valeurs de base partagées par la communauté internationale tout entière³⁷.

2. La complémentarité entre la responsabilité internationale de l'État et celle de l'individu

39. Un élément additionnel impliquant un rapprochement de la complémentarité entre le Droit international des droits de la personne et le Droit pénal international se situe dans le domaine de la responsabilité, comprenant à la fois – à mon avis – les États et les individus (en tant que sujets de Droit international). Comme je l'ai constamment indiqué depuis mes Opinions individuelles dans les affaires *Myrna Mack Chang* (2003) et du *Massacre de Plan de Sánchez* (2004), entre autres³⁸, de même que dans un essai récent³⁹, la responsabilité internationale de l'État et la responsabilité pénale internationale de l'individu sont effectivement complémentaires.

3. La conceptualisation des crimes contre l'humanité

40. Un troisième élément de rapprochement au croisement entre le Droit international des droits de la personne et le Droit pénal international se situe – à mon avis – dans la conceptualisation elle-même des crimes contre l'humanité, qui comprend à la fois l'un et l'autre domaine de droit. De tels crimes sont perpétrés par des individus, mais dans le cadre de politiques étatiques, sous l'impuissance, la tolérance, la connivence ou l'indifférence du corps social qui ne fait rien pour les empêcher; qu'elle soit explicite ou implicite, la politique d'État est bien présente dans les crimes contre l'humanité, comptant même sur l'utilisation des institutions, du personnel et des ressources de l'État⁴⁰. Ces crimes ne se limitent pas

37 Cf., e.g., A. Cassese, "Y a-t-il un conflit insurmontable entre souveraineté des États et justice pénale internationale?", in *Crimes internationaux et juridictions internationales* (Éd. A. Cassese et M. Delmas-Marty), Paris, PUF, 2002, pp. 15-29; et cf., de façon générale, [Plusieurs auteurs], *La Criminalización de la Barbarie: La Corte Penal Internacional* (Éd. J.A. Carrillo Salcedo), Madrid, Conseil général du pouvoir judiciaire, 2000, pp. 17-504.

38 Cf. aussi, v.g., mes Opinions individuelles dans les affaires du *Massacre de Mapi-ripán* (2005) et des *Massacres de Ituango* (2006), toutes les deux contre la Colombie.

39 A.A. Cançado Trindade, "Complementarity between State Responsibility and Individual Responsibility...", *op. cit. supra* n. [27], pp. 253-269.

40 Cf., en ce sens, v.g., M.Ch. Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, 2^e éd. rév., La Haye, Kluwer, 1999, pp. 252 et 254-257. Celui-ci illustre

à une simple action isolée d'individus délirants. Ils sont froidement calculés, planifiés et exécutés.

41. La typification des crimes contre l'humanité est une grande conquête contemporaine, qui touche non seulement le Droit international des droits de la personne, mais aussi le Droit pénal international, reflétant la condamnation universelle des violations graves et systématiques des droits fondamentaux et auxquels il ne peut être dérogé, c'est-à-dire, des violations de *jus cogens*; de là l'inapplication, dans les affaires concernées, des dénommés *statutes of limitations*, propres aux systèmes juridiques internes ou nationaux⁴¹. La configuration des crimes contre l'humanité constitue, à mon avis, une manifestation additionnelle de la *conscience juridique universelle*, de sa réaction rapide contre les crimes qui affectent l'humanité toute entière.

42. Les crimes contre l'humanité se situent à la confluence entre le Droit pénal international et le Droit international des droits de la personne. Revêtus d'une gravité particulière, ils comprennent à l'origine les crimes contre l'humanité liés à des conflits armés, mais leur incidence dans le domaine du Droit international des droits de la personne (v.g., dans les cas systématiques de torture et d'humiliation des victimes) est aussi admise aujourd'hui – selon une perspective humaniste – puisqu'ils sont dénégatoires de l'humanité en générale, cherchant à déshumaniser ses victimes⁴². Les crimes contre l'humanité comportent un caractère massif et systématique; ils sont organisés et planifiés comme une politique criminelle étatique – tel que conceptualisé par les Tribunaux pénaux internationaux *ad*

la conception sous-jacente à la Convention des Nations Unies contre la torture, qui criminalise la conduite des agents du pouvoir étatique sous le Droit international; *ibid.*, p. 263, et cf. p. 277.

41 M.Ch. Bassiouni, *op. cit. supra* n. (40), pp. 227 et 289.

42 Y. Jurovics, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*, Paris, LGDJ, 2002, pp. 21-23, 40, 52-53 et 66-67. Cf. aussi E. Staub, *The Roots of Evil – The Origins of Genocide and Other Group Violence*, Cambridge, University Press, 2005 [réimpr.], pp. 119, 121 et 264.

hoc pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda⁴³ dans leur jurisprudence; ils constituent de véritables crimes d'État⁴⁴.

43. Organisés et planifiés par l'État, dans ses échelons les plus élevés, les crimes d'État sont exécutés par plusieurs individus conformément à la politique criminelle de l'État en question, constituant ainsi de véritables crimes d'État, qui engagent immédiatement la responsabilité internationale de l'État en question (dans le domaine du Droit international des droits de la personne), tout autant que celle des individus qui ont exécuté ces crimes⁴⁵. De là l'importance de prévenir de tels crimes, compte tenu de leur gravité particulière, de même que de la garantie de non répétition (cf. *infra*).

4. La prévention et la garantie de non répétition

44. Autant le Droit international des droits de la personne que le Droit pénal international recherchent, chacun à sa façon, la *prévention* et la *garantie de non répétition* des faits préjudiciables. Tous les deux luttent contre l'impunité. Le premier, dans les cas de violations *graves*, détermine les réparations exemplaires (ou dommages punitifs), comme conséquence juridique de véritables crimes d'États. Le second détermine les sanctions imposées à ceux qui, au nom d'une politique d'État, ont commis des actes de génocide, des crimes contre l'humanité ou des crimes de guerre.

45. Il n'y a pas de *statute of limitations*, propres au droit interne; il n'y a pas d'imprescriptibilité, ni de prescription extinctive, dans les cas de violations graves de droits de la personne et du Droit international humanitaire. La Cour interaméricaine y a contribué en se prononçant en ce sens, comme le démontrent à ce sujet les *leading cases Barrios Altos c. Pérou* (2001) et *Bulacio c. Argentine* (2003). Les tribunaux internationaux respectifs ne sont pas non plus liés par le principe de la chose jugée (de droit interne), puisque le droit applicable est différent: respectivement, le Droit international des droits de la personne et le Droit pénal international.

43 Sur la jurisprudence internationale contemporaine relative aux crimes contre l'humanité, cf. J.R.W.D. Jones, *The Practice of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda*, 2^e éd., Ardsley/N.Y., Transnational Publs., 2000, pp. 103-120 et 490-494; L.J. van den Herik, *The Contribution of the Rwanda Tribunal to the Development of International Law*, Leiden, Nijhoff, 2005, pp. 151-198.

44 *Ibid.*, pp. 93, 183, 192, 199, 228, 278-279, 310, 329-331, 335, 360 et 375.

45 Cf. *ibid.*, pp. 375-377, 403, 405-407, 441 et 447-448.

5. La justice réparatrice à la confluence entre le Droit International des Droits de l'Homme et le Droit Pénal International

46. De la même façon que la doctrine juridique contemporaine a reconnu la personne humaine comme titulaire de droits, issus directement du Droit international (*supra*), elle a aussi admis l'existence de devoirs attribués directement aux individus, également par le Droit international. Les violations graves de ces droits, reflétées, v.g., dans les crimes contre l'humanité, engagent la responsabilité pénale individuelle *internationale, indépendamment* de ce que prévoit le droit *interne* à ce sujet – ce qui est significatif⁴⁶. Les développements contemporains dans le Droit pénal international ont, en effet, une incidence directe sur la cristallisation autant de la responsabilité pénale internationale individuelle (l'individu en tant que sujet – actif de même que passif – du Droit international, titulaire de droits et porteur d'obligations issues directement du *droit des gens*), que du principe de la compétence universelle.

47. Il y a lieu d'ajouter que les décisions du Conseil de sécurité des Nations Unies créant les Tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie (1993) et pour le Rwanda (1994), auxquelles s'ajoute l'établissement de la Cour pénale internationale permanente par la Conférence de Rome de 1998, pour juger les responsables des violations graves des droits de la personne et du Droit international humanitaire (pour actes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre), ont donné un nouvel élan à la lutte de la communauté internationale contre l'impunité – en tant que violation *per se* des droits de la personne, en plus de réaffirmer le principe de la responsabilité pénale internationale de l'individu⁴⁷ pour ces violations, et ainsi chercher à empêcher ou à prévenir de futurs crimes.

48. Il y a plus d'un demi siècle, le célèbre Tribunal de Nuremberg créa un nouveau paradigme en prévenant que les individus peuvent être sanctionnés pour violations du Droit international, puisque les crimes contre le Droit international sont commis par des individus et "non par des entités abstraites", et les dispositions du Droit

46 M.Ch. Bassiouni, *Crimes against Humanity...*, *op. cit. supra* n. (40), pp. 106 et 118.
47 Cf., à ce sujet, e.g., D. Thiam, "Responsabilité internationale de l'individu en matière criminelle", in *International Law on the Eve of the Twenty-First Century - Views from the International Law Commission / Le droit international à l'aube du XXe siècle - Réflexions de codificateurs*, N.Y., U.N., 1997, pp. 329-337.

international ne peuvent être implémentées qu'en sanctionnant les auteurs de ces crimes⁴⁸. Ce fameux *obiter dictum* a effectivement ouvert le chemin au développement du Droit pénal international, qui a comblé une lacune du Droit international classique, en cherchant à mettre fin à l'impunité.

49. D'un autre côté, ce même *obiter dictum* ne m'a jamais entièrement satisfait, puisqu'il ne dépeint qu'un aspect de la réalité, sous-estimant le rôle de l'État dans la perpétration de ces crimes. De là le développement *parallèle* du Droit pénal international et du Droit international des droits de la personne, alors que la convergence et la complémentarité entre les deux devraient, à mon avis, être encouragées. Bien que les États semblent effectivement être des "entités abstraites" lorsqu'il est question de fournir des services de base, tels que le libre accès à l'éducation et à la santé publiques, de même que l'accès à un travail et à un logement – manquant fréquemment à ses devoirs en ce domaine et aliénant ainsi des segments importants de la population – ils constituent cependant des *réalités très concrètes* lorsqu'il est question de punir, sanctionner, exclure, confiner, torturer et assassiner les "indésirables" - comme il a été démontré dans la présente affaire et dans plusieurs autres affaires.

VI. LA DISSIMULATION DES CRIMES D'ÉTAT DANS L'OPERATION CONDOR

50. La justice réparatrice devient importante face à un des aspects les plus choquants de l'*Opération Condor*: la dissimulation des crimes d'État perpétrés dans le cadre de cette Opération, depuis sa planification jusqu'à l'exécution de sa politique criminelle. Une étude publiée en 2002 à Assomption indiqua que

"Rarement dans l'histoire de l'Amérique latine la vérité quant aux actions et aux plans massifs de répression a mis tant de temps à paraître que dans l'affaire de l'*Opération Condor*. Tout récemment aujourd'hui, un quart de siècle après les événements, il est possible de connaître une partie significative de l'histoire documentée de ces faits. Cette histoire est encore loin d'être complète et définitive. Il en est ainsi parce que les actes délictueux qui ont été perpétrés impliquaient les forces

48 Cf., e.g., *inter alia*, Ph. Sands (ed.), *From Nuremberg to The Hague - The Future of International Criminal Justice*, Cambridge, University Press, 2003, pp. 32-33.

répressives de plusieurs pays et parce que le pacte clandestin, signé dans les années soixante-dix, continua par la suite, grâce à la dissimulation et à l'impunité. (...)

L'Opération Condor, qui commence à peine à être reconstituée à partir des pistes documentaires qui ont commencé à fleurir, constitue un exemple paradigmatique des effets du terrorisme d'État. (...) Bien que le Condor eut méticuleusement planifié sa retraite, il finit par perdre, en plus, la bataille de la mémoire⁴⁹.

51. En effet, *l'Opération Condor* (formellement créée en novembre 1975, mais ayant des antécédents en 1973-1974, et ayant atteint le plus haut degré de répression en 1976, puis commencé son déclin en 1980) fut planifiée par les "services d'intelligence" des pays du Cône Sud⁵⁰ pour exécuter une *politique étatique d'extermination*, caractérisée par la *dissimulation* des opérations transfrontières "anti-insurrection" menée par les escadrons de la mort (détentions illégales ou arbitraires, enlèvements, torture, assassinats ou exécutions extrajudiciaires et disparitions forcées de personnes). Les États participants la dotèrent d'une *structure paraétatique* – suivant une *politique criminelle d'État* – qui permettait aux détenteurs du pouvoir public de dissimuler les atrocités et d'éviter l'application du Droit international et des garanties relatives aux droits de la personne, permettant ainsi une irresponsabilité et une impunité absolue⁵¹.

49 A. Boccia Paz, M.H. López, A.V. Pecci et M.G. Giménez, *En los Sótanos de los Generales - Los Documentos Ocultos del Operativo Cóndor*, Asunción/Paraguay, Expolibro / Servilibro, 2002, p. 295 et 296. Les données statistiques ne sont pas encore définitives; on estime que plus de 30 mille latino-américains ont été assassinés dans le cadre de l'Opération Condor; *ibid.*, p. 83. Cf. aussi, e.g., N.C. Mariano, *op. cit. infra* n. (52), pp. 18-19.

50 De plus, la participation des "services d'intelligence" des États-Unis dans cette Opération est aujourd'hui démontrée, avec la divulgation d'une partie des documents (pas tous) des États-Unis sur l'Opération Condor, en juin 1999; l'Opération Condor a fait partie d'une stratégie "anti-insurrection" plus large menée par les États-Unis, pour empêcher les soulèvements sociaux en faveur de changements politiques ou socio-économiques dans la région; J. Patrice McSherry, *Predatory States...*, *op. cit. infra* n. (51), pp. XVIII-XIX, 241, 249-250 et 252-253; et cf. J. Dinges, *Operación Cóndor...*, *op. cit. supra* n. (16), p. 22. Le FBI était parfaitement au courant de tout ce qui se passait vers le milieu des années soixante-dix dans les pays du Cône Sud, tel qu'indiqué dans le par. 61(8) du présent Jugement de la Cour Interaméricaine.

51 J. Patrice McSherry, *Predatory States - Operation Condor and Covert War in Latin America*, Lanham, Rowman & Littlefield Pubs., 2005, pp. 4-5, 7-11, 21-23 et 242-243.

52. Les récits et témoignages des survivants des atrocités perpétrées dans les pays de l'*Opération Condor* – publiés seulement récemment – sont terrifiants: en plus des crimes ci-dessus mentionnés, les formes les plus macabres de tortures ont été perpétrées, de même que des fusillades collectives, des enlèvements de bébé et d'enfants et le changement de leurs identités, le confinement dans des prisons clandestines (et des cimetières clandestins), l'utilisation de chiens féroces contre les détenus dans des conditions inhumaines, des fractures de dimension microscopiques causées par des roues de véhicules qui roulaient sur les mains et les pieds des détenus⁵² - formant ainsi un tableau dantesque de supplices épouvantables. La préoccupation pour la dissimulation des crimes était constante:

“Au cours de la guerre d’extermination menée contre les opposants à la dictature, les militaires ont tenté de cacher les cadavres, les preuves de leurs crimes. Près de deux milles prisonniers politiques furent jetés vivants à la mer, à partir d’avions de marchandise. Quelques autres milliers furent enterrés dans des cimetières clandestins”⁵³.

53. Les macabres “vols de la mort” avaient lieu sur une base hebdomadaire, emportant de 15 à 20 prisonniers à chaque fois, qui étaient informés qu’ils seraient transférés dans des “prisons communes” et, “croyant qu’ils se libéreraient du supplice des tortures, embarquaient apaisés dans les avions de marchandise” de la Marine argentine; cela avait lieu parce que un

“problème pour les bourreaux consistait à savoir où cacher les milliers de morts, puisque les cimetières clandestins étaient pleins. La solution adoptée fut de jeter les condamnés en haute mer, pour qu’ils soient dévorés par les requins”⁵⁴.

Les atrocités de l'*Opération Condor* démontrent que la méchanceté humaine est sans limites. Dans le cadre de cette Opération, le cas du Dr. Agustín Goiburú est aujourd’hui considéré comme étant “paradigmatique de la coopération entre les services d’intelligence” paraguayen et argentin⁵⁵. Il n’est pas surprenant que

52 N.C. Mariano, *Operación Cóndor - Terrorismo de Estado en el Cono Sur*, Buenos Aires, Éd. Lohlé Lumen, 1998, pp. 73, 87, 62 et 95.

53 N.C. Mariano, *op. cit. supra* n. (52), p. 45.

54 *Ibid.*, pp. 30-31.

55 A. Boccia Paz, M.H. López, A.V. Pecci et M.G. Giménez, *op. cit. supra* n. (56), p. 205; cf. aussi J. Dinges, *Operación Cóndor...*, *op. cit. infra* n. (16), p. 305.

– face à la dissimulation de leur politique criminelle par les États participants – à partir de la découverte des “Archives de la terreur” au Paraguay en décembre 1992 (la principale source documentaire en Amérique latine sur la sinistre *Opération Condor*), “des centaines de demandes d’*habeas data* furent présentées par des ex-prisonniers politiques ou leurs familles”⁵⁶.

VII. CONDOR *REDIVIVUS*: L’HISTOIRE SE REPETE

54. Les événements répressifs de l’*Opération Condor*, survenus à échelle interétatique étendue au cours de la décennie des années soixante-dix – tel qu’historiquement démontré – peuvent survenir à nouveau. S’ils sont survenus à une ou plusieurs reprises, ils peuvent survenir à nouveau; les atrocités se sont répétées au cours de l’Histoire. Je crains que de tels événements soient en train de se produire à nouveau à l’heure actuelle. Tout comme des années se sont écoulées avant que les faits relatifs à la politique criminelle des États au cours de l’*Opération Condor* soient découverts (et de façon incomplète encore aujourd’hui), il faudra peut-être beaucoup de temps pour connaître tout ce qui est en train de se passer – également sous couvert étatique – de nos jours, dans l’actualité.

55. Dans les années soixante-dix, ce fut la “guerre [sic] contre la subversion”; de nos jours, c’est la “guerre [sic] contre le terrorisme”. Dans toutes les deux, pour les auteurs de violations graves de droits de la personne, les fins justifient les moyens et tout est permis, en marge du Droit. Comme l’a récemment indiqué un protagoniste de l’actuelle “guerre [sic] contre le terrorisme”, “celui qui n’est pas avec nous est contre nous”, exactement comme l’affirmaient les militaires de l’*Opération Condor* au cours des années soixante-dix, et tous les Chefs d’État, pour semer la terreur et tenter de justifier les crimes d’État.

56. En réalité, les crimes d’État existent, ont existé et continuent d’exister, comme l’indiquent aujourd’hui de récents rapports (e.g., pour l’Assemblée parlementaire du Conseil de l’Europe) sur les pratiques systématiques de torture dans des prisons – y compris secrètes – de d’autres continents – de véritables camps de concentration – dans le cadre de la dénommée “guerre [sic] contre le

56 A. Boccia Paz, M.A. González et R. Palau Aguilar, *Es Mi Informe - Los Archivos Secretos de la Policía de Stroessner*, 4a. ed., Asunción/Paraguay, CDE, 1994, p. 30.

terrorisme"⁵⁷. Des nouvelles dispersées surgissent aussi aujourd'hui sur la pratique de la torture (sous l'euphémisme "interrogatoires intensifs"), de détentions illégales ou arbitraires, d'enlèvements, de vols clandestins et de disparitions forcées, de possibles exécutions extrajudiciaires, également à l'échelle interétatique⁵⁸.

57. Très récemment, le 06/07/2006, le Parlement européen a adopté une résolution sur "l'utilisation alléguée de pays européens par la CIA pour le transport et la détention illégale de prisonniers"⁵⁹. Dans sa résolution détaillée, le Parlement européen débute en prévenant que

"la lutte contre le terrorisme ne pourra être remportée en sacrifiant les principes mêmes que le terrorisme cherche à anéantir, et (...) il importe notamment de veiller à ce que la protection des droits fondamentaux ne souffre aucune concession; (...) cette lutte doit être menée grâce à des moyens légaux et (...) la victoire doit être obtenue dans le respect du droit national et international"⁶⁰.

Par la suite, il affirme que les pratiques de "détention secrète" et d'enlèvement de suspects sur le territoire des États membres engage la responsabilité internationale de l'État (par. 2 et 7). Il exprime sa profonde inquiétude quant à l'utilisation de l'espace aérien et des aéroports européens pour permettre "le transfert illégal de personnes suspectées de terrorisme sous le contrôle de la CIA, de l'armée américaine ou d'autres pays" (par. 12).

58. Cette résolution "condamne la pratique des restitutions extraordinaires qui visent à faire en sorte que les suspects ne soient pas soumis à procès, mais soient transférés vers des pays tiers pour y être interrogés, y compris sous la torture, et détenus dans des locaux contrôlés par les États-Unis ou les autorités locales";

57 Cf. D. Marty (*rapporteur spécial*), "Allégations de détentions secrètes dans les Etats membres du Conseil de l'Europe", Strasbourg, Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe / Comité des Affaires juridiques et des Droits de l'Homme, doc. AS/Jur(2006)03.rev., 22.01.2006, pp. 1-25; D. Marty (*rapporteur spécial*), "Détentions secrètes et transferts interétatiques illégaux présumés impliquant des États membres du Conseil de l'Europe", Strasbourg, Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe / Comité des Affaires juridiques et des Droits de l'Homme, doc. AS/Jur(2006)16-II, 07.06.2006, pp. 1-71 (circulation restreinte).

58 Cf. J. Patrice McSherry, *Predatory States...*, *op. cit. supra* note 51, pp. XXI, 247-249 et 254; cf. aussi J. Dinges, *Operación Cóndor...*, *op. cit. supra* n. (16), p. 22.

59 Parlement Européen, doc. A6-0213/2006, pp. 1-6.

60 Préambule, *considerandum* C.

de même, la résolution “considère inacceptables les pratiques de certains gouvernements consistant à limiter leurs responsabilités en demandant des assurances diplomatiques à des pays où il y a fortement lieu de penser que la torture est pratiquée” (par. 9). Par la suite, cette même résolution

“souligne que l’interdiction de la torture ou d’autres traitements cruels, inhumains ou dégradants, tels qu’ils sont définis à l’article 1 de la Convention des Nations unies contre la torture, est absolue et sans exceptions, qu’il s’agisse de l’état de guerre ou de menace de guerre, d’instabilité politique intérieure ou de tout autre état d’exception; rappelle que les cas de détention *incommunicado*, d’enlèvement et de restitution extraordinaire constituent des violations des droits fondamentaux en vertu du droit international, et notamment des articles 3 et 5 de la CEDH [Convention Européenne des Droits de l’Homme], sachant, en particulier, que ces actes sont synonymes de torture ou de traitement inhumain ou dégradant” (par. 26)⁶¹.

59. Condor *redivivus!* Ses méthodes et pratiques atroces et inhumaines continuent d’être suivies et appliquées, dans ce contexte, de nos jours! Quand l’être humain apprendra-t-il des leçons du passé, de la souffrance terrible des générations antérieures? S’il n’a pas appris jusqu’à ce jour, peut-être n’apprendra-t-il jamais. Quand l’être humain arrêtera-t-il de déshumaniser ses semblables? S’il n’a pas arrêté de le faire jusqu’à ce jour, peut-être n’arrêtera-t-il jamais de le faire. Il continuera à vivre avec le mal et à s’y soumettre. C’est pour cela que la lutte pour la suprématie de la *recta ratio*⁶² n’a pas de fin, comme dans le mythe de Sisyphe.

61 En plus de cette résolution du Parlement européen, le Secrétaire Général du Conseil de l’Europe a présenté ses recommandations dans ses récents *Rapports* aux gouvernements des États européens – établis en vertu de l’article 52 de la Convention européenne des Droits de l’Homme – relativement à des informations selon lesquelles “des personnes, notamment certaines soupçonnées d’être impliquées dans des actes terroristes, pourraient avoir été appréhendées et mises en détention, ou transportées alors qu’elles étaient privées de liberté, soit par des agences relevant d’autres Etats ou à leur instigation, avec la coopération active ou passive d’Etats parties à la Convention, soit par des Etats parties agissant eux-mêmes et de leur propre initiative, sans que de telles privations de liberté aient été reconnues”; cf. Conseil de l’Europe, doc. SG/Inf(2006)5, 28.02.2006, pp. 1-15; Conseil de l’Europe, doc. SG/Inf(2006)13, 14.06.2006, pp. 1-8.
62 Cf., à ce sujet, A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte/Brésil, Éd. Del Rey, 2006, pp. 3-106 et 385-409.

60. Il n'est donc pas surprenant que le problème du mal ait été et continu d'être une des grandes préoccupations, tout au long de l'histoire de la pensée humaine. Durant des siècles, philosophes, théologiens et littéraires se sont intéressés à ce problème, sans toutefois y trouver une réponse définitive ou entièrement satisfaisante. Comme l'a si bien prévenu R.P. Sertillanges dans une oeuvre magistrale en la matière,

"L'angoisse du mal s'impose à toutes les âmes, à tous les groupes et à toutes civilisations. (...) Le problème du mal met en cause la destinée de chacun, l'avenir du genre humain"⁶³.

61. En définitive, la terreur ne se combat pas par la terreur, mais plutôt à travers le Droit. Comme je me suis permis de le constater dans mon Opinion individuelle dans l'affaire des *Massacres d'Ituango versus Colombie* (Jugement du 01/07/2006), les crimes d'État continuent, lamentablement et tragiquement, de

"se répéter, à divers niveaux, grâce à la manipulation ou à la fabrication de la dénommée 'opinion publique' (ou publiée). L'être humain 'post-moderne' semble avoir perdu sa mémoire, et c'est ainsi que les crimes d'État continuent de se répéter. Ainsi, peu après *l'invasion et l'occupation* de l'Iraq, en 2003, par une 'coalition d'États' autoproclamée, en marge de la Charte des Nations Unies - une des plus flagrantes violations du Droit international des dernières décennies - des massacres d'innocents, des détentions arbitraires (y compris dans des prisons secrètes), des pratiques systématiques de torture et de traitements cruels, inhumains ou dégradants, des violations graves et systématiques des droits de la personne et du Droit international humanitaire, de connaissance publique et notoire, et irréfutablement démontrées⁶⁴, se sont succédés, à travers la

63 R.P. Sertillanges, *Le problème du mal - l'histoire*, Paris, Aubier, 1948, p. 5.

64 Cf., très récemment, e.g.: Nations Unies / Comité contre la Torture, *Examen des rapports soumis par les États parties en application de l'article 19 de la Convention - États-Unis d'Amérique: Conclusions et recommandations du Comité contre la torture*, document CAT/C/USA/CO/2, 18.05.2006, pp. 1-11; Conseil de l'Europe / Assemblée Parlementaire - Comité des Affaires juridiques et des Droits de l'Homme, *Allégations de détentions secrètes dans les États membres du Conseil de l'Europe - Memorandum (rapporteur spécial D. Marty)*, document AS/JUR/2006/03.rev, 22.01.2006, pp. 1-25; Conseil de l'Europe / Assemblée Parlementaire - Comité des Affaires juridiques et des Droits de l'Homme, *Détentions secrètes et transferts interétatiques illégaux présumés impliquant des États membres du Conseil de l'Europe - Rapport (rapporteur spécial D. Marty)*, document AS/JUR/2006/16/Part II, 07.06.2006, pp. 1-71.

mise en œuvre - certainement erronée - d'une politique d'État (la dénommée 'guerre [sic]⁶⁵ contre le terrorisme'). Depuis ses Jugements dans les affaires *Cantoral Benavides versus Pérou* (18/08/2000, pars. 95 et 96) et *Maritza Urrutia versus Guatemala* (27/11/2003, par. 89), la Cour interaméricaine a constamment soutenu l'interdiction absolue de la torture et des mauvais traitements, dans toutes les circonstances, quelles qu'elles soient, y compris - entre autres - la guerre, la menace de guerre, la lutte contre le terrorisme et les conflits, l'instabilité ou les urgences internes" (par. 38).

VIII. L'EXPANSION DU CONTENU MATERIEL DU *JUS COGENS*

62. Malgré ce qui a été exposé en ce qui concerne l'*Opération Condor*, j'aimerais conclure cette Opinion individuelle sur un ton positif. Dans le présent Jugement *Goiburú et autres versus Paraguay*, la Cour a réaffirmé sa *jurisprudence constante* à l'effet que les crimes de torture et de disparition forcée constituent des violations des normes de *jus cogens*, entraînant l'obligation d'enquêter ces violations et d'en sanctionner les responsables (par. 84, 93 et 128), pour mettre fin à l'impunité; dans le présent cas, les États du Cône Sud ont mis sur pied un schéma de répression pour commettre de façon systématique de telles violations et dissimuler les faits, ce qui constituent des circonstances aggravantes (responsabilité internationales *aggravée*).

63. Dans ces circonstances, la réalisation de la justice, pour mettre fin à l'impunité, constitue une forme importante de réparation. À ce sujet, j'ai indiqué dans mon Opinion individuelle dans l'affaire *Bulacio versus Argentine* (Jugement du 18/09/2003), que le Droit réagit face à la violence extrême avec laquelle les êtres humains se traitent, parce qu'elle est inacceptable. J'ai mentionné que

"C'est ici que le Droit intervient, pour enrayer la cruauté avec laquelle les êtres humains traitent leurs semblables (...), pour affirmer sa propre primauté sur la force brute, pour tenter d'ordonner les relations humaines selon les normes de la *recta ratio* (le droit naturel), pour mitiger la souffrance humaine, et pour rendre la vie, de cette manière, moins insupportable, ou peut-être supportable - considérant que la vie avec la souffrance et la solidarité est préférable à la non-existence. (...)

65 Un terme inadéquatement utilisé, ayant des conséquences néfastes.

De là l'importance de rendre justice. Face aux actes de violence violant les droits de la personne s'érige l'ordre juridique (national et international), pour assurer la primauté de la justice et, de la sorte, permettre la satisfaction des victimes (directes et indirectes). Dans son oeuvre *L'Ordinamento Giuridico*, originellement publiée en 1918, le jusphilosophe italien Santi Romano soutenait que la sanction ne se limite pas à des normes juridiques spécifiques; elle est plutôt immanente à l'ordre juridique en entier, agissant en tant que 'garantie effective' de tous les droits subjectifs dans cet ordre consacré⁶⁶. (...)

Le Droit, émanant de la conscience humaine et poussée par celle-ci, vient assurer la *reparatio* (du latin *reparare*, 'disposer à nouveau'); de la sorte, il intervient de manière à empêcher que le mal se répète, c'est-à-dire pour établir, comme une des formes de réparation non pécuniaires des dommages résultant des violations des droits de la personne perpétrées, la *garantie de non répétition des faits préjudiciables*. (...)

La *reparatio* ne met pas fin à ce qui est survenu, à la violation des droits de la personne. Le mal a été déjà commis⁶⁷; la *reparatio* permet d'éviter que les conséquences de ce mal s'aggravent (par l'indifférence du milieu social, par l'impunité, par l'oubli). Sous cette perspective, la *reparatio* revête une double signification: elle permet la satisfaction (comme forme de réparation) aux victimes, ou à leurs familles, dont les droits ont été violés; en même temps, elle rétabli l'ordre juridique enfreint par ces violations – un ordre juridique érigé sur l'entier respect des droits inhérents à la personne humaine⁶⁸. L'ordre juridique ainsi rétabli assure la garantie de non répétition des faits préjudiciables. La *reparatio* remet à neuf, réordonne la vie des victimes survivantes, mais ne parvient pas à éliminer la douleur qui est déjà inéluctablement empreinte dans le quotidien de leur existence. La perte est, de cette perspective, rigoureusement irréparable. Même ainsi, la *reparatio* constitue

66 Santi Romano, *L'ordre juridique* (trad. 2^{ème} ed., rééd.), Paris, Dalloz, 2002, p. 16.

67 La capacité humaine de promouvoir le bien tout autant que de commettre le mal n'a cessé d'attirer l'attention de la pensée humaine au cours des siècles; cf. F. Alberoni, *Las Razones del Bien y del Mal*, Mexique, Éd. Gedisa, 1988, pp. 9-196; A.-D. Serpillanges, *Le problème du mal...*, op. cit. supra n. (60), pp. 5- 412.

68 Comme je me suis permis de l'indiquer dans mon Opinion individuelle une journée auparavant, dans l'Opinion Consultative no. 18 de la Cour interaméricaine, sur *La Condition Juridique et les Droits des Migrants Sans-papiers* (du 17.09.2003), par. 89.

un devoir incontournable de ceux ayant la responsabilité de rendre justice. À une étape du plus grand développement de la conscience humaine et par conséquent, du Droit lui-même, il est indubitable que la réalisation de la justice se superpose à tout et à n'importe quel obstacle, y compris à ceux liés à l'exercice abusif des règles ou des institutions du droit positif (...). La *reparatio* est une réaction, dans le domaine du Droit, à la cruauté humaine, qui se manifeste sous les formes les plus diverses: la violence dans le traitement des semblables, l'impunité des responsables de la part du pouvoir public, l'indifférence et l'oubli du milieu social.

Cette réaction de l'ordre juridique enfreint (dont le *substratum* est précisément la protection des droits de la personne) se meut, en dernier ressort, par l'esprit de solidarité humaine. (...) La réparation, ainsi conçue – comportant, dans le cadre de la réalisation de la justice, la satisfaction des victimes (ou de leurs familles) et la garantie de non répétition des faits préjudiciables – (...) revête une importance indéniable. Le rejet de l'indifférence et de l'oubli, de même que la garantie de non répétition des violations, témoignent des liens de solidarité entre les victimes et les victimes potentielles, dans ce monde violent et vide de valeurs dans lequel nous vivons. Ils constituent, en dernier ressort, l'expression éloquentes des liens de solidarité qui unissent les vivants avec leurs morts⁶⁹. (...)” (pars. 30, 33, 35 et 33-40).

64. Dans le présent Jugement dans l'affaire *Goiburú et autres*, après avoir souligné le “caractère continu ou permanent” du crime de disparition forcée (par. 83) et le contexte d'impunité encore prédominant, violant ainsi les articles 8(1) et 25 de la Convention américaine, la Cour a fait un pas en avant en ce qui concerne les interdictions de *jus cogens*, dans le sens que je défendais depuis déjà quelque temps. En effet, dans mon Opinion Individuelle dans l'affaire *Myrna Mack Chang versus Guatemala* (Jugement du 25.11.2003), j'ai soutenu que le *droit au Droit*, c'est-à-dire le droit à un ordre juridique qui protège effectivement les droits fondamentaux de la personne humaine, s'impose précisément face à l'existence d'un crime d'État (par. 9 à 55).

69 Sur ces liens de solidarité, cf. mes Opinions individuelles dans l'affaire *Bámaca Velásquez versus Guatemala* (arrêts de la Cour Interaméricaine sur le fond, du 25.11.2000, et sur les réparations, du 22.02.2002).

65. Celui-ci constitue, selon moi, une norme impérative de *jus cogens*, encore plus lorsqu'il a été démontré que l'État lui-même a planifié (au plus haut niveau hiérarchique) et exécuté des crimes de façon systématique et massive, faisant des victimes parmi les personnes soumises à sa juridiction (et y compris parmi des personnes soumises à la juridiction d'autres États, comme dans l'*Opération Condor*). Dans mon Opinion Individuelle dans la récente affaire du *Massacre de Pueblo Bello versus Colombie* (Jugement du 31.01.2006), j'ai indiqué que

“L'interrelation que je soutiens entre les articles 25 et 8 de la Convention américaine (...) implique la qualification de l'accès à la justice – entendu comme la *pleine réalisation* de celle-ci – comme relevant du domaine du *jus cogens*; c'est-à-dire, elle implique la qualification de l'intangibilité de toutes les garanties judiciaires – dans le sens des articles 25 et 8 considérés *conjointement* – comme relevant du domaine du *jus cogens*. Il n'y a aucun doute que les garanties fondamentales – communes au Droit international des droits de la personne et au Droit international humanitaire – ont une vocation universelle, s'appliquant dans toutes les circonstances, quelles qu'elles soient; qu'elles constituent un droit impératif (appartenant au *jus cogens*); et qu'elles entraînent des obligations *erga omnes* de protection” (par. 64)⁷⁰.

66. Dans la même Opinion individuelle, j'ai soutenu que, tout comme la Cour interaméricaine a étendu le contenu matériel du *jus cogens* dans son historique Opinion Consultative n. 18 sur *La Condition Juridique et les Droits des Migrants Sans-papiers* (du 17.09.2003), incluant dans celui-ci le principe essentiel d'égalité et non-discrimination, le moment était venu de faire un autre saut qualitatif dans son évolution jurisprudentielle, procédant à la nécessaire et “continue expansion du contenu matériel du *jus cogens*”, en reconnaissant que celui-ci comprend également le droit d'accès à la justice *lato sensu*, c'est-à-dire le droit à la pleine prestation juridictionnelle, y compris pour mettre fin à l'impunité.

67. À ma grande satisfaction, après avoir insisté sur ce point fondamental pendant trois ans au sein de cette Cour, celle-ci a finalement fait – alors que j'étais encore en services en tant que Juge

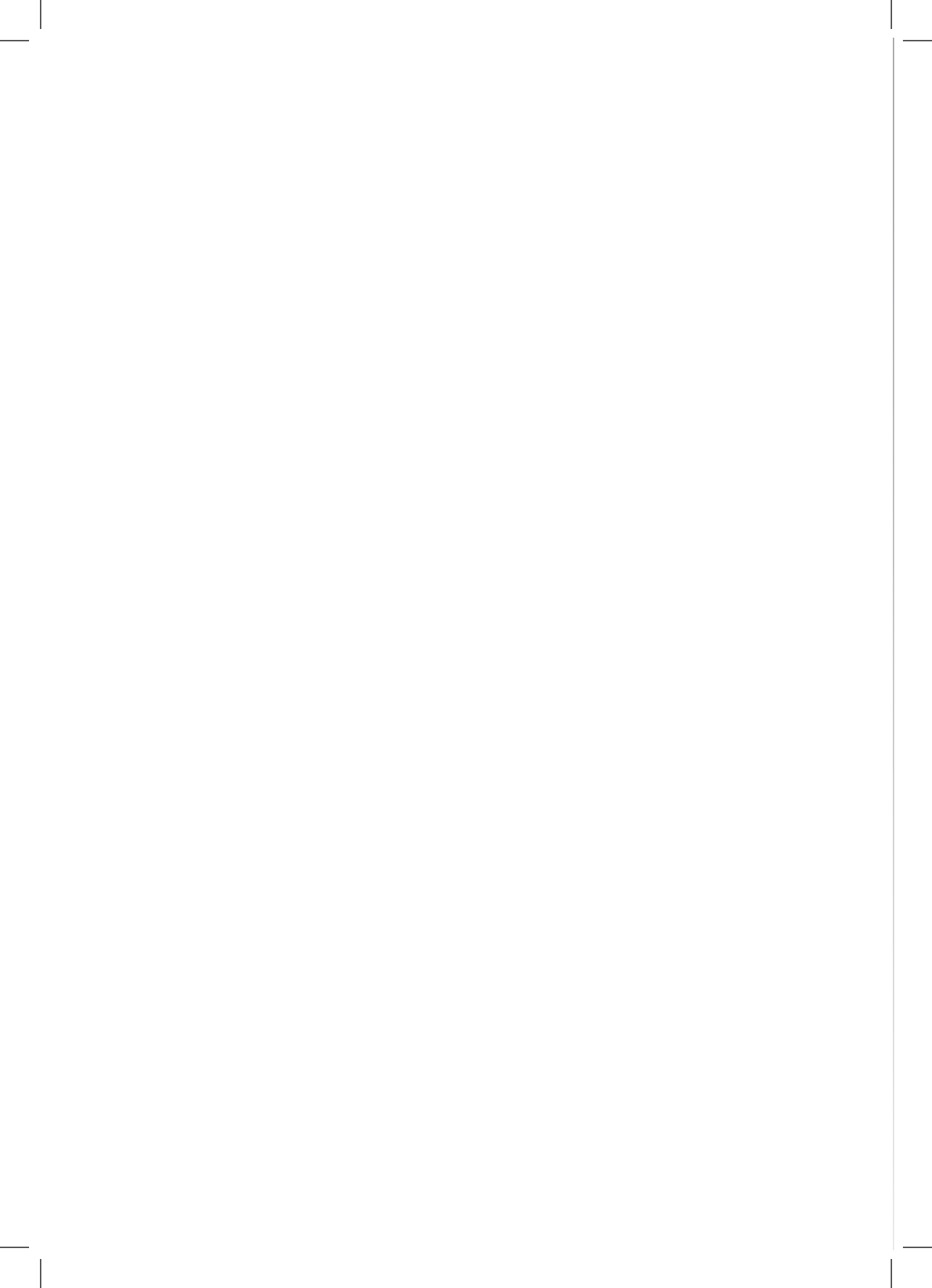
70 Cf. aussi les paragraphes 60-62 de cette même Opinion Individuelle.

titulaire du Tribunal – le saut qualitatif que je proposais, en affirmant dans le présent Jugement, face à la gravité des faits du cas d'espèce:

“(…) L'accès à la justice constitue une norme impérative de Droit international et génère, de la sorte, des obligations *erga omnes* de la part des États d'adopter les mesures nécessaires pour ne pas laisser ces violations dans l'impunité, que ce soit en exerçant leur juridiction pour appliquer leur droit interne et le Droit international de manière à juger les responsables, ou en collaborant avec les autres États que le font ou cherchent à le faire” (par. 131).

68. En affirmant correctement que le *droit à la réalisation de la justice* constitue une norme impérative de *jus cogens*, la Cour démontre, à mon avis, qu'il existe des raisons de continuer à cultiver l'espoir: somme toute, tôt ou tard, même face aux crimes d'État les plus cruels, le Droit réagit – ce dont témoigne le présent Jugement de la Cour interaméricaine dans l'affaire *Goiburú et autres*. De nos jours, la conscience juridique universelle s'est réveillée pour reconnaître, par la voie judiciaire, la souffrance humaine et rechercher sa réparation à travers la garantie de la primauté de la Justice dans les relations humaines.

Antônio Augusto Cançado Trindade
Juge



II. OPINION INDIVIDUELLE DU JUGE A.A. CANÇADO TRINDADE DANS L'AFFAIRE DU *MASSACRE DE PUEBLO BELLO VERSUS COLOMBIE* (ARRÊT DU 31.01.2006, SÉRIE C)

1. Avec mon vote j'ai concouru à l'adoption du Jugement que vient d'adopter la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme dans l'*Affaire du Massacre de Pueblo Bello versus Colombie*. Vu l'importance de l'Affaire et la complexité du sujet traité dans le présent Jugement, je me sens dans l'obligation de laisser un témoignage de mes réflexions sur le sujet comme fondement de ma position sur les multiples aspects de ce dernier. Le point central de mes réflexions relie le droit d'accès à la justice (*lato sensu*) aux garanties du "due process of law" dans une vue d'ensemble. Avant de passer à la partie médullaire de mes réflexions, permettez-moi de retracer brièvement les considérations préliminaires concernant la grande implication du droit général aux garanties judiciaires (article 1 (1) de la Convention Américaine) et les obligations *erga omnes* de protection des droits consacrés.

I. *PROLEGOMENES*: LA GRANDE PORTEE DU DEVOIR GENERAL DE GARANTIE (ARTICLE 1(1) DE LA CONVENTION AMERICAINE) ET LES OBLIGATIONS *ERGA OMNES* DE PROTECTION

2. Les faits de la présente affaire, inclus quelques failles dans son riche probatoire, ont mis encore plus en relief l'importance du devoir général de garanties consacré dans l'article 1(1) de la Convention Américaine, surtout dans le contexte de violence chronique dans laquelle s'insère cette affaire. Dans ce Jugement de l'*Affaire du Massacre de Pueblo Bello*, la Cour a souligné la grande implication du devoir général de garanties de l'article 1(1) de la Convention Américaine, qui fait que "l'action ou omission de quelconque autorité publique constitue un fait imputable à l'Etat, et qui compromet sa responsabilité au niveau international selon les termes prévus dans la Convention même et selon le droit international général" (par. 111).⁷¹

71 Cf., spécifiquement à ce sujet, récemment, A.A. Cançado Trindade, "La Convention Américaine relative aux Droits de l'Homme et le droit international général", in *Droit international, droits de l'homme et juridictions internationales* (eds. G. Cohen-Jonathan y J.-F. Flauss), Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 59-71.

3. L'un des experts présentés à la Cour dans la présente affaire a signalé que:

“avec le développement du narco-trafique, la guerre irrégulière a trouvé une source inépuisable de moyens logistiques, ce qui a donné lieu à un nouveau modèle: le paramilitarisme dure, financé par les narcotrafiquants et assisté par les forces d'intelligence (...)” (par. 65(k)).

La généralisation du conflit a donné lieu à un déplacement forcé de la population (par, 65(1) y 66(c)), et la Cour, dans le présent Jugement, a reconnu comme fait prouvé que “entre 1988 et 1990 les paramilitaires ont commis plus de vingt massacres de paysans et syndicalistes” (par. 95(27)). A travers tout le Jugement, la Cour souligne le devoir de la *diligence en bonne et dû forme* de l'Etat, y compris, pour que cette situation – une vraie tragédie, de la plus grande complexité, qui secoue ce pays, d'une très respectable tradition juridique⁷² – n'eût pu se produire.

4. Une telle situation démontre clairement le caractère *erga omnes* des obligations conventionnelles de protection de la personne humaine. La Cour l'a reconnu expressément et avec discernement dans le présent Jugement (par, 117, 123 et 151). De plus, la Cour a déterminé le moment exact où surgit la responsabilité internationale de l'Etat selon la Convention Américaine:

“(…) La responsabilité internationale des Etats, dans le contexte de la Convention Interaméricaine, survient au moment de la violation des obligations générales, de caractère *erga omnes*, de respecter et faire respecter – garantir – les normes de protection et d'assurer l'efficacité des droits qui y sont consacrés en toute circonstance et pour toute personne, reconnue dans les articles 1(1) et 2 du dit traité” (par. 111).⁷³

⁷² Cette tradition juridique qui, malgré les conflits qui affligent le pays, demeure vivante a travers les études développées par les nouvelles générations de juristes colombiens, qui se sont dédiés à cultiver des thèmes de grande importance, comme par exemple, celui de la justice transitionnelle (y compris la mémoire collective, réparation, justice et démocratie); cf., e.g., les essais à ce sujet de plusieurs auteurs, in: 7 *Revista Estudios Socio-Jurídicos* - Universidad del Rosario/Bogotá (agosto de 2005) - número especial, pp. 21-40 y 200-543.

⁷³ Dans mon Opinion Individuelle dans la célèbre affaire de “*la dernière tentation du Christ*” (*Olmedo Bustos et Autres versus Chili*, fond, Jugement du 05.02.2001), j'ai soutenu que “dans un traité relatif aux droits humains la responsabilité internationale d'un Etat Membre surgit au moment où se produit le fait – acte ou omission

5. L'obligation générale de garantie (article 1(1), ainsi que l'obligation générale d'harmonisation du droit interne avec la Convention, de l'article (2) recouvre tous les droits protégés par la Convention, et démontre le caractère *erga omnes* de protection des obligations spécifiques de sauvegarde de chacun de ces droits. L'obligation générale de garantie de l'article 1(1) de la Convention démontre, en plus, que même les traités relatifs aux droits humains ainsi que la Convention Américaine pourvoient la base juridique qui permet d'exiger la réalisation des obligations *erga omnes*, comme je l'ai signalé dans mon Opinion Individuelle dans l'*Affaire Las Palmeras* (Jugement sur les exceptions préliminaires du 04.02.2000), concernant la Colombie.⁷⁴

6. Et comme j'ai pendant des années soutenu au sein de cette Cour, il est urgent de promouvoir le développement doctrinal et jurisprudentielle du régime juridique des obligations *erga omnes* de protection des droits de la personne humaine. Comme je l'ai fait remarquer dans mes Opinions Individuelles dans les Décisions de cette Cour sur les mesures provisoires de protection dans les *Affaires de la Communauté de Paix de José de Apartadó contre Colombie* (du 18.06.2002), et de la *Prison de Urso Branco contre Brésil* (du 07.07.2004), il est clair qu'il faut reconnaître les effets de la Convention Américaine vis-à-vis les tiers (le *Drittwirkung*), sans lequel les obligations conventionnelles de protection ne seraient que lettre morte.⁷⁵

7. Reste intacte la thèse de la responsabilité internationale objective de l'Etat, dans les circonstances de la présente *Affaire du Massacre de Pueblo Bello versus Colombie*, et même plus en dites circonstances, quand l'Etat lui-même a contribué a la configuration de la situation chronique (la création du dit "paramilitarisme") à haut risque. Je me

– illicite international (*tempus commisi delicti*, attribuable à l'Etat en violation du dit traité" (par. 40). Dans le même sens, dans mon Opinion Dissidente dans l'*Affaire El Amparo* (interprétation de Jugement, 1997), en soutenant la thèse de la responsabilité internationale objective de l'Etat, j'ai maintenu ma position dans le sens que le *tempus commisi delicti* marque le tout début d'une situation de violation des droits de la personne humaine (par. 5).

⁷⁴ Par. 14, 2 et 6-7 de la dite opinion.

⁷⁵ Cf., e.g., mes Opinions Individuelles dans les Jugements sur le fond, du 24.01.1998, par.28, et sur les réparations, du 22.01.1999, par. 40, dans l'*Affaire Blake contre Guatemala*; et cf. A.A. Cancado Trindade. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 1999, pp. 412-420.

suis également permis dans mon Opinion Individuelle dans *l’Affaire des Communautés du Jiguamiandó et du Curbaradó versus Colombie* (décision sur les mesures provisoires de protection du 06.03.2003), d’insister sur la nécessité de “la reconnaissance de la Convention Américaine vis-à-vis des tiers (le *Drittwirkung*)⁷⁶, et j’ai ajouté que:

“la protection des droits de l’homme établi par la Convention Américaine, pour qu’elle soit efficace, doit comprendre non seulement les relations entre individus et le pouvoir public, mais aussi leurs relations avec les tiers (groupes clandestins, paramilitaires, ou autres groupes d’individus). Ceci démontre les nouvelles dimensions de la protection internationale des droits de l’homme, ainsi que le grand potentiel des mécanismes de protection existantes, - comme celui de la Convention Américaine, - qui se dédie à la protection collective des membres de toute une communauté, bien que l’action de base soit la violation - ou la probabilité ou imminence d’une violation - des droits individuels” (par. 4).

8. Il y a lieu de rappeler, que en sa célèbre Opinion Consultative n. 18, d’importance historique, sur la *Condition Juridique et Droits des Immigrants Sans-papiers* (du 17.09.2003), la Cour Interaméricaine a déclaré que les droits protégés par la Convention Américaine doivent être respectés tant en rapport aux relations entre individus et le pouvoir public d’état, qu’en rapport aux relations entre individus, le devoir de garantie des Etats Membres (par. 140) étant ainsi exigible selon l’article 1(1) de la Convention. La norme conventionnelle de protection, affecte donc les relations avec les tiers, ainsi se configure le caractère *erga omnes* des obligations de protection (le *Drittwirkung*). Dans mon Opinion Individuelle dans l’Opinion Consultative no. 18 de la Cour, je me suis permis de rappeler que ces obligations *erga omnes*, caractérisées par le *jus cogens* (duquel elles émanent)⁷⁷, comme elles sont dotées d’un caractère nécessairement objectif, comprennent ainsi tous les destinataires des normes juridiques

⁷⁶ Cf. par., 2-3 de la dite Opinion.

⁷⁷ Dans cette même Opinion, je me suis permis de préciser que “par définition, toutes les normes du *jus cogens* engendrent nécessairement des obligations *erga omnes*. Tandis que le *jus cogens* est un concept de droit matériel, les obligations *erga omnes* concernent la structure de son exercice par toutes les entités et tous les individus concernés. A leur tour, toutes les obligations *erga omnes* ne font pas nécessairement référence aux normes du *jus cogens*.” (par. 80).

(*omnes*), aussi bien les membres des organes du pouvoir publique d'Etat que les tiers (par. 76). Et j'ai continué:

“À mon avis, nous pouvons analyser ces obligations *erga omnes* à partir de deux dimensions: une horizontale et une verticale, qui se complètent. Ainsi, les obligations *erga omnes* de protection, dans le sens horizontal, sont les obligations liées à la protection des êtres humains et qui sont dues à la communauté internationale en général.⁷⁸ Dans le cadre du droit international conventionnel, elles lient tous les Etats Membres des traités relatifs aux droits de l'homme (obligations *erga omnes partes*), et dans le cadre du droit international général, elles lient tous les Etats qui composent la communauté internationale organisée, qu'ils soient membres ou non de ces traités (obligations *erga omnes lato sensu*). Dans le sens vertical, les obligations *erga omnes* de protection lient tant bien les organes et agents du pouvoir publique (de l'Etat), que les simples individus (dans les relations entre individus).

L'avènement et l'évolution du Droit International relatif aux Droits Humains ont contribué de façon décisive à la formation de cette dimension verticale. Mais il est surprenant que, jusqu'à date, ces dimensions horizontales et verticales sont restées entièrement inaperçues dans la doctrine juridique contemporaine. Cependant je les vois clairement configurées dans le régime juridique même de la Convention Américaine Relative aux Droits de l'Homme. Ainsi par exemple, en ce qui a trait à la dimension verticale, l'obligation générale, consacrée dans l'article 1 (1) de la Convention Américaine, de respecter et garantir le libre exercice des droits protégés par la Convention, crée des effets *erga omnes*, qui s'étendent aux relations des individus tant avec le pouvoir publique (d'Etat) qu'avec d'autres particuliers.⁷⁹” (par. 77-78).

9. Mon intention n'est pas de réitérer ici tout ce que j'ai déjà écrit dans mes nombreuses Opinions Individuelles sur la matière au sein de cette Cour, mais d'exposer clairement ma position sur la grande implication du devoir général de garantie de l'article 1(1) de la Convention. Je voudrais conclure ces prolégomènes en me référant

78 CtIADH, affaire *Blake contre Guatemala* (Fond), Jugement du 24.01.1998, Opinion Individuelle du Juge A.A. Cançado Trindade, par. 26, et cf. par. 27-30.

79 Cf., à ce sujet, en général, la résolution adoptée par *L'Institut de Droit International* (I.D.I.) en la session de Santiago de Compostela de 1989 (artículo 1), in: I.D.I., 63 *Annuaire de l'Institut de Droit International* (1989)-II, pp. 286 et 288-289.

à deux aspects additionnels très concrets. Le premier est ce que j'appelle le sens élargi et *autonome* des devoirs généraux des articles 1(1) et 2 de la Convention Américaine, qui s'ajoutent aux devoirs conventionnels spécifiques relatifs à chacun des droits protégés par la dite Convention. Dans mon Opinion Individuelle dans *l'Affaire du Massacre de Mapiripán contre Colombie* (Jugement du 15.09.2005), j'ai signalé sur ce point spécifique, que:

“le devoir général de l'article 1(1) de la Convention – *de respecter et faire respecter*, sans aucune discrimination, les droits protégés par la Convention – n'est pas `secondaire´ aux dispositions sur les droits conventionnellement établis, considérés un par un, individuellement. Il n'y a pas violation de la Convention Américaine seulement quand et dans la mesure où il y a eu violation d'un droit spécifique protégé par la Convention, mais aussi quand l'un des devoirs généraux (articles 1(1) et 2 stipulés dans cette dernière n'est pas respecté.

L'article 1(1) de la Convention Américaine est beaucoup plus qu'un simple `accessoire´, c'est un devoir général qui s'impose aux Etats Membres et qui regroupe l'ensemble des droits protégés par la Convention. La violation continue de l'article 1(1) peut entraîner des violations additionnelles de ce dernier, violations qui viendraient s'ajouter aux violations originales. L'article 1(1), dans ce sens, est d'une grande envergure. Cet article se rapporte au devoir permanent des Etats, dont le non-respect peut entraîner de nouvelles victimes, générant *per se* des violations additionnelles, sans que ce soit nécessaire de les rattacher aux droits antérieurement violés. Depuis mon Opinion Dissidente dans *l'Affaire Caballero Delgado y Santana contre Colombie* (réparations, Jugement du 29.01.1997) et dans mon herméneutique de l'article 1(1) – ainsi que l'article 2 – de la Convention je continue à insister, au sein de cette Cour que ces articles poussent au maximum la protection des droits humains dans le contexte de la Convention. (...)

Nier l'importante implication des devoirs de protection des articles 1(1) et 2 de la Convention – ou les minimiser à travers une interprétation atomisée et désagrégé – équivaudrait à priver la Convention de tout *effet utile*. La Cour Interaméricaine ne peut se distancer de sa *jurisprudente constante* à ce sujet, et a le devoir de veiller à la préservation des standards élevés de protection élaborés au cours des années dans sa jurisprudence. On ne peut freiner sa remarquable élaboration

jurisprudentielle⁸⁰ à ce sujet, et toute tentative a cet effet se heurtera à ma plus ferme opposition. Une telle élaboration met en évidence un Droit en évolution, qui ne permet de recul" (par. 2-3 et 5).

10. Je comprends que, en ce qui à trait à l'article 1(1) de la Convention, la présente *Affaire du Massacre de Pueblo Bello contre Colombie* est un témoignage éloquent de ces idées que je me suis permis de formuler dans le cas précédemment cité, dans lequel j'ai souligné l'ampleur et l'autonomie de ce devoir général. En somme, la responsabilité internationale objective de l'Etat se configure de la même façon dans les affaires, comme celle du *Massacre de Pueblo Bello*, où s'impose l'inévitable reconnaissance du *Drittwirkung*, démontrant clairement le caractère *erga omnes* des obligations conventionnelles de protection.

11. Le deuxième aspect concerne un autre argument présenté par l'Etat poursuivi comme quoi "les structures d'imputation de la responsabilité" à l'Etat constitueraient *numerus clausus* (cf. par. 103(c) du présent Jugement) – ce qui me paraît insoutenable. La Cour a bien fait de le débouter (par. 116). D'après moi, le *numerus clausus* est el elenco taxativo des modalités d'acceptation de la compétence contentieuse de la Cour Interaméricaine (étant donc inadmissibles toutes restrictions additionnelles non prévues dans l'article 62 de la Convention)⁸¹, et non l'opération d'attribution de la responsabilité internationale de l'Etat poursuivi.

12. Cette attribution doit prendre en compte les faits, qui varient de cas à cas. Ce n'est donc pas une opération mécanique qui peut se régir par *numerus clausus*. A ce sujet, je me suis permis d'observer dans mon Opinion Individuelle dans *l'Affaire du Massacre de Mapiripán* (2005), citée antérieurement, que:

"L'attribution de responsabilité internationale à un Etat se fait à travers une opération mentale judicieuse des membres de l'organe juridique international compétent, après la soigneuse détermination des faits de l'affaire concrète; il ne s'agit pas

80 Que j'ai cherché à synthétiser récemment; cf., v.g., A.A. Cançado Trindade, "The Case-Law of the Inter-American Cour of Human Rights: An Overview", in *Studi di Diritto Internazionale in Onore di G. Arangio-Ruiz*, vol. III, Napoli, Edit. Scientifica, 2004, pp. 1873-1898.

81 Cf. CtIADH, Jugements sur les *Affaires Hillaire, Benjamín et Autres, et Constantine et Autres contre Trinidad et Tobago* (del 01.09.2001), Opinion Individuelle du Juge A.A. Cançado Trindade, pars. 21-33 (dans chacune des trois Opinions).

d'une simple application mécanique de formulations de préceptes déterminés qui, de toute façon, se revêtent d'un caractère supplétif" (par. 10).

13. Avec ces brèves considérations préliminaires en tête, je passe à la partie médullaire de mes réflexions dans cette Opinion Individuelle, relative à la correcte décision adoptée par la Cour dans cette *Affaire du Massacre de Pueblo Bello* de déterminer conjointement les violations des articles 8 et 25 de la Convention Américaine, conformément à sa *jurisprudence constante*. Mes réflexions à ce sujet touchent sur les aspects suivants de la matière: a) les articles 25 et 8 de la Convention sur le plan ontologique et herméneutique; b) genèse du droit à un recours effectif devant les tribunaux nationaux dans le corpus juris du Droit International relatif aux Droits de L'homme; c) la non relevance des allégations concernant les difficultés du droit interne; d) le droit à un recours effectif dans l'élaboration jurisprudentielle de la Cour Interaméricaine; e) l'indissociabilité entre l'accès à la justice (le droit à un recours effectif) et les garanties du "due process of law" (articles 25 et 8 de la Convention Américaine); f) l'indissociabilité entre les articles 25 et 8 de la Convention Américaine dans la *jurisprudence constante* de la Cour Interaméricaine; g) l'indissociabilité entre les articles 25 et 8 de la Convention Américaine comme un progrès jurisprudentiel intangible; h) le surpassement des vicissitudes en ce qui à trait au droit à un recours effectif dans l'élaboration jurisprudentielle de la Cour Européenne; i) le droit d'accès à la justice *lato sensu*; et j) le droit au Droit comme un impératif du jus cogens.

II. LES ARTICLES 25 ET 8 DE LA CONVENTION AMERICAINE, SUR LE PLAN ONTOLOGIQUE ET HERMENEUTIQUE

14. Il est évident que les droits protégés dans les traités de droits humains ont, chacun d'eux, un contenu matériel propre, duquel naturellement découle leurs différentes formulations, – comme c'est le cas des articles 25 et 8 de la Convention Américaine. Nous sommes là dans un plan essentiellement ontologique. Bien qu'ils soient dotés d'un contenu matériel propre, certains de ces droits ont dû passer par une longue évolution jurisprudentielle jusqu'à atteindre leur autonomie. C'est le cas par exemple du droit à un recours effectif, consacré dans l'article 25 de la Convention Américaine et l'article 13 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (cf. *Infra*).

C'est également le cas de l'article 8 de la Convention Américaine et l'article 6 de la Convention Européenne.

15. Le sens que revêtent aujourd'hui ces dispositions conventionnelles est le fruit d'une construction jurisprudentielle, et aujourd'hui elles sont comprises, et doivent être appréciées, à la lumière de cette construction, conformément au principe du droit intertemporel, – et non d'une manière statique, se limitant seulement à ce qui a motivé leur formulation originale il y a de cela plusieurs années. Le fait que les droits protégés soient dotés d'un contenu matériel propre et d'autonomie ne signifie pas qu'ils ne peuvent, ou ne doivent, pas être liés l'un à l'autre, en raison des circonstances du *cas d'espèce*; tout au contraire, cette corrélation est, selon moi, ce qui fournit, à la lumière de l'indivisibilité de tous les droits humains, une protection plus effective. Nous passons ici du plan ontologique au plan *herméneutique*. Une fois établie cette précision, je passe à la trajectoire du droit à un recours effectif dans le temps.

III. GENESE DU DROIT A UN RECOURS EFFECTIF DEVANT LES TRIBUNAUX NATIONAUX DANS LE *CORPUS JURIS* DU DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME

16. Les travaux préparatoires de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme a connu diverses étapes. La Commission de Droits de l'Homme des Nations Unies décida d'élaborer un projet en avril/mai de l'année 1946, quand elle désigna une "commission nucléaire" chargée des études initiales. Parallèlement, l'UNESCO conduisit des consultations (en 1947) auprès des penseurs de l'époque concernant les bases d'une future Déclaration Universelle.⁸² Le projet de Déclaration proprement dit fut préparé dans le cadre de la Commission de Droits de l'Homme des Nations Unies, par un Groupe de Travail qui l'élabora entre mai 1947 et juin 1948. A partir de septembre 1948, le projet de Déclaration passa l'examen de la Troisième Commission de l'Assemblée Générale des Nations Unies, pour être enfin approuvé le 10 décembre de la même année par l'Assemblée même.⁸³ Une des dispositions les plus pertinentes

82 UNESCO, Les Droits de l'Homme – Etudes et Commentaires autour de la Nouvelle Déclaration Universelle, Mexico/ Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1949, pp. 233-246.

83 Pour un récit, cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, 2a. ed., Porto Alegre/Brasília, S.A. Fabris Ed., 2003, capítulo

de la Déclaration Universelle de 1948 se trouve dans l'article 8, qui prévoit que toute personne a le droit à un recours effectif devant les tribunaux nationaux compétents contre les actes constituant des violations des droits fondamentaux qui lui sont octroyés par la Constitution ou la loi.

17. L'article 8 de la Déclaration Universelle consacre, en dernier lieu, le *droit d'accès à la justice* (sur le plan du droit interne), élément essentiel dans toute société démocratique. Le projet d'article qui s'est transformé en l'article 8 de la Déclaration Universelle, malgré sa pertinence, a été inséré dans le texte seulement à la dernière étape des travaux préparatoires de la Déclaration Universelle, quand cette dernière se trouvait déjà en examen à la Troisième Commission de l'Assemblée Générale des Nations Unies. Cependant, de façon significative, il n'a rencontré aucune objection, ayant été approuvé dans la Troisième Commission par 46 votes à zéro et trois abstentions, et dans l'Assemblée Générale plénière, à l'unanimité. L'initiative, tardive mais si bien réussie, provint des Délégations des Etats de L'Amérique Latine. On peut même considéré que l'article 8 (concernant le droit à un recours effectif) représente la contribution latino-américaine *par excellence* à la Déclaration Universelle.

18. La disposition de l'article 8 de la Déclaration Universelle de 1948 s'inspira, en effet, de la disposition équivalente de l'article XVIII de la Déclaration Américaine des Droits et Devoirs de l'Homme de huit mois avant (avril 1948).⁸⁴ L'argument de base qui entraîna l'insertion de cette disposition dans les Déclarations Américaine et Universelle de 1948 consista en la reconnaissance de la nécessité de remplir une lacune présente dans les deux: protéger les droits de la personne contre les abus du pouvoir publique, soumettre tout et quelconque abus de tous les droits individuels au jugement du Pouvoir Judiciaire dans le cadre du droit interne.⁸⁵

I, pp. 51-77.

84 Cette initiative latino-américaine fut fortement influencée par les principes qui régissent le recours d'*amparo*, alors déjà consacré dans les législations nationales de plusieurs pays de la région. Tant fut-il, dans la Conférence de Bogotá d'avril 1948, la dite Déclaration Amérique a eu son article XVIII adoptée à l'unanimité par les 21 Délégations présentes. Sur le légat de la Déclaration Américaine de 1948, cf. A.A. Cançado Trindade, "O Legado da Declaração Universal de 1948 e o Futuro da Proteção Internacional dos Direitos Humanos", 14 *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional* (1999) pp. 197-238.

85 Cf. A. Verdoodt, *Naissance et signification de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme*, Louvain, Nauwelaerts, [1963], pp. 116-119; A. Eide *et alii*,

19. En somme, la consécration originale du droit à un recours effectif devant les juges ou tribunaux nationaux compétents dans la Déclaration Américaine (article XVIII) a été transplanté dans la Déclaration Universelle (article 8), et, de cette dernière, dans les Conventions Européenne et Américaine relative aux Droits de l'Homme (articles 13 et 25 respectivement), ainsi que dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies (article 2(3)). L'article 8 de la Déclaration Universelle, et les dispositions correspondantes dans les traités en vigueur relatifs aux droits humains, ainsi que l'article 25 de la Convention Américaine, crée le devoir de l'Etat de fournir des recours internes adéquats et effectifs; j'ai toujours soutenu que ce devoir constitue effectivement un pilier de base non seulement de ces traités mais aussi de l'Etat de Droit même, dans une société démocratique, et sa correcte application à pour objectif de perfectionner l'administration de la justice (matérielle et non seulement formelle) au niveau national.

20. De plus, cette disposition-clé est intimement liée à l'obligation générale des Etats, également consacrée dans les traités relatifs aux droits humains, de *respecter* les droits qui y sont consacrés, et *d'assurer* le libre et plein exercice de ces derniers à toute personne sous leurs juridictions respectives.⁸⁶ Elle est de plus, liée aux garanties du "due process of law" (article 8 de la Convention Américaine)⁸⁷, dans la mesure où elle assure l'accès à la justice. Ainsi, à travers la consécration du droit à un recours effectif devant les juges ou tribunaux nationaux compétents, des garanties du "due process of

The Universal Declaration of Human Rights - A Commentary, Oslo, Scandinavian University Press, 1992, pp. 124-126 e 143-144; R. Cassin, "Quelques souvenirs sur la Déclaration Universelle de 1948", 15 *Revue de droit contemporain* (1968) n. 1, p. 10; R. Cassin, "La Déclaration Universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme", 79 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1951) pp. 328-329.

86 Convention Américaine relatif aux Droits de l'Homme, article 1(1); Convention Européenne des Droits de l'Homme, article 1; Pacte international relatif aux droits civils et politique des Nations Unies, article 2(1).

87 Sur la protection judiciaire et les garanties du "due process of law" dans la Convention Américaine, cf. A. A. Cançado Trindade, "The Right to a Fair Trial under the American Convention on Human Rights", in *The Right to Fair Trial in International and Comparative Perspective* (ed. A. Byrnes), Hong Kong, University of Hong Kong, 1997, pp. 4-11; A.A. Cançado Trindade, "Judicial Protection and Guarantees in the Recent Case-Law of the Inter-American Court of Human Rights", in *Liber Amicorum in Memoriam of Judge J.M. Ruda*, The Hague, Kluwer, 2000, pp. 527-535.

law”, et de l’obligation générale de *garantie* des droits protégés, la Convention Américaine (articles 25, 8 et 1(1)), et d’autres traités relatifs aux droits humain, attribuent des fonctions de protection au droit interne des Etats Membres.

21. Il est important que les progrès jurisprudentiels à ce sens, réalisés par la Cour Interaméricaine des Droits de l’Homme jusqu’au présent, soient préservés et encore plus développés dans le futur, - et jamais freinés à travers une herméneutique désagrégée, - au bénéfice des personnes protégées. La pertinence du devoir des Etats de fournir un recours interne adéquat et effectif ne doit jamais être minimisé. Le droit à un recours effectif devant les juges ou tribunaux nationaux compétents dans le cadre de la protection judiciaire – que la Déclaration Universelle de 1948 a projeté au niveau mondial – est beaucoup plus pertinent qu’on le soupçonnait. Le devoir des Etats Membres de fournir ces recours dans le cadre de leur droit interne et d’assurer à toutes les personnes sous leur juridiction la garantie du libre et plein exercice de tous les droits consacrés dans les traités relatifs au droits humain, ainsi que toutes les garanties du “due process of law” se revêtent d’une importance spéciale encore plus, dans un continent comme le nôtre (comprenant les trois Amériques), marqué par un casuisme qui souvent prive les individus de la protection du droit.

IV. L’INSIGNIFIANCE DE L’ALLEGATION DE DIFFICULTES DU DROIT INTERNE

22. Il faut toujours se rappeler que, en ratifiant les traités relatif aux droits de l’homme, les Etats Membres ont contracté, aussi bien les obligations spécifiques relatives à chacun des droits protégés, que l’obligation général de conformer leur ordre juridique interne aux normes internationales de protection. Les deux Conventions de Vienne sur les Traités (de 1969 et 1986) interdisent qu’un membre invoque les dispositions de son droit interne pour essayer de justifier un manquement à un traité (article 27). Ceci est un précepte, qui relève plus du droit des traités, que du droit de la responsabilité internationale de l’Etat, fermement cristallisé dans la jurisprudence internationale. Selon cette dernière, les prétendues ou alléguées difficultés d’ordre interne ne constituent qu’un simple fait, et n’exemptent pas les Etats Membres des traités relatifs aux droits humains de responsabilité internationale pour leur manquement

aux obligations internationales contractées.⁸⁸ Ce principe de base, judiciairement reconnu, se trouve dûment codifié précisément dans l'article 27 des Conventions de Vienne précitées.

23. De cette façon, les Etats en question ne peuvent pas invoquer de prétendues difficultés ou lacunes du droit interne, parce qu'ils ont l'obligation d'harmoniser ce dernier avec la normative des traités relatifs aux droits humains desquels ils sont Membres (Convention Américaine relative aux Droits de l'Homme, article 2; Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies, article 2(2); entre autres). Ainsi, s'ils invoquent ces prétendues difficultés ou lacunes du droit interne, pour ne pas fournir de recours internes simples et rapides et effectifs capable de pourvoir une application *effective* aux normes internationales de protection des droits de l'homme, ils encourent une violation *additionnelle* des traités relatifs aux droits de l'homme desquels ils sont Membres.

V. LE DROIT A UN RECOURS EFFECTIF DANS LA CONSTRUCTION JURISPRUDENTIELLE DE LA COUR INTERAMERICAINE

24. Il y a de cela presque une décennie, dans mon Opinion Dissidente dans l'affaire *Genie Lacayo contre Nicaragua* (Sollicitude de Révision de Jugement, Résolution du 13.09.1997),⁸⁹ j'ai procédé à une analyse du contenu matériel et de la portée de l'article 25 (droit à un recours effectif) de la Convention Américaine relative aux Droits de l'Homme, en relation avec l'article 8(1) ("due process of law") de la Convention, ainsi qu'avec les devoirs généraux (de garantie de l'exercice des droits protégés et d'harmonisation du droit interne avec le droit conventionnel international) consacrés, respectivement,

88 La jurisprudence de l'ancienne Cour Permanente de Justice Internationale (CPJI), ainsi que celle de la Cour Internationale de Justice (CIJ) soulignent que les obligations internationales doivent être remplies de bonne foi, et que les Etats ne peuvent invoquer, afin de justifier leur inobservance, des dispositions de droit constitutionnel ou de droit interne. CPJI, affaire concernant les "*Communautés gréco-bulgares* (1930), Série B, n. 17, p. 32 ; CPJI, affaire concernant le *Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig* (1931), Série A/B, n. 44, p. 24 ; CPJI, affaire concernant les *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex* (1932), Série A/B, n. 46, p. 167 ; CIJ, affaire concernant l'*Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies*, *CIJ Recueil* (1988), pp. 31-32, par. 47.

89 Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme (CIADH), Série C, no. 45, Recours de Révision du Jugement du 29.01.1997, Résolution du 13.09.1997, p. 3-25.

dans les articles 1(1) et 2 de la Convention (par. 18-23 de la dite Opinion). Contrairement à ce qu'établit la Cour dans cette affaire, – dans laquelle elle aborda ces dispositions conventionnelles dans l'optique de la justice formelle et non matérielle, – j'ai conclu qu'il y avait violation de la part de l'Etat défendeur, des articles 25, 8(1), 1(1) et 2 de la Convention "pris dans l'ensemble" (par. 28).

25. Dans le même sens, j'ai aussi dans mon antérieure Opinion Dissidente dans l'affaire *Caballero Delgado y Santana versus Colombie* (réparations, Jugement du 29.01.1997)⁹⁰, développé une herméneutique intégrale des articles 8, 25, 1(1) et 2 de la Convention Américaine, les prenant de nouveau dans l'ensemble (par. 2-4 et 7-9 de la dite Opinion), et soutenant, contrairement à la Cour, qu'il y a eu violation de la part de l'Etat défendeur de ces quatre dispositions conventionnelles reliées *inter se*. En ce qui concerne le droit à un recours effectif de l'article 25 de la Convention, en particulier, je me suis permis de formuler, dans mon Opinion précitée dans l'affaire *Genie Lacayo contre Nicaragua*, que:

"Le droit à un recours simple et rapide et effectif devant les juges ou tribunaux nationaux compétents, consacré dans l'article 25 de la Convention, est une garantie judiciaire fondamentale beaucoup plus importante que l'on pourrait soupçonner *prima facie*⁹¹, et qui ne peut jamais être minimisé. Il constitue, en dernière instance, un des piliers de base non seulement de la Convention Américaine, mais aussi de l'Etat de Droit même, dans une société démocratique (dans le contexte de la Convention). Sa correcte application à pour objectif de perfectionner l'administration de la justice (matérielle et non seulement formelle) au niveau national, avec les changements législatifs nécessaires à la réalisation de cet objectif.

L'origine - peu connue - de cette garantie judiciaire est latino-américaine: de sa consécration originalement dans la Déclaration Américaine des droits et des devoirs de l'homme (d'avril 1948), et de là aux Conventions Européenne et

90 CtIADH, Jugement du 29.01.1997 (réparations), Série C, no. 31, p. 3-43.

91 Son importance fut signalée, par exemple, dans l'*Informe de la Comisión de Juristas de la OEA para Nicaragua*, du 04.02.1994, p. 100 et 106-107, par. 143 et 160, publié six ans après; cf. A.A. Cançado Trindade, E. Ferrero Costa y A. Gómez-Robledo, "Gobernabilidad Democrática y Consolidación Institucional: El Control Internacional y Constitucional de los *Interna Corporis* - Informe de la Comisión de Juristas de la OEA para Nicaragua (04.02.1994)", 67 *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* (2000) n. 137, pp. 603-669.

Américaine relatives aux droits de l'homme (articles 13 et 25, respectivement), ainsi que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies (article 2(3)). Dans la Convention Européenne des Droits de l'Homme, en particulier, elle a généré une jurisprudence considérable⁹², de même qu'un dense débat doctrinal.

On pourrait soutenir que, pour que l'article 25 de la Convention Américaine puisse avoir un effet *vis-à-vis* des actes du Pouvoir Législatif, par exemple, l'incorporation de la Convention Américaine dans le droit interne des Etats Membres est nécessaire. Cette incorporation est sans aucun doute désirable et nécessaire, mais, le fait de ne pas l'avoir fait, n'exempt pas un Etat Membre du devoir de toujours appliquer la garantie judiciaire stipulée dans l'article 25. Ce dernier se trouve donc intimement lié à l'obligation générale de l'article 1(1) de la Convention Américaine, lequel, à son tour, attribue des fonctions de protection au droit interne des Etats Membres.

Les articles 25 et 1(1) de la Convention se renforcent mutuellement, dans le sens qu'ils assurent la réalisation de l'un et l'autre dans le cadre du droit interne. Les articles 25 et 1(1) requièrent, conjointement, l'application *directe* de la Convention Américaine dans le droit interne des Etats Membres. Dans l'hypothèse de prétendus obstacles de droit interne, entre en opération l'article 2 de la Convention, qui requiert l'*harmonisation* de cette dernière avec le droit interne des Etats Membres. Ces derniers sont dans l'obligation, selon les articles 25 et 1(1) de la Convention, d'établir un système de recours internes simples et rapides, et d'appliquer *effectivement* les dits articles.⁹³ Si *de facto*, ils ne le font pas, dû en raison de prétendues lacunes ou insuffisances du droit interne, ils encourent une violation des articles 25, 1(1) et 2 de la Convention" (par. 18-21)."

26. Peu de temps après les affaires mentionnées de *Genie Lacayo y Caballero Delgado y Santana*, la Cour Interaméricaine, pour la première fois dans l'affaire *Castillo Páez versus Pérou* (Jugement sur le fond, du 03.11.1997), a précisé le contenu matériel et l'ampleur de l'article 25 de la Convention, article qu'elle a conclu avoir

⁹² Cf. *infra*.

⁹³ La question de l'efficacité des recours internes se trouve intimement liée à l'administration judiciaire même et à l'opération des organes nationaux avec la compétence pour réparer les violations des droits protégés.

été violé, de même que l'article 1(1) de la Convention, par l'Etat défendeur. Selon les propres termes de la Cour, la disposition de l'article 25 concernant le droit à un recours effectif devant les juges et tribunaux nationaux compétents "constitue un des piliers de base, non seulement de la Convention Américaine, mais aussi de l'Etat de Droit même dans une société démocratique selon la Convention" (par. 82).⁹⁴

27. Depuis lors, telle est la position de la Cour sur ce point, réitérée dans ses décisions sur le fond dans les affaires *Suárez Rosero versus Equateur* (Jugement du 12.11.1997, par. 65), *Blake versus Guatémala* (Jugement du 24.01.1998, par. 102), *Paniagua Morales et Autres versus Guatémala* (Jugement du 08.03.1998, par. 164), *Castillo Petruzzi et Autres versus Pérou* (Jugement du 30.05.1999, par. 184), *Cesti Hurtado versus Pérou* (Jugement du 29.09.1999, par. 121), "Enfants de Rue" (*Villagrán et Autres versus Guatémala*, Jugement du 19.11.1999, par. 234), *Durand y Ugarte versus Pérou*, Jugement du 16.08.2000, par. 101), *Cantoral Benavides versus Pérou* (Jugement du 18.08.2000, par. 163), *Bámaca Velásquez versus Guatémala* (Jugement du 25.11.2000, par. 191), *Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni versus Nicaragua* (Jugement du 31.08.2001, par. 112), *Hilaire, Constantine et Benjamin et Autres versus Trinidad et Tobago* (Jugement du 21.06.2002, par. 150), *Cantos versus Argentine* (Jugement du 28.11.2002, par. 52), *Juan Humberto Sánchez versus Honduras* (Jugement du 07.06.2003), *Maritza Urrutia versus Guatémala* (Jugement du 27.11.2003, par. 117), *19 Commerçants versus Colombie* (Jugement du 05.07.2004, par. 193), *Tibi versus Equateur* (Jugement du 07.09.2004, par. 131), *Hermanas Serrano Cruz versus Le Salvador* (Jugement du 01.03.2005, par. 75), *Yatama versus Nicaragua* (Jugement du 23.06.2005, par. 169), *Acosta Calderón versus Equateur* (Jugement du 24.06.2005, par. 93), y *Palamara Iribarne versus Chili* (Jugement du 22.11.2005, par. 184).

VI. L'INDISSOCIABILITE ENTRE L'ACCES A LA JUSTICE (DROIT A UN RECOURS EFFECTIF) ET LES GARANTIES DU *DUE PROCESS OF LAW* (ARTICLES 25 ET 8 DE LA CONVENTION AMERICAINE)

28. Le jour de l'adoption par la Cour du Jugement sur le fond (du 03.11.1997) dans l'affaire *Castillo Páez*, – point de départ de cette

⁹⁴ [Emphase ajoutée].

lucide *jurisprudence constante* de la Cour Interaméricaine, – j’ai expérimenté avec satisfaction un sentiment de réalisation d’un avancé significatif dans la jurisprudence de la Cour, qui a su mettre en évidence, comme il lui revient, le droit à un recours effectif, comme expression du droit à l’accès à la justice même, – dans son sens lato sensu, considéré comme le droit à la prestation juridictionnelle, comprenant donc, inéluctablement, les garanties du “due process of law”, ainsi que la fidèle exécution du Jugement. Comment alors ne pas lier l’article 25 à l’article 8 de la Convention? En fin de compte, à quoi serviraient les garanties du *due process* (article 8) si l’individu ne peut compter sur le droit à un recours effectif de (article 25)? Et à quoi servirait ce dernier sans les garanties du “due process of law”?

29. Il est certain que l’un et l’autre se complètent, dans le cadre juridique de l’Etat de Droit dans une société démocratique. Ceci est la saine herméneutique de ces dispositions conventionnelles. De plus, le jour de l’adoption par la Cour du Jugement sur le fond dans la tragique affaire *Castillo Páez*, je me suis senti satisfait en constatant que l’avancé jurisprudentiel de la Cour Interaméricaine, mentionné antérieurement, avait libéré l’article 25 – dans la tradition de la très lucide pensée juridique latino-américaine⁹⁵ – de la Convention Américaine des vicissitudes qu’a connu l’article 13 de la Convention Européenne qui lui correspond (*cf. infra*). La Cour Interaméricaine a souligné adroitement le lien indélébile entre les articles 25 et 8 de la Convention Américaine, en appréciant dans son Jugement du (15.09.2005), dans le cas du *Massacre de Mapiripán*, concernant la Colombie, que, comme depuis un bon temps je soutenait,

“selon la Convention Américaine, les Etats Membres sont obligés de pourvoir aux victimes de violations des droits de l’homme, des ressources judiciaires effectives (article 25), recours qui doivent être substantifiés conformément aux règles du “due process of law” (article 8(1), tout cela dans le cadre de l’obligation générale des Etats même, de garantir le libre et plein exercice des droits reconnus par la Convention à toute personne qui se trouve sous leur juridiction (article 1(1)” (par. 195).

30. Récemment, dans l’audience publique du 01.12.2005 par devant cette Cour dans le cas *Ximenes Lopes contre Brésil*, tant la Commission Interaméricaine des Droits de l’Homme (CIDH) que les Représentants des présumés victimes et leurs familles ont

95 Cf. note (4) *supra*.

soutenu une interprétation intégrale des articles 8(1) et 25 de la Convention Américaine, qui doivent être, selon eux, nécessairement pris conjointement. La Commission a soutenu⁹⁶ que

“on ne peut détacher l'article 8(1) de l'article 25 ni vice-versa, puisqu'ils appartiennent définitivement à un même schéma de responsabilité dans le cadre judiciaire (...)”.

Selon la CIDH, - rappelant pour cela la jurisprudence “constante” et aujourd'hui convergente en la matière des Cours Interaméricaine et Européenne, - le “délai raisonnable” contemplé dans l'article 8 de la Convention Américaine est intimement lié au recours effectif, simple et rapide de l'article 25. Les Représentants de la présumé victime et de ses parents, ont exprimé à leur tour leur respect pour la jurisprudence constante jusqu'à date de la Cour Interaméricaine sur la matière, ainsi que leur appui à cette dernière, qu'ils sont déterminés à continuer de manifester, d'autant que “la lecture la plus claire de cette normative dans le cadre du système interaméricain serait que les deux articles [les articles 8 et 25 de la Convention] doivent être analysés conjointement”. Tel est le point de vue des bénéficiaires du système interaméricain de protection eux-mêmes, comme ils l'ont clairement exprimé, ainsi que la CIDH, dans la procédure contentieuse de l'affaire *Ximenes Lopes* devant cette Cour.

31. Dans une étude que j'ai présentée au cours d'un Séminaire International du Comité International de la Croix Rouge (CICR) sur le “due process of law”, qui s'est tenu il y a de cela peu de temps à Hong Kong, en Chine, je me suis permis de rappeler ce qui était déjà signalé dans l'Opinion Consultative no. 9 de la Cour Interaméricaine⁹⁷, du 06.10.1987, dans le sens que les recours effectifs devant les juges ou tribunaux nationaux compétents (article 25(1) de la Convention) comme le *habeas corpus* et l'*amparo*, et quelconque autres recours qui soient indispensables pour assurer le respect des droits qui ne peuvent être dérochés (qui ne sont sujet à dérogation selon l'article 27(2) de la Convention), sont des garanties judiciaires “essentielles”, qui doivent être exercées dans le cadre et à la lumière des principes du “due process of law” (selon l'article 8

96 Comme il figure dans la transcription de l'audience précitée, déposée dans les archives de la Cour et transmise aux parties dans le cas d'espèce.

97 I.-A. Court H.R., Series A, n. 9, 1987, pp. 23-41.

de la Convention Américaine)⁹⁸. Ainsi, dans sa neuvième Opinion Consultative, la Cour a considéré comme un tout indissociable ce qui est stipulé dans les articles 25 et 8 de la Convention Américaine. 32. Au cours de ce même Séminaire, qui s'est tenu en Chine, je me suis permis d'agréger quelques références à la Jurisprudence développée par la Cour (à partir de la fin de l'année 1997 et du début de l'année 1998), particulièrement à partir des affaires *Loayza Tamayo contre Pérou*, *Blake contre Guatémala y Suárez Rosero contre Equateur*, en ce qui a trait à des aspects pertinents du "due process of law" et du droit à un recours effectif (articles 25 et 8 de la Convention Américaine), qui, au cours de la "deuxième génération" des affaires portées à la connaissance de la Cour (depuis les affaires initiales concernant le droit fondamental à la vie), ont fini par occuper une position centrale dans la considération des demandes présentées au Tribunal Interaméricain.⁹⁹

33. Je considère cette évolution jurisprudentielle comme un patrimoine juridique du système Interaméricain de protection et des peuples de notre région, et je m'oppose fermement à tout atteinte de le démolir. La Cour est demeuré fidèle à sa position d'avant-garde jusqu'à date. Dans sa déjà célèbre Opinion Consultative no. 16, sur *Le Droit à l'Information concernant l'Assistance Consulaire dans le Cadre des Garanties du "Due Process of Law"* (du 01.10.1999), qui a servi d'inspiration à la jurisprudence internationale *in statu nascendi* sur la matière (comme amplement reconnu dans la bibliographie spécialisée), la Cour une fois de plus, a considéré dans l'ensemble le droit à un recours effectif et les garanties du "due process of law" (articles 25 et 8 de la Convention). Après avoir fait ressortir la nécessité d'*interpréter* la Convention dans le sens que "le régime de protection des droits de l'homme ait tous ces effets propres (*effet utile*)" (par. 58), – conformément à l'interprétation nécessairement évolutive de tout le *corpus juris* du Droit International relatif aux Droits de l'Homme (par. 114-115), la Cour a affirmé de façon clarissime et catégorique:

98 Paragraphe 41.

99 Cf. A.A. Cançado Trindade, "The Right to a Fair Trial under the American Convention on Human Rights", in *The Right to Fair Trial in International and Comparative Perspective* (ed. A. Byrnes), Hong Kong/Chine, Université de Hong Kong, 1997, pp. 4-11.

“Cette Cour est de l’opinion que, pour qu’il ait “due process of law” il est nécessaire qu’un justiciable puisse faire valoir ses droits et défendre ses intérêts de manière effectif et dans des conditions d’égalité procédurale avec d’autres justiciables” (par. 117).

34. Ceci dit, selon la Cour, – dans sa brillante Opinion Consultative qui aujourd’hui constitue l’un des points forts de sa jurisprudence et dans toute son histoire (conjointement avec l’Opinion Consultative no. 18 concernant la Condition Juridique et les Droit des Immigrants Sans-papiers, de 2003), – il n’y a simplement pas de “due process of law” sans un recours effectif devant les juges ou tribunaux nationaux compétents, et ce qui est stipulé dans les articles 25 et 8 de la Cour est inéluctablement lié, non seulement sur le plan conceptuel, mais aussi – et surtout – dans l’herméneutique. La Cour a souligné, dans la dite Opinion Consultative no. 16 sur le Droit à L’information concernant l’Assistance Consulaire dans le Cadre des Garanties du “Due Process of Law” (de 1999), qu’il est important de porter l’attention nécessaire pour s’assurer et constater que tous les justiciables

“jouissent d’un vrai accès à la justice et bénéficient du *due process of law* (...)” (par. 119).

VII. L’INDISSOCIABILITÉ ENTRE LES ARTICLES 25 ET 8 DE LA CONVENTION AMÉRICAINE DANS LA JURISPRUDENCE CONSTANTE DE LA COUR INTERAMÉRICAINE

35. Dans sa jurisprudence Constante, la Cour Interaméricaine a constamment uni, avec le correct raisonnement, la considération des présumées violations des articles 8 et 25 de la Convention Américaine, comme l’exemplifie dûment ses Jugements dans les affaires *Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre et Autres) versus Pérou* (du 14.03.2001, par. 47-49), *Las Palmeras versus Colombie* (du 06.12.2001, par. 48-66), *Baena Ricardo et Autres versus Panamá* (du 02.02.2001, par. 119-143), *Myrna Mack Chang versus Guatémala* (du 25.11.2003, par. 162-218), *Maritza Urrutia versus Guatémala* (du 27.11.2003, par. 107-130), *19 Commerçants versus Colombie* (du 05.07.2004, par. 159-206), *Hermanos Gómez Paquiyauri versus Pérou* (du 08.07.2004, par. 137-156), *Hermanas Serrano Cruz versus El Salvador* (du 01.03.2005, par. 52-107), *Caesar versus Trinidad et Tobago* (du 11.03.2005, par. 103-117), *Comunidad Moiwana versus*

Suriname (du 15.06.2005, par. 139-167), *Comunidad Indígena Yakye Axa versus Paraguay* (du 17.06.2005, par. 55-119), *Fermín Ramírez versus Guatemala* (du 20.06.2005, par. 58-83), *Yatama versus Nicaragua* (du 23.06.2005, par. 145-177), *Masacre de Mapiripán versus Colombie* (du 15.09.2005, par. 193-241), et *Gómez Palomino versus Pérou* (du 22.11.2005, par. 72-86)¹⁰⁰.

36. En plus de ces Jugements, dans d'autres, la Cour a été particulièrement emphatique en ce qui concerne la nécessité de suivre une herméneutique intégrée (et jamais désagrégée) des articles 8 et 25 de la Convention Américaine, les prenant dans l'ensemble. Par exemple, dans l'affaire *Cantos contre Argentine* (Jugement du 28.11.2002), la Cour a fait ressortir l'importance du droit d'accès à la justice, consacré dans un temps, *lato sensu*, tant dans l'article 25 que dans l'article 8(1) de la Convention, et elle ajouta promptement que:

“quelconque norme ou mesure d'ordre interne qui impose des coûts ou rend plus difficile de quelconque autre façon l'accès des individus aux tribunaux, (...) doit être considéré comme contraire au précité article 8(1) de la Convention”¹⁰¹.

37. L'article 8(1) se trouve, donc, selon la correcte conception de la Cour, intimement lié au droit à un recours effectif selon l'article 25 de la Convention. Dans cette même ligne de pensée, dans l'affaire *Hilaire, Constantine et Benjamin et Autres contre Trinidad et Tobago* (Jugement du 21.06.2002) la Cour a évoqué son *obiter dictum* dans l'Opinion Consultative no. 16 (1999) dans le sens qu'il n'y a pas de “due process of law” si un justiciable ne peut faire valoir ses droits “de manière effective” (i.e., s'il n'a pas un véritable accès à la justice), et elle a ajouté que, “pour qu'il existe au sein d'une procédure de véritables garanties judiciaires”, il s'impose l'observance de “toutes les formalités” qui servent à “assurer ou faire valoir la titularisation ou l'exercice d'un droit” (par. 146-147).

38. Telle est la grande jurisprudence constante de la Cour, élaborée patiemment au cours des dernières années, émancipatrice de l'être humain. C'est pour cela que je la défends fermement (parce qu'elle m'a coûté de longues heures de réflexion et bien des justiciables en ont bénéficié), de la même façon que je m'oppose aux actuelles

100 Et cf. aussi, dans le même sens, ses Jugements dans les affaires *Filles Yean et Bosico versus République Dominicaine* (du 08.09.2005, par. 201), et *Palamara Iribarne versus Chili* (du 22.11.2005, par. 120-189).

101 Par. 50 et 52 du dit Jugement.

tentatives au sein de la Cour de la défaire, en dissociant les articles 8 et 25, apparemment par pure dilettantisme ou quelconque autre raison qui m'échappe. La jurisprudence de la Cour, qui va dans la même ligne que la position je soutiens ne s'arrête pas là. Dans la célèbre affaire de *Bámaca Velásquez versus Guatémala* (Jugement du 25.11.2000), la Cour a expressément considéré conjointement "les garanties consacrées dans l'article 8 et la protection judiciaire établie dans l'article 25 de la Convention" en analysant les présumés violations aux droits dans le *cas d'espèce* (par. 187). Et, dans l'affaire *Myrna Mack Chang contre Guatémala* (Jugement du 25.11.2003), la Cour a affirmé de façon très significative:

"(...) La Cour doit procéder à un examen de l'ensemble des faits judiciaires internes afin d'obtenir une perception intégrale de ces derniers et pouvoir établir si les dits faits contreviennent aux standards de garantie et de protection judiciaire et au droit à un recours effectif, qui émergent des articles 8 et 25 de la Convention"¹⁰²

39. Seulement une herméneutique intégrale, comme celle que j'ai soutenue et construite au sein de cette Cour depuis plus d'une décennie, peut fournir une vision nécessairement *intégrale* de la violation d'un ou plusieurs droits protégés par la Convention, avec des conséquences directes pour la détermination adéquate des réparations. C'est là un point additionnel qui ne doit pas passer inaperçu. De même, dans une autre affaire célèbre de cette Cour, qui déjà fait l'objet de quelques livres qui y sont spécifiquement dédiés¹⁰³, celle des "Enfants de Rue" (*Villagrán Morales et Autres versus Guatémala*, Jugement du 19.11.1999), la Cour une fois encore a soutenu qu'elle:

"doit procéder à un examen de *l'ensemble* des faits judiciaires internes afin d'obtenir une perception *intégrale* de ces derniers et pouvoir établir si les dits faits contreviennent aux standards de garantie et de protection judiciaire et au droit à un recours effectif, qui émergent des articles 1(1), 8 et 25 de la Convention"¹⁰⁴.

102 Par. 201 du dit Jugement [emphase ajouté].

103 Cf., concernant la dite affaire des "Enfants de Rue", e.g.: CEJIL, *Crianças e Adolescentes - Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, CEJIL/Brasil, 2003, pp. 7-237; Casa Alianza, *Los Pequeños Mártires...*, San José de Costa Rica, Casa Alianza/A.L., 2004, pp. 13-196; entre plusieurs autres publications concernant l'affaire en question.

104 Par. 224 du dit Jugement (emphase ajoutée), et cf. par. 225.

40. Dans le même Jugement dans l'historique affaire des "Enfants de Rue", la Cour a ajouté que:

"Les articles 25 et 8 de la Convention concrétisent, en ce qui à trait aux actes et omission des organes judiciaires internes, l'ampleur du principe de génération de la responsabilité pour les actes des organes de l'Etat" (par. 220).

Cela veut dire que, les dispositions des articles 25 et 8 de la Convention, prises dans l'ensemble, sont essentielles à la détermination même de l'ampleur de l'émergence de la responsabilité de l'Etat, y compris en ce qui concerne les actes ou omissions du Pouvoir Judiciaire (ou de quelconque autre pouvoir ou agent de l'Etat).

41. Dans l'affaire *Juan Humberto Sánchez contre Honduras* (Jugement du 07.06.2003), la Cour a observé que ne peuvent être considéré "effectifs" les recours qui, en raison des "conditions générales du pays" en question, ou y compris à cause des "circonstances particulières" d'une affaire particulière, "s'avèrent illusoires" (par. 121). Ceci dit, l'accès à la justice et l'effectif exercice du droit (avec la fidèle observance des garanties judiciaires) se trouve inéluctablement liés. Et, la Cour ajouta dans la dite affaire:

"(...) Dans le cas à l'étude il a été démontré que la mort de M. Juan Humberto Sánchez se situe dans un contexte d'exécutions extrajudiciaires (...), lesquelles se caractérisent par le fait qu'elles sont accompagnées à leur tour d'impunité (...), dans laquelle les recours judiciaires ne sont pas effectifs, les investigations judiciaires souffrent de graves failles et le passage du temps joue un rôle essentiel en effaçant toutes traces du délit, rendant donc illusoire le droit à la défense et à la protection judiciaire selon les termes consacrés dans les articles 8 et 25 de la Convention Américaine" (par. 135).

42. De même, dans l'affaire *Durand et Ugarte versus Pérou* (Jugement du 16.08.2000), la Cour avait devant elle, l'allégation de la Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme (CIDH) soutenant que "la juridiction privative militaire n'offrait pas les garanties minimales d'indépendance et impartialité requises conformément à ce que prévoit l'article 8(1) de la Convention, et que, pour autant, elle ne constituait pas un recours effectif pour la protection des droits des victimes et leurs parents et pour remédier aux dommages causés, et violait aussi les dispositions de l'article 25 de cette dernière." (par. 120). Ainsi, en déterminant la violation

conjointe des articles 8(1) et 25(1) de la Convention, la Cour conclut, sur ce point, dans l'affaire *Durand et Ugarte*:

“En conséquence, l'article 8(1) de la Convention Américaine, ainsi que l'article 25(1) de la même, confère aux parents des victimes le droit à ce que la disparition et mort de ces dernières soient effectivement investiguées par les autorités d'Etat; que soit entamé un processus contre les responsables de ces crimes; que selon leur cas individuel, chacun reçoive les sanctions qu'il mérite, et que soient réparés les dommages et préjudices encourus par les parents. Aucun de ces droits ne fut octroyé dans l'affaire en question aux parents des M.M. Durand Ugarte et Ugarte Rivera”(par. 130).

43. Dans le Jugement que vient d'adopter la Cour Interaméricaine dans la présente affaire du *Massacre de Pueblo Bello*, le tribunal est demeuré fidèle à sa meilleure jurisprudence, en considérant *conjointement* les violations des articles 25 et 8(1) alléguées - et prouvées -, en relation avec l'article 1(1) de la Convention Américaine (par. 206 et 212). En effet, l'accès à la justice et les garanties du “due process of law” se trouve inéluctablement liés. C'est ce qui émane clairement, *inter alia*, de la pondération de la Cour de que, dans la présente affaire du *Massacre de Pueblo Bello*,

“l'investigation et le processus qui ont eu lieu dans la juridiction pénale ordinaire n'ont pas représenté un recours effectif pour garantir, dans un délai raisonnable, le droit à l'accès à la justice des parents des victimes avec la pleine observance des garanties judiciaires” (par. 188).

VIII. L'INDISSOCIABILITE ENTRE LES ARTICLES 25 ET 8 COMME UN PROGRES JURISPRUDENTIEL INTANGIBLE

44. Cependant, on ne peut présupposer un progrès linéaire, constant et inévitable dans la jurisprudence internationale à ce sujet, parce que les institutions et les gens qui les constituent, vacillent, comme les nuages ou les vagues, comme il est un propre de la condition humaine. Aujourd'hui je me rends compte avec netteté que travailler dans le domaine de la protection internationale des droits de l'homme est comme le mythe de Sisyphe, une tâche sans fin. C'est comme être constamment en train de rouler une pierre jusqu'au sommet d'une montagne, qui retombe et qu'on roule à nouveau jusqu'au sommet. Le travail de protection est fait d'avancés et de reculs.

45. En descendant de la montagne pour recommencer à rouler la pierre jusqu'au sommet, on prend conscience de la condition humaine, et de la tragédie qui l'entoure. Mais il faut continuer à lutter: à vrai dire, il n'y a pas d'autre alternative:

“Sisyphé, revenant vers son rocher, contemple cette suite d'actions sans lien qui devient son destin, créé par lui, uni sous le regard de sa mémoire et bientôt scellé par sa mort. (...) Sisyphé enseigne la fidélité supérieure qui (...) soulève les rochers. (...) La lutte elle-même vers les sommets suffit à remplir un coeur d'homme. Il faut imaginer Sisyphe heureux”¹⁰⁵.

A mes yeux, freiner les progrès réalisés par la herméneutique intégrée de la Cour Interaméricaine, sur le sujet en question, épousée par la Cour à partir du Jugement *Castillo Páez*, serait comme laisser tomber la pierre au bas de la montagne. En ce qui concerne le sujet à l'étude, il faut partir du tout pour arriver aux détails, et non vice-versa, parce que sinon, on court le risque d'apercevoir seulement les quelques arbres qui sont plus près, et perdre la vue d'ensemble de tout le bosquet.

46. Heureusement que, dans l'affaire en question du *Massacre de Pueblo Bello*, il y a eu un consensus au sein de la Cour pour que les articles 8(1) et 25 de la Convention Américaine soient traités *conjointement*, en relation avec l'article 1(1) comme il convient de le faire. A aucun moment a-t-on questionné le raisonnement de la Cour dans ce sens. Peu après le progrès analysé antérieurement, d'une herméneutique intégrale dans la jurisprudence de la Cour Interaméricaine, j'ai écrit, dans mon *Traité de Droit International relatif aux Droits de l'Homme* (tome II, 1999), sur un ton presque prémonitoire que:

“É importante que este avanço na jurisprudência da Corte Interamericana seja preservado e desenvolvido ainda mais no futuro. (...) No sistema interamericano de proteção, a jurisprudência sobre a matéria encontra-se em sua infância, e deve continuar a ser cuidadosamente construída. O direito a um recurso efetivo ante os tribunais nacionais competentes no âmbito da proteção judicial (artigos 25 e 8 da Convenção Americana) é muito mais relevante do que até recentemente se supôs, em um continente, como o nosso, marcado por casuísmos que muito freqüentemente privam os indivíduos

105 A. Camus, *Le mythe de Sisyphé*, Paris, Gallimard, 1942, p. 168.

da proteção do direito. Requer considerável desenvolvimento jurisprudencial nos próximos anos¹⁰⁶.

47. Malgré tout, je pensais que je n'aurais pas à rentrer à nouveau dans les détails sur ce sujet (et en particulier l'intime relation entre les articles 25 et 8 de la Convention Américaine), à mon avis paisible dans la plus lucide doctrine jusinternacionaliste, – et aussi pour l'avoir – à l'interprétation et application des traités relatifs aux droits de l'homme – dédié un chapitre de pas moins de 177 pages dans mon *Traité*¹⁰⁷. Aujourd'hui, au début de l'année 2006, je me rends compte que ce n'est pas le cas, même pas au sein de cette Cour. Il faut à nouveau rouler la pierre jusqu'au sommet, même si on sait que demain elle peut à nouveau tomber.

48. En effet, la protection judiciaire (article 25) et les garanties judiciaires (article 8) forment conceptuellement un tout organique, et ensemble ils forment le *rule of law* dans une société démocratique. Les recours effectifs devant les instances judiciaires nationales compétentes (le *habeas corpus*, l'*amparo* dans la majorité des pays d'Amérique Latine, le *mandado de segurança* au Brésil, entre autres, tous dans le cadre de l'article 25 de la Convention Américaine) doivent être exercé dans le cadre, et selon les principes, du "due process of law" (stipulés dans l'article 8 de la Convention).

49. Il peut arriver que, dans une affaire déterminée, il y a violation seulement d'un élément constitutif de ce tableau de protection et de garanties judiciaires, – mais cela ne diminue en rien la force de la herméneutique intégrale que je soutiens, dans le sens que, en principe, il faut nécessairement prendre conjointement les dispositions des articles 8 et 25 de la Convention Américaine, – qui forment ensemble, je me permet d'insister, le *rule of law* dans une société démocratique, – en relation avec les devoirs généraux stipulés dans les articles 1(1) et 2 de la Convention. Quelconque affirmation contraire, devrait avoir, selon moi, un fondement qui, selon moi, simplement n'existe pas, et de plus ne serait convainquant ni au minimum.

50. Les organes de supervision internationale des droits humain, sans se détacher des canons de la règle générale d'interprétation des

106 A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, tome II, Porto Alegre/Brésil, S.A. Fabris Ed., 1999, p. 67, párr. 70. Cf. *ibid.*, ch. XI, pp. 23-200.

107 Cf., dans ce sens, la neuvième Opinion Consultative de la CtIADH, concernant les *Garanties Judiciaires pendant les Etats d'Urgence* (1987).

traités (article 31(1) des deux Conventions de Vienne sur le Droit des Traités, 1969 et 1986), ont développé une interprétation téléologique, en mettant emphase sur la réalisation de l'objet et le but des traités relatifs aux droits de l'homme, comme la mieux appropriée à assurer une protection efficace des dits droits. En fin de compte, sous-jacente à la règle générale d'interprétation stipulée dans les deux Conventions de Vienne (article 31(1), que je vient de mentionner, se trouve le principe, largement soutenu dans la jurisprudence, selon lequel les dispositions conventionnelles doivent être assurées de leur propres effets (ce qu'on appelle *effet utile*). Ce principe – *ut res magis valeat quam pereat*, – à travers lequel l'interprétation doit faciliter l'application des effets appropriés au traité, a, en ce qui à trait aux droits humains, revêtu une importance particulière dans la détermination de la grande ampleur des obligations conventionnelles de protection.¹⁰⁸

51. Cette interprétation est, en effet, celle qui plus fidèlement représente la nature spéciale des traités de droits humains, le caractère objectif des obligations qu'ils stipulent, et le sentiment d'autonomie des concepts qui y sont consacrés (qui doivent se distinguer des concepts correspondants dans le cadre des systèmes juridiques nationaux). Comme les traités de droits humains incorporent des concepts autonomes, fruits d'une évolution jurisprudentielle, et comme l'objet et le but des traités relatifs aux droits humains sont différents à ceux des traités classiques (ils concernent les relations entre l'Etat et les personnes sous sa juridiction), les postulés classiques de l'interprétation des traités en général se conforment à cette nouvelle réalité¹⁰⁹.

52. De plus, l'article 29(b) de la Convention Américaine interdit expressément une interprétation qui limite l'exercice des droits protégés. Ainsi, quelconque réorientation dans la *jurisprudence constante* de la Cour, en concernant les articles 8 et 25 de la Convention

108 A.A. Cançado Trindade, *Tratado...*, tome II, *op. cit. supra* n. (11), pp. 32-33 y 192.

109 *Ibid.*, pp. 32-34; et cf. aussi R. Bernhardt, "Thoughts on the Interpretation of Human Rights Treaties", in *Protecting Human Rights: The European Dimension - Studies in Honour of G.J. Wiarda* (eds. F. Matscher et H. Petzold), Köln, C. Heymanns, 1988, pp. 66-67 et 70;71; Erik Suy, "Droit des traités et droits de l'homme", in *Völkerrecht als Rechtsordnung Internationale Gerichtsbarkeit Menschenrechte - Festschrift für H. Mosler* (eds. R. Bernhardt et alii), Berlin, Springer-Verlag, 1983, pp. 935-947; J. Velu et R. Ergéc, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 51.

Américaine, se justifierait seulement dans la mesure où elle fournirait une plus grande protection des droits qui y sont consacrés, ce qui n'est pas le cas. Jusqu'à date, je n'ai jamais entendu, dans les débats, selon moi préoccupants qui aujourd'hui se produisent au sein de la Cour à ce sujet (qui heureusement ne se sont pas manifestés dans la présente affaire), quelque démonstration qui aurait tendance à détacher ou "séparer" l'article 8 de l'article 25 entraînerait une protection plus efficace des droits consacrés dans la Convention Américaine. Tout au contraire, un tel jugement entraînerait un recul lamentable dans la jurisprudence de cette Cour, en plus d'être injustifié, encore plus devant la tendance actuelle, irait en sens contraire, de la jurisprudence internationale générale sur le sujet.

IX. LE SURPASSEMENT DES VICISSITUDES DU DROIT A UN RECOURS EFFECTIF DANS LA CONSTRUCTION JURISPRUDENTIELLE DE LA COUR EUROPEENNE

53. Si d'autres organes internationaux de supervision des droits de l'homme sont tombés dans les incertitudes d'une interprétation fragmentée, pourquoi la Cour Interaméricaine devrait-elle suivre ce chemin, abdiquant ainsi sa jurisprudence d'avant-garde qui lui a valu le respect des bénéficiaires de notre système de protection ainsi que celui de la communauté académique internationale, et assumer une posture distincte, qui même, a été abandonnée par d'autres organes qui avant y adhéraient par méprise? Cela me semble dépourvu du moindre sens.

54. Permettez-moi d'illustrer ce point à l'aide d'un exemple, extrait de l'expérience, d'essai et d'erreur, du système européen de protection des droits de l'homme. Dans les premiers temps, la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme soutenait le caractère "secondaire" de l'article 13 (droit à un recours effectif) de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, entendu – à partir des années quatre-vingt – comme garantissant un droit substantif individuel et subjectif. Graduellement, dans ses Jugements dans les affaires *Klass contre Allemagne* (1978), *Silver et Autres contre Royaume-Uni* (1983), et *Abdulaziz, Cabales et Balkandali contre Royaume-Uni* (1985), la Cour Européenne commença à reconnaître le caractère indépendant de l'article 13. Finalement, après maintes années d'hésitation et d'oscillation, la Cour Européenne, dans son jugement du 18.12.1996 dans l'affaire *Aksoy contre Turquie* (par

95-100), a déterminé qu'il y a eu une violation "indépendante" de l'article 13 de la Convention Européenne.

55. Dans une étude pionnière sur la matière publiée en 1973, Pierre Mertens critiqua la "pauvreté" de la jurisprudence initiale de la Cour Européenne, ainsi que le caractère vague de la doctrine européenne d'alors sur la matière, - différente de la doctrine et pratique latino-américaine plus avancée, à partir de l'adoption de la Déclaration Américaine de 1948, premier instrument international à consacrer le droit à un recours effectif¹¹⁰. Ainsi, P. Mertens avertit, il y a de cela plus de trois décennies, qu'il valait frayer le chemin pour que le droit à un recours effectif (article 13 de la Convention Européenne) puisse générer tous ses effets dans le droit interne des Etats Membres. En réalité, l'"effectivité" de ce droit se mesure à la lumière des critères de garanties du "due process of law" (article 6 de la Convention Européenne); de là la conclusion de P. Mertens, de ce que les articles 6 et 13 de la Convention Européenne – qui correspondent aux articles 8 et 25 de la Convention Américaine – doivent être fréquemment "invoqués conjointement" ("invoqués ensemble").¹¹¹

56. En effet, au cours des années, l'attention s'est tournée vers les relations entre les articles 13 et 6(1) de la Convention Européenne, ce dernier (droit à un *fair trial*) faisant l'objet d'une vaste jurisprudence de la Cour Européenne, de même que d'un dense débat doctrinal¹¹². Dans un prononcé emphatique dans l'affaire *Kudla contre Pologne* (Jugement du 18.10.2000), la Cour Européenne des Droits de l'Homme affirma qu'il était venu le temps de mettre fin aux incertitudes du passé et admettre le lien directe qui existe entre les articles 6(1) et 13 de la Convention Européenne (cf. par. 146-149 et 151). Et, dans un *obiter dictum* significatif, la Cour Européenne affirma que:

"(...) Article 13, giving direct expression to the State's obligation to protect human rights first and foremost within their own legal system, establishes an additional guarantee for an individual in order to ensure that he or she effectively enjoys those rights. The object of Article 13, as emerges from the *travaux préparatoires*

110 P. Mertens, *Le droit de recours effectif devant les instances nationales en cas de violation d'un droit de l'homme*, Bruxelles, Éd. de l'Univ. de Bruxelles, 1973, pp. 19-20, 24-25 et 27-29, et cf. pp. 37-39.

111 *Ibid.*, p. 93.

112 L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert, *La Convention Européenne des droits de l'homme*, Paris, Economica, 1995, pp. 455-474.

[of the European Convention on Human Rights], is to provide a means whereby individuals can obtain relief at national level for violations of their Convention rights before having to set in motion the international machinery of complaint before the Court. From this perspective, the right of an individual to trial within a reasonable time will be less effective if there exists no opportunity to submit the Convention claim first to a national authority; and the requirements of Article 13 are to be seen as reinforcing those of Article 6(1), rather than being absorbed by the general obligation imposed by that Article not to subject individuals to inordinate delays in legal proceedings" (par. 152).

57. Et, à ce sujet, la Cour Européenne conclut que dans la dite affaire de *Kudla contre Pologne*, que "the correct interpretation of Article 13 is that that provision guarantees an effective remedy before a national authority for an alleged breach of the requirement under Article 6(1) to hear a case within a reasonable time" (par. 156). Par conséquent, la Cour a déterminé que dans le cas concret "there has been a violation of Article 13 of the Convention in that the applicant had no domestic remedy whereby he could enforce his right to a 'hearing within a reasonable time' as guaranteed by Article 6(1) of the Convention" (par. 160).

58. En réalité, ces dernières années (depuis la fin des années soixante-dix jusqu'à date), la Cour Européenne a, dans des affaires successives, prise en compte les exigences du "due process of law" (article 6 de la Convention Européenne) en corrélation directe avec celles du droit à un recours effectif (article 13 de la Convention)¹¹³. Le droit à un recours effectif dans la jurisprudence européenne, compris l'Etat de Droit, ne peut être dissocié du *rule of law* dans une société démocratique.¹¹⁴ Son contenu matériel, en tant que droit subjectif et

113 Par exemple, cf. M. de Salvia, *Compendium de la CEDH - Les principes directeurs de la jurisprudence relative à la Convention européenne des droits de l'homme*, Kehl/Strasbourg, Éd. Engel, 1998, p. 280. - Dès le début, la Cour Européenne a rejeté une interprétation restrictive de l'article 6 de la Convention Européenne, étant donné la position "centrale" et "prominent" dans ce dernier, et par le fait qu'il soit lié aux principes généraux même du droit, parmi lesquels "le principe fondamental du rule of law"; A. Grotrian, *Article 6 of the European Convention on Human Rights - The Right to a Fair Trial*, Strasbourg, C.E., 1994, p. 6.

114 D.J. Harris, M. O'Boyle y C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Londres, Butterworths, 1995, p. 461.

autonome, le caractérise comme “un outil fondamental de la mise-en-oeuvre de la protection des droits de l’homme”¹¹⁵.

59. La jurisprudence de la Cour Interaméricaine a fort heureusement échapper aux vicissitudes de la jurisprudence de son homologue européen, dont la position actuelle, sur le sujet à l’étude, est, comme nous venons de le voir, similaire à celle de la Cour Interaméricaine. Tenter de dissocier les articles 25 et 8 de la Convention Américaine serait pour la même raison, à mon jugement inadmissible, et constituerait un recul à la préhistoire de la jurisprudence de nôtre Cour. Il est lamentable qu’au lieu de suivre la jurisprudence d’avant-garde de la Cour Interaméricaine à ce sujet, je me vois dans l’obligation de, au sein de la Cour, continuer à lutter pour éviter un grave recul jurisprudentiel.

X. LE DROIT A L’ACCES A LA JUSTICE LATO SENSU

60. Dans un Colloque réalisé en 1996 par l’Université de Strasbourg et la *Cour de Cassation* sur “*Les nouveaux développements du procès équitable*” dans le contexte de la Convention Européenne des Droits de l’Homme, J.-F. Flauss souligna avec justesse l’intime relation entre l’accès à un tribunal (à travers un recours effectif) et le *procès équitable*, et ajouta que le droit à la prestation juridictionnelle comprends aussi la fidèle exécution du Jugement en faveur de la victime¹¹⁶. À ce sujet en particulier, le Colloque conclut en reconnaissant expressément “l’intimité profonde” entre l’accès à la justice (à travers un recours effectif, simple et rapide) et le droit à un *procès équitable* (Les garanties du “due process of law”), dans le cadre de l’Etat de Droit dans une société démocratique¹¹⁷.

61. Dans les rapport que j’ai présentés, en ma qualité alors de Président de la Cour Interaméricaine, aux organes compétentes de l’Organisation des Etats Américains (OEA), e.g., les jours 19.04.2002 et 16.10.2002, j’ai soutenu mon jugement dans le sens de l’ample

115 A. Drzemczewski y C. Giakoumopoulos, “Article 13”, in *La Convention européenne des droits de l’homme - Commentaire article par article* (eds. L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert), Paris, Economica, 1995, p. 474.

116 J.-F. Flauss, “Les nouvelles frontières du procès équitable”, in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention Européenne des Droits de l’Homme* (Actes du Colloque du 22 mars 1996), Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 88-89.

117 G. Cohen-Jonathan, “Conclusions générales des nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention Européenne des Droits de l’Homme”, in *ibid.*, p. 172.

portée du droit d'accès à la justice au niveau international, du droit d'accès à la justice *lato sensu*¹¹⁸. Un tel droit ne se réduit pas à l'accès formel, *stricto sensu*, à l'instance judiciaire (tant interne qu'internationale), mais aussi, de plus, le droit à la prestation juridictionnelle, et se retrouve sous-jacente aux dispositions inter reliées de la Convention Américaine (comme les articles 25 et 8), en plus de s'insérer dans le droit interne des Etats Membres¹¹⁹. Le droit d'accès à la justice, doté d'un contenu juridique propre, signifie, *lato sensu*, le droit d'obtenir justice. Il se configure, ainsi, en somme, comme un droit à la réalisation même de la justice.

62. Un des éléments principaux de ce droit est précisément l'accès direct à un tribunal compétent, à travers un recours effectif et rapide, et le droit à être promptement mené devant un tribunal, indépendant et impartial, au niveau tant national qu'international (articles 25 et 8 de la Convention Américaine). Comme je me suis permis de signaler dans une oeuvre récente, nous pouvons là visualiser un vrai *droit au Droit*, c'est à dire, un droit à un ordre juridique – aux niveaux tant national qu'international – qui effectivement sauvegarde les droits fondamentaux de la personne humaine¹²⁰.

XI.EPILOGUE: LE DROIT AU DROIT COMME UN IMPERATIF DU *JUS COGENS*

63. Dans son Opinion Consultative no. 18 précitée, concernant la *Condition Juridique et les Droits des Immigrants Sans-papiers* (du 17.09.2003), la Cour Interaméricaine a remarqué avec justesse que "l'Etat a le devoir de garantir que l'accès à la justice ne soit pas seulement formelle sinon réelle" (par. 126), ce qui, à mon jugement, *comprends l'accès à travers un recours effectif, à toutes les garanties du "due process of law", jusqu'à la fidèle et finale exécution du*

118 Cf. aussi A.A. Cançado Trindade, "El Derecho de Acceso a la Justicia Internacional y las Condiciones para Su Realización en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos", *37 Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (2003) pp. 53-83; A.A. Cançado Trindade, "Hacia la Consolidación de la Capacidad Jurídica Internacional de los Peticionarios en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos", *37 Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (2003) pp. 13-52.

119 Dans ce sens, cf. E.A. Alkema, "Access to Justice under the ECHR and Judicial Policy - A Netherlands View", in *Afmaelisrit þór Vilhjálmsson*, Reykjavík, Bókaútgafa Orators, 2000, pp. 21-37.

120 A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, tome III, Porto Alegre/Brésil, S.A. Fabris Ed., 2002, ch. XX, p. 524, par. 187.

jugement. La même Opinion Consultative no. 18 soutint avec lucidité que le principe d'égalité et de non-discrimination fait parti aujourd'hui du domaine du *jus cogens* (par. 111-127).

64. L'indissociabilité que je soutiens entre les articles 25 et 8 de la Convention Américaine (*supra*), implique la caractérisation comme étant du domaine du *jus cogens* de l'accès à la justice entendu comme la *pleine réalisation* de la même, c'est-à-dire, comme étant du domaine du *jus cogens* l'intangibilité de toutes les garanties judiciaires au sens des articles 25 et 8 pris conjointement. Il ne peut y avoir aucun doute de ce que les garanties fondamentales, communes au Droit International des Droits de l'Homme et au Droit International Humanitaire¹²¹, ont une vocation universelle en s'appliquant à toutes et quelconque circonstance, formant ensemble un droit impératif (appartenant au *jus cogens*), et entraînant des obligations *erga omnes* de protection¹²².

65. Postérieurement à son historique Opinion Consultative no. 18, concernant la *Condition Juridique et les Droits des Immigrants Sans-papiers*, de 2003, la Cour déjà devrait et pourrait faire cet autre pas qualitatif vers l'avant dans sa jurisprudence. J'ose espérer que la Cour le fera le plus tôt possible, si réellement elle continue vers l'avant dans sa jurisprudence d'avant-garde, - au lieu de tenter de la freiner, - et élargisse les progrès réalisés avec motivation et courage par sa précitée Opinion Consultative n. 18 dans la ligne de l'expansion continue du contenu matériel du *jus cogens*.

Antônio Augusto Cançado Trindade
Juge

121 E.g., article 75 du Protocole I (de 1977) aux Conventions de Genève (de 1949) sur le Droit International Humanitaire.

122 Cf., aussi à ce sens, e.g., M. El Kouhene, *Les garanties fondamentales de la personne en Droit humanitaire et droits de l'homme*, Dordrecht, Nijhoff, 1986, pp. 97, 145, 148, 161 et 241.