

L'AMÉRIQUE LATINE EST À L'HONNEUR. ANTÔNIO A. CANÇADO TRINDADE IN DOCTRINE

LATIN AMERICA IS IN THE SPOTLIGHT. ANTÔNIO A. CANÇADO TRINDADE IN DOCTRINE

LAURENCE BURGORGUE-LARSEN*

RÉSUMÉ

Le présent texte est un commentaire sur le travail intellectuel d'Antônio Augusto Cançado Trindade, premier juriste latino-américain à prendre place au sein de la belle et prestigieuse collection Doctrine(s) créée et dirigée par Emmanuelle Jouannet (et reprise aujourd'hui par Jean Matrigne). Le texte analyse à la fois les positions de l'auteur en tant que représentant d'une tradition juridique latino-américaine et spécialiste des droits de l'homme. Le lecteur pourra constater que la vision humaniste «Cançado Trindadienne» s'installe profondément dans le temps, ici celui du contentieux interaméricain. Il s'agit sans conteste, d'un aspect majeur de son œuvre : réussir à s'incarner, de façon effective, dans le droit positif.

MOTS-CLEFS: Cançado Trindade. Droits De l'homme. Tradition Juridique. Droit Positif.

ABSTRACT

This text is a commentary on the intellectual work of Antônio Augusto Cançado Trindade, the first Latin American jurist to take a place in the beautiful and prestigious Doctrine(s) collection created and directed by Emmanuelle Jouannet (and taken over today by Jean Matrigne). The text analyzes both the positions of the author as a representative of a Latin American legal tradition and a specialist in human rights. The reader will be able to observe that the humanist vision «Cançado Trindadienne» settles deeply in time, here that of inter-American litigation. This is undoubtedly a major aspect of his work: succeeding in being embodied, in an effective way, in positive law.

KEYWORDS: Cançado Trindade. Human Rights. Legal Tradition. Positive Law.

Antônio A. Cançado Trindade est le premier juriste latino-américain à prendre place au sein de la belle et prestigieuse collection Doctrine (s) créée et dirigée par Emmanuelle Jouannet. C'est un événement en soi. Sa présence fait sens, à double titre. Elle honore en premier lieu le parcours exceptionnel d'Antônio A. Cançado Trindade qui a bâti, sans relâche, avec une conviction et une détermination sans failles, une œuvre imposante et résolument engagée. Au travers de sa personne, c'est aussi un continent qui est célébré : celui plus précisément où l'on parle espagnol et portugais et que l'on a coutume de qualifier d'« ibéro-américain » ou de « latino- américain »¹ (comme pour mieux marteler

* Professora de Direito Internacional dos Direitos Humanos na Faculdade de Direito da Université Paris I Panthéon Sorbonne. *E-mail:* Laurence.Burgorgue-Larsen@univ-paris1.fr.

1 L'Amérique latine est communément identifiée par la combinaison de plusieurs critères tirés tout à la fois de la géographie, de l'histoire, de la sociologie politique, et de la langue. Ainsi, les pays dits d'Amérique latine intègrent les pays hispanophones et de langue portugaise qui se situent dans la région qui s'étend au Sud de la frontière séparant le Mexique des États d'Unis d'Amérique.

la différence avec une partie du nord – anglo-saxon) et dont le tribut au droit international public a été et continue d'être majeur.

La notoriété d'Antônio A. Cançado Trindade à travers le monde est incontestable tant il a su mener de front deux grandes carrières dont on va voir, qu'en réalité, elles sont irrémédiablement enchevêtrées. On devrait plutôt parler d'un seul parcours, mieux d'un seul engagement qui s'est matérialisé au travers de plusieurs types de fonctions. Car contrairement à certains internationalistes dont les fonctions de praticiens ont rejailli sur leur manière d'appréhender et d'étudier le droit international, on peut affirmer que pour Antônio A. Cançado Trindade ce sont ses convictions théoriques et philosophiques sur la nature et les finalités du droit international – qu'il mit en lumière très tôt dans le cadre de sa monumentale thèse de doctorat soutenue à l'Université de Cambridge en 1977² – qui ont innervé ses fonctions de « praticien ».

Il s'agit avant tout d'un intellectuel universitaire qui – au travers de ses multiples écrits comme de ses nombreux enseignements – sur sa terre natale bien sûr au Brésil, mais également à travers le monde au sein d'une myriade d'Universités et d'Instituts prestigieux – n'a eu de cesse de présenter, on devrait plutôt dire prôner, défendre, plaider pour une vision humaniste du droit international. Plusieurs fois récompensé à différents endroits du globe pour son œuvre doctrinale³ – qui prit l'allure d'un « couronnement » comme il le confesse⁴ avec son cours à l'Académie de La Haye⁵ – il est avant tout un universitaire – marqué par la passion de l'enseignement, c'est-à-dire par la transmission d'un savoir au sein de l'Universitas, cette alma mater pour laquelle il a le plus profond respect⁶. Ce goût pour la diffusion des connaissances – il est en effet sensible à l'idée de fournir aux futures générations une vision

2 « Monumentale » est le mot ; elle faisait pas moins de 1728 pages. Elle fut honorée du Yorke Prize. Elle était consacrée à un thème qui fera les beaux jours de ses activités d'universitaire et de juge, i.e. la règle de l'épuisement des voies de recours internes. Elle fut publiée (dans une version réduite) en 1983 sous le titre *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 445 p.

3 Il est notamment Docteur Honoris Causa de plusieurs universités de par le monde.

4 Voir son introduction dans cet ouvrage.

5 Dispensé en 2005, il fut entièrement actualisé et réédité, Antônio A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind - Towards a New Jus Gentium*, Leiden/The Hague, Nijhoff/The Hague Academy of International Law (Monograph Series n. 6), 2010, 726p.

6 Il suffit de prendre connaissance de son opinion séparée (voto razonado) sous l'affaire *La Cantuta* (Cour IDH, 29 novembre 2006, Fond et réparations, *La Cantuta c/ Pérou*, Série C n°162), plus particulièrement les développements du III^e point intitulé « L'agression inadmissible à l'Universitas » pour se rendre compte à quel point il tient en haute estime ce lieu de culture et de savoir. Il y mentionne notamment un passage lumineux du très grand intellectuel espagnol José Ortega y Gasset issu de son ouvrage, *Misión de la Universidad*, Madrid, 1930, Reed. 2002 Ed. Occidente/Alianza.

humaniste du droit international⁷ – est assurément à la hauteur de son engagement intellectuel. Mais il n'est pas que cela. Certes, le petit monde des internationalistes ne peut ignorer sa prise de fonctions au sein de la Cour internationale de Justice depuis février 2009 – après y avoir fait une incursion comme juge ad hoc dans une affaire « centraméricaine »⁸. Il est ainsi le dix-septième juge latino-américain⁹ à siéger au Palais de la Paix. Sa présence s'inscrit dans le sillage de juges Argentins¹⁰, Chiliens¹¹, Uruguayens¹², Mexicains¹³, Péruviens¹⁴, Salvadoriens¹⁵, Vénézuéliens¹⁶, et bien évidemment, de ses quatre prédécesseurs Brésiliens¹⁷. Il rejoint ainsi de grands juristes qui ont marqué la pensée latino-américaine du droit international tel le Chilien Alejandro Álvarez, le Péruvien Gonzalo Parra-Aranguren, le Salvadorien José Gustavo Guerrero ou l'Uruguayen Eduardo Jiménez de Aréchaga qui eurent également l'honneur d'être des juges internationaux. Cette présence remarquée au sein de la Cour internationale de Justice constitue la consécration emblématique d'un parcours de juge international démarré au sein de la Cour interaméricaine des droits de l'homme qui a incontestablement marqué sa vie et son œuvre. Il y siégea tout d'abord dans deux affaires comme juge ad hoc désigné par le gouvernement du Suriname¹⁸ ; il y était élu ensuite à deux reprises consécutives par l'Assemblée

7 Son introduction à cet ouvrage en témoigne parfaitement.

8 Il s'agit de l'affaire du Différend relatif à des droits de navigation et à des droits connexes où il avait été désigné par le Costa Rica. Ce différend a donné lieu à l'arrêt de la CIJ du 13 juillet 2009, *Costa Rica c/ Nicaragua*.

9 Le Guyana a été représenté une fois par le juge Mohamed Shahabuddeen entre 1988 et 1997. Toutefois, cet Etat n'étant pas un pays hispanophone ou lusophone, on n'a pas intégré parmi la liste des pays dits « latino-américains ».

10 José Maria Ruda (1973-1991) et Lucio Manuel Moreno Quintana (1955-1964).

11 Le Chili n'a été représenté qu'à une seule reprise par le très célèbre juriste Alejandro Álvarez (1946-1955).

12 Eduardo Jiménez de Aréchaga (1970-1979) et Enrique C. Armand-Ugon (1952-1961).

13 Le Mexique, grand pays d'Amérique du Nord du point de vue géographique, mais « latino-américain » par sa culture, a été représenté à quatre reprises par Bernardo Sepúlveda Amor (2006 –), Luis Padilla Nervo (1964-1973), Roberto Cordova (1955-1964) et Isidro Fabella (1946-1952).

14 Le Pérou n'a été représenté qu'à une seule reprise par le juge José Luis Bustamante y Rivero (1961-1970).

15 Le Salvador n'a été représenté qu'à une seule reprise en la personne du juge José Gustavo Guerrero (1946-1958).

16 Les juges Gonzalo Parra-Aranguren (1996-2009) et Andrés Aguilar-Mawdsley (1991-1995).

17 Les juges Francisco Rezek (1997-2006), José Sette-Camara (1970-1988), Levi Fernandez Carnero (1951-1955), José Philadelpho de Barros e Aezvedo (1946-1951).

18 Il s'agit des affaires Aloebotoe et autres (Cour IDH, 4 décembre 1991, *Fond, Aloebotoe et autres c. Suriname*, Série C n° 11 ; Cour IDH, 10 septembre 1993, *Réparations, Aloebotoe et autres c. Suriname*, Série C n°15) et *Gangaram Panday* (Cour IDH, Exceptions préliminaires, 4 décembre 1991, *Gangaram Panday c/ Suriname*, Série C n°12 avec la présentation de sa première opinion concordante ; Cour IDH,

21 janvier 1994, *Fond et réparations, Gangaram Panday c/ Suriname*, Série C n° 16, avec la présentation de sa première opinion dissidente conjointe aux côtés des juges Picado Sotela et Aguiar-Aranguren).

générale de l'Organisation des Etats américains¹⁹ pour y rester jusqu'en 2006 après en avoir été le président pendant cinq ans (1999- 2004)²⁰.

Ces fonctions de juge international ne sont toutefois que la facette visible d'un parcours de praticien foisonnant. Dès 1985 et pendant cinq ans, dans un Brésil nouvellement démocratique, il œuvra sans relâche au sein du Ministère des affaires étrangères afin que la politique juridique extérieure de son pays soit à la hauteur d'aspirations plus humanistes que nationalistes en étant un aiguillon exigeant afin que le Brésil accepte de ratifier certains grands traités de protection des droits de l'homme. Il était à Vienne en 1993 comme représentant de son pays à l'heure où les Nations-Unies y réunissaient la deuxième Conférence sur les droits de l'homme. Il était à Belem do Pará en 1994 quand l'Organisation des Etats américains parrainait deux importants traités régionaux, l'un sur l'éradication de la violence faite aux femmes, l'autre sur l'interdiction du crime de disparitions forcées, deux domaines où l'Amérique latine fut d'ailleurs pionnière en termes d'ingénierie normative.

Ces quelques exemples ne font que révéler au public la richesse inouïe d'une vie. Or, à travers la vie et l'œuvre d'Antônio A. Cançado Trindade, c'est tout un continent qui est révélé et mis en lumière, pour ne pas dire re-découvert par les internationalistes continentaux. Les projecteurs doctrinaux sont ainsi braqués, une fois n'est pas coutume, sur les Amériques. Mosaïques de peuples et de cultures, las Américas sont pourtant reliées entre elles par un sentiment d'appartenance à l'univers de la latinité qui s'oppose de façon radicale à la culture anglo-saxonne incarnée par les Etats-Unis d'Amérique. Depuis les Indépendances, ce géant du Nord a voulu y asseoir son hégémonie en tentant d'imposer sa vision de la politique comme sa superpuissance économique. Maîtriser les idéologies et dominer les marchés avait notamment pour objectif de canaliser ce que les Etats-Unis ont longtemps considéré comme leur « arrière-cour ». Il n'en fallait pas plus pour qu'en dépit des différences géographiques, politiques, culturelles, économiques entre les pays de culture latine, l'Union finisse par émerger et s'imposer en dépassant les clivages entre « indigénistes » et « hispanistes », entre hispanophones et lusophones, entre « micro Etats » et « Etats continents », entre pays prospères et pays en faillite etc... Bref, l'impérialisme américain a été un des leviers de l'unification latino-américaine, souvent rêvée et magnifiée il est vrai, en tout cas, toujours en projet. Ainsi, sortir des sentiers balisés par des penseurs originaires de l'Occident – bien qu'ils soient tous reliés par un objet d'étude commun, le droit international – est essentiel pour découvrir, comprendre et le cas échéant adhérer à des œuvres

19 Les votes eurent lieu en 1994 et 2000 et couvraient les périodes 1995-2000 et 2001-2006.

20 En ce sens, il rejoint une partie du parcours de Thomas Buergenthal qui fut également juge et président de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (1979-1991) et qui a ensuite siégé pendant dix ans au sein de la Cour internationale de justice (2000-2010).

originales marquées d'une manière ou d'une autre par un contexte singulier, celui du pays et du continent d'origine de leur auteur ainsi que des courants philosophiques et politiques qui les ont traversés. Même si l'impressionnante culture littéraire et juridique d'Antônio A. Cançado Trindade s'est nourrie indiscutablement des grandes œuvres que l'Europe et les Etats-Unis ont produit à travers les siècles ; même s'il est incontestablement au confluent de plusieurs cultures juridiques²¹ – il n'en reste pas moins qu'il est viscéralement attaché à sa terre natale et à son continent « latin ». Il s'enorgueillit de porter très haut et très loin l'étendard de la culture latino-américaine, à l'instar d'autres illustres juristes du continent auxquels il rend hommage dès que l'occasion se présente²². Il faut dire qu'aujourd'hui – beaucoup plus qu'hier – cette culture juridique en provenance du continent latino-américain est injustement délaissée pour ne pas dire superbement ignorée par la grande majorité des membres qui composent la communauté des internationalistes, à tout le moins dans l'univers francophone. En effet, il est symptomatique de constater qu'une nouvelle génération de juristes latino-américains, formés notamment aux Etats-Unis et écrivant en anglais, valorisent par leurs écrits (y compris critiques bien évidemment), l'influence de la doctrine latino-américaine sur le droit international²³. Ils participent ainsi

21 Il se plaît à souligner que son appétence pour les Ailleurs n'a pas de limites. Il aime découvrir les cultures et les idées en provenance d'Afrique noire, d'Afrique du Nord, d'Asie etc... Une clé d'entrée parmi d'autres, pour lui, étant l'histoire des religions.

22 Les discours prononcés lors des cérémonies organisées afin de lui remettre le titre de Doctor Honoris Causa ont été l'occasion pour lui, systématiquement, de rendre hommage à de grands juristes et politiques latino-américains, imprégnés de la philosophie de l'Etat de droit et de la prééminence du droit sur la force. Le dernier texte de cet ouvrage le démontre quelque peu (« Vers le nouveau jus gentium du XXIème siècle : le droit universel de l'Humanité »). D'autres sont encore plus explicites, on renvoie notamment aux discours prononcés à Bogotá le 26 janvier 2006 et à La Plata le 7 avril 2006 où les œuvres du juriste colombien Jesús María Yepes et du politique Alberto Lleras Carmago (ancien Président Colombien, 1945-1946/1958-1962) ou encore des juristes argentins Luis María Drago et Carlos Calvo ont été présentées, pour ne mentionner que les auteurs les plus connus. Ces textes avec d'autres, écrits en espagnol, ont été rassemblés dans un ouvrage intitulé *El ejercicio de la función judicial internacional. Memorias de la Corte Interamericana de derechos humanos*, DelRey Editora, Belo Horizonte (Brazil), 2011, 395 p. spec. pp. 267-288 et 289-312. Il n'a pas hésité également dans le cadre de sa fonction judiciaire à valoriser l'œuvre de grands juristes internationalistes à l'instar du Salvadorien Gustavo Guerrero qui, en 1930, signait, aux éditions Pedone, un ouvrage intitulé, *La codification du droit international*. Il le faisait dans la tristement célèbre affaire des Sœurs Serrano Cruz (Cour IDH, Exceptions préliminaires, 23 novembre 2004, Les sœurs Serrano Cruz c/Le Salvador, Série C n°118). Il émettait une opinion séparée dissidente qui voulait mettre à l'encan la politique de réserve à la Convention du gouvernement salvadorien. En rappelant les écrits de Guerrero qui avait défendu l'unité et l'universalité du droit comme l'idéal de justice internationale, il entendait rappeler au gouvernement une certaine tradition humaniste défendue par de grands intellectuels salvadoriens... D'une manière générale, il convient de signaler ses études, menées avec A. Martínez Moreno et F. Vidal Ramírez, entièrement consacrées à l'apport des juristes latino-américains au droit international, A.A. Cançado Trindade, A. Martínez Moreno, *Doctrina latinoamericana del Derecho internacional*, vol. I ; San José de Costa Rica, Corte interamericana, 2003, pp.5-64 ; A.A. Cançado Trindade, F. Vidal Ramírez, *Doctrina latinoamericana del Derecho internacional*, vol. II ; San José de Costa Rica, Corte interamericana, 2003, pp. 5-66.

23 Ils arrivent ce faisant à « banaliser » (dans le bon sens du terme) cette approche dans l'analyse contemporaine du droit international dans la littérature anglo-saxonne. Les travaux de la

à une réactivation de la pensée latino-américaine du droit international. C'est mérité tant le legs de l'Amérique latine au droit international est immense. Il est impossible dans ces quelques lignes d'en dresser un tableau juste et exhaustif. L'élément sur lequel toutefois on désire s'attarder est le suivant : il est assez fascinant de constater que nombre de juristes latino-américains ont pour point commun d'avoir été des précurseurs.

Ne sont-ils pas ceux qui ont « inventé » des règles spécifiques de droit international au point de donner naissance à ce que le grand juriste chilien Alejandro Álvarez a appelé dès 1910 « le droit international américain »²⁴? N'ont-ils pas été pionniers en imaginant des structures donnant vie au panaméricanisme dont René-Jean Dupuy considérait qu'il s'acheminait vers le fédéralisme²⁵? N'ont-ils pas laissé, pour les plus connus d'entre eux, leur nom dans les annales de l'histoire de ce que l'on appelle pudiquement des « doctrines »? Le lecteur pourrait penser que ces exemples parcellaires ne mettent pas en valeur de façon décisive la contribution des juristes latino-américains au droit international et que l'apport de l'Amérique latine au droit international s'avère somme toute limité, pis, négatif, pour n'avoir créé qu'une sorte de particularisme in fine destructeur de la (sacro-sainte) unité du droit international²⁶. Ce serait totalement se méprendre.

Précurseurs dans l'ingénierie du spécifique, ils furent également inventeurs dans la fabrication et la promotion de l'universel²⁷. Non contents d'avoir créé à partir de la pratique des Etats latino-américains un droit international ad hoc au début et au milieu du siècle dernier, ils ont su également diffuser leurs idées, pour

Colombienne Liliana Obregón sont, à cet égard, topiques. On lira avec profit « The colluding worlds of the lawyer, the scholar and the policymaker : a view of international law from Latin America », *Wisconsin International Law Journal*, vol.23, Issue 1, 2005, pp. 145-172 ; « Latin American International Law », *Routledge Handbook of International law*, 2009, pp. 154-164. Mentionnons également les analyses d'A. Becker Lorca, « International Law in Latin America or Latin American International Law ? Rise, Fall and Retrieval of a Tradition of Legal Thinking and Political Imagination », *Harvard International Law Journal*, Vol. 47, 2006, pp. 283-305.

24 A. Álvarez, *Le droit international américain. Son fondement. Sa Nature d'après l'Histoire diplomatique des Etats du Nouveau Monde et leur Vie Politique et Economique*, Paris, Pedone, 1910, 386 p. Il faut dire, pour être tout à fait exact, que cette vision n'était pas partagée par tous. Ainsi, le Brésilien M.A. de Souza dès 1912 signait un ouvrage qui s'opposait à cette thèse, *De la non-existence d'un droit international américain*, Rio de Janeiro, L. Figueredo, 290 p.

25 R.-J. Dupuy, *Le Nouveau panaméricanisme, L'évolution du système interaméricain vers le fédéralisme*, Paris, Pedone, 1956, 256 p.

26 Surtout si on a en tête un tableau plus ample du particularisme conventionnel américain qui se distingue en mettant en place des règles dont les domaines de validité (spatial, personnel et matériel) sont différents de ceux à portée universelle, v. notamment J. Barberis, « Les règles spécifiques du droit international en Amérique latine », *RCADI*, vol. 235, 1992, pp. 81-230.

27 Antonio A. Cançado Trindade rappelle régulièrement les apports de l'Amérique latine au droit international général et pas uniquement au droit international des droits de l'homme, voir son article, « Los aportes latinoamericanos al derecho y a la justicia internacionales », in *Doctrina latinoamericana de derecho internacional*, Tomo I, Corte interamericana de los derechos humanos, San José, 2003.

ne pas dire leurs conceptions et leurs visions du droit international à l'échelle universelle²⁸.

Entre en scène ici le domaine de prédilection d'Antônio A. Cançado Trindade : les droits de l'homme ou – pour cadrer avec le titre de cet ouvrage – les droits pour la personne humaine – vocable neutre s'il en est qui gomme l'appellation souvent qualifiée de sexiste de droits de l'« homme ». S'il existe bel et bien un domaine où l'Amérique latine – très tôt, au moment où elle a pris corps aux yeux du monde, c'est-à-dire au moment de la Conquista²⁹ – a été à l'origine d'une vision la plus universelle qui soit, c'est bien dans le domaine des droits de la personne humaine³⁰. Sans remonter ici à l'apport d'un homme aussi crucial que Bartolomé de Las Casas dans l'historiographie de la Conquête des Indes et dans la naissance de l'Idée des droits de l'homme au sein des Amériques (il en sera question un peu plus loin), on aimerait donner trois exemples précis qui jalonnent le XXe siècle. Ils démontreront au lecteur, je l'espère, le caractère assurément pionnier des constructions intellectuelles des juristes issus du Nouveau Monde.

Démarrons à l'aube du XXe siècle. Tous les internationalistes connaissent la doctrine de l'Equatorien Carlos Tobar qui fut en 1907 à l'origine d'une réflexion sur la question de la reconnaissance des gouvernements³¹. Dans un continent, et notamment une sous-région, l'Amérique centrale, marquée par la fréquence des coups d'Etat, l'objectif de cette doctrine était de réduire ce qui était une pathologie politique afin d'asseoir durablement des régimes stables et démocratiques. Elle trouva une consécration conventionnelle dans le traité du 20 décembre 1907 dont les Hautes parties contractantes – le Costa-Rica, le Salvador, le Guatemala, le Honduras et le Nicaragua – s'engageaient à ne reconnaître « aucun gouvernement qui viendrait à s'établir dans l'une quelconque des cinq Républiques à la suite d'un coup d'Etat ou d'une révolution contre un gouvernement reconnu, tant que la représentation du peuple, librement élu, n'aurait pas réorganisé le pays dans la forme constitutionnelle³² ». A

28 Certains vont même jusqu'à penser que la valorisation du spécifique avait un objectif « universel », v.

L. Obregón, « Noted for Dissent : the International Life of Alejandro Alvarez », *Leiden Journal of International Law*, 2006, pp. 983-1016 ; « The Universal Declaration of Human Rights and Latin America », *Maryland Journal of International Law*, vol. 24, 2009, pp. 94-98.

29 Le lecteur aura compris que ce processus de révélation au monde de ce nouveau continent ne veut évidemment pas dire qu'il n'existait pas antérieurement et que les peuples et les cultures qui s'y déployaient n'étaient pas vivaces et dignes d'intérêt. Bien au contraire.

30 A cet égard, parmi une littérature abondante, on renvoie à l'analyse éclairante de P. G. Carozza, « From Conquest to Constitutions : Retrieving a Latin American Tradition of the Idea of Human Rights », *Human Rights Quarterly*, 2003, pp. 282-313.

31 On doit également mentionner dans le prolongement de la « doctrine Tobar », la doctrine du Mexicain Genaro Estrada qui reposait, grosso modo, sur les mêmes fondements et qui fut formulée en 1930.

32 Convention de Washington du 20 décembre 1907, Nouveau Recueil général des traités

l'époque, l'effectivité conventionnelle resta cantonnée aux Etats d'Amérique centrale. Ne peut-on pas y voir toutefois les racines idéologiques de la « clause démocratique » de la Charte de l'OEA révisée en 1992 (article 9) comme de la Charte démocratique interaméricaine adoptée à Lima le 11 septembre 2001 ? Mieux, ces « manifestations » latino-américaines d'une théorie de la légitimité constitutionnelle ne sont-elles pas en réalité ce qui, depuis 1945, est une donnée structurelle de fond du droit international – à savoir orchestrer la mise en place d'Etats démocratiques et s'assurer de leur maintien par l'organisation d'élections libres ? Pour le dire encore différemment, la Doctrine Tobar – conventionnalisée en 1907 entre les seuls cinq pays d'Amérique centrale et ayant atteint ses titres de noblesse à l'échelle du continent à la fin du XXe siècle et au début du XXIe siècle – ressemble à s'y méprendre à ce qu'Emmanuelle Jouannet présente comme le courant libéral des droits de l'homme qui ne serait en réalité qu'une des deux grandes finalités du droit international depuis ses origines³³. Si le lecteur acceptait un tel rapprochement, alors le caractère pionnier de ce qui était considéré au début du XXe siècle comme une simple « doctrine » territorialement limitée serait proprement spectaculaire dans la mesure où elle atteignait l'universalité des décennies plus tard. En un mot, Carlos Tobar a imaginé de façon concrète et effective ce que le droit international – à travers l'action des Nations Unies – impose aujourd'hui tous les jours à ses Etats membres.

Poursuivons notre pérégrination sur les sentiers de la pensée juridique latino-américaine en mentionnant le moment politique qui, de l'avis de tous, a marqué un tournant irréversible en matière de droits de l'homme : 1948. C'est l'année de l'adoption de l'avant-gardiste Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme le 2 mai et de la fondamentale Déclaration universelle des droits de l'homme le 10 décembre. Il faut remonter à 1916 et à l'ingénierie d'Alejandro Álvarez pour apercevoir les origines de ces Déclarations matricielles. Le juriste Chilien, dans le cadre des travaux de l'Institut Américain de Droit international – dont il fut le co-fondateur avec James Brown Scott, grand admirateur et promoteur de la vision des théologiens espagnols Vitoria et Suárez – fit la promotion de ce qu'il appelait déjà la « Déclaration des droits et devoirs des Nations ». Y trônait bien évidemment une section sur les « droits internationaux des individus » dont le caractère « inhérent » était proclamé afin qu'ils soient protégés en tout lieu et à l'égard de toute personne quelle que soit sa nationalité³⁴. Nul doute que ce précédent influença d'une manière ou

(Martens), 3ème série, tome III, p. 94.

33 E. Jouannet, *Le droit international libéral-providence. Une histoire du droit international*, Bruxelles, Bruylant-Editions de l'Université de Bruxelles, 2011, spec. pp. 231-247.

34 L. Obregón, « The Universal Declaration of Human Rights and Latin America », *Maryland Journal of International Law*, vol. 24, 2009, pp. 94-98, spec. p. 95-96. L'auteur relate que ces droits inhérents à la personne humaine incluaient notamment le droit à la vie, à la liberté, à la propriété sans distinction de nationalité, de sexe, de race, de langue ou de religion. L. Obregón

d'une autre la confection de la Déclaration américaine ; à son tour, nul doute que les discussions tenues à l'occasion de la 9^{ème} Conférence interaméricaine à Bogotá en 1948 furent dans les esprits des nombreux délégués latino-américains qui participèrent à l'élaboration de la Déclaration universelle³⁵. Si en France l'apport de René Cassin à la rédaction de cette Magna Carta des droits de l'homme est au centre de nos célébrations et nos approches doctrinales (ce qui est compréhensible)³⁶, s'il en est de même aux Etats-Unis pour le rôle joué par Eleonore Roosevelt³⁷, il ressort toutefois des lectures combinées de plusieurs ouvrages commémoratifs³⁸ ou biographiques³⁹ que derrière les apports individuels, une incroyable alchimie collective fut à l'œuvre. Les juristes latino-américains y participèrent activement en étant très souvent promoteurs voire, sur certains points, décideurs. Dans le cadre des méandres diplomatiques initiaux de la rédaction du projet de Déclaration, ce fut le Chilien Hernán Santa Cruz, membre de la Commission des droits de l'homme (qui s'exprimait au nom de l'ensemble des pays d'Amérique latine), qui valorisa les droits économiques et sociaux de manière constante pour ne pas dire obstinée⁴⁰. Au stade final du processus⁴¹, l'apport du Mexique fut majeur puisque le délégué de ce pays –

conclut ce passage en affirmant : « In fact, Álvarez claimed that he was the first to promote the rights of man internationally ». Elle renvoyait notamment à son ouvrage, *La reconstrucción del derecho de gentes : el nuevo orden y la renocación social*, Santiago de Chile, Editorial Nascimento, 1944, 542 p. (Préface de C. Castro Ruiz).

L. Obregón a signé un article très fouillé sur la vie et l'œuvre d'A. Alvarez, auquel on se permet de renvoyer, « Noted for Dissent : the International Life of Alejandro Alvarez », *Leiden Journal of International Law*, 2006, pp. 983-1016.

- 35 L'après-guerre favorisait statistiquement l'Amérique latine dans la mesure où sur les 55 nations qui ont participé à la Conférence de San Francisco 21 étaient latino-américaines...
- 36 M. Agi, *De l'idée d'universalité comme fondatrice du concept des droits de l'homme d'après la vie et l'œuvre de René Cassin*, éd. Alp'Azur, Antibes, 1980.
- 37 M-A. Glendon, *A World Made New, Eleonor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*, New York, Random House, 2001, 333 p. Il faut toutefois ici nuancer l'importance de la référence faite à Eleonor Rossevelt dans le titre de l'ouvrage. En réalité, celui-ci dépasse largement la figure du personnage pour s'attacher à mettre en lumière le jeu général des intérêts diplomatiques des Etats.
- 38 J. Morsink, *The Universal Declaration of Human Rights. Origins, Drafting, and Intent*, University of Penvsylvania Press, 1999, 396 p. (Pennsylvania Studies in Human Rights).
- 39 J-P. Humphrey, *Human Rights and the United Nations : A Great Adventure*, New York, Transnational Publishers Inc., 1984, 350 p. Il fut de 1946 à 1966 le premier directeur de la Division des droits de l'homme du Secrétariat de l'ONU et c'est à ce titre qu'il écrivit ses mémoires relatives à l'incroyable aventure de l'élaboration de la Déclaration. On n'entrera pas ici dans ce qui est apparu comme une querelle posthume à l'encontre de René Cassin dont le rôle dans l'élaboration proprement dite de la Déclaration a été minoré par le juriste canadien qui s'attribue la paternité de la rédaction de l'avant-projet...
- 40 Il faut dire là encore que la tradition latino-américaine en matière de droits économiques et sociaux est ancienne. L'exemple paradigmatique est la Constitution Mexicaine de 1917 qui inaugure une page importante du constitutionnalisme social. De même, en 1948, l'Amérique latine se dotait, en plus de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, de la Charte des garanties sociales ; autant d'éléments qui expliquent que Santa Cruz se fit le porte-parole d'une vision latino-américaine des droits sociaux, v. P. G. Carozza., *op.cit.*, pp. 285-286.
- 41 Dans le cadre des discussions au sein du « 3^{ème} Comité » où tous les Etats membres des

activement soutenu par l'Uruguay, le Chili, Cuba et le Venezuela – réussit à promouvoir et faire accepter la figure juridique de l'amparo dont on sait qu'il a vu le jour au Mexique : l'article 8 de la Déclaration était né⁴²... De même, s'agissant du droit au mariage, l'incise « sans limitation aucune due à la race, la nationalité ou la religion » est également à mettre à l'actif de la délégation mexicaine. Si, à ce stade de cette présentation, on rappelle le fait – d'une importance majeure et en général escamoté dans la littérature francophone – que ce sont bon nombre d'Etats d'Amérique latine (dont le Brésil)⁴³ – qui œuvrèrent pour que la protection des droits des personnes fasse partie de l'agenda de la Conférence de San Francisco en 1945⁴⁴; qu'ils ont réussi au final à y inscrire l'égalité entre l'homme et la femme au sein du Préambule ainsi que la promotion et le respect des droits de l'homme comme but des Nations Unies (article 1§3 de la Charte), on n'est pas loin de se dire que l'on doit à l'Amérique latine le « volet » humaniste de la Charte des Nations Unies... rien moins que cela !

Il est temps de mettre un terme à notre incursion dans la petite histoire du legs de l'Amérique latine à la promotion du droit international de la personne humaine en mentionnant un troisième et dernier exemple. Il est particulièrement important dans la mesure où il est directement relié à l'histoire de la Cour interaméricaine des droits de l'homme où Antonio A. Cançado Trindade a vécu sans doute les années les plus exaltantes de sa vie d'intellectuel actif, engagé dans la fonction judiciaire en arrivant à y concrétiser nombreuses de ses propositions doctrinales, mieux de sa vision du droit international contemporain⁴⁵. La Cour interaméricaine – créée par le Pacte de San José de 1969 qui n'entra en vigueur qu'en 1978 – est (trop) souvent présentée comme un des archétypes du mimétisme judiciaire. Elle n'aurait vu le jour que sur la base du « modèle » de la Cour européenne des droits de l'homme ; bref, la variable temporelle jouerait en faveur de cette théorie du « modèle ». Or l'initiative de créer une Cour interaméricaine des droits de l'homme remonte en réalité à l'année 1948, décidément fondatrice, tant à l'échelle continentale qu'à l'échelle universelle. Elle fut la concrétisation d'une proposition brésilienne formulée à l'occasion de la 9^{ème} Conférence interaméricaine de Bogotá qui déboucha sur l'adoption

Nations Unies étaient cette fois-ci représentés.

42 M-A. Glendon, op.cit., p. 162. En français, ce sont A. Drzemczewski, C. Giakoumopoulos qui ont rappelé cette origine « mexicaine » de l'article 8 de la Déclaration qui inspira à son tour l'article 13 de la Convention européenne, v. « Article 13 », in L-E. Pettiti, E. Decaux, P-H. Imbert, (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, pp. 455- 474.

43 Il faut ajouter le Chili, Cuba, la République Dominicaine, Haiti, Mexico, le Panama, l'Uruguay et le Venezuela, v. M-A Glendon, op.cit., pp. 13-18.

44 J-P. Humphrey, op.cit. p. 13.

45 L'ouvrage qu'il vient de publier en espagnol sur ses souvenirs tout à la fois personnels et « judiciaires » le démontre, *El ejercicio de la función judicial internacional, Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, op.cit., 395 p.

de la résolution XXI relative à la création d'une « Cour interaméricaine pour protéger les droits de l'homme », puis sur une expertise technique en 1949 par le Comité juridique interaméricain⁴⁶. Elle n'était concrétisée que vingt ans plus tard⁴⁷, mais elle naquit sur les cendres du second conflit mondial. Si on ajoute à ces initiatives, le précédent de la Cour centraméricaine de Justice créée en 1907 – qui a suscité un regain d'intérêt doctrinal⁴⁸ – devant laquelle pouvaient se présenter, après épuisement des voies de recours internes, des individus pour la défense de leurs droits à l'encontre des Etats parties au Traité de Washington⁴⁹ (dont on a rappelé plus haut qu'il était la concrétisation de la doctrine Tobar) – il n'y a qu'un pas pour affirmer que l'idée d'une Cour garante de la protection des droits de la personne humaine est une « réelle idée latino- américaine ». Le juriste uruguayen Hector Gros Espiell l'avait clairement affirmé dans son cours à l'Académie de La Haya dispensé en 1989.

Il était important de rappeler (même brièvement et donc partiellement) certains apports de l'Amérique latine et de ses juristes au droit international, afin que le lecteur puisse situer la pensée d'Antonio A. Cançado Trindade dans le cours d'une histoire doctrinale particulièrement féconde. Cela ne veut pas dire évidemment qu'en tant que juriste latino-américain, il souscrive à toutes les idées et/ou les théories en provenance des Amériques. Un tel réductionnisme n'a évidemment pas de sens, surtout quand on s'immerge dans la pensée du juriste brésilien, à contre-courant d'une pensée juridique dominante, encore largement positiviste, qui a cours également sur les terres de Simon Bolivar. Irrémédiablement relié à l'Amérique latine, fier des multiples cultures qui

46 H. Gros Espiell, « La Convention américaine et la Convention européenne des droits de l'homme. Analyse comparative », RCADI, vol. 218, 1989, p. 220, note 95.

47 En effet, les Etats en 1948/1949 craignaient de voir une instance supranationale être saisie de questions relevant généralement de la juridiction nationale, M. Seara Vásquez, *Tratado general de la organizacion internacional*, Fondo de Cultura Económica, Mexico, 1985, pp. 839-840.

48 S. Maldonado Jordison, «The Central American Court of Justice : Yesterday, Today and Tomorrow ? », *Connecticut Journal of International Law*, 2009, pp. 183-243.

49 Le traité de Washington du 20 décembre 1907 créait la première juridiction permanente internationale qui entra en fonction le 25 mai 1908 et dont le siège fut établi à San José au Costa-Rica. Composée de cinq juges, la Cour était dotée de quatre chefs de compétence. Celui inscrit à l'article II du traité était le plus novateur dans la mesure où il annonçait les futures compétences de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Il y était mentionné que la Cour était compétente pour résoudre « Les demandes intentées par les particuliers d'un pays centraméricain contre l'un des autres gouvernements contractants pour violation de traités ou conventions et dans d'autres litiges de caractère international et ce, que son gouvernement soutienne ou pas une telle requête » (traduction personnelle de la version originale suivante : « Las cuestiones que inicien los particulares de un país Centroamericano contra alguno de los otros Gobiernos contratantes por violación de Tratados o Convenciones y en los demas casos de caracter internacional, sea que su gobierno apoye o no dicha reclamación ». v. H. Fix-Zamudio, « Los organismos juridiccionales de solución de controversias jurídicas internacionales y comunitarias », Héctor Gros Espiell *Amicorum Liber*, Volume 1, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 337-374, spéc. pp. 369-370. Pour plus de détails sur cette première expérience juridictionnelle internationale, v. J. Eyma, *La Cour de Justice Centre-Américaine*, Paris, Librairie Moderne de Droit et de Jurisprudence, 1928 ainsi que l'article mentionné plus haut de S. Madonado Jordison.

traversent les pays ô combien différents de ce continent, il n'en est pas moins également et viscéralement détaché en ce que sa pensée, propre, entend dépasser les particularismes de tous ordres. Une incursion dans son œuvre en témoigne magistralement. En effet, ce qui identifie immédiatement sa vision du droit international, ce sont deux éléments intimement reliés qui sont, tout à la fois, une critique radicale du volontarisme positiviste et un engagement assumé en faveur du droit naturel. Autant d'éléments qui sont la manifestation d'une approche qui veut atteindre l'universalité : la critique vaut pour tous, de tout temps et en tout lieu ; la proposition également.

UNE CRITIQUE RADICALE DU VOLONTARISME POSITIVISTE

Le positivisme volontariste a innervé l'histoire du droit international en culminant à l'heure du « moment Vattelien » pour reprendre l'heureuse expression d'Emmanuel Jouannet⁵⁰. Son âge d'or fut sans doute la seconde moitié du XIXe siècle tandis qu'il s'essoufflait à partir du premier conflit mondial et subissait de sérieux infléchissements après 1945. En dépit d'un certain déclin, il n'en reste pas moins la doctrine dominante, pour ne pas dire l'idéologie omnipotente parmi la communauté des internationalistes qui continue de rejeter, dans l'ensemble, toute métaphysique⁵¹. Antônio A. Cançado Trindade n'est certainement pas le premier ni le seul à s'opposer à la « conception volontariste » du droit international pour reprendre le titre d'un de ses textes présenté dans cet ouvrage⁵². Loin s'en faut. L'histoire du XXe siècle est jalonnée de multiples auteurs qui ont tenté, grâce aux armes théoriques, de dénoncer les apories du volontarisme en présentant en guise de contre feu doctrinal, d'autres théories. Antônio A. Cançado Trindade connaît parfaitement ce que nous pourrions appeler ces contre- théories qui se jouent – avec plus ou moins de force – de la sanctification de la volonté des Etats, que cette dernière soit « isolée » (Jellinek) ou « commune » (Triepel) ; il en maîtrise tous les codes pour éventuellement se les approprier quand elles servent sa démonstration⁵³, sans jamais dans le même temps s'y inféoder. Tous les courants de pensée, tous

50 E. Jouannet, op.cit., spec. pp. 125-130 : « Un Moderne devenu un Classique 'le moment Vattelien' ».

51 Antonio Truyol montre bien que sous l'influence de la philosophie d'Auguste Comte, la préoccupation fondamentale du positivisme juridique « est d'éliminer toute métaphysique de la pensée scientifique », A. Truyol, « Doctrines contemporaines du droit des gens », RGDIP, 1951, p. 403.

52 « La conception volontariste du droit international : une réévaluation ». Il fut publié à l'origine en anglais sous le titre « The Voluntarist Conception of International Law : A Re-Assessment », Revue du droit international de sciences diplomatiques et politiques, Sottile/Genève (1981), vol. 59, n°3, pp. 201-240.

53 Parmi de multiples exemples, le lecteur pourra se reporter à la note 5 du texte « La conception volontariste du droit international : une réévaluation » où A.A. Cançado Trindade reprend les critiques formulées par A. Verdross, R. Ago ou encore E. Suy concernant les théories volontaristes.

les auteurs qui peuvent aider à appuyer ses démonstrations ponctuelles et/ou conforter sa pensée, mieux, sa vision globale sont bien évidemment mobilisés. La théorie de l'institution de Maurice Hauriou et de Santi Romano, celle de l'objectivisme social de Georges Scelle, les tenants de la théorie du droit pur de l'École de Vienne avec au premier chef Hans Kelsen, pour ne citer que les plus célèbres, sont évidemment des approches théoriques qui ont alimenté ses réflexions critiques. D'ailleurs, le lecteur découvrira en prenant connaissance de chacun des articles ici regroupés à quel point ses lectures n'ont pas de frontières. L'atout qui est le sien est considérable : provenant des Amériques, toute la littérature hispanophone et lusophone n'a pas de secret pour lui, élément il faut bien le reconnaître qui n'est le propre (en règle générale) ni des auteurs anglo-saxons, ni des intellectuels francophones. Autrement dit, en plus de maîtriser les classiques anciens et récents de la littérature publiée en français et en anglais (ce qui inclut des auteurs en provenance d'Afrique et d'Asie qui écrivent en anglais), les trésors de la littérature (au sens large du terme) en provenance d'Espagne, du Portugal et d'Amérique latine alimentent sans cesse sa pensée. On prend la mesure ici de l'atout considérable de maîtriser plusieurs langues et, par voie quasi-mécanique, plusieurs cultures : l'accès au(x) savoir(s) s'en trouve démultiplié. Ses connaissances étant encyclopédiques (fruit d'une curiosité intellectuelle insatiable), il connaît bien évidemment les doctrines qui s'éloignent ou rompent carrément avec le volontarisme positiviste. Toutefois, son approche ne consiste pas à élaborer une énième « doctrine » qui serait la marque d'un courant de pensée voire d'une « École » par définition situés, en termes géographiques et culturels ou carrément en termes politiques⁵⁴. Il est à l'opposé de ces manifestations, par ailleurs très anglo-saxonnes des « Ecoles » (si on s'en tient toutefois au XXe siècle) qui prennent appui et se développent autour d'un « Maître », d'un leader et qui bouleversent l'étude du droit international dans un pays et parfois au-delà : David Kennedy et les Critical Legal Studies ; W. Mickael Reisman et la New Haven School of Law – pour ne reprendre ici que certaines des approches présentées dans la collection Doctrine (s). On pourrait y ajouter Gayatri Spivak figure de proue des Subaltern Studies⁵⁵ ou encore Yasuaki Onuma qui a développé une approche critique du droit international où la césure monde occidental/non occidental y joue un rôle majeur sur la

54 Cette idée qui est apparue à la lecture de beaucoup de ses écrits a été confirmée quand j'ai pris connaissance de l'introduction qu'Antônio A. Cançado Trindade a rédigé aux fins de la présentation de cet ouvrage. Voilà ce qu'il écrit : « J'ai toujours été attentif aux classiques, et j'ai lu tout ce que je pouvais dans les langues qui m'étaient accessibles, en me gardant bien de rejoindre une quelconque « école de pensée » ou autre « tendance doctrinale. Je ne me suis pas laissé « influencer » par un quelconque « courant » en particulier, préférant plutôt avoir la patience de façonner ma propre pensée en alliant le fruit de mes réflexions et mon expérience personnelle ».

55 Son livre majeur a été récemment publié en français, *Les Subalternes peuvent-elles parler ?*, Paris, Editions Amsterdam, 2009, 122 p. (Traduction de Jérôme Vidal).

base d'une « perspective transcivilisationnelle »⁵⁶. Autrement dit, la pensée critique d'Antônio A. Cançado Trindade se veut profondément personnelle, indépendante pour ne pas dire libre et certainement pas située en termes culturels voire identitaires. En ce sens, sa pensée ne participe pas à la fragmentation des doctrines qui optent, de façon vertigineuse, pour des approches singulières au point que l'on peut parfois se demander s'il existe encore du commun entre les internationalistes⁵⁷. Son enracinement dans la vision des grands classiques rend sa pensée somme toute assez universelle, ce qui est, en ces temps de ruptures en tout genre, un exploit. Et pourtant, il y avait des raisons objectives à ce que cela ne soit pas le cas.

Issu d'un continent en voie de développement économique où les inégalités sociales sont paroxystiques et qui se trouve sur le sentier sinueux de la démocratisation après les heures sombres des régimes autoritaires, il aurait pu s'engouffrer dans une analyse idéologiquement marquée. Elle aurait ainsi pu prendre grosso modo les traits d'une approche tiers-mondiste teintée de marxisme qui aurait revisité les discours post-coloniaux sur la base d'un axe analytique teinté d'anti-américanisme.

Les relations spécifiques et très complexes de l'Amérique latine avec les Etats Unis d'Amérique⁵⁸ auraient en effet pu être une variante forte de cette construction axée sur une vision « dominant/dominé », « exploitant/opprimé », « opulent/indigent » etc... Il suffit de penser à l'essai publié en 1971, *Las venas abiertas de América Latina*⁵⁹ (Les veines ouvertes de l'Amérique latine) – qui dénonce le pillage des ressources naturelles du continent depuis la Conquista ibérique jusqu'à l'emprise politique et économique nord-américaine – pour réaliser à quel point cet axe analytique aurait pu être le sien. Cet ouvrage – censuré par les dictatures du Cône Sud qui valut en outre à son auteur, l'Uruguayen Edouardo Galeano, de vivre les affres de l'exil – marqua toute une génération de latino-américains qui l'érigèrent en texte de référence, pour ne pas dire de combat. Il fut en effet un des essais qui confirma, chez beaucoup

56 Y. Onuma, *A transcivilizational Perspective on International Law*, Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, 2010, 480 p.

57 Les réflexions d'E. Jouannet sont, sur la question, éclairantes : « Il n'y a plus un modèle de pensée en droit international aujourd'hui mais au contraire une explosion des modèles concurrents. En réalité, la doctrine semble se déstructurer, se fragmenter et se régionaliser en même temps que le droit international lui-même. Et surgissent des modèles explicatifs qui paraissent difficilement conciliables et semblent creuser parfois des fossés impossibles à franchir », *Le droit international libéral-providence...*, op.cit., p. 224.

58 La littérature sur cette question est tout simplement immense. On se contentera ici de ne mentionner que quelques références pluridisciplinaires. On lira avec intérêt l'analyse de l'économiste Celso Furtado « L'hégémonie des États-Unis et l'avenir de l'Amérique latine », *Esprit*, juillet-août 1966, pp. 36-53.

59 E. Galeano, *Las Venas abiertas de América Latina*, Montevideo, Editorial Catálogos, 1971, 379 p. La traduction française date de 1981 ; elle est parue aux éditions Plon dans la collection Terre Humaine.

de jeunes gens épris de changement, la nécessité d'une prise de risques au point de lutter par les armes contre des régimes politiques sclérosés. La violence de la répression prit le nom de la sinistre doctrine de la sécurité nationale qui mit en place un terrorisme d'Etat, qui plus est transfrontière, dont l'Opération condor fut l'emblème funeste⁶⁰.

Il suffit de penser également à la manière dont la religion catholique a été traversée à la même époque par les analyses marxistes au point de donner naissance à la fameuse théologie de la libération qui prit corps à partir de 1968. Les théoriciens de cette « nouvelle manière de faire de la théologie » ont bien montré que l'extrême dureté du contexte latino-américain marqué par une pauvreté endémique les poussèrent à penser différemment la foi⁶¹, surtout quand la doctrine sociale de l'Eglise apparut inopérante, puis, participa à légitimer l'attitude des classes dominantes très souvent complices in fine des dictatures militaires. Elle est la première théologie proprement « latino-américaine ». Pour la première fois depuis les Indépendances, un système de pensée chrétienne, autonome, prend forme. Il est d'autant plus novateur qu'il est la réponse théologique à la situation très spécifique de misère et d'oppression du « pauvre ». La méthode de la théologie de la libération est marquée par une approche en « trois temps ». Tout d'abord, le recours aux sciences sociales et notamment au marxisme pour mieux analyser les mécanismes d'oppression du pauvre ; ensuite, la phase purement théologique, appelée la « médiation herméneutique » : il s'agit d'une lecture des Ecritures (l'Exode, les Prophètes notamment) à la lumière de la situation spécifique de l'Amérique latine : la Libération devient alors le nouveau nom du Salut. Ces deux temps de la réflexion théologique ne serviraient à rien s'ils ne débouchaient pas sur une action concrète ; la « médiation pratique » ou praxis est la troisième et dernière phase de la théologie de la libération. Elle est capitale : « le 'retour à l'action' est caractéristique de cette théologie. Voilà pourquoi elle se veut militante, engagée et libératrice »⁶². Si les théologiens de la libération furent issus d'un nombre très varié de pays d'Amérique centrale et du

60 J. Dinges, *Les Années Condor. Comment Pinochet et ses alliés ont propagé le terrorisme sur trois continents*, Paris, La Découverte, 2005.

61 Ainsi, le théologien chilien Segundo Galilea est particulièrement explicite sur la question : « [L]approche de la [théologie de la libération] va être alors différente de celle d'autres écoles théologiques qui s'élaborent en Europe ou en Amérique du Nord. Ces écoles partent de contextes chrétiens d'opulence, d'expression culturelle, à partir de mondes 'développés'. Leur souci essentiel est la sécularisation, la perte de la foi, dans un monde scientifique, de culture « éclairée ». L'interlocuteur de cette théologie est le 'non-croyant'. La théologie latino-américaine de la libération s'élabore dans un contexte chrétien de pauvreté, de dépendance, de sous-développement. Son souci fondamental est la justice, la libération des opprimés. Son interlocuteur n'est pas le non-croyant (le peuple latino-américain garde une forte religiosité), mais le 'non-homme', c'est-à-dire celui que la marginalisation et la misère maintiennent dans une situation infra-humaine », S. Galilea, « Ce qu'est la théologie de la libération », *Problèmes politiques et sociaux*, pp.18-22 (Extrait de « Théologie de la libération. Essai de synthèse », *Lumen Vitae*, 1978, pp. 203-228).

62 L. et C. Boff, *Qu'est-ce que la théologie de la libération?*, Paris, Le Cerf, 1987, p. 70.

Sud⁶³, le Brésil fut amplement représenté. Tout d'abord par les frères Leonardo et Clodovis Boff, deux théoriciens qui ont marqué ce courant théologique par leurs écrits savants⁶⁴. Ensuite par Dom Hélder Câmara – « l'Archevêque des pauvres » – qui fut jusqu'à sa mort en 1999 une des figures emblématiques – aux côtés d'Oscar Romero, Archevêque de San Salvador⁶⁵ – d'une mise en pratique des principes de cette nouvelle théologie, la fameuse « praxis » pour reprendre la terminologie marxiste des théologiens de la libération.

Cette très brève incidente en direction des analyses socio-économiques et théologiques fondamentalement subversives qui ont traversé le continent dans les années 70 (qui furent les années de jeunesse d'Antônio A. Cançado Trindade qui est né en 1947) avait pour simple dessein de mettre en exergue leur absence formelle dans le discours doctrinal du juriste brésilien. Elles n'ont pas participé à faire naître chez lui une propension à analyser le droit international à l'aune des fractures vécues par les sociétés latino-américaines. Ces données contextuelles n'ont donc pas donné naissance à une analyse radicalement « politisée » du droit international. Ceci dit, on ne peut pas écarter l'idée toutefois selon laquelle, indirectement, ces données avec d'autres, aient pu évidemment le rendre particulièrement sensible à la variable humaine, pour ne pas dire humaniste, dans l'analyse du droit international au détriment de sa variable volontariste ; c'est même très probable. Comment ne pas avoir été marqué par les années sombres des régimes totalitaires des années 70 quand on provient d'un pays qui en a subi de plein fouet les ravages ? Comment ne pas avoir nourri un rejet pour l'incarnation du Pouvoir absolu qui a débouché dans son propre pays, sur une raison d'Etat qui a effectivement donné naissance au pire ? En 1964, l'année du coup d'Etat du général Castelo Branco au Brésil, Antônio A. Cançado Trindade avait dix-sept ans...

Après avoir tenté de montrer ce que n'était pas l'approche épistémologique d'Antônio A. Cançado Trindade, il est temps d'arriver à présenter ce qu'elle est. Elle consiste essentiellement à démontrer – sur la base d'ailleurs de l'étude du

63 Il convient de citer, parmi les plus célèbres, les Argentins Miguel Bonino et Juan Carlos Scannone, les Chiliens Segundo Galilea et Ronaldo Muñoz, le Péruvien Gustavo Gutierrez, les Salvadoriens Jon Sobrino et Ignacio Ellacuria ou encore l'Uruguayen Juan Luis Segundo.

64 Leonardo et Clodovis Boff, *Qu'est-ce que la théologie de la libération ?*, Paris, Le Cerf, 1987, 161 p. (Col. Foi vivante, n°223). Le parcours des deux frères n'a pas ultérieurement suivi le même chemin. En 1985, une sentence de la Congrégation pour la doctrine de la foi a interdit à Leonardo Boff d'enseigner dans les facultés de théologie catholique. Il a donc quitté les Franciscains, s'est marié, mais continue par d'autres voies (en tant que *theologus peregrinus*) sa « lutte » en faveur des pauvres. Clodovis Boff pour sa part est complètement revenu sur ses prises de position initiales en faveur de la théologie de la libération pour rentrer dans le « rang » de la doctrine officielle de l'Eglise. Son article publié en 2007 dans la *Revista eclesíastica Brasileira* a définitivement marqué sa rupture avec le passé, v. Diffusion de l'information sur l'Amérique latine (DIAL)/ *Alterinfos América latina*, 2008, n°8, septembre 2008, Brésil, « Clodovis et Leonardo Boff, deux frères séparés ».

65 Il était assassiné le 24 mars 1980 alors qu'il célébrait publiquement une messe dans la chapelle d'un hôpital.

droit positif qu'il ne rejette pas a priori – la faillite du volontarisme juridique en droit international en prenant appui sur les faits qui jalonnent le cours du XXe et du XXIe siècle ; les faits pourtant si chers au courant positiviste. La dénonciation d'échecs monumentaux, telle est la première marque de la radicalité de son discours critique.

La variable temporelle est importante dans sa pensée puisqu'il considère au fond, qu' « avec le temps », on ne cesse d'assister purement et simplement aux échecs successifs de la toute puissance accordée à la volonté souveraine des Etats. Pour le dire plus exactement, le volontarisme débridé a non seulement engendré les pires catastrophes humaines, mais il a également démontré son incapacité fondamentale à répondre aux défis du monde actuel traversé par des bouleversements sans précédents. En d'autres termes, le volontarisme a été le fossoyeur de sa propre tragédie : une inanité radicale. Cette critique en deux temps ou plutôt cette critique duale, car très souvent entremêlée dans son discours (un volontarisme malade des maux qu'il a engendrés et un volontarisme incapable de faire face aux « réalités du droit international contemporain »⁶⁶), innerve absolument tous les textes de l'auteur, ceux de ce recueil comme ceux qui constituent l'ensemble de son œuvre. Si les auteurs « classiques » du XIXe siècle, emblèmes du courant volontariste, sont fustigés ; si certaines techniques propres à ce courant de pensée sont décriées⁶⁷ ; si certains de ses principes directeurs pour ne pas dire « dogmatiques » sont cloués au pilori⁶⁸, c'est in fine afin de dénoncer leurs effets concrets négatifs dans le droit international des XXe et XIXe siècles. Le point d'orgue de la démarche critique d'Antônio A. Cançado Trindade se situe ici. Qu'il s'agisse du droit conventionnel ou de la jurisprudence internationale (qu'elle soit universelle ou régionale), les marques du volontarisme sont traquées et dénoncées. Sa critique se veut tantôt générale, tantôt technique ; en tout état de cause, elle s'abat sur toute manifestation d'une position volontariste qu'il estime incongrue, pour ne pas dire insensée, soit parce qu'elle aura généré à ses yeux des situations catastrophiques et/ou absurdes, soit parce qu'elle sera inapte à relever les multiples défis des temps actuels, secoués par une transformation radicale du paysage mondial, soit enfin parce qu'elle souffrira de ces deux types de pathologies. Le rapport au temps est donc par essence majeur dans sa pensée. Il dénonce le caractère statique de ce qu'il pense être des postures positivistes

66 Un exemple parmi d'autre qu'il mentionne est que le « système international traditionnel » a été purement et simplement incapable d'empêcher les armes de destruction massive.

67 67 Notamment parce qu'elles peuvent conduire à des résultats proches de l'« absurdité », ainsi de la théorie constitutive en matière de reconnaissance d'Etats ou encore de la protection diplomatique.

68 Il ne pouvait pas passer à côté d'une critique en règle de l'arrêt du Lotus. Ayant posé un des postulats les plus classiques du volontarisme selon lequel tout ce qui n'est pas interdit est autorisé, il n'a de cesse de revenir sur celui-ci afin de démontrer les effets contre-productifs d'une tel axiome dans le monde actuel, v. notamment le texte sur l'illicéité de toutes les armes de destruction massive au regard du droit international contemporain.

décalées, pour ne pas dire déplacées : la toute puissance et la permanence de l'Etat à travers l'histoire du droit international. Ne pas réussir à se dégager de tels présupposés – alors que la planète est confrontée à des bouleversements et des défis d'une ampleur considérable – est une marque évidente à ses yeux de déliquescence pour ne pas dire de décadence. Le fait que les positivistes volontaristes soient incapables de se départir d'une vision stato-centrée où la toute puissance étatique demeure souveraine car pouvant diriger le cours de l'évolution du droit international au gré des intérêts propres à la raison d'Etat, lui semble une étroitesse d'esprit, pis un manque caractérisé de vision. Non seulement l'histoire du droit international démontre que l'Etat n'a pas toujours été l'archétype exclusif des types d'organisations politiques mais plus encore les réalités socio-économiques et politiques contemporaines – depuis l'explosion du « mal radical » selon les mots d'Hannah Arendt – sont la démonstration que les intérêts singuliers des Etats ne sont plus (dans certains cas) et ne doivent plus être (dans tous les cas) le centre de gravité du droit international. Pour lui, la colonne vertébrale du droit international s'est déplacée de l'omnipotence des « souverainetés déchaînées » (selon l'heureuse formule de René-Jean Dupuy) vers la prévalence de ce que nous pourrions appeler en guise d'écho des « Humanités dignes ». La multiplication des acteurs du droit international, certains se muant en sujets du droit international, serait pour lui une des marques de l'inanité du postulat volontariste. La volonté de l'Etat ne peut plus tout ; elle a perdu de sa superbe ; elle est loin d'être exclusive et dominante. On aura compris qu'il ne se situe pas dans le déni de la puissance volontariste. Il reconnaît parfaitement qu'elle fut majeure, notamment au XIX^e siècle qui vit l'apogée de la pensée positiviste. Il admet également qu'elle est encore vivace ; cependant, il pense qu'en plus d'avoir engendré les pires maux (conquêtes, occupations, colonisations, esclavage, guerres, génocides...) elle ne peut plus fondamentalement répondre aux défis d'une société mondialisée. Cette dernière est tenaillée par des menaces de toutes sortes (de la menace nucléaire à la menace climatique en passant par les menaces terroristes) où les enchevêtrements des questions économiques et sociales sont à leur paroxysme et où, sur bon nombre de problématique(s), c'est tout simplement la vie, voire la survie de l'humanité qui est jeu. La « myopie » des positivistes volontaristes est, pour lui, inexplicable et intolérable.

La seconde caractéristique de la radicalité de la critique d'Antônio A. Cançado Trindade est sa véhémence. Le temps n'est pas aux concessions. Il saura bien évidemment garder les formes ; il n'empêche, le fait est là : la force de sa critique est à la hauteur de son indépendance intellectuelle. Elle se manifeste également à l'endroit de ceux qui continuent de dispenser et de croire aux vertus du volontarisme positiviste et/ou à prôner les avantages du réalisme politique. Ses mots sont durs ; il n'a cure de froisser ou de s'attirer des inimitiés. Fondamentalement convaincu et engagé, il n'est pas dans la compromission

intellectuelle. Il suit ses convictions et assume ses positions. Dans le concert de sa dénonciation obstinée des méfaits du volontarisme, les tenants du positivisme juridique et du réalisme politique ne sont donc point épargnés. Il ne les nomme pas *ad nominem* (ce n'est pas un problème de personnes), mais la critique est là, implacable. Tantôt le juriste brésilien critique ce qu'il estime être une compromission avec le pouvoir, autrement dit avec la « raison d'Etat »,

« L'opinio juris communis concernant l'interdiction des armes nucléaires et de toutes les armes de destruction massive s'est progressivement formée. Cependant, malgré l'évidence de la grande menace que les armes nucléaires représentent, leur interdiction formelle et explicite par le droit international conventionnel est restée empreinte d'ambiguïtés du fait des résistances des fameux « réalistes » de la Realpolitik, toujours au service du Pouvoir et non du Droit⁶⁹ » (C'est nous qui soulignons).

« Le positivisme juridique et le « réalisme » politique ont ainsi sans surprise été invariablement asservis au pouvoir⁷⁰ » (C'est nous qui soulignons).

tantôt il pointe du doigt une incapacité intellectuelle à appréhender les changements du monde:

« Ni les positivistes ni les réalistes ne sont en mesure de comprendre – et ont des difficultés à accepter – les profondes transformations du droit international contemporain dans la recherche de la réalisation des impératifs de la justice⁷¹ » (C'est nous qui soulignons).

Dans le cadre de la présentation de l'approche critique radicale d'Antônio A. Cançado Trindade, il est intéressant de s'attarder un instant sur son analyse de la jurisprudence, la carrière du juriste brésilien ayant été et continuant d'être marquée par son office de juge international. Observateur extérieur et/ou partie prenante à la fonction judiciaire, sa main n'a jamais tremblé à l'heure de décocher les flèches de l'analyse critique. Un élément concret qui démontre (s'il en était encore besoin) qu'il entend par la force de la seule analyse doctrinale et/ou par le biais de sa position stratégique de juge international, pointer du doigt, inlassablement, les apories du volontarisme positiviste. Une critique, sans concessions, de la *lex lata* quand elle ne donne à voir que la seule et sempiternelle prise en compte des intérêts étatiques.

En 2004, quand il présente à l'Université d'Hiroshima (plus qu'un symbole, un acte engagé) une analyse critique de l'avis de 1996 de la Cour internationale de justice sur La licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires, il est extérieur à la Cour, mais à l'époque juge en fonction à la Cour

69 Extrait du texte dans cet ouvrage consacré à l'illicéité de toutes les armes de destruction massive au regard du droit international contemporain.

70 Ibid.

71 Ibid.

interaméricaine des droits de l'homme. Cela ne corsète en aucun cas son point de vue. Qu'on en juge:

«[La Cour] a pris en compte la survie d'un Etat hypothétique au lieu de celle de l'humanité [...] Elle a fait l'erreur de minimiser toute la construction doctrinale du droit à la vie dans le cadre du droit international des droits de l'homme et semble avoir oublié que la survie d'un Etat ne peut pas primer sur le droit de survie de l'humanité dans son ensemble. Sans l'humanité, il ne peut exister d'Etat ; on ne peut avoir uniquement les Etats à l'esprit en oubliant l'humanité. La position de la Cour démontre très clairement qu'une question qui concerne l'ensemble de l'humanité, telle que celle de la menace ou l'emploi d'armes nucléaires, ne peut plus être abordée de façon adéquate du point de vue purement interétatique car celui-ci est totalement dépassé de nos jours⁷²» (Souligné par nous).

Que dire de ses opinions dissidentes depuis qu'il a pris ses fonctions au sein de la Cour internationale de justice, si ce n'est qu'elles sont la marque de son indéfectible capacité à s'opposer à des approches étroites qui seraient la marque d'une technicité positiviste qu'il estime rétrograde au regard de la configuration actuelle du système international⁷³ ? La majorité de ses collègues à la Cour internationale de justice n'adhère pas à son point de vue ? Peu importe, il garde le Cap ; son Cap. Ses prises de position, connues car scrutées par toute la communauté des internationalistes pour qui l'activité de la Cour de La Haye reste la marque de l'importance nécessaire du droit international général⁷⁴, on

72 Ibid.

73 Il se faisait remarquer dès sa prise de fonction au sein de la CIJ puisqu'il présentait une opinion dissidente sous l'ordonnance du 28 mai 2009 relative à une demande en indication de mesures conservatoires dans l'affaire des questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c/ Sénégal). Depuis, il n'a cessé de manifester sa vision – assez régulièrement en porte à faux avec celle de la majorité des juges. Pour un point de vue critique récent, on renvoie à son opinion dissidente (commune avec le juge Yusuf) dans l'affaire du Différend territorial et maritime (Nicaragua v. Colombie) du 4 mai 2011. Les deux juges regrettent que la CIJ n'ait point accepté l'intervention à l'instance du Costa-Rica et pointent du doigt l'écart entre la vision de la Cour et l'état actuel des exigences contemporaines en droit international, voir le § 29 in fine : « It is our view that such practice is not in line with contemporary demands of the judicial settlement of disputes, nor with challenges faced by present-day international law within the framework of a universalist outlook »

74 On connaît le débat de ces dernières années sur la fragmentation du droit international. La prolifération des self contained regimes conséquence de la multiplication des juridictions internationales est considérée par beaucoup comme dangereuse et destructrice pour l'unité du droit international. Dans ce contexte, il n'est guère étonnant que bon nombre d'internationalistes considère qu'il est impératif de demeurer un « bon » généraliste. Partant, c'est la jurisprudence de la Cour internationale de justice qui doit encore et toujours emporter l'intérêt prééminent de la communauté académique. Antônio A. Cançado Trindade considère l'expression de « prolifération » de « courte vue, inélégante et péjorative ». Surtout, il considère qu'elle « méconnaît purement et simplement l'élément central des avancées considérables du vieil idéal de justice internationale dans notre monde contemporain. [...] L'apparition de ces juridictions est [...] la reconnaissance de la supériorité des moyens judiciaires de régler les litiges ; elle met en évidence la prééminence du droit dans les sociétés démocratiques et écarte toute abdication en faveur du volontarisme de l'Etat », Extrait du discours prononcé le 22 janvier 2004 à Strasbourg au siège de la Cour européenne des droits de l'homme et reproduit

s'attardera un peu plus ici sur les critiques internes qu'Antônio A. Cançado Trindade a décoché alors qu'il était juge au sein de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Elles sont moins connues, au moins pour deux raisons. La première est que les internationalistes qui ne s'intéressent pas au droit régional des droits de l'homme peuvent passer totalement à côté – d'autant que pendant longtemps (essentiellement dans l'univers francophone toutefois), la jurisprudence interaméricaine était au mieux trop lointaine, au pis peu digne d'intérêt ; du coup, on comprend que les critiques du juriste brésilien n'aient été connues que d'un petit cercle d'initiés. La seconde est que si la pensée d'Antônio A. Cançado Trindade a franchi les frontières du continent latino-américain alors qu'il officiait à San José, il s'est agi surtout de ses propositions doctrinales qui réussirent à s'enraciner dans la jurisprudence interaméricaine ; en d'autres termes, son œuvre fut diffusée et commentée pour ses apports effectifs au droit des droits de l'homme (on y reviendra). Or, ses critiques internes (formulées comme juge dissident) sont à l'inverse la marque de tentatives avortées de faire prévaloir son point de vue⁷⁵ ; elles restèrent plus discrètes, mais elles n'en furent pas moins présentes et fortes. Grâce à l'inestimable recueil de ses opinions séparées qui furent collectées grâce à la volonté d'un professeur mexicain de droit international de l'Université Ibéroaméricaine – Loretta Ortiz Ahlf – on peut aisément distinguer ses opinions signalées comme étant des votes dissidentes⁷⁶. Ces derniers se manifestèrent dans les affaires *Genie Lacayo*⁷⁷, *El Amparo*⁷⁸,

dans son opinion dissidente sous l'affaire des Sœurs Serrano Cruz (Cour IDH, 23 novembre 2004, Exceptions préliminaires, *Les sœurs Serrano Cruz c. Le Salvador* Série C n° 118, opinion dissidente § 46).

75 Ses tentatives « avortées » l'ont été, soit de façon provisoire, en ce sens qu'il a pu ultérieurement rallier les juges à son point de vue ; soit de façon définitive, aucun revirement de jurisprudence ne lui ayant ultérieurement donné raison. C'est le cas pour l'instant de la question de la compétence ratione temporis de la Cour en matière de disparitions forcées où l'arrêt *Heliodoro Portugal – Cour IDH*, 12 août 2008, Exceptions préliminaires, *Fond et réparations, Heliodoro Portugal c/ Panamá*, Série C n°186, §§ 24-25 – confirme une position « orthodoxe » en la matière.

76 A.A. Cançado Trindade, *Derecho internacional de los derechos humanos. Esencia y trascendencia (votos en la Corte interamericana de derechos humanos, 1991-2006)*, Mexico, Editorial Porrúa, Universidad Iberoamericana, Prefacio de Loretta Ortiz Ahlf, 2007, 1055 p. La période choisie pour cette compilation commence en 1991 (date à laquelle A.A. Cançado Trindade a officié au sein de la Cour comme juge ad hoc dans deux affaires contre le Suriname) et se termine en 2006, qui marque le terme de son second mandat. Sur seize ans (dont onze ans comme juge titulaire entre 1995 et 2006), ce sont 90 opinions séparées qui sont reproduites, formulées tant dans le cadre des affaires consultatives et contentieuses que dans celui de l'indication de mesures provisoires. L'auteur rappelle que les 90 opinions reproduites ne constituent pas l'intégralité de ses prises de positions dans la mesure où ne fut pas pris en compte ceux celles qui furent rédigées en commun avec d'autres juges de la Cour interaméricaine et celles émises dans deux « résolution » particulières, v. pp. X-XI.

77 Cour IDH, Résolution, 11 septembre 1995, *Genie Lacayo c/ Nicaragua* ; Cour IDH, Demande de révision, 13 septembre 1997, *Genie Lacayo c/ Nicaragua*, Série C n°45.

78 Cour IDH, Réparations, 14 septembre 1996, *El Amparo c/ Venezuela*, Série C n°28 ; Cour IDH, Interprétation, 16 mai 1997, *El Amparo c/Venezuela*, Série C n°46.

Caballero Delgado⁷⁹, Les sœurs Serrano Cruz⁸⁰. Il faut ajouter à cette liste les opinions communes dissidentes qu'il a signées avec certains de ses collègues ; celles qu'il a émises postérieurement à la fin de son mandat dans le cadre d'affaires en interprétation d'arrêt⁸¹ et, plus difficile à débusquer, certaines critiques qui n'ont pas manqué de se manifester dans des votos appelés concurrentes ou razonados – qui discutent le plus souvent la motivation de l'arrêt – mais qui cachent en réalité, de temps à autre, une dissidence... En tout état de cause, il est clair qu'à chaque fois que la majorité des juges de la Cour interaméricaine accordait une place qu'il estimait démesurée à la volonté étatique parce qu'elle malmenait selon lui in fine la protection juridictionnelle accordée aux personnes, l'opposition était catégorique. Ainsi, de la dénonciation d'une analyse orthodoxe de la compétence *ratione temporis* de la Cour en matière de disparitions forcées est sans doute l'exemple emblématique où le point de vue d'Antônio A. Cançado Trindade n'a pas réussi à se greffer dans le contentieux interaméricain. On sait qu'il existe tout un courant doctrinal pour qui le caractère continu ou permanent du crime de disparition forcée justifierait que soient écartées les règles classiques du droit international en matière de compétence *ratione temporis* afin notamment que les Cours régionales de protection des droits (dont la Cour interaméricaine) se reconnaissent compétentes y compris à l'égard de faits antérieurs aux déclarations d'acceptation de leur juridiction par les Etats défendeurs. Le juriste brésilien s'insère dans ce courant et a régulièrement mis toute son énergie à le défendre dans les affaires Blake et Sœurs Serrano Cruz⁸². On retrouve l'idée de l'évolutivité de l'interprétation des traités de protection des droits de l'homme qui doit l'emporter y compris (et c'est là l'aspect profondément subversif) quand l'Etat défendeur a expressément exclu, dans sa déclaration d'acceptation de la

79 Cour IDH, Réparation, 29 janvier 1997, Caballero Delgado et Santana c/ Colombie, Série C n° 31.

80 Cour IDH, Exceptions préliminaires, 23 novembre 2004, Les sœurs Serrano Cruz c/ Le Salvador, Série C n° 118; Cour IDH, Fond et réparations, 1er mars 2005, Les sœurs Serrano Cruz c/ Le Salvador, Série C n° 120.

81 L'ouvrage publié au Mexique et qui recueille la quasi-intégralité des opinions séparées d'Antônio A. Cançado Trindade (v. supra) n'a pas pu prendre en compte les opinions émises pour les affaires dans lesquelles il avait siégé au stade des exceptions préliminaires, du fond et des réparations et qui firent l'objet de demandes d'interprétation après la fin de son mandat en 2006. Toutefois, ayant participé à la fonction de juger, il réintégra la Cour de façon ponctuelle pour les examiner, v. Cour IDH, 30 novembre 2007, Arrêt, Interprétation de l'arrêt sur le fond et les réparations, La Cantuta c. Pérou, Série C n° 173 ; Cour IDH, 30 novembre 2007, Arrêt, Interprétation de l'arrêt sur les exceptions préliminaires, le fond et les réparations, Les travailleurs licenciés du Congrès (Aguado Alfaro et autres) c. Pérou, Série C n° 174 ; Cour IDH, 2 août 2008, Arrêt, Interprétation de l'arrêt sur les exceptions préliminaires, le fond et les réparations, Prison Miguel Castro Castro c. Pérou, Série C n° 181.

82 Cour IDH, 2 juillet 1996, Exceptions préliminaires, Blake c. Guatemala, Série C n° 27, opinion concordante §§1-15 ; Cour IDH, 23 novembre 2004, Exceptions préliminaires, Les sœurs Serrano Cruz

c. Le Salvador Série C n° 118, opinion dissidente §§1-49 ; Cour IDH, 1er mars 2005, Fond, Les sœurs Serrano Cruz c. Le Salvador, Série C n° 120, opinion dissidente §§1-75.

Cour, les faits qui se sont produits avant celle-ci⁸³. La limitation temporelle souverainement clamée par l'Etat ne vaut plus... On connaît les objections à cet argumentaire a-consensuel. Faire fi de la volonté de l'Etat quand il souscrit à la juridiction d'une Cour serait ignorer un peu trop rapidement tout d'abord le principe de non rétroactivité des traités mais serait surtout s'engager sur une voie des plus périlleuses, notamment à moyen et long terme. En effet, dans un système comme le système interaméricain où l'acceptation de la juridiction de la Cour est encore facultative, le spectre de la dénonciation surgit immédiatement ; un danger qui n'est pas seulement théorique puisque Trinité et Tobago – mécontent de la jurisprudence de la Cour interaméricaine à son encontre en matière de peine de mort – préféra jouer la carte de l'isolationnisme juridictionnel en dénonçant la Convention américaine dans son ensemble. Du coup, la protection conventionnelle est désormais totalement inefficace dans ce pays. Ces éléments ne font en aucun cas douter le juriste brésilien qui, à l'inverse, estime que « le moment est venu pour les Etats parties à la Convention américaine de s'abstenir de formuler des limites de cette nature [limites *ratione temporis*] et de modifier ou de retirer celles qu'ils ont d'aventure formulées par le passé afin de les adapter à la portée précise de l'article 62 de la Convention américaine⁸⁴ » On ne peut pas être plus à l'opposé de l'idée de consensualisme considéré par beaucoup comme inhérente à l'existence et à la pérennité même du droit international. On ne peut pas être également plus éloigné de considérations plus « stratégiques » ou tout simplement plus « pragmatiques » qui consisteraient à dire que mieux vaut un traité accepté avec des réserves, que pas de traité ratifié du tout ou qu'un traité qui finit par être dénoncé⁸⁵... L'idée que le mieux serait l'ennemi du bien ne l'étreint pas. Le juge brésilien désire coûte que coûte le mieux de façon radicale,

83 C'était le cas du Salvador qui dans la célèbre affaire des Sœurs Serrano Cruz a utilisé les ressorts de l'article 62 de la Convention américaine. Il accepta la compétence contentieuse de la Cour dans le contexte immédiatement postérieur au processus de paix qui avait mis un terme à plusieurs années de guerre civile, mais exclusivement pour les affaires dont le début d'exécution était postérieur au 6 juin 1995 (date de la déclaration d'acceptation). La limitation temporelle a été considérée comme compatible avec la Convention par la Cour qui du coup a admis l'exception *ratione temporis* soulevée par le Salvador et ne s'est pas prononcée sur les faits dont le principe d'exécution était antérieur à l'acceptation de sa compétence. Cela s'est étendu à la violation alléguée de l'article 4 (droit à la vie), 5 (droit à l'intégrité personnelle) et 7 (droit à la liberté personnelle) de la Convention américaine. Par voie de conséquence, la Cour interaméricaine exclut de l'analyse la disparition forcée des deux sœurs. Antônio A. Cançado Trindade jugea une telle posture comme étant « régressive », §17 de son opinion dissidente sous cette affaire.

84 §17 in fine de son opinion dissidente sous l'affaire des Sœurs Serrano Cruz au stade des exceptions préliminaires (Cour IDH, 23 novembre 2004, Exceptions préliminaires, Les sœurs Serrano Cruz c. Le Salvador Série C n° 118).

85 C'est une idée qui est chère par exemple à Alain Pellet qui a signé un article resté célèbre pour avoir, avec l'humour et le franc-parler qui le caractérise, malmené certaines des positions tenues par les « spécialistes » des droits de l'homme, « 'Droit de l'homme' et droit international », *Droits fondamentaux*, n°1, juillet- décembre 2001, p. 170 : « Je me suis toujours interrogé sur l'acharnement que semblent mettre certains droits de l'hommes à préférer un traité non ratifié à un traité avec des réserves. »

maximale, intégrale, quelle qu'en soient les conséquences, quels qu'en soient les effets pervers. Il s'agit d'une question de principe ; il est hors de question de tomber dans ce qui serait pour lui une compromission. Il a parfaitement illustré cette posture dans son ouvrage de souvenirs concernant ses années passées à la Cour interaméricaine⁸⁶. Confronté à la question cruciale du contrôle de l'exécution des arrêts, il n'a eu de cesse de plaider devant les organes principaux de l'OEA pour une amélioration du mécanisme de contrôle afin d'établir un mécanisme permanent de vérification⁸⁷. Dans le même temps, il s'est débattu afin que l'article 65 de la Convention américaine soit dûment mis en oeuvre, i.e. que soit utilisé les rapports annuels présentés devant l'Assemblée générale de l'OEA pour pointer du doigt, de façon effective, tous les Etats qui n'exécuteraient pas les arrêts⁸⁸. Il expliqua fort bien qu'il réussit, lors de sa présidence, à donner du sens à l'article 65 en présence d'inexécutions manifestes. En revanche, son statut de président une fois expiré, il ne fut pas en mesure de maintenir ce Cap car une autre vision prit le dessus au sein de la majorité du collègue. Il résume les choses comme suit, sans aucune espèce de concessions:

« Il s'est agi d'être 'pragmatiques, d'éviter des affrontements 'indésirables' avec les Etats défendeurs et de 'stimuler' ces derniers en leur permettant d'exécuter graduellement les arrêts de la Cour interaméricaine. De là, la pratique courante d'adoption de résolutions successives, prenant dûment en considération une ou deux mesures d'exécution de la part des Etats et 'fermant' les affaires partiellement, évitant de cette manière toute discussion au sein de l'OEA. [...] Je ne partage d'aucune manière cette forme 'pragmatique' d'éluder le problème dans le dessein de préserver de 'bonnes relations' avec les Etats. La Cour interaméricaine est un tribunal international non un organe de conciliation qui tente de 'persuader' ou de 'stimuler' les Etats afin qu'ils mettent en oeuvre de façon intégrale leurs arrêts. [...] Je me sens entièrement libre pour insister sur l'application de l'article 65 de la Convention américaine car tout au long des douze ans de mon office de juge titulaire à la Cour interaméricaine, j'ai toujours assumé le fait de défendre une position de principe et non 'pragmatique' en la matière⁸⁹ ».

86 Antônio A. Cançado Trindade, *El ejercicio de la función judicial internacional*. Memorias de la Corte Interamericana de derechos humanos, Belo Horizonte, DelRey editorial, 2011, pp. 27-43 (Capítulo IV « El cumplimiento de la sentencias de la Corte : posición principista y no 'pragmática' »).

87 A l'opposé du système européen de garantie des droits, le Pacte de San José n'a pas octroyé à une instance de l'OEA le contrôle régulier et permanent de l'exécution intégrale des arrêts. Devant cette lacune, c'est la Cour interaméricaine, proprio motu, qui s'est reconnue compétente pour ce faire dans l'affaire Baena Ricardo (Cour IDH, 18 novembre 1999, Exceptions préliminaires, Baena Ricardo et autres c/ Panamá, Série C n°61 ; Cour IDH, 2 février 2001, Fond et réparations, Baena Ricardo et autres c/ Panamá, Série C n°72).

88 Il se lit ainsi : « La Cour soumettra à l'examen de l'Assemblée générale de l'Organisation au cours de chaque session ordinaire un rapport sur ses activités durant l'année précédente. Elle soulignera d'une manière spéciale en formulant les recommandations pertinentes les cas où un État n'aura pas exécuté ses arrêts. » (C'est nous qui soulignons).

89 Antônio A. Cançado Trindade, *El ejercicio de la función judicial internacional...*, op.cit., p. 37.

Il convient de souligner à ce stade de l'analyse de la critique interne à la Cour interaméricaine de la pensée d'Antônio A. Cançado Trindade est qu'elle peut se nicher dans des questions dont on pourrait croire a priori qu'elles sont fondamentalement subsidiaires par rapport à des enjeux aussi importants que l'étendue de la compétence d'une Cour de protection des droits de l'homme ou encore l'exécution de ses arrêts. Or, ce n'est évidemment pas le cas. Quand, dans le cadre d'une affaire en interprétation d'un arrêt qui a marqué le contentieux interaméricain pour la cruauté des faits qu'il a porté au grand jour – l'affaire de la prison Miguel Castro Castro – la Cour pour des raisons d'économie procédurale n'a pas répondu à une demande formulée par l'Etat d'organiser une audience publique⁹⁰, il s'en offusque sans ménager quiconque:

« Je réitère mon plus net désaccord avec le critère choisi par la majorité de la Cour [...] qui n'a pas estimé nécessaire de réaliser une audience publique pour formuler cet arrêt en interprétation estimant qu'il n'y avait aucun « doute juridique » à éclaircir. Ce qui paraît motiver la majorité des membres de la Cour aujourd'hui est la 'productivité', un mal congénital hérité des tribunaux nationaux qui, à la fin de chaque année judiciaire, exhibent, emplis d'orgueil, des graphiques de productivité affichant des quantités croissantes d'affaires 'résolues' (ou simplement expédiées)⁹¹ »

Le lecteur pourrait se demander en quoi cet extrait arrive à démontrer la mécanique analytique de la pensée du juge Cançado Trindade. En réalité, il laisse à voir qu'il peut parfaitement se rallier aux desiderata des Etats quand ceux-ci convergent in fine avec ceux des personnes, en l'occurrence ici des victimes (puisque la demande d'audience publique avait été formulée par l'Etat). Jouer la montre par la productivité judiciaire se fait au détriment des droits des parties ; bref, au détriment de la justice.

Si Antônio A. Cançado Trindade est très souvent en quête d'un droit autre, un droit qui prendrait mieux et plus en compte d'autres curseurs que celui de la volonté de l'Etat, cela implique qu'il est évidemment lucide sur l'état actuel du droit qui n'est pas entièrement, loin s'en faut, tourné exclusivement vers les intérêts voire le bien-être de la personne humaine. Son discours oscille entre la critique des manifestations encore nombreuses du volontarisme (en étant lucide mais certainement pas cynique) et la valorisation (toujours à partir du droit positif coutumier, conventionnel et judiciaire) de toutes les manifestations qui démontrent que l'on est, selon lui, sur la voie d'une formidable métamorphose du droit international⁹². S'il est donc dans le constat d'une transfiguration de la *lex*

90 Paragraphes 27 à 37 de l'opinion dissidente sous l'affaire Cour IDH, 2 août 2008, Demande d'interprétation de l'arrêt sur les exceptions préliminaires, le fond et les réparations, affaire Prison Miguel Castro Castro c/ Pérou, Série C n°181.

91 §28 de l'opinion sous l'affaire de l'interprétation de l'arrêt de la Prison Miguel Castro Castro.

92 Un droit international qui prend toujours plus et mieux en compte les intérêts des destinataires des normes (essentiellement les individus), plutôt que ceux des auteurs de celles-ci (en majeure partie encore les Etats).

lata contemporaine, il ne s'inscrit pas moins dans la présentation persévérante, pour ne pas dire obstinée, d'éléments de lege ferenda. En ce sens, il défend car il promeut une vision profondément humaniste du droit international qui repose sur des fondements jusnaturalistes assumés, mieux, revendiqués haut et fort.

L'être humain plutôt que l'Etat

Le bien-être humain plutôt que l'intérêt national

La « raison d'humanité » plutôt que la raison d'Etat⁹³.

Ces balancements, ces oppositions sont « classiques ». C'est en ce sens que l'on a déjà pu dire que sa pensée n'était pas située en termes politiques, culturels, identitaires. Elle est universelle car elle porte au grand jour des affrontements cardinaux qui ont parcouru l'histoire de l'humanité depuis l'apparition des cités grecques. Or, entre les deux pôles que sont la raison et la volonté, Antônio A. Cançado Trindade a choisi:

La raison plutôt que la volonté⁹⁴.

UN ENGAGEMENT ASSUMÉ POUR LE DROIT NATUREL

Antônio A. Cançado Trindade n'éprouve aucune espèce de difficulté à reconnaître, assumer, mieux, revendiquer son engagement jusnaturaliste. Le doute n'est pas permis en prenant connaissance tant de son œuvre doctrinale que de ses opinions séparées comme enfin de l'introduction à cet ouvrage où il affirme expressis verbis : « J'ai toujours eu conscience que ma réflexion était dans le droit fil de la théorie du droit naturel » Il rejoint en ce sens de grands internationalistes qui, d'une manière ou d'une autre, ont fait du droit naturel un point d'appui et/ou d'arrivée de leur réflexion : du Français Le Fur à l'Allemand Verdross en passant par les Espagnols A. Truyol y Serra et J. Puente Legido, le Britannique J.L. Brierly et l'Américain James Brown Scott, pour ne citer que quelques noms emblématiques du XXe siècle.

Antônio A. Cançado Trindade a cependant un point commun avec ceux qui ont développé une forte filiation avec les « classiques espagnols », à l'instar du juriste nord-américain Brown Scott⁹⁵. Car si le droit naturel a pu

93 L'expression « raison d'humanité » est extraite de son article intitulé : « Le droit d'accès à la justice dans le système interaméricain de protection des droits de l'homme ».

94 R. Kolb synthétise à merveille cette tension que vit le droit d'une manière générale : « A travers la raison, c'est l'élément 'naturel' du droit qui est souligné, son appartenance au monde des valeurs, son orientation à la justice ; à travers la volonté, c'est l'élément 'positif' du droit qui s'affirme, son appartenance au monde du réel, sa dépendance au pouvoir », *Réflexions de philosophie du droit international. Problèmes fondamentaux du droit international public : théorie et philosophie du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 366.

95 J.B. Scott, *The Spanish Origin of International Law-Franisco de Vitoria and his Law of Nations*, Oxford/London, Clarendon Press/H. Milfford – Carnegie Endowment for International Peace, 1934.

réunir de nombreux auteurs à travers les siècles, ce ne fut pas systématiquement sous le même mode. Le grand historien du droit international A. Truyol nous rappelle en effet que « L'expression 'droit naturel' est loin d'être univoque ; elle s'applique au contraire à des systèmes divers, qui parfois sont opposés dans leurs conclusions ». Par voie de conséquence, il préfère distinguer : « le droit naturel comme l'ensemble des principes fondamentaux de la vie sociale fondés sur la nature de l'homme en tant qu'être social doué de raison et les théories du droit naturel, qui sont des tentatives de l'homme pour l'exprimer, et qui peuvent évidemment ne pas atteindre leur but ou l'atteindre imparfaitement⁹⁶ ». Or, s'il existe une Ecole de pensée qui a donné au droit naturel ses plus belles lettres de noblesse, c'est bien celle des théologiens espagnols, les fameux Docteurs de Salamanque qui, devant les bouleversements de leurs temps, se lancèrent dans des réflexions majeures. Bien sûr le Dominicain Francisco de Vitoria (1480-1546) et le Jésuite François Suárez (1548-1617) sont restés dans la postérité en étant communément représentés comme les pères fondateurs du droit international. Si leurs œuvres sont majeures et si elles irriguent toute la pensée d'Antônio A. Cançado Trindade⁹⁷, il ne faut pas sous-estimer l'importance pour un continent comme l'Amérique latine de la figure – fondatrice – de Bartolomé de Las Casas (1474-1566)⁹⁸. Il incarne de façon pragmatique la césure vécue

96 A. Truyol, « Doctrines contemporaines du droit des gens », *op.cit.*, p. 69.

97 En plus des références régulières aux Maîtres de Salamanque dans les articles de ce recueil (comme dans le reste de son œuvre), il convient également de signaler les opinions séparées d'Antônio A. Cançado Trindade qui ont été et qui continuent d'être le lieu privilégié par l'auteur pour diffuser sa pensée. La liste qui suit n'est pas exhaustive et donne juste à voir quelques références concrètes. Ainsi, dans le système interaméricain, on consultera ses opinions séparées sous les avis et arrêts suivants : Cour IDH, 17 septembre 2003, Statut juridique et droit des travailleurs migrants irréguliers, A n°18 ; Cour IDH, 15 juin 2005, Fond, Communauté indigène Moiwana c. Suriname, Série C n°124 ; Cour IDH, 18 août 2000, Résolution, affaire des Haïtiens et Dominicains contre la République dominicaine ; Cour IDH, 4 septembre 1998, Exceptions préliminaires, Castillo Petruzzi et autres c/ Pérou, Série C n°41. Dans le système universel, on peut mentionner, toujours à titre d'exemple, son opinion rendue sous l'avis de la CIJ du 22 juillet 2010 sur la question de la Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo, spec. §§71-74 de l'opinion individuelle.

98 P. G. Carozza, « From Conquest to Constitutions... », *op.cit.*, spec. pp. 289-296 (la partie consacrée à la Las Casas est intitulée de la manière suivante : Las Casas, the midwife of modern human rights talk ». On se reportera également avec le plus grand profit aux travaux des hispanistes Marcel Bataillon et André Saint-Lu – Las Casas et la défense des Indiens, Paris, Julliard, 1971, 285 p. – qui présentent avec un souci remarquable d'objectivité la vie et l'engagement de Las Casas, personnage complexe au cœur de nombreuses polémiques entre historiens, certains ayant alimenté une « légende noire » à son encontre. La préface de Marcel Bataillon recadre parfaitement les choses en ne faisant pas l'impasse de ses erreurs (pour épargner les Indiens il fit appel aux esclaves noirs, mais il s'en repentit plus tard) et en ne sous-estimant guère non plus son rôle majeur de religieux engagé (écrivain souvent comme un ethnologue), précurseur d'une certaine idée des droits inhérents à la personne humaine. On se reportera également aux ouvrages mettant en relief l'impact de Las Casas sur le développement ultérieur des idées

« humanistes » en Amérique latine, v. G. Gutiérrez, Bartolomé de Las Casas, precursor del anticolonialismo, Mexico, Siglo XXI, 1974 ; M. Beuchot, Los fundamentos de los derechos humanos en Las Casas, Barcelona, Anthropos- Bogotá-Siglo del Hombre, 1994, 174 p. .

au sein de l'institution ecclésiastique qui, dans sa grande majorité s'était faite complice des assassinats, de l'évangélisation forcée et de l'esclavage des Indiens à travers le mécanisme de l'encomienda. Il fait partie d'une communauté de personnages prophétiques, tous issus des Ordres mendiants, qui se sont concrètement engagés dans la défense des Indiens contre les colons espagnols et la hiérarchie ecclésiastique. Pour les Franciscains, mentionnons Bernardino de Sahagún et Juan de Zumarraga ; pour les Dominicains, en plus de Las Casas, il convient de citer Pedro de Córdoba et surtout Antonio de Montesinos. Ce dernier prononçait en 1511, sur l'île Española⁹⁹ un sermon qui prit l'allure d'un « cri » en présence de l'amiral Diego Colón et de Bartolomé Las Casas qui s'en fit d'ailleurs l'écho dans sa *Brevísima relación de la destrucción de las Indias*¹⁰⁰. Lisons un extrait de ce sermon, annonciateur de la conversion radicale de Las Casas à la cause des Indiens à partir de 1514:

« Dites-moi : de quel droit, et en vertu de quelle justice maintenez-vous les Indiens dans une servitude aussi cruelle et aussi horrible ? Au nom de quelle autorité avec- vous mené vos détestables guerres contre des gens qui vivaient calmement et pacifiquement dans leurs terres, et dont vous avez tué un nombre infini en semant la mort et une épouvante jamais vue ? Comment avez-vous pu les opprimer et les épuiser sans leur donner à manger, sans soigner les maladies qu'ils ont contractées du fait de vos impositions excessives et dont ils meurent – mieux, dont vous les tuez – pour pouvoir vous procurer votre or quotidien ? Vous êtes-vous souciés de leur faire prêcher la doctrine, de sorte qu'ils connaissent leur Dieu et Créateur, qu'ils soient baptisés, qu'ils entendent la messe, qu'ils observent les jours fériés et les dimanches ? Ne sont-ils pas des Hommes ? N'ont-ils pas des esprits doués de raison ? N'êtes vous pas obligés de les aimer comme vous-mêmes ? Vous ne les comprenez donc pas ? Comment pouvez-vous rester endormis, plongés dans un tel sommeil léthargique ?¹⁰¹ » (C'est nous qui soulignons).

On trouve dans ce texte magnifique et prophétique non seulement les racines de la controverse de Valladolid qui opposa Las Casas à son célèbre adversaire Sepúlveda en 1550 et 1551 et, surtout, ce que Francisco Suárez allait conceptualiser bien plus tard en 1612 dans le Livre II du traité des Lois (chapitre XIX, n°9) : l'unité du genre humain. Lisons plutôt :

« La raison de cette partie du droit, c'est que le genre humain, bien qu'il soit divisé en nations et royaumes différends, a cependant une certaine unité,

99 Cette île est aujourd'hui divisée en deux entre d'un côté la République dominicaine et de l'autre Haïti

100 B. de las Casas, *Brevísima relación de la destrucción de las Indias*, Madrid, Cátedra, 1984 (2ème ed.), 180 p. (Col. Letras Hispánicas). Pour une analyse juridique des bouleversements engendrés par l'action des théologiens engagés comme Las Casas, on se reportera au cours à l'Académie de La Haye de Rodrigo Octavio, « Les sauvages américains devant le droit », *RCADI*, vol. 31, 1930, pp. 184-185.

101 Texte reproduit in G. Gutierrez, « A la recherche des pauvres de Jésus-Christ », *Evangélisation et théologie au XVIe s. Jésus-Christ et la libération en Amérique latine*, Paris, Desclée, 1986, pp. 77-106.

non seulement spécifique, mais aussi quasi politique et morale qui résulte du précepte naturel de l'amour et de la charité mutuelle, qui doivent s'étendre à tous, même aux étrangers et de quelque nation qu'ils soient. Bien que chaque ville indépendante, chaque république et chaque royaume constitue en soi une communauté parfaite et formée par ses membres, néanmoins chacune de ces communautés est aussi, d'une certaine manière, membre de cet ensemble qui est le genre humain¹⁰² » (c'est nous qui soulignons).

Cette idée, simple mais ô combien exigeante, tellement rude à faire accepter et mettre en œuvre, se présentait pour l'univers intellectuel de l'époque comme une véritable déflagration. Si parmi la richesse de la pensée des Maîtres de Salamanque, il y a bien une idée qui se trouve au fondement de la vision du droit international d'Antônio A. Cançado Trindade, c'est que l'être humain est Un, en dépit des différences d'origine, de culture, de religion, de mœurs, de nationalité qui l'étreignent. C'est autour de ce présupposé existentiel que toute sa vision du droit international tourne. S'il considère que la personne humaine est la colonne vertébrale du droit international, c'est que cette personne est Une dans son essence. Dans le droit fil de ce postulat, il promeut une « approche anthropocentrique du droit international »¹⁰³. La protection de l'être humain et de son bien-être doit être au cœur de toute action, qu'elle soit celle de l'Etat (et de ses pouvoirs constitués), des organisations internationales mais aussi de ces nouveaux acteurs internationaux aussi différents les uns des autres que sont les ONG ou les multinationales etc... Il y a dans la pensée d'Antônio A. Cançado Trindade une inclinaison évidente à l'endroit des Autres – qui sont vus autres c'est-à-dire différents par la grande majorité, alors qu'en réalité ils ne sont que Nous, nos semblables : des personnes. Le migrant déraciné, l'indigène bafoué, l'enfant des rues maltraité, la femme exploitée, le détenu torturé méritent tous une égale protection et dignité. La vulnérabilité engendre la nécessité d'une action responsable ; le plus faible doit être l'axe prioritaire d'un Etat raisonnable car sinon « la souffrance des exclus est inéluctablement projetée sur l'ensemble du corpus social¹⁰⁴ ». La différence, notamment culturelle, n'est pas niée, elle est même valorisée à un point tel d'ailleurs que l'argument du relativisme culturel est balayé au profit d'un universel revisité, fortifié par les richesses des us et coutumes des Ailleurs traditionnels¹⁰⁵. On est loin d'une approche juridique qui

102 Il s'agit d'un extrait du passage reproduit dans l'indispensable ouvrage sur les Maîtres de Salamanque, Vitoria et Suarez. Contributions des théologiens au droit international moderne, préfacé par J. Brown Scott et introduit par Yves de la Brière, Paris, Pedone, 1939, p. II.

103 Cette expression est utilisée *expressis verbis* par Antônio A. Cançado Trindade dans le texte intitulé L'illicéité de toutes les armes de destruction massive au regard du droit international contemporain.

104 §§21-22 de l'opinion séparée d'Antônio A. Cançado Trindade dans l'affaire des Enfants des rues (arrêt sur les réparations) cité dans le texte sur « Le droit à l'identité culturelle dans la construction jurisprudentielle en évolution de la Cour interaméricaine des droits de l'homme ».

105 On renvoie le lecteur au texte sur « Le droit à l'identité culturelle dans la construction jurisprudentielle en évolution de la Cour interaméricaine des droits de l'homme ».

ne raisonne qu'en termes de « titulaires » de droits ; derrière cette catégorique juridique abstraite, il y a pour le juriste brésilien un être humain inscrit dans une réalité sociale et culturelle déterminée impossible à ignorer au risque de passer à côté du réel ; au risque de passer à côté d'un droit juste.

Dans un tel contexte, l'Etat n'est pas en soi systématiquement l'incarnation d'une raison d'Etat malfaisante ; en tout cas il ne doit plus l'être ; il a simplement (mais c'est évidemment une tâche titanesque), l'urgente responsabilité de prendre à son compte des intérêts qui le transcendent, ceux de la personne humaine : « L'Etat n'existe que pour l'être humain et non l'inverse »¹⁰⁶. En ce sens, il n'est pas question de nier l'Etat, encore moins de vouloir sa disparition ; le problème ne se situe pas à ce niveau. Le fait est que l'Etat doit se transfigurer et ne plus penser sa puissance à travers le prisme de sa souveraineté (d'ailleurs largement égratignée de toutes parts), mais bien à travers celui du bien-être (souvent vital) des personnes humaines qui le composent et/ou qui traversent son territoire. La protection des intérêts et du bien-être de la personne devrait donc être la raison d'être d'une souveraineté renouvelée, dépassée, magnifiée qui se déclinerait en termes de responsabilité et non de puissance ; la raison d'Etat devrait laisser place à l'Etat de Raison après avoir commencé à laisser la place, un peu partout, à l'Etat de droit. On sait que ce dernier concept est au cœur de multiples études qui démontrent son extraordinaire polysémie. On s'accorde toutefois pour considérer qu'il est constitutif de trois éléments interdépendants : l'élément instrumental (l'Etat agit au moyen du droit), formel (l'Etat est assujéti au droit) et substantiel (le droit comporte certains attributs intrinsèques, dont le respect des droits fondamentaux)¹⁰⁷. On s'aventure ici à penser que l'Etat de Raison serait celui qui intégrerait au sein de ces trois éléments une dimension éthique, celle de la fameuse *Recta ratio* omniprésente dans la pensée du juriste brésilien qui nous rappelle dans ses études qu'elle puise ses origines dans le droit romain (afin de régler les rapports inter-individuels) pour ensuite être au cœur de la pensée thomiste puis de celle des scolastiques espagnols qui se l'approprièrent pour penser le droit international émergent¹⁰⁸. L'idée qui sous-tend la droite raison est que les individus et les peuples sont unis par une raison commune à tous. Dit autrement, la *Recta ratio* serait le fondement ultime du droit quand l'Etat agit, quand il y est assujéti et quand il respecte certaines valeurs : ce Droit arrimé à la Raison serait celui qui, en privilégiant l'être humain, aspirerait à atteindre le Bien commun.

106 106 Extrait du texte, dans cet ouvrage, sur Le déracinement et le droit des migrants dans le droit international des droits de l'homme.

107 J. Chevalier, « Les aspects idéologiques de l'Etat de droit », *L'Etat de droit en droit international*, Paris, Pedone, 2009, p. 70.

108 Lire dans cet ouvrage *La Recta ratio dans les fondements du Jus Gentium comme droit international de l'humanité*.

Puissante, cette pensée ne manque pas de déranger. Elle divise les internationalistes dont certains rétorquent qu'il est impossible aujourd'hui de déterminer, sans tomber dans une subjectivité débridée et donc dangereuse car porteuse de jugements de valeurs disparates voire opposés, la droite raison. Dans un monde fracturé de toutes parts où la globalisation a enfanté un sursaut préoccupant des identités communautaires (culturelles et religieuses notamment), d'aucuns s'exclament : « mais où se trouve donc le curseur de la raison commune ? » Antônio A. Cançado Trindade le puise dans tous les textes qui, à l'échelle internationale, prennent en compte la protection de la personne humaine. Or, on sait que pour beaucoup d'intellectuels (juristes mais aussi philosophes), la logique contemporaine des droits de l'homme serait en réalité plus nuisible qu'autre chose. Pour les uns, elle serait la marque d'un individualisme forcené, destructeur des référents liant les hommes au sein de la Cité. En un mot, les droits de l'homme seraient les fossoyeurs du bien commun¹⁰⁹. Pour les autres, la logique inhérente aux droits de l'homme serait au service d'une nouvelle conquista, d'un néocolonialisme juridique de l'Occident sur le reste du monde, notamment sur les pays en voie de développement. En d'autres termes, l'universalité des droits ne serait qu'un leurre au service d'une entreprise de domination.

Ce n'est évidemment pas le point de vue du juriste brésilien pour qui cet adjectif a du sens pour tous et en tout lieu. Au discours politisé et critique de l'universalité, il oppose une vision intemporelle et résolument positive de celle-ci. A l'opposition affichée entre droits de l'homme et bien commun, il rétorque en faisant de la seconde (dont il rappelle les origines grecques, romaines et scolastiques), la raison d'être de la mise en œuvre des premiers. Antônio A. Cançado Trindade en déduit une myriade de conséquences. Certaines sont d'ores et déjà intégrées dans le droit positif, les autres relèvent du simple désir. En ce sens, inutile de dire que le juriste brésilien assume son engagement à vouloir changer l'état du droit et à ne pas se contenter simplement de le décrire (comme professeur) et de l'appliquer (comme juge). A l'inverse de tout un pan de la communauté universitaire qui s'offusque de ce qu'elle considère être un mélange des genres dangereux¹¹⁰, il estime à total contre-courant de ce point de

109 Pour un essai critique récent sur la question, on renvoie à l'ouvrage de F. Flaihaut, *Où est passé le bien commun ?* Paris, Fayard, 2011, 252 p.

110 On mobilise encore ici Alain Pellet qui dans son article célèbre s'est fait l'écho de ce point de vue : « [...] N'en déplaise à Giraudoux, le droit est tout ce qu'on veut, mais assurément pas la « meilleure école de l'imagination ». Même si je le crois plus « art » que « science », il est une discipline normative, dont l'objet est issu des rapports de force, rapports qu'il reflète d'une manière que je crois raisonnablement fidèle. On peut (et sans doute on doit) vouloir les changer, mais aussi longtemps que ce n'est pas le cas, le juriste ne peut guère que décrire les normes juridiques telles qu'elles sont et non comme il voudrait qu'elles soient, quitte à les juger sévèrement, *Dura lex !* », « 'Droit de l'hommisme' et droit international », *Droits fondamentaux*, n°1, juillet-décembre 2001, p. 169.

vue que c'est le rôle du juriste avec les armes qui sont les siennes de modifier ce qu'il pense ne pas correspondre à sa vision du droit international. On sait qu'il n'a cessé tout au long de sa vie d'utiliser les fora qu'il a eu le privilège d'investir pour arriver à changer le Droit : l'espace académique comme professeur et chercheur, l'espace diplomatique comme conseiller auprès du Ministère des Affaires étrangères de son pays¹¹¹, l'espace judiciaire avec ses fonctions de juge « régional » de protection des droits et maintenant de juge « universel ». En ce sens, très tôt, il a décidé d'être ce que le juriste colombien Andrés Nanclares Arango a appelé – dans un ouvrage qui eut un important retentissement en Colombie, *Los jueces de mármol*¹¹² (Les juges de marbre) – un juge « artiste » qui se distingue radicalement des juges « artisans » et des juges « acteurs ». Les artisans sont de véritables automates qui n'utilisent que leurs mains, produisent des arrêts en série et en quantité industrielle sans entrer dans des considérations relatives à l'humain et au social ; les acteurs pour leur part, utilisent les mains et le cerveau en se soumettant aux méthodes d'interprétation traditionnelles qui les conduisent inévitablement à ne transcrire que la seule volonté du législateur. Il y a enfin les artistes qui, à l'aide des mains, de la tête et du coeur, ouvrent des horizons meilleurs aux citoyens, sans tourner le dos aux réalités et aux situations concrètes. Une fois encore, l'épreuve des réalités socio-économiques en Amérique latine encourage certains intellectuels à dépasser les clivages classiques. Il faut en effet préciser que l'auteur colombien plaide bien évidemment pour la figure du juge artiste qui est loin du juge de marbre, froid et distant, ne mettant jamais à l'oeuvre ni son coeur, ni son imagination pour affronter avec justesse les défis posés par la réalité sociale. Cette présentation métaphorique sied à merveille à mon sens à l'action d'Antônio A. Cançado Trindade qui n'a pas hésité à écrire que :

« D'aucuns pensaient que notre mission consistait uniquement à appliquer le droit, c'est-à-dire, la Convention américaine, mais fort heureusement, c'est la conception que je défendais – à savoir, qu'il nous incombait également de créer le droit – qui a fini par l'emporter¹¹³ ».

Les amoureux des multiples théories de l'interprétation seront intéressés de découvrir cette « confession » qui lève une part du voile sur la fonction judiciaire. Mohamed Bedjaoui avant lui, un autre grand juriste internationaliste dont la brillante carrière l'amena également sur les terres néerlandaises du Palais de la Paix, avait pu dans un article demeuré célèbre dévoiler quelques

111 Il écrit dans l'introduction de cet ouvrage « J'ai commencé à éprouver le sentiment d'avoir fait œuvre utile lorsque, au milieu des années 80, j'ai jeté les bases de l'adhésion du Brésil à certains traités relatifs aux droits de l'homme tels que les deux Pactes des Nations Unies et la Convention américaine des droits de l'homme ».

112 A. Nanclares Arango, *Los jueces de mármol*, La Pisca Tabaca Editores, Medellín, 2001, p. 14.

113 Voir l'introduction de cet ouvrage.

arcanes de la fabrication des arrêts, in casu ceux de la CIJ¹¹⁴. Quoi qu'il en soit, l'activité créatrice du juge est ici totalement assumée et revendiquée sans la moindre difficulté, ce qui ne laissera pas d'irriter nombre de juristes – et au premier chef certains juges, internes comme internationaux – encore attachés aux bornes théoriques de la fonction judiciaire : n'être que des bouches fidèles de la loi. Or, sans qu'il soit besoin d'aller surfer sur les vagues de la théorie réaliste de l'interprétation, tout le monde sait que cette approche est aujourd'hui totalement remise en cause par la propre praxis de certains tribunaux ; ils sont devenus des parts actives du processus d'élaboration du droit au moyen d'interprétations audacieuses confinant, très souvent, à la révision judiciaire des traités¹¹⁵. On touche ici le cœur de ce qui a permis, de façon concrète et effective, à Antônio A. Cançado Trindade d'arriver à essaimer sa vision humaniste du droit international dans le cadre de ses diverses fonctions : une propension indéniable à utiliser avec habileté les ressorts de l'interprétation afin qu'elle soit entièrement tournée vers l'humain, la fameuse interprétation pro homine pour reprendre une formule que l'on trouve souvent sous la plume des juristes latino- américains. Cet élément, associé à une ouverture exceptionnelle à d'autres disciplines que le Droit, afin d'avoir une connaissance toujours plus universelle des questions, sont les outils méthodologiques qui expliquent qu'il ait réussi à concrétiser, sur un nombre important d'éléments, sa vision renouvelée du droit international à partir des postulats fondamentaux posés par les penseurs « classiques ». Lisons à nouveau un extrait de son opinion dissidente formulée dans le cadre de la demande d'interprétation de l'arrêt de la Prison Miguel Castro Castro :

« Un tribunal international comme la Cour interaméricaine des droits de l'homme, non seulement 'résout' des affaires, mais encore dit quel est le Droit, réalise la Justice et restaure la dignité des victimes. Pour être en mesure de dire quel est le Droit, il faut s'ouvrir à d'autres disciplines car, à l'inverse de ce que croyaient de façon arrogante les positivistes, le Droit n'est pas autosuffisant et le juriste a beaucoup à apprendre des autres champs de la connaissance humaine. [...] La jurisprudence doit refléter l'interdisciplinarité (Droit, psychologie, anthropologie, sociologie) dans l'attention portée aux victimes et dans le cadre des réparations¹¹⁶ ».

114 M. Bedjaoui, « La 'fabrication' des arrêts de la Cour internationale de Justice » in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges en l'honneur de Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991, pp 87-107. Il est intéressant de signaler ici, en passant, que Mohamed Bedjaoui, le grand juriste algérien est, à l'instar de l'imposant juriste brésilien, également particulièrement sensible au sort de l'humanité ; son cours à l'Académie de La Haye en témoigne,

« L'humanité en quête de paix et de développement », RCADI, vol. 324 et 325, 2004, 1080 p.

115 Les analyses doctrinales sur le sujet sont innombrables. Ce qui est sûr c'est que le thème de l'interprétation a récemment mobilisé trois grandes revues juridiques puisque en l'espace de deux ans, elles consacraient des numéros spéciaux à l'interprétation en droit international, v. le *European Journal of International Law* (2010-3), le *German Law Journal* (2011-6) et la *Revue Générale de Droit International Public* (2011-2).

116 Extraits des paragraphes 30 et 31 de l'opinion dissidente sous l'affaire Cour IDH, 2 août 2008,

Ce passage laisse à voir un « décloisonnement » mental hors normes. Car il n'est pas simplement question de coupler l'analyse du droit avec une autre et unique discipline qui serait en quelque sorte son alter ego (droit/philosophie ; droit/sociologie etc...) en maniant les instruments d'analyse propres à ces autres matières (ce qui est déjà remarquable). La démarche est bien plus vaste. En refusant d'être corseté par une quelconque frontière disciplinaire, en aspirant à une découverte incessante de tous les savoirs, Antônio A. Cançado Trindade est intimement persuadé que le juriste est plus en mesure de tendre vers une appréhension intégrale des phénomènes sociaux, mieux, une connaissance intime des rapports de l'être humain avec son environnement y compris spirituel, seul moyen tout à la fois d'appréhender le droit et de dire de façon juste « quel est le droit ». Ce travail est pour lui totalement solitaire, une sorte de sacerdoce académique qui lui permet en toute conscience de confronter sa pensée à celle des Autres. Ces derniers sont des géants de la littérature (Albert Camus, Fiodor Dostoïevski, Primo Levi, Fernando Pessoa, José Saramago, Frantz Kafka, Stefan Zweig entre autres), de la philosophie (Condorcet, Hannah Arendt, Paul Ricoeur, Simone Weil), notamment la philosophie chrétienne (Jacques Maritain) ou encore celle des valeurs (M. Scheler), de l'Histoire (Yves Ternon, Annette Wieworka). Il navigue également sur les terres de la théologie, de la poésie, du théâtre etc... Il a une prédilection pour de grands intellectuels qui ont marqué la pensée du XXe siècle comme José Ortega y Gasset ou encore Jean-Marie Domenach... Bref, nulle barrière, nul cloisonnement intellectuel pour comprendre le monde ; bien au contraire, une sorte de cosmopolitisme des savoirs étreint son travail¹¹⁷. Cette ouverture d'esprit fait penser à un des plus grands intellectuels humanistes qu'a connu l'Amérique du Sud et qui ne cesse de faire la fierté des penseurs de ce continent, certains dédiant même leur vie à l'étude de son œuvre¹¹⁸ : je veux parler du Vénézuélien Andrés Bello (1781-1865)¹¹⁹. Tout à la fois diplomate, poète, philologue, grand juriste internationaliste, sa carrière le conduisit à Londres, Paris, Santiago du Chili, témoignant de l'intérêt de manier les rennes de sciences humaines multiples.

Demande d'interprétation de l'arrêt sur les exceptions préliminaires, le fond et les réparations, affaire Prison Miguel Castro Castro c/ Pérou, Série C n°181.

117 Ad ex. quand il analyse le phénomène contemporain des migrations forcées, il prend le temps, avant toute chose (i.e. avant de présenter l'état du droit international actuel sur la question) de mobiliser Simone Weil, Hannah Arendt, Jean-Marie Domenach ou encore Elie Wiesel afin de mettre en exergue la souffrance du déracinement. V. dans cet ouvrage son texte intitulé Le déracinement et le droit des migrants dans le droit international des droits de l'homme.

118 On les nomme les Bellistas.

119 Parmi une littérature abondante sur la vie et l'œuvre de ce penseur érudit, voir I. Jaksic, Andrés Bello : Scholarship and Nation-Building in Nineteenth-Century Latin America, Cambridge University Press, 2001, 278 p. ; une version amplifiée a été publiée en espagnol sous le titre, Andrés Bello : la pasión por el Orden, Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 2001, 323 p.

Ces outils analytiques (interprétation créatrice et interdisciplinarité) ont permis à Antônio A. Cançado Trindade de forger une pensée qui est d'une redoutable cohérence dont le tableau ci-après tente, de façon ramassée, de dévoiler les axes forts.

La personne, sujet de droit international
Unité du genre humain
PROCESSUS D'HUMANISATION

Outils analytiques de l'approche humaniste :

Rôle stratégique de l'interprétation
(Interprétation décloisonnée)

Utilisation de multiples référents internationaux ;
Utilisation du droit comparé Importance des principes généraux de droit
Valorisation des « tendances » du droit international
(*soft law*, résolutions)

=

Création du droit

Rôle stratégique
l'interdisciplinarité
(Analyse décloisonnée)

Utilisation d'autres disciplines que le droit :
philosophie, histoire, sociologie, anthropologie, théologie, littérature (poésie, théâtre)

=

Compréhension intégrale du monde

Conséquences en termes processuels
(Accès aux droits)

Accès intégral à la justice internationale
Locus standi in judicio
pour les victimes et leurs proches
Class action
Analyse globale du droit au juge Les mesures conservatoires = mesures de protection

PROCESSUS DE JURIDICTIONNALISATION

Conséquences en termes matériels
(Contenu des droits)

Droit à la vie *lato sensu* :
une vie digne
et droit à l'identité culturelle
Droit de propriété : propriété « communautaire »
Justiciabilité des droits économiques et sociaux à l'égard de toute personne (y compris migrants irréguliers, réfugiés)
Droit à des réparations multiformes pour les vivants et pour les morts :
« équité intergénérationnelle »
Nouveau dommage : le dommage spirituel

Conséquences en termes normatifs
(au niveau du système international) Promotion du *jus cogens*

Promotion des règles *erga omnes*
Promotion de la responsabilité *aggravée* de l'Etat Rapprochement entre le droit international des droits de l'homme, le droit humanitaire et le droit des réfugiés

PROCESSUS D'UNIVERSALISATION

Je pense que même ceux qui ne partagent ni son présupposé jusnaturaliste, ni les analyses techniques qui en découlent, s'accorderont à reconnaître que sa vision du droit international est marquée du sceau d'une extrême cohésion. Considérant que la personne humaine est un sujet du droit international – allant même jusqu'à considérer que l'humanité l'est également¹²⁰ – et que la *Recta ratio* – la conscience juridique universelle – est ni plus ni moins la source matérielle du droit, Antônio A. Cançado Trindade en a déduit une kyrielle de conséquences techniques qui porte au grand jour tout à la fois ce qu'est et ce que devrait être le droit international du XXI^{ème} siècle en termes processuels, matériels et normatifs.

Certaines de ses analyses se sont concrétisées au contentieux grâce à une pugnacité et une constance intellectuelles dont il a déjà été question plus haut. La corrélation entre la pensée du juriste brésilien et certains éléments de la jurisprudence interaméricaine est, il faut vraiment y insister, tout à fait exceptionnelle. Ce lien s'est manifesté dans des domaines aussi importants que l'accès de l'individu (i.e. les victimes et leurs proches) à la justice internationale¹²¹ ; l'analyse des mesures provisoires comme des mesures de protection ; le droit consulaire conçu comme un droit de la personne¹²² ; l'inconventionnalité per se des lois d'amnistie, la détermination particulièrement ample des normes de jus cogens (qui inclut notamment la non discrimination et l'accès à la justice) ; l'existence d'une responsabilité aggravée de l'Etat etc... Ce n'est pas le lieu ici de passer en revue chacune de ces thématiques pour y dévoiler la mécanique subtile de l'apport de la pensée du juriste brésilien. La lecture de cet ouvrage, celle de son cours à l'Académie de La Haye comme la découverte de ses opinions séparées sont autant d'éléments qui démontreront au lecteur l'effectivité contentieuse de sa pensée dans l'univers du système interaméricain des droits de l'homme. Ce qui est remarquable c'est qu'elle s'est inscrite, pour beaucoup des thèmes mentionnés, dans le temps. Même si je suis bien évidemment consciente qu'une jurisprudence par nature évolue et qu'elle peut subir des coups d'arrêt voire des « régressions », il n'empêche qu'aujourd'hui beaucoup des avancées enregistrées pendant son mandat de juge, notamment de président, se trouvent confirmées et pour certaines approfondies.

120 §34 de l'opinion séparée sous l'affaire de la Communauté indigène Sawhoyamaka c.Paraguay, Série C, n° 146.

121 Il plaide d'une manière générale pour un *locus standi in judicio* intégral de l'individu entendu au sens large (victimes présumées, proches, représentants dûment accrédités), notamment dans le cadre de la garantie internationale des droits de la personne. Il eut l'occasion d'œuvrer en ce sens au sein du système interaméricain et fut un des ardents promoteurs de la réforme du règlement intérieur de la Cour en ce sens. Voir dans cet ouvrage son texte « Le nouveau règlement de la Cour interaméricaine des droits de l'homme : quelques réflexions sur la condition de l'individu en droit international ».

122 Lire plus particulièrement les §§ 23-35 de son opinion séparée sous Cour IDH, 1er octobre 1999, Le droit à l'information en matière d'assistance consulaire dans le cadre des garanties du procès équitable, Série A n°16.

On prendra à dessein l'exemple du caractère in conventionnel des lois d'amnistie, qui furent souvent des lois d'auto-amnisties, autrement dit des lois approuvées par ceux-là même qui avaient été à l'origine des massacres, disparitions forcées, exécutions sommaires pendant les heures les plus sombres de régimes appelés (bien trop pudiquement) « autoritaires ». Cette question est emblématique non seulement parce qu'elle renvoie à l'histoire tumultueuse et tragique des dictatures qui ont séviées en Amérique latine – notamment au Brésil pendant les années de jeunesse d'Antônio A. Cançado Trindade – mais également parce qu'elle renvoie au présent de jeunes démocraties qui essaient tant bien que mal de trouver les ressorts politiques et juridiques pour affronter la dialectique infernale entre 'réconciliation et justice', 'construction démocratique et mémoire'. Une conciliation qui n'est certainement pas le propre du seul continent latino-américain ; la question est aujourd'hui une question universelle en ce qu'elle frappe de nombreuses sociétés à travers le monde¹²³. Pour toutes ces raisons – celles de l'universalité de la question et de son rapport au temps – je pense qu'il s'agit d'un thème qui ne pourra pas déplaire à Antônio A. Cançado Trindade. Mais avant de présenter aux lecteurs peu familiers de la jurisprudence interaméricaine les ressorts de celle-ci en matière de lutte contre l'impunité, il me faut expliquer pourquoi le rapport entre le temps et le droit lui sera gré. Il s'agit en réalité d'un élément transversal qui irrigue sa vision humaniste du droit international. L'internationaliste « généraliste » pourra d'ailleurs s'en rendre compte en prenant connaissance de son opinion concordante rendue sous l'ordonnance du 18 juillet 2011¹²⁴ ; on y découvre une réflexion qu'il a déjà eu l'occasion de lancer et d'expérimenter dans le cadre du système interaméricain. En réalité, il faudrait plutôt parler d'une analyse qui tourne autour d'un triptyque : la souffrance humaine, le temps et le droit. Bien que des questions « classiques » en la matière aient fait partie du champ de ses réflexions¹²⁵, il n'en reste pas moins que l'extrême originalité de sa vision s'est manifestée sur la question de savoir comment le droit est en mesure de prendre en compte la souffrance humaine à partir du moment où l'on sait que le temps ne l'éteint jamais. Cette question existentielle, Antônio A. Cançado Trindade ne la situe pas hors du droit

123 Pour une présentation extrêmement détaillée des différents types d'amnisties dans de nombreux pays d'Amérique latine ainsi que dans certains Etats européens, on renvoie aux communications particulièrement denses de l'ouvrage dirigé par K. Ambos, E. Malarino et G. Elsner, *Justicia de transición, con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Konrad Adenauer Stiftung, 2009, 555 p. De même, on se reportera à H. Ruiz-Fabri, G. Della Morte, E. Lambert-Abdelgawad, K. Martin-Chenut (dir.), *La Clémence saisie par le droit. Amnistie, prescription et grâce en droit international et comparé*, Paris, SLC, 2007, 645 p.

124 CIJ, Ord., 18 juillet 2011, Demande en indication de mesures conservatoires dans le cadre de l'affaire sur la Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire du Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande).

125 Ainsi de la compétence *ratione temporis* de la Cour interaméricaine ou encore de la nécessité d'interprétation évolutive des traités internationaux de protection des droits de l'homme en prenant en compte le facteur temps.

mais bien au cœur même de celui-ci grâce à la mobilisation de l'histoire, de la philosophie de la littérature, bref des humanités en général¹²⁶. Il revisite le droit à l'aune de ces diverses disciplines pour lui donner une densité qu'il n'aurait pas. C'est dans ce contexte qu'il a, sur la détermination des dommages à prendre en compte pour atténuer la souffrance des victimes et de leurs proches, développé une approche des réparations très originale en imaginant un nouveau dommage, le dommage spirituel ainsi qu'un nouveau projet de vie, celui de l'au-delà. La souffrance humaine étant pérenne, se distillant de génération en génération, il est impératif que le droit puisse intégrer ce qui relève de l'évidence psychique. Une fois encore, Antônio A. Cançado Trindade dépasse une vision technique, froide, neutre du droit pour en faire une matière vivante. L'internationaliste réaliste ou simplement pragmatique considérera de telles analyses comme dépassant de très loin ce que le droit est et ce qu'il peut faire. Or, il est clair que pour Antônio A. Cançado Trindade le droit peut beaucoup à partir du moment toutefois où il est saisi par le processus d'humanisation qui, à son tour, est possible uniquement si on arrive à le penser de façon totalement décloisonné grâce à l'apport de tous les savoirs. La vision humaniste laisse alors apparaître sa nature profondément subversive : il s'agit de repenser le droit de fond en comble en lui assignant une tessiture et une fonctionnalité renouvelées.

Quand on prend connaissance de son opinion séparée publiée sous la mythique et historique affaire *Barrios Altos*¹²⁷, qui mit à l'encan les lois péruviennes d'auto-amnistie promulguées sous l'ère d'Alberto Fujimori¹²⁸, on réalise à quel point ce qu'il y a inscrit continue de porter ses fruits de façon paroxystique. Si les affaires *Almonacid Arellano*¹²⁹ et *La Cantuta*¹³⁰ ont confirmé ce coup de tonnerre consistant à déclarer inconstitutionnelles des lois qui ont pour objet d'absoudre de façon radicale les crimes du passé, il s'est agi des dernières affaires que le juge brésilien eut à connaître alors qu'il terminait son mandat au sein de la Cour interaméricaine. Or, cette ligne jurisprudentielle vient une fois de plus d'être confirmée alors qu'Antônio A. Cançado Trindade poursuivait son œuvre à La Haye et non plus à San José. Les affaires *Gomes Lund* et autres¹³¹ et *Gelman*¹³² condamnent respectivement le Brésil et l'Uruguay

126 27 de son opinion (voto razonado) sous l'affaire *Bulacio* (Cour IDH, 18 septembre 2003, Fond et réparations, *Bulacio c. Argentine*, Série C n°100.

127 Cour IDH, 14 mars 2001, Fond, *Barrios Altos c. Pérou*, Série C n° 75. §6 de son opinion séparée.

128 Il s'agit de la loi n°26479 organisant l'amnistie générale pour les militaires, les policiers et les civils ainsi que de la loi n°26492 d'interprétation de la loi d'amnistie générale.

129 Cour IDH, 26 septembre 2006, Fond et réparations, *Almonacid Arellano c. Chili*, Série C n° 154.

130 Cour IDH, 29 novembre 2006, Fond et réparations, *La Cantuta c. Pérou*, Série C n° 162.

131 Cour IDH, 24 novembre 2010, Exceptions préliminaires, fond et réparations, *Gomes Lund et autres (« Guerrilha do Araguaia ») c. Brésil*, Série C n°219.

132 Cour IDH, 24 février 2011, Fond et réparations, *Gelman c. Uruguay*, Série C n°221.

pour avoir considéré que la réconciliation et la reconstruction démocratiques pouvaient passer par l'amnésie et le pardon¹³³. Ces affaires, déjà considérées en Amérique Latine comme de grandes affaires historiques – faisant éclater dans le présent les affres du passé – ont deux spécificités. L'affaire brésilienne est importante notamment en ce qu'elle met à l'index expressis verbis l'attitude de la plus haute instance judiciaire du pays qui n'a pas joué son office de juge conventionnel de droit commun¹³⁴. Quant à l'affaire uruguayenne, elle pousse la mécanique de l'inconventionnalité à son paroxysme ; ce faisant, c'est en quelque sorte la pensée d'Antônio A. Cançado Trindade qui est mise en œuvre jusqu'au bout de sa logique.

Voilà ce qu'il écrivait en 2001 dans son opinion séparée sous l'affaire *Barrios Altos* :

« §6. Il faut garder à l'esprit quand il est question de lois d'autoamnistie, que leur légalité sur le plan du droit interne, qui conduit à l'impunité et à l'injustice, se trouve en contradiction flagrante avec les règles de protection des droits de l'homme, engendrant des violations de jure des droits de la personne humaine. Le corpus juris du Droit international des droits de l'homme met en exergue que ce qui est légal dans les ordres juridiques nationaux ne l'est pas systématiquement dans l'ordre juridique international d'autant plus quand sont en jeu des valeurs supérieures (comme la vérité et la justice) ».

Ce passage montre bien que le Droit international des droits de l'homme est au-dessus de tout, y compris au-dessus de lois qui, bien qu'adoptées conformément aux canons constitutionnels internes méconnaissent de façon flagrante des principes qui ont pour objet, comme en l'espèce, de faire face à des violations massives des droits de la personne humaine.

Dix ans plus tard en 2011, voilà ce que la Cour interaméricaine affirmait dans l'arrêt *Gelman* :

« §238. Le fait que la loi de caducité ait été approuvée par un régime démocratique et qu'elle ait même reçu un soutien populaire à deux reprises à travers l'approbation des citoyens, ne lui confère aucune légitimité, ni en soi, ni automatiquement en droit international. La participation des citoyens [...] doit se concevoir comme un fait imputable à l'État et générateur de la responsabilité internationale de celui-ci.

133 Les lois d'amnistie déclarées inconventionnelles sont les suivantes : il est question des lois du 8 mai 1985 et du 26 décembre 1986 sur la Caducité de toute prétention punitive de l'État en Uruguay (*Ley de Caducidad*), tandis qu'il s'agit de la loi n°6.683 du 28 août 1979 pour le Brésil.

134 Le § 177 de l'arrêt *Gomes Lund* est un camouflet à l'attention de la plus haute juridiction du Brésil : « Dans la présente affaire, le Tribunal observe que le contrôle de conventionnalité n'a pas été effectué par les autorités juridictionnelles de l'État ; au contraire, la décision du Tribunal fédéral suprême confirma la validité de l'interprétation de la Loi d'Amnistie sans prendre en considération les obligations internationales du Brésil qui découlent du droit international, plus particulièrement celles établies par les articles 8 et 25 combinés avec les articles 1§1 et 2 de la convention américaine » (C'est nous qui soulignons).

§239. La seule existence d'un régime démocratique ne garantit pas per se le respect permanent du droit international notamment du droit international des droits de l'homme, ce que la Charte démocratique interaméricaine a également affirmé. La légitimation démocratique de faits ou d'actes déterminés dans une société est limitée par les normes et obligations internationales de protection des droits de l'homme reconnus dans des traités comme la convention américaine, de telle sorte que l'existence d'un véritable régime démocratique est déterminé par ses caractéristiques aussi bien formelles que matérielles ; par voie de conséquence, la protection des droits de l'homme, particulièrement dans les cas de graves violations des normes du droit international des droits de l'homme, constitue une limite infranchissable à la règle majoritaire, c'est-à-dire à la sphère de ce qui est 'susceptible d'être décidé' par une partie des majorités dans le cadre d'instances démocratiques au sein desquelles doivent également primer le 'control de conventionnalité' (supra §193) qui relève de la fonction et des tâches de n'importe quelle autorité publique et pas uniquement du seul pouvoir judiciaire ».

La boucle est bouclée : la prééminence du droit international des droits de l'homme vaut y compris sur les mécanismes de démocratie directe, i.e. y compris sur l'avis du peuple¹³⁵. Après le législateur, le peuple peut donc lui aussi « mal faire » en ignorant les exigences du Droit international des droits de l'homme. Or, la justice qui est inhérente à la lutte contre l'impunité doit l'emporter sur les désirs du peuple en quête d'une sérénité démocratique trompeuse car amnésique, et cela, quel que soit la longueur du passage du temps. Ce n'est pas le seul exemple d'une matérialisation juridictionnelle de la vision du droit du juriste brésilien. Il est peut-être encore plus révélateur de constater que certaines de ses propositions (qui ne restent que des formules de *lege ferenda* à l'époque de son mandat) sont en train de se concrétiser. Alors qu'en 2005 sous l'affaire des Sœurs Serrano Cruz, il plaidait pour la consécration d'un droit à l'identité en déroulant le mécanisme interprétatif pour arriver à un tel résultat¹³⁶, en 2011 l'arrêt Gelman pose les bases de celui-ci¹³⁷.

135 En effet, une des caractéristiques du « cas » uruguayen dans le paysage latino-américain des amnisties est le soutien populaire que la loi d'amnistie de 1986 reçut à deux reprises. En effet, en 1989 et 2009, les citoyens consultés au moyen de diverses techniques de démocratie directe (référendum et plébiscite) mirent en avant leur volonté de ne pas revenir sur les termes et la portée de l'amnistie. La seconde consultation intervenait d'ailleurs quelques jours après une décision historique de la Cour Suprême de Justice d'Uruguay qui, le 19 octobre 2009, dans l'affaire Sabalsagaray Curutchet Blanca Stela, avait déclaré l'inconstitutionnalité des articles 1er, 3 et 5 de la loi de 1986 ; autrement dit, le peuple avait désavoué le juge (interne). Avec l'affaire Gelman, c'est à nouveau le juge (international cette fois) qui désavoue le peuple.

136 Cour IDH, 1er mars 2005, Fond et réparations, Les sœurs Serrano Cruz c. Le Salvador, Série C n°120, §134. En dépit du fait que le droit à l'identité n'est pas explicitement consacré dans la Convention américaine, il se trouve en réalité protégé dans ce traité à partir d'une interprétation évolutive du contenu des droits consacrés, inter alia, dans les articles 3, 4, 5, 11, 12, 13, 17, 18, 19 et 20 de celle-ci. En fonction des faits, une atteinte au droit à l'identité pourrait être constatée si un ou plusieurs des ces droits était affecté »

137 Cour IDH, 24 février 2011, Fond et réparations, Gelman c. Uruguay, Série C n°221, §§117-132.

Le lecteur pourra constater que la vision humaniste « Cançado Trindadienne » s’installe profondément dans le temps, ici celui du contentieux interaméricain. Il s’agit sans conteste, d’un aspect majeur de son œuvre : réussir à s’incarner, de façon effective, dans le droit positif.

Les réalistes (souvent cyniques) et les pragmatiques (souvent désabusés à tout le moins fatalistes) ne manqueront pas d’étiqueter Antônio A. Cançado Trindade d’idéaliste. Ils l’affubleront de cet adjectif avec une pointe au mieux de moquerie (pour les seconds) au pire de dénigrement (pour les premiers). Ce qu’ils considèrent comme une faiblesse, au pis comme un manque de lucidité – une confiance absolue placée dans le droit et la croyance corrélative que la puissance peut être mise au service du droit – Antônio A. Cançado Trindade en fait une force, sa force qui résulte d’un engagement inébranlable en faveur d’un droit intégralement traversé par la variable humaine. On ne pourra guère contester que c’est cet idéalisme, qui est fondamentalement un humanisme, qui a permis d’avancer de façon fulgurante depuis le cataclysme du second conflit mondial. D’une manière générale et si on scrute les soubresauts de l’histoire, c’est toujours à coup d’Idéaux et surtout de porteurs d’Idéaux que le droit (notamment international) n’a cessé de progresser. Dans le même temps, il est certain que la puissance souveraine est loin d’avoir disparue et qu’elle ne cesse, à intervalles réguliers, de rappeler son existence au détour de violations caractérisées du droit international qui semblent ruiner les avancées normatives du XXe siècle. On sait bien que nous vivons – sur le continuum de l’évolution – un moment historique d’une extraordinaire complexité et que l’affrontement des deux logiques (Raison vs Volonté) est à son zénith. Dans un tel contexte, il faut bien que quelques idéalistes, à l’instar d’Antônio A. Cançado Trindade, s’engagent avec conviction et passion dans cette bataille des contraires, dans ce duel des légitimités¹³⁸, pour arriver à faire prévaloir ce fameux bien commun des Anciens. Le chemin n’est pas linéaire, les avancées se conjuguent avec les reculs, c’est la grammaire de la dialectique internationaliste des temps modernes.

138 Mireille Delmas-Marty synthétise à merveille cet affrontement de deux conceptions de la légitimité,

« comme deux modèles incompatibles d’ordre mondial. D’un côté, le modèle souverainiste traditionnel, privilégiant la politique sur le droit, selon lequel chaque Etat est souverain pour défendre sa sécurité, si nécessaire par la force. De l’autre, un modèle universaliste, qui postule la reconnaissance de valeurs universelles dont la transgression constitue des crimes qui concernent la communauté humaine toute entière, privilégiant la justice sur la politique et soumettant au droit l’usage de la force », *Les forces imaginantes du droit (IV). Vers une communauté de valeurs ?*, Paris, Seuil, 2011, pp. 7-8.

