

Références à mentionner en cas de citation :

«Les équivalents de l'article 3 de la Convention européenne dans le système interaméricain des droits de l'homme », C-A. CHASSIN (dir.), La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp.23-46.

Laurence BURGORGUE-LARSEN

Le jumeau interaméricain de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) est l'article 5 de la Convention américaine des droits de l'homme (CADH). Mentionnons immédiatement toutefois que les jumeaux ne sont pas parfaits.

L'article 5 relatif au «droit à l'intégrité de la personne» ne comporte pas moins de six paragraphes¹ et contraste avec la formule lapidaire de l'article 3 CEDH². Dans le système interaméricain, c'est dans un premier temps « l'intégrité physique, psychique et morale » qui est sauvegardée (§1), puis la « torture, les peines ou traitement *cruels*, inhumains ou dégradants » qui sont interdits et les conditions de détention des « personnes privées de {leur} liberté » qui doivent respecter « l'intégrité inhérente à la personne humaine » (§2 art.5). Les paragraphes suivants (§§3 à 6) déclinent de façon détaillée les exigences relatives à l'échelle des peines (§3), aux conditions de détention des personnes mises en prison de façon préventive (§4), des mineurs (§5) et, au final, c'est la fonction de réinsertion sociale de la peine privative de liberté qui est consacrée (§6).

On prend ici la mesure de la richesse du libellé de l'article 5. Est en effet préservé, sous un angle général, « l'intégrité » de toute personne. C'est un élément qui, en tant que tel, n'existe pas dans le texte de la Convention EDH ; ensuite, le sort des détenus est expressément mentionné. Pour le dire différemment, il n'a pas été nécessaire pour la Cour de San José de consacrer de façon prétorienne à l'instar de sa consœur européenne, un droit nouveau, celui d'être détenu dans des conditions conformes à la dignité humaine. Si un article 3 *bis* de la

¹ Article 5 - Droit à l'intégrité de la personne (CADH) : 1. Toute personne a droit au respect de son intégrité physique, psychique et morale. 2. Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Toute personne privée de sa liberté sera traitée avec le respect dû à la dignité inhérente à la personne humaine. 3. La peine est personnelle et ne peut frapper que le délinquant. 4. Les prévenus doivent être, sauf dans des circonstances exceptionnelles, séparés des condamnés, et soumis à un régime approprié à leur condition de personnes non condamnées. 5. Lorsque le prévenu est mineur, il doit être séparé des adultes et traduit, avec toute la célérité possible, devant un tribunal spécialisé où il recevra un traitement approprié à son statut. 6. Les peines privatives de liberté doivent avoir pour but essentiel l'amendement et le reclassement social des condamnés.

Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal : 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. 3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente. 4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas. 5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento. 6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

² Article 3 CEDH : « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ».

CEDH a été créé par la Cour de Strasbourg³, un article 5 *bis* n'était pas nécessaire sur le continent américain, la clause de la Convention de 1969 étant suffisante à cet égard.

Il appert, après analyse, que sur la base du libellé de l'article 5, le juge a délibérément procédé à une double extension de la portée de cette disposition, qui, comme en Europe, se situe immédiatement après la proclamation du droit à la vie (article 4 CADH). C'est tout à la fois sa portée *ratione materiae* (I) et *ratione personae* (II) qui a fait l'objet d'une extension et qui, ce faisant, est en mesure d'assurer au mieux une protection utile des droits de l'homme sur le continent latino-américain dont on sait qu'il souffre toujours de très graves et persistantes violations. Dans ce contexte, il est tout à l'honneur de la Cour interaméricaine, dès qu'il est question de l'article 5, de marteler qu'il s'agit d'une norme de *jus cogens*, la torture et les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants étant strictement interdits par le droit international des droits de l'homme⁴.

I. — LE DEDOUBLEMENT DE LA PORTEE *RATIONE MATERIAE* DE L'ARTICLE 5.

Le mouvement perceptible maintenant depuis quelques années en Europe sur la procéduralisation des droits substantiels et, au premier chef de l'article 3 de la CEDH, est également un phénomène présent et important dans le système interaméricain. Ainsi, aux côtés du versant matériel du concept de « torture » (A), s'est dessiné assez rapidement un versant procédural (B).

A. — Le versant matériel

Quand des actes de torture sont *avérés* (1), le constat de violation est évidemment aisé à effectuer. Toute la question est de savoir quels actes matériels précis tombent sous le coup de l'incrimination de torture et si le juge de San José a établi une gradation entre la torture d'un côté et les traitements cruels, inhumains et dégradants de l'autre.

Le problème est bien plus complexe quand les actes de torture et/ou de traitements cruels, inhumains et dégradants ne sont pas établis avec certitude et sont plus *présumés* que prouvés (2). Ici, le dramatique et récurrent phénomène des disparitions forcées est en cause. La méthodologie du juge interaméricain a, on le sait, vu le jour dès la première affaire jugée au fond en 1988, l'affaire *Velásquez Rodríguez*⁵. Depuis, la Cour a renforcé, sans la dénaturer, sa technique pour constater la violation de l'article 5 dans le cas des disparitions de personnes.

³ SUDRE F., « L'article 3 *bis* de la Convention européenne des droits de l'homme : le droit à des conditions de détention conformes au respect de la dignité humaine », *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, Vol.2, pp.1449-1514.

⁴ Cour IDH, 18 novembre 2004, *De la Cruz Flores c. Pérou*, Série C n°115, §125 ; Cour IDH, 7 septembre 1994, *Tibi c. Equateur*, Série C, n°114, §143 ; Cour IDH, 11 mars 2005, *Caesar c. Trinité et Tobago*, Série C, n°123, §59. En général, cette affirmation de principe est suivie par le passage suivant : « La prohibition de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants est absolue et insusceptible de dérogation, y compris dans des circonstances difficiles comme la guerre, la menace de guerre, la lutte contre le terrorisme et n'importe quels autres crimes, l'état de siège ou d'urgence, les troubles ou conflits internes, la suspension des garanties constitutionnelles, l'instabilité politique interne ou d'autres situations d'urgence ou de calamités publiques. » La version originale est la suivante : « *La prohibición de la tortura es completa e inderogable, aun en las circunstancias más difíciles, tales como guerra, amenaza de guerra, lucha contra el terrorismo y cualesquiera otros delitos, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas.* »

⁵ Cour IDH, 29 juillet 1988, *Velásquez Rodríguez c. Le Honduras* (fond), série C, n°4.

1. Les actes avérés

a. A la richesse du libellé de l'article 5 *per se*, s'ajoute la richesse des instruments de référence pour l'interpréter. Il s'agit tantôt des Conventions internationales pertinentes en la matière, tantôt de la jurisprudence internationale des organes — semi-judiciaires ou exclusivement judiciaires — de protection des droits de l'homme.

Il est important de mentionner dès à présent que la *Convention interaméricaine pour prévenir et sanctionner la torture* de 1985⁶ — a été considérée par la Cour IDH comme un instrument pertinent pour interpréter l'article 5. Or, l'article 2 de ladite Convention⁷, en définissant précisément la torture permet au juge interaméricain de disposer d'un instrument régional fondamental à l'heure de qualifier juridiquement les faits. Mais le juge ne cantonne pas ses emprunts normatifs aux instruments régionaux. La *Convention contre la torture et autres peines et traitements cruels, inhumains et dégradants* adoptée sous l'égide des Nations Unies le 10 décembre 1984⁸ est également au cœur de sa démarche analytique pour cerner les contours matériels de la notion de torture. Ainsi, ce qui constitue les trois éléments de la définition juridique de la torture donnée par ces conventions⁹ à savoir : 1). un *acte ou une omission intentionnelle* par lesquels une douleur ou une souffrance aiguë, physique ou mentale, est infligée à un individu ; 2). un *objectif* assigné à cette souffrance infligée délibérément (obtention d'informations, confession, punition, intimidation, humiliation, coercition, discrimination) ; 3). enfin, des souffrances aiguës infligées par des *agents de l'Etat* (ou agissant sous couvert d'organes de l'Etat), sont au cœur de l'opération de qualification juridique des faits soumis à l'appréciation de la Cour IDH.

⁶ *Convention interaméricaine de prévention et de sanction de la torture*, Série des traités de l'OEA, n°67, entrée en vigueur le 28 février 1987 ; OEA/Ser.L.V/II.82 doc.6 rev.1 p. 83 (1992).

⁷ Article 2 de la *Convention interaméricaine de prévention et de sanction de la torture* : « Aux fins de la présente Convention, la torture est entendue comme tout acte réalisé de façon intentionnelle par lequel il est infligé à une personne des peines ou des souffrances physiques ou mentales à des fins d'enquête criminelle, comme moyen d'intimidation, comme châtement personnel, comme mesure préventive, comme sanction ou avec n'importe quel autre objectif. On entend également par torture l'application à l'encontre d'une personne de méthodes tendant à annihiler la personnalité de la victime ou à diminuer sa capacité physique, même s'ils ne causent pas d'une douleur physique ou une angoisse psychique. Ne sont pas intégrés dans le concept de torture les peines ou souffrances physiques ou mentales qui sont uniquement la conséquence de mesures légales ou inhérentes à celles-ci, à chaque fois qu'elles n'incluent pas la réalisation des actes ou l'application des méthodes auxquels le présent article se réfère. » La version originale se lit ainsi : « *Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo.* »

⁸ Article 1 de la *Convention contre la torture et autres peines et traitements cruels, inhumains et dégradants*, entrée en vigueur le 26 juin 1987 : « Aux fins de la présente Convention, le terme "torture" désigne tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit, lorsqu'une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite. Ce terme ne s'étend pas à la douleur ou aux souffrances résultant uniquement de sanctions légitimes, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles ».

⁹ KOLB R., « La jurisprudence internationale en matière de torture et de traitements inhumains ou dégradants », *RUDH*, 2003, pp.254 et s.

b. Quand le juge interaméricain se réfère à la jurisprudence internationale — où la jurisprudence de la Cour de Strasbourg et la « doctrine » du Comité des droits de l'homme¹⁰ tiennent une place importante — c'est dans le but de discerner précisément les contours du concept de « *traitement cruel, inhumain et dégradant* » dont on sait qu'il n'a pas été défini par les instruments internationaux précités¹¹. Par voie de conséquence, ici, en toute logique, les constructions jurisprudentielles ont été à l'honneur en Europe et le sont également, par ricochet, dans les Amériques.

L'affaire *Loayza Tamayo*¹² est symptomatique des emprunts analytiques auxquels la Cour IDH procède pour forger les différences conceptuelles entre traitement cruel et inhumain d'un côté et dégradant de l'autre, sachant que si le terme de « cruel » n'existe pas dans l'instrument conventionnel européen, le juge interaméricain n'y voit aucune spécificité et assimile les adjectifs de « cruel » et d'« inhumain ». Il affirme dans cette affaire jugée en 1997 contre le Pérou que :

« La violation du droit à l'intégrité physique et psychique des personnes est une catégorie de violation qui a une échelle variée de degré et qui englobe la torture jusqu'à d'autres types de brimades ou de traitements cruels, inhumains et dégradants dont les séquelles physiques et psychiques varient d'intensité selon les facteurs endogènes et exogènes qui devront être démontrés dans chaque situation concrète¹³. »

Il appert très nettement ici qu'une analyse *in concreto* est au cœur de la démarche judiciaire interaméricaine. Et le juge de s'inspirer par la suite dans cette affaire de la jurisprudence strasbourgeoise — particulièrement de l'arrêt *Irlande c. Royaume-Uni*¹⁴ — pour identifier le traitement « inhumain » qui prend l'allure de souffrances physiques et morales, accompagnées de perturbations psychiques notamment à l'occasion d'interrogatoires, comme le traitement « dégradant » qui s'exprime par un sentiment de peur, d'anxiété et d'infériorité dans le but d'humilier, de dégrader et de casser la résistance physique et morale de la victime. Et de rappeler que « les nécessités d'enquête et les difficultés inégalables de lutte contre le terrorisme ne doivent pas restreindre la protection de l'intégrité physique des personnes » (§57)¹⁵. Les tentatives de constructions dogmatiques, à tout le moins de distinction entre les notions voisines de traitements cruels, inhumains et dégradants n'emportent pas systématiquement des résultats probants une fois l'opération de qualification juridique des faits effectuée. Toujours dans l'affaire *Loaysa Tamayo*, si la Cour interaméricaine ne détient pas suffisamment de preuves pour attester du viol de la requérante — professeur à

¹⁰ Il s'agit de l'organe institué par le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*.

¹¹ L'article 5, à l'instar du Pacte de 1966, de la *Convention des Nations Unies contre la torture* ou encore de la *Convention américaine contre la torture*, fait mention de l'adjectif « cruel » qui n'existe pas à l'article 3 CEDH.

¹² Il fut question de l'arrestation d'une professeur d'Université et d'un des membres de sa famille par des forces de la Division Nationale contre le Terrorisme de la Police nationale du Pérou pour être suspectée, suite à une délation, d'appartenir au groupe subversif du « Sentier Lumineux » (*Sendero Luminoso*). Elle resta, pendant dix jours, enfermée au sein de cette cellule de la police nationale sans être en mesure de communiquer, ni avec sa famille, ni avec un avocat.

¹³ Cour IDH, 17 septembre 1997, *Loaysa Tamayo c. Pérou*, série C, n°33, §57 : « *La infracción del derecho a la integridad física y psíquica de las personas es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta.* »

¹⁴ Cour EDH, 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, série A n°25, §167.

¹⁵ Cour IDH, 17 septembre 1997, *Loaysa Tamayo c. Pérou*, §57 : « *Las necesidades de la investigación y las dificultades innegables del combate al terrorismo no deben acarrear restricciones a la protección de la integridad física de la persona.* »

l'Université, emprisonnée arbitrairement suite à une délation la présentant comme une activiste terroriste du « Sentier Lumineux » — la Cour sait toutefois qu'elle fut maintenue en détention arbitraire, coupée de tout lien avec l'extérieur (*incomunicación durante la detención*), exhibée devant les médias de communication avec des vêtements infamants, cantonnée dans une cellule extrêmement réduite, sans ventilation ni lumière naturelle et qu'elle subit de mauvais traitements, tels des coups et des étouffements (*ahogamientos*) ; enfin, qu'elle dû endurer des menaces d'autres actes violents. Cette énumération d'actes avérés se solda par une déclaration de violation de l'article 5§2 (§58)¹⁶, la Cour considérant qu'il s'agissait de « formes de traitements cruels, inhumains ou dégradants », sans tenter d'expliquer ce qui relevait d'un côté du traitement cruel et inhumain et de l'autre du traitement dégradant, l'approche étant manifestement englobante.

La *condition des détenus* retient régulièrement l'attention de la Cour dont on a vu en introduction qu'elle était intégrée *expressis verbis* dans le libellé de l'article 5§2. On touche ici à une des gangrènes institutionnelles de tout le système carcéral latino-américain, très largement en deçà des standards posés par les normes internationales. Si tout le sous-continent n'échappe pas à ce problème structurel, il est une partie insulaire de celui-ci qui est particulièrement touché par ce fléau : les Caraïbes. Les affaires rendues contre Trinité et Tobago en sont la triste preuve, Etat dont il faut souligner qu'il a dénoncé la ConventionADH et qu'il est entré en conflit ouvert avec les instances de protection des droits de l'homme de l'Organisation des Etats Américains (OEA). La dernière affaire jugée à ce jour par la Cour où il est question d'une allégation de violation de l'article 5 l'a été le 11 mars 2005, précisément contre cet Etat. Dans l'affaire *Winston Caesar*, le requérant fut condamné à vingt-ans de réclusion pour tentative de viol, le code pénal de Trinité et Tobago infligeant la même peine pour la tentative comme pour le viol en tant que tel¹⁷ ! Sa peine ne se solda pas uniquement par cette privation de liberté — manifestement disproportionnée eu égard à l'infraction —, mais également par une peine physique de flagellation consistant à recevoir vingt coups de fouets, alors qu'il était dans un état physique déplorable, venant de subir une opération chirurgicale et n'étant pas encore remis de celle-ci.

Dans cette affaire, c'est donc tout à la fois la conformité de la flagellation à la Convention américaine qui s'est posée, comme les conditions de détention du reclus. S'agissant du premier point, la démonstration de la Cour est particulièrement exceptionnelle dans la mesure où elle présente un panorama exhaustif et à jour de l'état de la jurisprudence internationale actuelle concernant la prohibition de torture. Et de partir *grosso modo* du général pour arriver au particulier. La Cour de San José prit le soin de mentionner les rapports du Rapporteur spécial des Nations Unies sur la torture, la « jurisprudence » du Comité des droits de l'homme la plus récente, notamment celle rendue à l'encontre de Trinité et Tobago, la jurisprudence de la Cour européenne — plus spécifiquement l'arrêt *Tyrer*¹⁸, mais également l'arrêt *A. c. Royaume Uni*¹⁹ — les pratiques législatives des Etats qui, notamment en Amérique latine, ont aboli la peine de flagellation, et de mentionner également la jurisprudence pertinente du

¹⁶ *Ibid.*, §58 : « *Sin embargo, los otros hechos alegados como la incomunicación durante la detención, la exhibición pública con un traje infamante a través de medios de comunicación, el aislamiento en celda reducida, sin ventilación ni luz natural, los golpes y otros maltratos como el ahogamiento, la intimidación por amenazas de otros actos violentos, las restricciones al régimen de visitas (supra, párr. 46 c., d., e., k. y l.), constituyen formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes en el sentido del artículo 5.2. de la Convención Americana.* »

¹⁷ Cour IDH, 11 mars 2005, *Caesar c. Trinité et Tobago*, série C, n°123.

¹⁸ Cour EDH, 25 avril 1978, *Tyrer c. Royaume-Uni*, série A, n°26

¹⁹ Cour EDH, 23 septembre 1998, *A. c. Royaume-Uni*.

Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie (TPIY)²⁰. Après cet inventaire international, elle finit par considérer au paragraphe 73, que la loi de Trinité et Tobago, en tant que telle, est contraire à la Convention américaine. Il y a là une prise en compte délibérée et affirmée des *tendances* de la jurisprudence internationale ; une prise en considération du consensus jurisprudentiel à l'échelle internationale pour évaluer *in abstracto* la loi nationale et pour la déclarer inconstitutionnelle. La Cour pu ensuite affirmer dans un considérant de principe que les peines corporelles de flagellation :

« constituent, comme telles, une forme de torture et par voie de conséquence une violation per se du droit de n'importe quelle personne au respect de son intégrité physique, psychique et mentale de l'article 5§1 et 2 en relation avec l'article 1§1. Par voie de conséquence, la loi sur les Peines Corporelles doit être considérée contraire aux termes des articles 5§1 et 5§2 de la Convention américaine²¹».

Ce n'est qu'après ce constat d'inconstitutionnalité de la loi nationale que la *manière* dont la peine a été infligée fut examinée et sanctionnée par la Cour (§§75 et s). Il est surtout important de relever, à ce stade, l'indétermination conceptuelle entre les notions de tortures et de traitement cruel, inhumain et dégradant, la Cour les utilisant une fois de plus de façon interchangeable sans que l'on puisse déceler une quelconque tentative de systématisation dogmatique.

S'agissant des conditions de détention, la Cour n'a pu que constater une fois de plus – après l'affaire *Hilaire, Constantine, Benjamin et autres*²² – que les prisons de Trinité et Tobago souffraient sans exception de graves dysfonctionnements et de conditions d'hygiène déplorable. Une formule lapidaire, celle du « ni », pourrait résumer cet état de fait : ni ventilation, ni lumière naturelle, ni sanitaires adéquats, ni soin appropriés. A l'instar des affaires ayant touché l'Equateur²³ ou encore le Paraguay²⁴, la Cour se chargea de rappeler aux Etats les obligations positives qui sont les leurs en ce domaine : assurer à toute personne qui se trouve entièrement sous son contrôle (comme c'est le cas dans les centres de détention), des conditions *dignes* de vie²⁵. Cela peut notamment prendre l'allure, quand les circonstances l'exigent, de fournir une assistance médicale adéquate aux détenus qui, manifestement, en auraient besoin²⁶, comme de séparer les détenus *condamnés* de ceux qui se trouvent dans *l'attente de leur jugement* conformément au libellé du paragraphe 4 de l'article 5²⁷.

²⁰ TPIY, 16 novembre 1998, *Procureur c. Delalic et al. (affaire Celebic)*, n° IT-96-21-T, §552 ; TPIY, 22 février 2001, *Procureur c. Kunarac, Kovac et Vukovic*, n° IT-96-23-T et IT-96-23/1-T, §514 ; TPIY, 3 mars 2000, *Procureur c. Blaskic*, n° IT-45-14-T, §186 ; TPIY, 14 décembre 1999, *Procureur c. Jelesic*, n° IT-95-10-T, §41.

²¹ Cour IDH, 5 mars 2005, *Winston Caesar c. Trinité et Tobago*, série C n°123, § 73 : « Como tales, las penas corporales por medio de flagelación constituyen una forma de tortura y, en consecuencia, una violación per se del derecho de cualquier persona sometida a la misma a que se respete su integridad física, psíquica y mental, en los términos del artículo 5.1 y 5.2 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma. En consecuencia, la Ley de Penas Corporales debe ser considerada contraria a los términos del artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana.»

²² Cour IDH, 21 juin 2002, *Hilaire, Constantine, Benjamin et autres c. Trinité et Tobago*, série C n°94, §§ 169-170.

²³ Cour IDH, 7 septembre 2004, *Tibi c. Equateur*, série C n°114, §129.

²⁴ Cour IDH, 2 septembre 2004, *Institut de rééducation des mineurs*, série C n°112, §152.

²⁵ Cour IDH, 5 mars 2005, *Winston Caesar c. Trinité et Tobago*, § 97.

²⁶ Cour IDH, 7 septembre 2004, *Tibi c. Equateur*, série C n°114, §157. Au §155, la Cour IDH fait une référence expresse à l'arrêt *Kudla c. Pologne* dont on sait qu'il a fixé, à la charge des Etats, un nombre important d'obligations notamment en matière d'assistance et de soins médicaux (§§93-94). Il reste que cette référence européenne, témoignant d'une « ouverture » bienvenue au droit international des droits de l'homme dont la jurisprudence européenne est l'emblème, ne devrait pas se transformer en révérence. En effet, la jurisprudence interaméricaine avait déjà fixé, bien avant l'arrêt *Kudla*, l'intégralité des points forts de sa jurisprudence.

²⁷ Cour IDH, 7 septembre 2004, *Tibi c. Equateur*, série C n°114, §158.

2. Les actes présumés

Comment rendre justice dans les hypothèses d'actes *présumés* comme en matière de « disparitions forcées »²⁸ ? Le problème majeur ici concerne la question probatoire. Pour le contourner, la Cour élabora dès l'affaire *Velásquez Rodríguez* la théorie de la présomption de décès qui se base sur la présence d'un ensemble d'indices concordants et laissant raisonnablement supposer que la personne disparue, non seulement a été torturée, mais a également été éliminée. Cette méthodologie fut confirmée dans d'autres « affaires honduriennes » en 1989 avec les arrêts *Godínez Cruz* et *Fairén Garbi y Solís Corrales*²⁹. Il fallut attendre 1996 pour voir le prétoire de la Cour de San José renouer ce phénomène consubstantiel à la société latino-américaine. Ce fut au tour de l'Argentine d'être défendeur à l'instance dans l'affaire *Garrido y Baigorria*³⁰, du Guatemala dans les affaires *Blake*³¹ et *Bámaca Velásquez*³² et enfin, plus récemment, le Salvador dans l'affaire des *Sœurs Serrana Cruz* jugée le 1^o mars 2005.

Il n'est pas inintéressant de décrypter la méthodologie de la Cour IDH dans l'arrêt rendu au fond le 25 novembre 2000 dans l'affaire *Bámaca Velásquez*³³. Le juge interaméricain — après avoir considéré que Efraín Bámaca Velásquez avait été détenu puis éliminé dans le contexte d'une pratique de disparition forcée mise en place par l'Armée guatémaltèque afin de lutter contre des groupes de guérilleros (en l'occurrence l'Organisation du Peuple en Armes, *Organización del Pueblo en Armas*, ORPA dont le disparu était un des commandants) — montre comment les faits peuvent tomber sous le coup d'une violation de plusieurs dispositions de la Convention américaine (§135). Dans le premier temps de sa démarche, elle prend la peine — sur l'invitation de la Commission IDH — de mentionner la définition de la disparition forcée telle qu'établie à l'article 2 de la *Convention interaméricaine sur les disparitions forcées de personnes*³⁴ et telle que transposée par le Code pénal guatémaltèque (§§126-127), pour ensuite rappeler les points saillants de sa jurisprudence (§§130-132). Selon elle,

« La disparition forcée implique de façon fréquente l'exécution des détenus, en secret et sans autres formes de procès, suivie de l'occultation du cadavre dans le dessein d'effacer toute trace matérielle du crime et d'octroyer une impunité à ceux qui l'ont commis (.../...) La Cour a établi que s'il a été démontré l'existence d'une pratique promue et tolérée par l'Etat de disparition forcée de personnes,— soit au moyen de preuve circonstancielle ou indirecte ou les deux, soit par déductions logiques pertinentes — et, dans le cas précis d'une personne, si sa disparition peut être

²⁸ CITRONI G., «Desaparición forzada de personas : desarrollo del fenómeno y respuestas de la Corte interamericana de derechos humanos. », *Anuario de derecho internacional*, 2003, pp.373-407.

²⁹ Cour IDH, 20 janvier 1989, *Godínez Cruz c. Honduras*, série C, n°5 ; Cour IDH, 15 mars 1989, *Fairén Garbi y Solís Corrales c. Honduras*, série C, n°6.

³⁰ Cour IDH, 2 février 1996, *Garrido y Baigorria c. Argentine*, série C, n°26.

³¹ Cour IDH, 24 janvier 1998, *Blake c. Guatemala*, série C, n°36.

³² Cour IDH, 25 novembre 2000, *Bámaca Velásquez c. Guatemala*, série C, n°70.

³³ Cour IDH, 25 novembre 2000, *Bámaca Velásquez c. Guatemala*, série C n°70, §§156-157.

³⁴ Article 2 de la *Convention interaméricaine sur les disparitions forcées* du 9 juin 1994, entrée en vigueur le 28 mars 1996 : « Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes. »

reliée à ladite pratique, alors cette disparition spécifique sera ce faisant considérée comme établie³⁵. »

Ainsi, la *Convention interaméricaine sur les disparitions forcées* est utilisée comme outil interprétatif pour conforter une jurisprudence déjà bien établie par la Cour IDH elle-même. Ceci considéré comme établi, elle peut s'appliquer à démontrer que Bámaca Velásquez, durant sa détention et avant son élimination, a été torturé en se référant, pour ce faire, aux définitions largement similaires fournies par la *Convention contre la torture des Nations Unies* de 1984 et la *Convention interaméricaine contre la torture* de 1985. Sur la base des trois éléments constitutifs du crime de torture dégagés dans ces instruments internationaux (intentionnalité, objectif précis, souffrances infligées par des agents de l'Etat), elle conclut à la torture de Bámaca Velásquez, tant physique que psychologique³⁶.

B. — Le versant procédural

On sait à quel point en Europe le phénomène de procéduralisation des droits substantiels a eu pour origine l'activité créatrice du juge, l'article 3 de la Convention européenne n'ayant évidemment pas échappé à ce phénomène³⁷. Il n'en a pas été ainsi sur le continent américain, tout du moins s'agissant de la « procéduralisation » de l'article 5. La raison en est simple et tient à la spécificité de l'étendue de la compétence de la Cour de San José en matière de droit applicable. Il arrive en effet au juge interaméricain d'appliquer d'autres conventions que la Convention ADH qui mettent à la charge des Etats parties des obligations procédurales. Le versant procédural de l'article 5 prendra alors corps grâce aux ressorts d'un vecteur exogène (1). Dans l'hypothèse où ces conventions ne sont pas invoquées devant le juge — soit parce qu'elles ne peuvent pas l'être³⁸, soit parce que cela n'a pas fait partie de la stratégie de la Commission et/ou des représentants des victimes — le jeu procédural reprend ses droits. Cependant, dans ce cas de figure, le vecteur ne pourra pas être, *ne varietur*, l'article 5, mais plutôt les articles 8 (garanties judiciaires) et 25 (protection judiciaire) de la Convention ADH. Le vecteur sera somme toute endogène, cantonné aux dispositions de la seule Convention de San José (2).

1. Le vecteur exogène

A cet égard, il faut clairement distinguer l'invocation devant le juge et/ou l'utilisation *proprio motu* de traités autres que la Convention américaine aux fins de la seule *interprétation* de

³⁵ Cour IDH, 25 novembre 2000, *Bámaca Velásquez c. Guatemala*, série C, n°70, § 130 : « De conformidad con la jurisprudencia de este Tribunal, la desaparición forzada “ha implicado con frecuencia la ejecución de los detenidos, en secreto y sin fórmula de juicio, seguida del ocultamiento del cadáver con el objeto de borrar toda huella material del crimen y de procurar la impunidad de quienes lo cometieron. En razón de las características del fenómeno y las dificultades probatorias que conlleva, la Corte ha establecido que si se ha demostrado la existencia de una práctica impulsada o tolerada por el Estado de desaparición forzada de personas, y el caso de una persona, ya sea por prueba circunstancial o indirecta, o ambas, o por inferencias lógicas pertinentes, puede vincularse a dicha práctica, entonces esta desaparición específica se considera demostrada”.

³⁶ Cour IDH, 25 novembre 2000, *Bámaca Velásquez c. Guatemala*, série C n°70, §§158 : « La Corte estima que los actos denunciados en el presenta caso fueron preparados e infligidos deliberadamente, con el fin de obtener de Efraín Bámaca Velásquez, información relevante para el Ejército. »

³⁷ Cour EDH, 28 octobre 1998, *Assenov c. Bulgarie* ; Cour EDH, 16 décembre 2003, *Kmetty c. Hongrie* ; Cour EDH, 27 juillet 2004, *Slimani c. France* ; Cour EDH, 27 mai 2004, *Connors c. Royaume-Uni* ; Cour EDH, 12 octobre 2004, *Bursuc c. Roumanie*.

³⁸ Parce que l'Etat défendeur ne l'aura pas ratifié.

cette dernière³⁹ et celle qui a pour objet de pousser le juge à *appliquer* directement d'autres conventions internationales quand ces dernières le prévoient et quand l'Etat défendeur a non seulement signé, mais également ratifié les dites conventions. À partir du moment où ces deux conditions se trouvent remplies, le juge interaméricain ne voit aucune raison pour ne pas appliquer au cas d'espèce la Convention internationale invoquée par la Commission et/ou les représentants de la victime.

En théorie, ce sont aujourd'hui trois conventions qui peuvent être directement appliquées par la Cour IDH, et ce, grâce à leurs dispositions qui en disposent ainsi, tantôt implicitement — article 8 de la *Convention américaine pour prévenir et sanctionner la torture* du 9 décembre 1985 — tantôt explicitement (article 13 de la *Convention Interaméricaine sur la disparition forcée de personnes* et article 19§6 du *Protocole additionnel à la Convention américaine en matière de droits économiques, sociaux et culturels* du 17 novembre 1988. Il faut signaler pour être tout à fait exhaustif, la *Convention interaméricaine pour prévenir, sanctionner et éradiquer la violence contre les femmes* du 9 juin 1994, qui, si elle prévoit explicitement la compétence consultative de la Cour de San José pour interpréter ses dispositions (article 11), est moins claire s'agissant de sa compétence contentieuse, l'article 12 se contentant de mentionner la seule saisine de la Commission IDH et non de la Cour en tant que telle⁴⁰.

Il s'avère que la Convention qui a été appliquée le plus fréquemment est justement la *Convention interaméricaine contre la torture et les autres peines et traitements cruels, inhumains et dégradants*, que les faits soient avérés ou simplement présumés. Dans trois affaires guatémaltèques — *Paniagua Morales*⁴¹, *Villagrán Morales*⁴² et *Bámaca Velasquez*⁴³ — la Cour — constatant que le Guatemala avait ratifié cette Convention et par voie de

³⁹ A l'instar de la *Convention internationale des droits de l'enfant* (dite Convention de New-York) du 20 novembre 1989 qui fut utilisée par la Cour IDH aux fins d'interprétation de l'article 19 de la Convention ADH (droit de l'enfant). Le paragraphe 194 de l'arrêt rendu dans l'affaire dite des « *Enfants de la rue* » est significatif à ce sujet. Cour IDH, 19 novembre 1999, *Villagrán Morales et autres* (« *Les enfants de la rue* ») c. *Guatemala*, §194 : « Tant la Convention américaine que la Convention sur les droits de l'Enfant forment partie d'un *corpus juris* particulièrement ample concernant la protection des enfants et qui doit servir à cette Cour pour fixer le contenu et la portée de la disposition générale définie à l'article 19 de la Convention Américaine. » « *Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana.* »

⁴⁰ GARCÍA RAMÍREZ S. « Temas en la reciente jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos », *La Jurisdicción internacional. Derechos humanos y la justicia penal*, Mexico, Editorial Porrúa, 2003, p.223, note 45.

⁴¹ Cour IDH, 8 mars 1998, *Paniagua Morales et autres c. Guatemala*, série C, n°37, §136.

⁴² Cour IDH, 19 novembre 1999, *Villagrán Morales et autres* (Affaire des « *enfants de la rue* ») c. *Guatemala*, série C, n°63, §§247-248. Il s'agit de la décision où le juge a pris le soin d'expliquer longuement les raisons de sa compétence : « 247. *En primer lugar, la Corte considera oportuno referirse a su propia competencia para interpretar y aplicar la Convención contra la Tortura y declarar la responsabilidad de un Estado que haya dado su consentimiento para obligarse por esta Convención y haya aceptado, además, la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Como todavía existían algunos países miembros de la Organización de los Estados Americanos que no eran Partes en la Convención Americana y no habían aceptado la competencia de la Corte, los redactores de la Convención contra la Tortura decidieron no incluir en ésta un artículo que hiciera referencia expresa y exclusiva a la Corte Interamericana para no vincularlos indirectamente a la primera de dichas Convenciones y al órgano jurisdiccional mencionado.* 248. *Con una cláusula general se abrió la posibilidad de que ratifiquen o se adhieran a la Convención contra la Tortura el mayor número de Estados. Lo que se consideró importante fue atribuir la competencia para aplicar la Convención contra la Tortura a un órgano internacional, ya se trate de una comisión, un comité o un tribunal existente o de uno que se cree en el futuro. En el presente caso, sometido a la Corte por la Comisión Interamericana, corresponde a este Tribunal ejercer dicha competencia. Guatemala aceptó la competencia de esta Corte el 9 de marzo de 1987 y ratificó la Convención contra la Tortura el 29 de enero de 1987, Convención que entró en vigor el 28 de febrero de 1987.* »

⁴³ Cour IDH, 25 novembre 2000, *Bámaca Velasquez*, *op.cit.*, §§ 218-223, violation des articles 1, 2, 6 et 8 de la Convention interaméricaine contre la torture.

conséquence avait accepté la juridiction de la Cour IDH, afin qu'elle en évalue les éventuelles atteintes, a pu constater le manquement par l'Etat guatémaltèque de l'obligation procédurale inscrite à l'article 8 de cette Convention de mener avec une célérité nécessaire des enquêtes effectives sur les faits allégués de torture.

2. Le vecteur endogène

Les victimes de tortures perpétrées dans le cadre de détentions légales — à la suite d'une condamnation judiciaire — ou de détentions extra-judiciaires invoquent systématiquement en plus de la violation de l'article 5, celle des articles 8 et 25, respectivement consacrés aux garanties judiciaires et à la protection juridictionnelle. C'est à travers ces deux clauses spécifiquement consacrés au bon déroulement de la justice qu'elles sont en mesure de faire condamner les Etats pour défaut d'enquête ou défaut d'enquête *effective*. Le phénomène de procéduralisation ne découle donc pas ici d'une interprétation extensive de l'article 5. Il reste qu'il convient de nuancer une telle assertion dans la mesure où il existe des affaires où la procéduralisation découle d'une interprétation de l'article 5 à la lumière de l'article 1§1 qui pose l'obligation générale de respecter les droits de toute personne se trouvant sous la juridiction d'un des Etats parties à la Convention ADH. L'affaire *Tibi* en est l'exemple : la Cour constata, tout à la fois, la violation de l'article 5§1 combiné avec l'article 1§1 et s'appuya également, à titre confortatif, sur la *Convention américaine contre la torture* – ratifiée par l'Equateur et opposable à ce pays depuis le 9 décembre 1999 – pour constater le non-respect (*inobservancia*) de ses articles 1, 6 et 8⁴⁴ (§159).

Tout autre est le cas de figure où de victime directe il n'est plus question, celle-ci ayant soit disparue, présumée morte, soit ayant été assassinée de façon avérée. Les proches sont alors les seuls, aux côtés de la Commission, à alléguer la violation des droits de la Convention. Il est important ici de montrer qu'ils invoquent l'article 5§1 en le combinant avec l'article 1§1 ; c'est de cette astucieuse combinaison que le versant procédural jusque-là resté particulièrement discret de l'article 5, pour ne pas dire inexistant, sera révélé. De torture *stricto sensu*, il ne sera pas non plus question, mais d'atteinte au §1 de l'article 5, c'est-à-dire de violation de l'intégrité physique, psychique et morale.

Une affaire récente illustre cette démarche qui plus est dans une situation extrême, puisqu'il est question d'une *disparition forcée non prouvée*. Il existe en effet des cas où le faisceau d'indices n'est pas suffisamment concordant pour activer la théorie de la présomption de décès. C'est ce que la dramatique affaire des *Sœurs Serrana Cruz* met en évidence⁴⁵. Dans le contexte du conflit armé interne que le Salvador vécut entre 1980 et 1991, deux fillettes âgées de 3 et 7 ans disparurent en 1982, enlevées par un bataillon de l'armée salvadorienne qui ratissait les campagnes⁴⁶. Cependant, les recherches diligentées par une association de victimes (*Asociación pro-búsqueda*), qui obtint systématiquement des résultats positifs dans les découvertes des anciens disparus, une fois le conflit terminé, ne réussit pas à obtenir des informations fiables sur le sort des deux sœurs, de telle sorte qu'il ne fut pas possible d'affirmer de façon catégorique qu'elles étaient mortes. Dans ce contexte, la Cour dans son arrêt du 1^o mars 2005 considéra qu'elle n'était pas compétente pour se prononcer sur

⁴⁴ Cour IDH, 7 septembre 2004, *Tibi c. Equateur*, Série C n°114, §159.

⁴⁵ Cour IDH, 1^o mars 2005, *Las Hermanas Serrana Cruz c. El Salvador*, série C n°120.

⁴⁶ Leur cas, avec d'autres, est mentionné dans le rapport d'*Amnesty international* intitulé « Salvador, qu'est-il advenu des enfants disparus ? », Juillet 2003, Index AI : AMR 29/004/2003, ÉFAI 03 RN 064.

l'allégation de la disparition forcée des deux fillettes et qu'elle ne pouvait pas, comme dans d'autres affaires, présumer que leur droit à la vie avait été affecté⁴⁷.

Malgré cette dénégation de compétence sous l'angle de la protection du droit à la vie, la violation de l'article 5 sera constatée, mais sous l'angle de son seul §1 (protection de l'intégrité physique, psychique et mental) en combinaison avec l'article 1§1 non pas, bien évidemment à l'encontre des jeunes sœurs — dont le destin funeste ne peut être établi — mais de leurs proches. Le paragraphe 112 de l'arrêt est significatif en la matière :

« Les proches d'Ernestina et Erlinda ont vécu pendant des années avec un sentiment de désintégration familiale, d'insécurité, de frustration, d'angoisse et d'impuissance devant l'abstention des autorités judiciaires pour enquêter avec diligence et célérité sur les faits dénoncés⁴⁸. »

Le même constat avait déjà été effectué dans des affaires d'exécution extra-judiciaires d'enfants où les autorités avaient empêché l'éclaircissement des faits (*Villagrán Morales, affaire dite des « Enfants de la rue »*⁴⁹) ou de personnes adultes assassinées pour avoir indisposée la politique du gouvernement (*Myrna Mack Chang*). Dans cette dernière affaire, en plus de des multiples obstructions orchestrées de la part des autorités judiciaires dans l'enquête sur l'assassinat de M.M. Chang, les proches ont subi de façon constante des menaces, des filatures, des intimidations, autant de méthodes pour empêcher que la quête légitime de justice de la famille et des proches de la défunte arrive à son terme et cela pendant un laps de temps particulièrement long (§226, §232). Et la Cour, à nouveau de considérer :

« Ces circonstances, exacerbées par le long laps de temps qui s'est écoulé sans que les faits aient pu être éclairci, ont provoqué parmi les proches de la victime une angoisse permanente, des sentiments de frustration et d'impuissance ainsi qu'une profonde peur à l'idée de se retrouver exposés au même schéma de violence déclenché par l'Etat⁵⁰. »

On voit bien ici que s'il existe bel et bien un versant procédural de l'article 5, il ne peut être activé de façon isolé — mais toujours combiné avec l'article 1§1 relatif à l'obligation générale de respecter les droits — et ne peut pas bénéficier aux victimes directes. On est ce

⁴⁷ Cour IDH, 1^o mars 2005, *Las Hermanas Serrana Cruz c. Le Salvador*, série C n^o120, §130 : « La Corte considera que del análisis del acervo probatorio del presente caso no surgen elementos ciertos que conduzcan a la conclusión de que las hermanas Ernestina y Erlinda Serrano Cruz hubieran sido privadas arbitrariamente del derecho a la vida. En este sentido, la Corte estima que, al carecer de competencia para pronunciarse sobre la alegada desaparición forzada de Ernestina y Erlinda, no puede presumir, como en otros casos en que los hechos alegados se basan en el delito de desaparición forzada, que el derecho a la vida se encuentra afectado ».

⁴⁸ Cour IDH, 1^o mars 2005, *Las Hermanas Serrana Cruz c. Le Salvador*, série C n^o120, §112 : « Los familiares de Ernestina y Erlinda han vivido durante años con un sentimiento de desintegración familiar, inseguridad, frustración, angustia e impotencia ante la abstención de las autoridades judiciales de investigar los hechos denunciados diligentemente y en un plazo razonable, y de adoptar cualquier otro tipo de medida dirigida a determinar el paradero de Ernestina y Erlinda. »

⁴⁹ Cour IDH, 19 novembre 1999, *Villagrán Morales et autres (Enfants de la rue) c. Guatemala*, Série C n^o63, §173 : « La negligencia por parte del Estado así puesta de manifiesto, debe sumarse al hecho de que las autoridades no hicieron esfuerzos adecuados para localizar a los parientes inmediatos de las víctimas, notificarles la muerte de éstas, entregarles los cadáveres y proporcionarles información sobre el desarrollo de las investigaciones. ».

⁵⁰ Cour IDH, 25 novembre 2003, *Myrna Mack Chang c. Guatemala*, §232 : « Dichas circunstancias, exacerbadas aún más por el largo tiempo transcurrido sin que se hayan esclarecido los hechos, han provocado en los familiares de la víctima constante angustia, sentimientos de frustración e impotencia y un temor profundo de verse expuestos al mismo patrón de violencia impulsado por el Estado. En razón de ello, los familiares de Myrna Mack Chang deben ser considerados como víctimas porque el Estado les ha vulnerado su integridad psíquica y moral. ».

faisant déjà de plein pied dans le second aspect de cette incursion dans le monde du système interaméricain, à savoir le dédoublement de la portée *ratione personae* de l'article 5.

II. — LE DEDOUBLEMENT DE LA PORTEE *RATIONE PERSONAE* DE L'ARTICLE 5

La Cour, dans son intégralité, mais aussi parfois au travers de la voix autorisée de certains de ses membres qui prennent très souvent la plume pour faire valoir leurs opinions — tel l'actuel président Mexicain et pénaliste de renom, Sergio García Ramírez — mettent très souvent en avant que la « protection de la victime constitue le *desideratum* du système interaméricain et la raison d'être de la Cour IDH »⁵¹. Dans ce contexte, il n'est guère surprenant qu'elle ait délibérément opté pour une vision extensive de la notion de victime qui rejaillit immanquable au stade de la réparation. Ainsi, de la multiplicité des victimes (A), découle une multiplicité de « bénéficiaires » (B) qui pourront ainsi être indemnisés du préjudice subi par des actes de torture et de traitements ou peines cruels, inhumains ou dégradants.

A. — La multiplicité des « victimes » des violations

Selon le *Dictionnaire du droit international public* élaboré sous la direction de Jean Salmon, une victime est « une personne ayant subi un préjudice en conséquence d'un fait internationalement illicite⁵². » Une interprétation stricte d'une telle formule laisserait à penser que seules les personnes qui ont *personnellement* et *directement* subi un préjudice seraient habilitées à pouvoir arguer de la qualité de victime. Or, la finalité *pro homine* des systèmes internationaux de garantie des droits a dépassé cette orthodoxie juridique. Les juges ont pris rapidement leurs aises avec une telle approche marquée du sceau de la restriction. En Europe, c'est la notion de « victime potentielle » qui fit son irruption dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg en permettant à toute personne susceptible de tomber, éventuellement, sous le coup d'une loi prétendument inconstitutionnelle, de saisir le juge européen⁵³. Le contentieux des étrangers⁵⁴ et des discriminations à l'égard des homosexuels⁵⁵ ont été les deux terrains de prédilection d'une telle approche. La théorie de la « victime indirecte » permet également d'élargir le cercle des personnes habilitées à saisir la Cour. Ainsi, toute personne qui a subi un préjudice en raison d'une violation des droits d'un tiers ou qui a un intérêt personnel valable à ce qu'il soit mis fin à la violation peut saisir la Cour sur le fondement de l'article 34 de la Convention⁵⁶. Dans le système interaméricain, c'est également une construction prétorienne qui est venue adapter le droit au fait. De manière réitérative, la Cour interaméricaine affirme clairement qu'elle doit évaluer la violation alléguée de l'article 5 sous deux angles, sous deux perspectives : celle de la victime directe (1) et celle de ses proches (*los familiares*) et/ou les ayants droit (*los derechohabientes*) (2)⁵⁷. La multiplicité des victimes découle donc d'une

⁵¹ Vote « *concurrente razonado* » de S. García Ramírez dans l'affaire *Myrna Mack Chang*, §50.

⁵² SALMON J. (dir.), *Dictionnaire du droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p.1131.

⁵³ Cour EDH, 6 septembre 1978, *Klass c. Allemagne*, série A, n°28, §30 à 38.

⁵⁴ Cour EDH, 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, GACEDH, n°13.

⁵⁵ Cour EDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, GACEDH, n°37 ; Cour EDH, 22 avril 1993, *Modinos c. Chypre*, série A, n°259 ; Cour EDH, 9 janvier 2003, *S.L. c. Autriche et L. et V. c. Autriche*, v. L. Burgorgue Larsen, « Une banalisation de la notion de victime potentielle », note *Recueil Dalloz*. 2003, som. com., pp 2278-2279.

⁵⁶ Cour EDH, 22 février 1994, *Burghartz c. Suisse*, série A 280 B, §18.

⁵⁷ Cour IDH, 19 novembre 1999, *Villagrán Morales et autres (« Les enfants de la rue ») c. Guatemala*, §156. « La Corte considera que debe proceder al análisis de la violación de este artículo desde dos diversos ángulos. En primer lugar, debe examinar si existió o no violación del artículo 5.1 y 5.2 en perjuicio de los jóvenes

méthodologie clairement établie basée sur cette théorie de la « double perspective » que la réforme du règlement de la Cour en 2000 a contribué à accentuer.

1. *Les victimes directes*

Evident s'agissant de l'article 5 de la Convention ADH qui prohibe des traitements qui ne peuvent être infligés qu'à des êtres humains, il n'est pas inutile de rappeler que dans le système interaméricain, seules les personnes physiques sont habilitées à saisir la Commission interaméricaine. En effet, l'article 1§1de la Convention ADH est clair en la matière en précisant qu'il faut entendre par « toute personne », tout « être humain »⁵⁸. Bien que la « doctrine » de la Commission IDH n'ait jamais fléchi sur ce sujet, la Cour fut plus libérale en affirmant que les droits et obligations conférés aux personnes morales reviennent également à des droits et obligations conférés et imposés à des personnes physiques. Or, si un préjudice occasionné à une personne morale est la cause d'un préjudice infligé d'une personne physique, celle-ci peut accéder au système interaméricain⁵⁹. Quoi qu'il en soit, s'agissant plus précisément de l'article 5, les victimes directes ont toutes été des personnes – dans la grande majorité des cas, des adultes, professeurs d'université⁶⁰, étudiants⁶¹, commerçants⁶², mais également des enfants⁶³, dont l'article 19 de la Convention ADH⁶⁴ exige qu'ils bénéficient de « mesures de protection » – ayant subi des traitements inhumains, soit de la part des forces de police, soit du fait de l'armée ou encore de groupes para-militaires. Quand la victime a la chance de survivre a de tels agissements, son statut de victime directe ne pose aucune difficulté puisqu'elle est, en règle générale, celle qui active le mécanisme de protection en saisissant la Commission IDH. En cas de décès – avéré ou présumé – son statut de victime directe ne sera pas nié ; seulement, le pétitionnaire sera évidemment une autre personne. Il reste toutefois à préciser que, même dans l'hypothèse où la victime directe a survécu, elle peut parfaitement ne pas être celle qui saisisse la Commission IDH. Le système inter-américain opérant un *distinguo* entre le pétitionnaire et la victime présumée (*la presunta víctima*)⁶⁵.

Contreras, Figueroa Túnchez, Juárez Cifuentes y Caal Sandoval. En segundo lugar, la Corte valorará si los familiares de las víctimas fueron, por su parte, objeto de tratos crueles, inhumanos o degradantes. »

⁵⁸ Article 1 – Obligation de respecter les droits « 1. Les Etats parties s'engagent à respecter les droits et libertés reconnus dans la présente Convention et à en garantir le libre et plein exercice à toute personne relevant de leur compétence, sans aucune distinction fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la situation économique, la naissance ou toute autre condition sociale. 2. Aux fins de la présente Convention, tout être humain est une personne. »

⁵⁹ Cour IDH, 7 septembre 2001, Exceptions préliminaires, *Cantos c. Argentine*, §§22-23.

⁶⁰ Cour IDH, 25 novembre 2003, *Myrna Mack Chang c. Guatemala*, série C° n°101.

⁶¹ Cour IDH, 25 juillet 1988, *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, série C n°4.

⁶² Cour IDH, 25 novembre 2003, *Tibi c. Equateur*

⁶³ Cour IDH, 19 novembre 1999, *Villagrán Morales et autres (« Les enfants de la rue ») c. Guatemala*, série C n°63. Cette affaire est importante dans la mesure où c'est la première fois que la Cour de San José ait eu à prendre position sur le statut des enfants en droit international. Avec l'opinion consultative n°17 (OC n°17), *Condition juridique et droits de l'enfant* du 28 août 2002, elle constitue l'apport majeur de la Cour au droit international des droits de l'enfant. Nonobstant les avancées que l'on peut discerner dans ce corpus juridique – notamment le fait que les enfants sont élevés au rang de sujet et non de simples objets de mesures de protection – certains auteurs ont pu considérer que la Cour s'était arrêtée au milieu du gué en ne précisant pas la portée, le contenu et la nature des obligations positives des Etats à l'égard des mineurs. Pour une critique argumentée et constructive v. BELOFF M., *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 2004, 224 p.

⁶⁴ Article 19 - Droit de l'enfant : « Tout enfant a droit aux mesures de protection qu'exige sa condition de mineur, de la part de sa famille, de la société et de l'Etat ».

⁶⁵ FAÚNDEZ LEDESMA H., *El sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, IIDH, 2004 (3° ed.), p.252. Ainsi, dans l'affaire *Ivcher Bronstein*, la saisine de la Commission IDH fut le fait d'un membre du Congrès national et du Doyen du Bureau des avocats de Lima avant

2. Les victimes indirectes

L'acception compréhensive de la notion de victime a été confortée par la réforme du règlement de la Cour qui entra en vigueur en 2001 et dont le but fut — suite aux demandes de l'Assemblée générale de l'OEA — de fortifier la participation des victimes à la procédure contentieuse internationale. La nouvelle rédaction de l'article 23⁶⁶ met en évidence que ces dernières comme leurs proches – définis de façon extensive à l'article 2 §15 du règlement⁶⁷ – ne sont plus uniquement cantonnées au stade final des affaires – *i.e.* au stade de l'évaluation du montant des réparations, conformément à la réforme du règlement de 1996 – mais peuvent effectuer une multitude de démarches inhérentes à la condition de partie au procès (*parte procesal*), excepté le déclenchement de l'action qui reste subordonné à la volonté de la Commission IDH ou d'un Etat. Mis à part ce dernier point (marque distinctive des systèmes européen et interaméricain), les victimes et leurs proches (*i.e.* les proches immédiats, les ascendants et descendants en ligne directe, les frères et sœurs, les conjoints ou compagnons permanents ou ceux déterminés au cas par cas par la Cour) peuvent formuler des requêtes, présenter des preuves et développer des arguments qui ont parfaitement la possibilité de ne pas s'aligner sur ceux de la Commission IDH⁶⁸.

L'affaire *Myrna Mack Chang* est révélatrice de ce nouvel état de fait qui tend à transfigurer le système interaméricain des droits de l'homme, comme l'avait déjà montré l'affaire des *Cinq pensionnaires*⁶⁹. La victime était une anthropologue reconnue qui critiqua la politique du gouvernement concernant les déplacements internes des communautés rurales indigènes ; trop gênante, elle fut assassinée par les services secrets du Guatemala. La Commission porta à la connaissance de la Cour cette affaire et les ayants droit de Myrna Mack Chang présentèrent leur argumentation de façon autonome conformément au nouveau règlement de la Cour. Tandis que la Commission invoquait la violation des articles 4 (droit à la vie) 8 (garanties judiciaires) et 25 (protection judiciaire), les proches de la défunte alléguèrent en plus de la violation des dispositions précitées celle de l'article 5, combiné avec l'article 1§1 relatif à l'obligation de respecter les droits garantis (§219.c)⁷⁰. Ils obtinrent gain de cause, puisque sur ce point, la condamnation de l'Etat pour son manque d'efficacité dans l'enquête menée sur la mort de l'anthropologue fut affirmée. Le cas *Tibi*⁷¹ est également emblématique de cette possibilité offerte par le nouveau règlement de procédure de la Cour. L'arrestation et la détention extra-judiciaires du Français Daniel Tibi en Equateur – sur la base d'allégations

que la présumée victime, Ivcher Bronstein, ne le fasse et devienne par la suite le pétitionnaire principal, Cour IDH, 24 septembre 1999, Compétence, *Ivcher Bronstein c. Pérou*, §§3 et 5.

⁶⁶ Article 23 (participation des présumées victimes) du Règlement de la Cour IDH : « 1. Después de admitida la demanda, las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados podrán presentar sus solicitudes, argumentos y pruebas en forma autónoma durante todo el proceso. 2. De existir pluralidad de presuntas víctimas, familiares o representantes debidamente acreditados, deberán designar un interviniente común que será el único autorizado para la presentación de solicitudes, argumentos y pruebas en el curso del proceso, incluidas las audiencias públicas. 3. En caso de eventual desacuerdo, la Corte resolverá lo conducente. »

⁶⁷ Article 2 §15 du règlement de la Cour : « el término “familiares” significa los familiares inmediatos, es decir, ascendientes y descendientes en línea directa, hermanos, cónyuges o compañeros permanentes, o aquellos determinados por la Corte en su caso ».

⁶⁸ GARCÍA RAMÍREZ S. « Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana », *La Jurisdicción internacional. Derechos humanos y la justicia penal*, Mexico, Editorial Porrúa, 2003, p.103.

⁶⁹ Cour IDH, 28 février 2003, *Cinq pensionnaires c. Pérou*, Série C n°98, §§153-155.

⁷⁰ Le contexte était particulier car l'Etat guatémalteque avait reconnu sa responsabilité internationale pour les frais incriminés.

⁷¹ Cour IDH, 7 septembre 2004, *Tibi c. Equateur*, Série C n°114.

portant sur sa prétendue participation à un réseau de narcotrafiquants – furent contestées par la Commission IDH. Elle alléguait la violation de certaines dispositions des articles 5 (droit à l'intégrité physique et mentale), 7 (droit à la liberté personnelle), 8 (garantie judiciaire), 21 (droit à la propriété privée) et 25 (protection juridictionnelle) en combinaison avec l'article 1§1 (obligation de respecter les droits) à l'encontre de la seule victime directe, M. Tibi. Ses représentants ne se limitèrent point à une telle approche, mais élargirent considérablement la requête. Ils invoquèrent non seulement la violation des articles 1, 6 et 8 de *la Convention interaméricaine contre la torture*, mais également la violation – « pour la souffrance qu'ils endurèrent ⁷² » – du droit à l'intégrité physique et morale de l'épouse et de ses enfants (issus d'une première union), du fils du requérant (également issu d'une première union) et enfin de la fille qu'ils avaient eu ensemble. Cette stratégie judiciaire porta ses fruits car la Cour reconnut, tant la violation de l'article 5 à l'encontre de Daniel Tibi que celle l'article 5§1 – en liaison avec l'article 1§1 – pour les proches de celui-ci. Leur « intégrité personnelle » fut en effet mise à mal du fait de la détention illégale et arbitraire du requérant, du défaut de procès équitable et de la torture à laquelle il fut soumis dans la mesure où ses proches vécurent dans l'angoisse pendant le laps de temps où le lieu de sa détention resta inconnu, et éprouvèrent des « sentiments d'impuissance et d'insécurité devant la négligence des autorités étatiques à faire cesser la détention illégale et arbitraire » du requérant (§160).

On comprend aisément qu'avec une telle approche extensive, la Cour entend ériger la personne humaine comme sujet du droit international et contourner la limite posée encore par le système interaméricain d'un accès indirect au prétoire de la Cour.

B. — La multiplicité des « titulaires » du droit à réparation

L'article 63§1 de la CADH précise que le paiement d'une juste indemnisation sera effectué à la « partie lésée » (*parte lesionada*). Il s'agit d'une notion qui n'a pas été définie par la Convention ADH ce qui a permis à la Cour de San José de délivrer une interprétation prétorienne de cette notion ⁷³. Elle considéra, dans un premier temps, qu'il ne pouvait s'agir que de la victime directe de la violation. Cependant, elle ne maintient guère très longtemps une telle analyse. La jurisprudence connut un tournant à 180 degrés dans les années 2000, ce qui coïncida — et ce n'est évidemment pas anodin — avec la nouvelle rédaction du Règlement intérieur de la Cour. Le Juge interaméricain, dans le cadre des affaires *Trujillo Oroza* ⁷⁴, *Las Palmeras* ⁷⁵, *Humberto Sánchez* ⁷⁶, *Myrna Mack Chang* ⁷⁷ considéra que les « proches » (*familiares*) de la victime directe pouvaient être considérés comme titulaires du droit à réparation – conçu comme *un véritable droit subjectif* – et ce de deux manières distinctes. La première en tant que bénéficiaires ou ayants droit des réparations que l'Etat doit

⁷² Cour IDH, 7 septembre 2004, *op.cit.*, §25.

⁷³ FAÚNDEZ LEDESMA H., *El sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, IIDH, 2004 (3^o ed.), pp.863-870.

⁷⁴ Cour IDH, 27 février 2002, Réparations, *Trujillo Oroza c. Bolivie*, §54 : « La Corte procederá ahora a determinar cuáles personas deben considerarse como “parte lesionada” en los términos del artículo 63.1 de la Convención Americana. En vista de que las violaciones a la Convención establecidas por la Corte en su sentencia de 26 de enero de 2000 fueron cometidas en perjuicio de José Carlos Trujillo Oroza y sus familiares, estos últimos deben considerarse comprendidos dentro de la categoría de “parte lesionada” y ser acreedores de las reparaciones que fije la Corte, tanto en relación al daño material, cuando corresponda, como en relación al daño inmaterial ». (C'est nous qui soulignons).

⁷⁵ Cour IDH, 26 novembre 2002, Réparations, *Las Palmeras c. Colombie*, n^o C 96.

⁷⁶ Cour IDH, 7 juin 2003, *Humberto Sánchez c. Honduras*, §§155-156.

⁷⁷ Cour IDH, 25 novembre 2003, *Myrna Mack Chang c. Guatemala*, §§242-245. Voir également le *voto concurrente* de S. García Ramírez qui développe une leçon magistrale à propos de la question des titulaires du droit à réparation en pointant les raisons d'être des grandes lignes de la jurisprudence en la matière.

verser comme conséquence des violations des droits fondamentaux de la victime directe ; la seconde en tant que victime *per se*⁷⁸ et ce, quand bien même le « proche » en question n'ait pas participé à la procédure devant la Cour⁷⁹.

Ainsi, l'amplitude des titulaires du droit à réparation est assez exceptionnelle et permet à la Cour d'indemniser non seulement les membres de la famille du disparu ou de la victime retrouvée morte – en tant qu'héritiers, *herederos*⁸⁰ – comme la victime ayant subi des actes de torture et qui aurait réussi à sauver sa vie, mais également des personnes qui se situent au-delà du cercle familial *stricto sensu* et qui, en tant que tels, peuvent obtenir réparation sur la base d'un droit propre (*derecho propio*)⁸¹. Dans l'affaire *Juan Humberto Sanchez*, la personne qui avait joué le rôle de « *padre de crianza* », le rôle de père éducatif, sans être le père biologique, a été considéré par la Cour comme suffisamment proche de la victime et a été indemnisé comme s'il s'agissait du père biologique. Si on ajoute à cette donne, le fait que la Cour ne se considère pas liée par les qualifications juridiques des droits internes dans la détermination des « héritiers », la jurisprudence interaméricaine, tant sur le concept de victime que sur son corollaire au niveau de la réparation, apparaît comme extrêmement audacieuse. Comment ne pas penser que le contexte latino-américain constitue évidemment l'explication sociologique d'une telle démarche juridique ? Ainsi, il est plusieurs affaires où la Cour s'écarte délibérément de la notion juridique de famille et d'héritiers – telle que posée par le droit interne de l'Etat défendeur – pour s'appuyer sur la définition de la famille retenue dans la tribu d'où était issue la victime directe qui admettait notamment la polygamie⁸².

* * *

L'analyse de la jurisprudence interaméricaine est révélatrice des enjeux qui étreignent une Cour d'un continent sans cesse aux prises avec des défis majeurs d'ordre social, économique et politique. La jurisprudence de la Cour de San José témoigne d'une ouverture maximale aux instruments internationaux comme à la jurisprudence internationale, comme s'il était question d'asseoir un peu mieux, un peu plus, son autorité. De ces emprunts normatifs ne découle pas toujours une conceptualisation aboutie des notions voisines, mais distinctes, de torture et de traitement cruel, inhumain et dégradant. Toutefois, au-delà de cette réserve d'ordre analytique, la jurisprudence de la Cour IDH témoigne d'une audace sans précédent pour rendre au mieux justice aux victimes d'une violation de l'article 5 Convention ADH. Dans ce contexte, la Cour se plaît à rappeler, quasi-systématiquement, que cette disposition consacre une prohibition

⁷⁸ Cour IDH, 7 juin 2003, *Humberto Sánchez c. Honduras*, §152.a.

⁷⁹ Cour IDH, 25 novembre 2003, *Myrna Mack Chang c. Guatemala*, §245 : « En lo que respecta a Vivian Mack Chang, este Tribunal estima que, pese a que no ha participado en el presente proceso, ni en forma personal ni a través de representante, ha sido demostrado que es hermana de la víctima. En razón de lo anterior, la Corte presume que ha sido víctima de los mismos sufrimientos que han afectado al resto de la familia, por lo que también debe ser beneficiaria de las reparaciones ». (C'est nous qui soulignons).

⁸⁰ Cour IDH, 26 mai 2001, Réparation, *Villagrán Morales et autres (« Enfants de la Rue ») c. Guatemala*, §67 : « La Corte ha indicado, y lo reitera nuevamente, que el derecho a la indemnización por los daños sufridos por las víctimas hasta el momento de su muerte se transmite por sucesión a sus herederos. » (C'est nous qui soulignons).

⁸¹ *Ibid.*, §68, voir également Cour IDH, Réparations, 27 novembre 1998, *Castillo Páez c. Pérou*, §59 ; Cour IDH, 27 août 1998, Réparations, *Garrido et Baigorria c. Argentine*, §50 ; Cour IDH, 10 septembre 1993, Réparations, *Aloeboetoe et autres c. Surinam*, §54.

⁸² Cour IDH, 10 septembre 1993, Réparations, *Aloeboetoe et autres c. Surinam*, §§54-66, spec. §62

absolue et intangible, quelles que soient les circonstances⁸³. L'acception compréhensive des notions de victime et de bénéficiaire du droit à réparation est, de ce point de vue, tout à fait remarquable. Toute la jurisprudence des neuf Sages démontre qu'ils prennent très au sérieux leur rôle qui consiste à protéger, au mieux, les droits de l'homme avant d'être le garant des droits des États. Analyses *pro homine*, encore et toujours.

⁸³ Cour IDH, 8 juillet 2004, *Los Hermanos Gómez Paquiyauri c. Pérou*, série C n°110, §114 ; Cour IDH, 7 septembre 2004, *Tibi c. Equateur*, série C n°110, §143;