Document generated on 08/05/2025 10:50 p.m.

Revue québécoise de droit international
Quebec Journal of International Law
Revista quebequense de derecho internacional

INTERPRÉTER LA *CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME* ET LA *CONVENTION AMÉRICAINE RELATIVE AUX DROITS DE L'HOMME* : COMMENT RÉCONCILIER DEUX PRATIQUES DIVERGENTES AVEC LA THÉORIE GÉNÉRALE

Frédéric Vanneste

Special Issue, March 2016

Théories et réalités du droit international au XXIème siècle

URI: https://id.erudit.org/iderudit/1067701ar
DOI: https://doi.org/10.7202/1067701ar

See table of contents

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)
2561-6994 (digital)

Explore this journal

Cite this article

Vanneste, F. (2016). INTERPRÉTER LA *CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME* ET LA *CONVENTION AMÉRICAINE RELATIVE AUX DROITS DE L'HOMME* : COMMENT RÉCONCILIER DEUX PRATIQUES DIVERGENTES AVEC LA THÉORIE GÉNÉRALE. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 81–95. https://doi.org/10.7202/1067701ar

Article abstract

The interpretation rules established by articles 31 to 33 of the *Vienna Convention* are vague enough to allow for different approaches. It suffices to recall the existence of the three leading traditional schools of thought: literal, intentional or teleological interpretation. A fourth recent school of thought can even be added: the holistic approach. This article seeks to confront the interpretation practice of the European Convention on Human Rights and of the American Convention on Human Rights to the theory of general rules of interpretation. The approach chosen allows for a comparison of the interpretations of rather similar conventions in different contexts. If the European Court of Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights seem to base their interpretations on the same general rules established by articles 31 to 33 of the Vienna Convention, it becomes evident that there exists a divergence of approaches – at least from a theoretical point of view – on essential aspects. Our analysis of their practices leads to the conclusion that whichever theory of interpretation is mobilized, the judge must consider the reality. The legal reality, but also the political and scientific. It is potentially this holistic approach to interpretation that the Vienna Convention reflects.

Tous droits réservés © Société québécoise de droit international, 2016

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

INTERPRÉTER LA *CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME* ET LA *CONVENTION AMÉRICAINE RELATIVE AUX DROITS DE L'HOMME* : COMMENT RÉCONCILIER DEUX PRATIQUES DIVERGENTES AVEC LA THÉORIE GÉNÉRALE

Frédéric Vanneste[*]

Les règles d'interprétation établies par les articles 31 à 33 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* sont assez vagues pour permettre différentes approches. Il suffit de rappeler l'existence des trois courants prépondérants et traditionnels: l'école d'interprétation textuelle, intentionnelle et téléologique. On pourrait même y ajouter un quatrième courant plus récent : l'approche holistique. Le présent article veut confronter la pratique de l'interprétation de la *Convention européenne des droits de l'homme* et la *Convention américaine relative aux droits de l'homme* à la théorie des règles générales de l'interprétation. L'approche choisie permet de comparer l'interprétation de conventions assez similaires dans un contexte différent. Si la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme semblent se baser sur les mêmes règles générales établies par les articles 31 à 33 de la *Convention de Vienne*, on ne peut que constater que leur approche diverge - du moins d'un point de vue théorique - sur des points essentiels. Notre analyse de la pratique mène à la conclusion que quelle que soit la théorie d'interprétation, les juges doivent tenir compte de la réalité. Une réalité juridique, mais aussi politique et scientifique. C'est peut-être bien cette approche holistique de l'interprétation que la *Convention de Vienne* reflète.

The interpretation rules established by articles 31 to 33 of the *Vienna Convention* are vague enough to allow for different approaches. It suffices to recall the existence of the three leading traditional schools of thought : literal, intentional or teleological interpretation. A fourth recent school of thought can even be added : the holistic approach. This article seeks to confront the interpretation practice of the European Convention on Human Rights and of the American Convention on Human Rights to the theory of general rules of interpretation. The approach chosen allows for a comparison of the interpretations of rather similar conventions in different contexts. If the European Court of Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights seem to base their interpretations on the same general rules established by articles 31 to 33 of the Vienna Convention, it becomes evident that there exists a divergence of approaches – at least from a theoretical point of view – on essential aspects. Our analysis of their practices leads to the conclusion that whichever theory of interpretation is mobilized, the judge must consider the reality. The legal reality, but also the political and scientific. It is potentially this holistic approach to interpretation that the Vienna Convention reflects.

Las reglas de interpretación establecidas por los artículos 31 a 33 del *Convenio de Viena* son bastante vagas para permitir diferentes enfoques. Basta con recordar la existencia de las tres corrientes preponderantes tradicionales: la escuela de interpretación textual, intencional y teleológica. Hasta podríamos añadir a eso una cuarta corriente más reciente: el enfoque holístico. El artículo presente quiere confrontar la práctica de la interpretación de la Convención europea de los derechos humanos y la Convención americana de los derechos humanos con la teoría de las reglas generales de la interpretación. El enfoque escogido permite comparar la interpretación de convenciones bastante similares en un contexto diferente. Si la Corte europea de los derechos de hombre y la Corte interamericana de los derechos parecen basarse sobre las mismas reglas generales establecidas por los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena, sólo podemos constatar que su enfoque diverge – al menos desde el punto de vista teórico- sobre algunos puntos esenciales. Nuestro análisis de la práctica lleva a la conclusión que cualquiera sea la teoría de interpretación, los jueces deben tener en cuenta la realidad. Una realidad jurídica, pero también política y científica. Es quizá este enfoque holístico de la interpretación que la Convención de Viena refleja.

[*]Auditeur au Conseil d'État de Belgique, collaborateur scientifique à la Katholieke Universiteit Leuven.

L'interprétation des traités est un sujet qui fascine la doctrine internationale. Les règles d'interprétation établies par les articles 31 à 33 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*[1] sont assez vagues pour permettre différentes approches. Selon certains, ces règles générales reflètent la primauté du texte, tandis que d'autres argumentent que l'intention des parties est au moins aussi importante. Une troisième catégorie prétend que c'est l'objet et le but du traité qui est déterminant[2]. Ces positions reflètent les trois courants prépondérants traditionnels : l'école d'interprétation textuelle, intentionnelle et téléologique[3]. On pourrait y ajouter un quatrième courant plus récent : l'approche holistique[4]. Fidèle au *leitmotiv* du célèbre ouvrage de Charles de Visscher[5], nous nous refusons cependant à accueillir ces constructions abstraites en dehors des réalités. C'est pour cela que nous voulons confronter la pratique de l'interprétation de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*[ci-après « *Convention européenne* »][6] et *la Convention américaine relative aux droits de l'homme* [ci-après : « *Convention américaine* »][7] à la théorie des règles générales de l'interprétation.

Depuis De Visscher (1953) et même depuis l'adoption des articles 31 à 33 de la *Convention de Vienne* (1969) le monde a profondément changé. L'avènement d'Internet n'arrête pas de bouleverser notre mode de pensée. Le monde est non seulement devenu plus petit, il évolue aussi à une allure qui peut être qualifié de vertigineuse. Les documents internationaux sont devenus plus accessibles et tout de suite disponibles. L'impact sur la question de l'interprétation ne peut être négligé. Même les cours nationales n'échappent pas au débat : aux États-Unis, par exemple, le débat sur la question de l'opportunité des références à la jurisprudence étrangère fait rage, car celle-ci est plus accessible que jamais[8]. Au niveau international c'est la prolifération des organes internationaux qui marque les esprits. La création de tribunaux internationaux, ou du moins l'appel plus fréquent à ces tribunaux, a créé une autre réalité juridique. Un nouvel éclairage sur les liens qu'entretiennent la théorie de l'interprétation et la réalité du droit international public n'est donc pas superflu.

---

1 *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 RTNU 354 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980) [*Convention de Vienne*].

2 Voir notamment Serge Sur, *L'interprétation en droit international public*, Paris, Librairie générale de droit de jurisprudence, 1974 à la p 272 [Sur]; Hanneke Senden, *Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System: An Analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union*, Utrecht, Intersentia, 2011 aux pp 43-109 [Senden].

3 Marc Bossuyt et Jan Wouters, *Grondlijnen van internationaal recht*, Anvers, Intersentia, 2005 à la p 77.

4 Marc Toufayan, « Human Rights Treaty Interpretation: A Postmodern Account of Its Claim to "Specialty"» (2005) 2 NYU Center for Human Rights and Global Justice Working Paper; Frédéric Vanneste, *General International Law before Human Rights Courts*, Anvers, Intersentia, 2010 à la p 225 [Vanneste].

5 Charles De Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, Paris, Pedone, 1953 à la p 468.

6 *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 RTNU 221 [*Convention européenne*].

7 *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, 22 novembre 1969, 1144 RTNU 182 [*Convention américaine*].

8 Senden, *supra* note 2 aux pp 112-34.

L'approche du présent article a bien évidemment des limites. En analysant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après « Cour européenne ») et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (ci-après « Cour interaméricaine »), cette contribution néglige en grande partie l'interprétation des traités par les organes nationaux. On pourrait aussi argumenter que ces traités sont des traités-cadres pour lesquels les règles d'interprétation sont différentes que pour d'autres traités[9]. L'approche choisie offre néanmoins aussi certains avantages. Le nombre d'arrêts, c'est-à-dire la pratique existante, est important, tout comme leur valeur juridique. Les États membres sont liés par le jugement. L'interprétation du traité a donc des conséquences juridiques immédiates. Les juges ne peuvent se permettre de se perdre dans des débats doctrinaux car leur jugement a un effet immédiat dans la réalité et ils doivent en tenir compte. L'approche choisie permet aussi de comparer l'interprétation de conventions assez similaires dans un contexte différent. Si les deux cours semblent se baser sur les mêmes règles générales établies par les articles 31 à 33 de la *Convention de Vienne* (I), on ne peut que constater que leur approche diverge, du moins d'un point de vue théorique, sur des points essentiels (II). On pourrait même se poser la question de savoir s'il ne s'agit pas du traditionnel clivage entre volontaristes et objectivistes. Notre analyse de la pratique devrait nous permettre de conclure que quelle que soit la théorie d'interprétation, les juges doivent tenir compte de la réalité. Une réalité juridique, mais aussi politique et scientifique. C'est peut-être bien cette approche holistique de l'interprétation que la *Convention de Vienne* reflète (III).

I. Les deux Cours se basent sur les mêmes règles générales établies par les articles 31 à 33 de la *Convention de Vienne*

A. Règles générales

En analysant la jurisprudence de la Cour européenne et de la Cour interaméricaine, un premier constat s'impose. Les deux cours font souvent référence aux articles 31 à 33 de la *Convention de Vienne*. Il est utile de reprendre ici l'article 31 de cette convention, qui énumère la règle générale d'interprétation[10] :

---

9 Sur, *supra* note 1 à la p 243.

10 *Convention de Vienne*, *supra* note 1, art 32-33. L'article 32 a trait aux moyens complémentaires d'interprétation et l'article 33 à l'interprétation de traités authentifiés en deux ou plusieurs langues.

32. Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 :

a) laisse le sens ambigu ou obscur; ou

b) conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable.

33.1. Lorsqu'un traité a été authentifié en deux ou plusieurs langues, son texte fait foi dans chacune de ces langues, à moins que le traité ne dispose ou que les parties ne conviennent qu'en cas de divergence un texte déterminé l'emportera.

> Art. 31
>
> 1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.
>
> 2. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus :
>
> > a) Tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité;
> >
> > b) Tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité.
>
> 3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte :
>
> > a) De tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions;
> >
> > b) De toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité;
> >
> > c) De toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties.
>
> 4. Un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties.

En plus des éléments qui sont traditionnellement reconnus comme essentiels (le texte, le contexte, la pratique des États, l'objet et le but du traité), on doit faire référence à l'importance croissante de l'article 31(3)(c) de la *Convention de Vienne*. Pierre-Marie Dupuy observe que « sous couvert d'aide auxiliaire à l'interprétation des accords internationaux, l'article 31(3)(c) permet en effet d'avérer l'appartenance des obligations internationales à un système juridique organisé que l'on est de longue date habitué, dans les traditions eurocontinentales, en particulier, à désigner ainsi [sic] qu'un "ordre juridique" »[11]. Les règles d'interprétation générales serviraient à éviter une fragmentation du droit international. Comme le dit le même auteur :

---

2. Une version du traité dans une langue autre que l'une de celles dans lesquelles le texte a été authentifié ne sera considérée comme texte authentique que si le traité le prévoit ou si les parties en sont convenues.
3. Les termes d'un traité sont présumés avoir le même sens dans les divers textes authentiques.
4. Sauf le cas où un texte déterminé l'emporte conformément au paragraphe 1, lorsque la comparaison des textes authentiques fait apparaître une différence de sens que l'application des articles 31 et 32 ne permet pas d'éliminer, on adoptera le sens qui, compte tenu de l'objet et du but du traité, concilie le mieux ces textes.

[11] Pierre Marie Dupuy, « La *Convention de Vienne sur le droit des traités* : à l'épreuve de la pratique : quel bilan trente ans après son entrée en vigueur » (2006) 39 Rev BDI 411 à la p 419.

> sans, apparemment, que les rapporteurs successifs sur le droit des traités à la CDI l'aient à l'époque toujours clairement perçu, cette disposition offre en particulier aux juges internationaux des possibilités considérablement dynamiques pour interpréter, conformément à ce qu'elle requiert de chacun d'entre eux, toute obligation conventionnelle non seulement selon son texte et son propre contexte mais aussi dans l'environnement normatif pour elle pertinent[12].

B. …que les deux Cours considèrent comme étant d'application

Bien que la doctrine fasse souvent référence aux règles « spécifiques » ou « spéciales » d'interprétation de la *Convention européenne*[13], il semble incorrect d'affirmer que la Cour européenne ou la Cour interaméricaine considèrent l'interprétation « autonome », « évolutive » ou « effective », voire la théorie de la « marge nationale d'appréciation », comme participant de règles spéciales d'interprétation voulant déroger aux règles générales. Bien au contraire, on a déjà développé ailleurs l'idée que la Cour européenne et la Cour interaméricaine ont contribué à une meilleure compréhension des règles d'interprétation établies par les articles 31 à 33 de la *Convention de Vienne*[14]. Les théories mentionnées ne sont spéciales que dans la mesure où elles font référence à un objectif spécifique du processus d'interprétation. Ainsi l'interprétation « autonome » fait référence au fait que l'interprétation ne dépend pas du droit national mais du droit international[15]; l'interprétation « évolutive » fait référence au fait que l'on doit tenir compte des évolutions et des idées contemporaines[16]; l'interprétation « effective » fait référence au fait que la protection doit être réelle et non illusoire[17] et, finalement, la référence à la « marge d'appréciation » est utilisée pour clarifier que, dans certaines hypothèses, l'État partie est mieux placé que la Cour européenne pour appliquer la *Convention européenne* dans le cas concret[18]. Aucune de ces théories d'interprétation ne veut déroger aux règles générales. Elles s'inscrivent plutôt dans la logique de l'article 31 de la *Convention de Vienne* en utilisant les éléments (le texte, le contexte, la pratique des États, l'objet et le but du traité) qui y sont mentionnés. Ceux qui critiquent ces théories « spéciales » d'interprétation s'adressent en fait aux règles générales d'interprétation. Ceci est compréhensible : les règles générales établies dans les articles 31 à 33 de la *Convention de Vienne* sont formulées d'une telle façon que plusieurs approches semblent possibles.

---

12 *Ibid* à la p 420.

13 Edouard Dubout, « Interprétation téléologique et politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme » (2008) 2 RUDH 383; François Ost, « Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme » dans M. Delmas-Marty, *Raisonner la raison d'État*, Paris, Presses universitaires de France, 1989 aux pp 405-63.

14 Vanneste, *General intenational law*, *supra* note 4.

15 *Engel c Pays-Bas* (1976), 22 CEDH (sér A) au para 81.

16 *Tyrer c Royaume-Uni* (1978), 72 CEDH (sér A) au para 31; *Demir et Baykara c Turquie*, n° 34503/97, [2008] V CEDH 333.

17 *Airey c Irlande* (1979), 73 CEDH (sér A) au para 26.

18 *Marckx c Belgique* (1979), 74 CEDH (sér A) au para 41. La Cour interaméricaine semble rejeter la théorie de la marge d'appréciation et préfère adopter une approche *pro persona* : Vanneste, *supra* note 3 aux pp 330 et s.

II. Approches divergentes entre la Cour européenne et la Cour interaméricaine

Avant d'essayer de mieux comprendre ces règles générales à la lumière de la jurisprudence des deux cours, un deuxième constat s'impose. En effet, même si la Cour européenne et la Cour interaméricaine prétendent appliquer les mêmes règles générales, elles les appliquent de façon différente. Chaque cour semble adapter sa méthode d'interprétation à la réalité de son continent, tout en essayant de respecter les règles générales établies par la *Convention de Vienne*. Les différences sont néanmoins tellement importantes qu'on peut se poser la question s'il ne s'agit pas en réalité de deux méthodes d'interprétation opposées ou même irréconciliables. Si c'est le cas, il faudrait au moins se demander laquelle des deux méthodes ne respecte pas l'article 31 de la *Convention de Vienne*. Mais peut-être doit-on conclure que les deux méthodes ne sont pas fondamentalement différentes.

A. Marge d'appréciation et interprétation *pro persona*

La différence la plus frappante entre la pratique de la Cour européenne et la Cour interaméricaine consiste au recours à la marge nationale d'appréciation. Tandis que les deux cours font référence à l'interprétation évolutive, l'interprétation autonome et l'interprétation effective, seul la Cour européenne utilise la technique de la marge nationale d'interprétation[19]. La Cour interaméricaine cependant refuse d'adopter cette technique et préfère postuler l'importance de l'interprétation *pro homine* ou *pro persona*[20].

La marge nationale d'interprétation est l'expression jurisprudentielle du principe de subsidiarité[21]. Son fondement est l'idée que les autorités de l'État se trouvent parfois mieux placées que le juge international pour se prononcer sur la proportionnalité d'une mesure. Plutôt que de la considérer comme une technique d'interprétation du texte, on doit y voir une technique d'application de la convention. Elle permet de déterminer si et quand la convention peut s'appliquer de façon différente dans les États membres en tenant compte entre autres des circonstances particulières, de l'importance du droit en cause, de la présence d'un consensus ou dénominateur commun en Europe et de la nature de la restriction. La marge nationale d'interprétation donne donc un certain pouvoir discrétionnaire aux États membres

---

19 Pablo Contreras, « National Discretion and International Deference in the Restriction of Human Rights: A Comparison Between the Jurisprudence of the European and the Inter-American Court of Human Rights » (2012) 11:1 Northwestern Journal of International Human Rights 28 aux pp 28-82.

20 Liliana Valiña, « El margen de apreciación de los Estados en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno » dans Martí Abregú et Christian Courtis, dir, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997 à la p 173; Vanneste, *supra* note 4 à la p 330; Laurence Burgorgue-Larsen, « Les méthodes d'interprétation de la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Justice in context » (2014) 97 RTDH 31 aux pp 31-79 [Larsen].

21 Frédéric Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 12e éd, Presses universitaires de France, 2003 à la p 211.

dans la mise en œuvre (et non dans l'interprétation) de la convention. La technique de la marge nationale d'interprétation sert à déterminer qui du juge national ou du juge international est le mieux placé pour contrôler la proportionnalité d'une mesure ou dit autrement pour ménager un juste équilibre entre les divers intérêts[22]. La marge d'appréciation n'est pas à confondre avec la théorie de l'interprétation évolutive : tandis que la première fait référence à la possibilité d'applications différentes de la convention dans l'espace, la seconde a trait à des variations d'interprétations dans le temps[23]. Il est cependant vrai que la distinction n'est pas toujours faite. La Cour européenne elle-même utilise la marge nationale d'interprétation pour (refuser d') interpréter les termes autonomes de la convention[24] ou pour en défendre une nouvelle interprétation[25]. C'est surtout dans le contexte de la reconnaissance de nouvelles obligations positives qu'il n'est pas toujours facile de faire la distinction.

La Cour interaméricaine n'utilise pas la marge nationale d'appréciation. Même si l'on peut se demander si cette théorie ne prendra pas, un jour, son envol dans le cadre interaméricain[26] ou même international[27], il est clair que pour l'heure la Cour interaméricaine préfère faire référence à une autre technique, l'interprétation *pro homine* ou *pro persona*. Cette technique consiste à fournir une interprétation qui puisse octroyer aux individus une protection maximale, c'est-à-dire prompte à favoriser l'interprétation la plus favorable aux individus[28]. Selon Burgorgue-Larsen l'article 29b) de la *Convention européenne* en est l'emblème[29] et il était aisé pour la

---

22 La Cour précise dans *A ea c Royaume-Uni*, n° 3455/05, [2009] II CEDH 137, au para 184 que « [l]a théorie de la marge d'appréciation est depuis toujours perçue comme un moyen de définir les rapports entre les autorités internes et la Cour. Cette théorie ne trouve pas à s'appliquer de la même manière aux rapports entre les organes de l'État au niveau interne ». Voir aussi Dean Spielmann, « Allowing the Right Margin : The European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine : Waiver or Subsidiarity of European Review? » CELS Working Paper (29 février 2012), en ligne : University of Cambridge <sms.cam.ac.uk/media/1220185>.

23 Vanneste, *supra* note 4 à la p 324.

24 *Vo c France*, n° 53924/00, [2004] VIII CEDH 1, au para 81 [*Vo c France*].

25 *B c France* (1992), 232 CEDH (sér A) au para 48; Vanneste, *supra* note 4 à la p 325.

26 Larsen, *supra* note 20 aux pp 74-75; « Pour l'heure, si on y décèle quelques traces dans la jurisprudence, elles sont ténues et sont plus le fait des stratégies des États défendeurs à l'instance ». Voir aussi Vanneste, *supra* note 4 à la p 331, qui explique que la référence à la « marge réduite » de l'État dans l'affaire *Herrera Ulloa (Costa Rica)* (2004), Inter-Am Ct HR (Sér C) n° 107 au para 127 n'est probablement pas l'expression de la volonté de recourir à la théorie de la marge d'appréciation.

27 Yuval Shany, « Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law » (2006) 16 EJIL 907 aux pp 907-40.

28 Lucas Lixinski, « Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights : Expansionism at the Service of the Unity of International Law » (2010) 21 EJIL 588; Larsen, *supra* note 20 à la p 35.

29 Dans la version française de la *Convention de Vienne*, l'article 29 s'intitule « Normes d'interprétation ». Le texte est le suivant : « Aucune disposition de la présente Convention ne peut être interprétée comme : a) autorisant un État partie, un groupement ou un individu à supprimer la jouissance et l'exercice des droits et libertés reconnus dans la présente Convention ou à les restreindre plus qu'il n'est prévu dans ladite Convention; b) restreignant la jouissance et l'exercice de tout droit out de toute liberté reconnus par la législation d'un État partie ou dans une convention à laquelle cet État est partie c) excluant d'autres droits et garanties inhérent à la personne humaine ou qui dérivent de la forme démocratique représentative de gouvernement; d) supprimant ou limitant les effets que peuvent avoir la Déclaration américaine des Droits et Devoirs de l'Homme et tous autres actes internationaux de même nature. »

Cour interaméricaine, de privilégier à partir de là la méthode téléologique[30]. L'auteure semble assimiler la méthode *pro persona* à la méthode téléologique. La technique *pro persona* n'est alors pas le pendant de la marge d'appréciation, c'est à dire une technique pour guider les États dans la mise en œuvre de la convention en introduisant par exemple une présomption favorable à l'individu quand on doit balancer les divers intérêts en cause, mais c'est la reconnaissance explicite de l'adoption d'une méthode purement téléologique. Dans ce cas on ne peut néanmoins se poser la question si l'objet et le but des traités de droit de l'homme est bel et bien d'offrir une protection maximale de l'individu sans tenir compte des intérêts généraux des États. Poser la question c'est y répondre. Puisque la *Convention interaméricaine* prévoit la possibilité pour les États de s'ingérer dans les droits pour défendre des buts légitimes, il est difficile d'argumenter que cette Convention exige à toute occasion une protection maximale. Au contraire, on pourrait argumenter que la Convention *interaméricaine* offre plutôt une protection minimale. Les États ne peuvent pas tomber en dessous du seuil minimal requis, mais il peuvent offrir un protection plus ample. C'est exactement cela que l'article 29(b) de la *Convention interaméricaine* précise : quand l'État offre une protection plus grande à travers sa législation ou la ratification d'autres traités, la *Convention interaméricaine* ne peut restreindre cette protection plus ample. Cet article ne mène cependant pas à la conclusion que la *Convention interaméricaine* exige une interprétation qui puisse octroyer aux individus une protection maximale.

B. Conscience universelle ou consensus des États parties

Tandis que la Cour européenne adopte une approche régionaliste, faisant référence à un consensus européen et à la pratique des États membres, la Cour interaméricaine préfère une approche universaliste, soulignant l'existence « d'un *corpus juris* du droit international des droits de l'homme » et utilisant des concepts de droit international comme le *jus cogens*[31]. Bien plus que la Cour européenne, la Cour interaméricaine semble attacher une importance particulière aux traités et la jurisprudence étrangère à l'hémisphère interaméricain. Même si certains juges argumentent qu'une approche « naturaliste » permet de reconnaître les droits préexistants, il semble que la Cour interaméricaine tient compte du consensus international pour interpréter la *Convention interaméricaine*. On pourrait affirmer que la Cour se pose la question de savoir si le consensus international reflète une conviction générale (« *general belief* ») qu'une certaine interprétation et application de la *Convention* est requise. On peut cependant regretter que la Cour interaméricaine ne fasse pas comme la Cour européenne de distinction entre un consensus bien établi et un consensus international émergeant[32]. La référence au droit international ne

---

30 *Ibid*.

31 Vanneste, *supra* note 4 aux pp 297-300.

32 *Ibid* aux pp 300-10. Neuman argumente que la Cour interaméricaine devrait se baser davantage sur un consensus régional pour augmenter l'acceptation et l'effectivité de ses jugements. Voir Gerald L Neumann, « Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights » (2008) 19 EJIL 101.

prouve pas nécessairement l'existence d'un consensus. Dans l'opinion sur la condition juridique et les droits des migrants sans-papier la Cour interaméricaine s'inspire largement, par exemple, de la *Convention sur la protection de tous les droits des travailleurs migrants et des membres de leurs familles*[33]. À ce jour cependant, seulement 47 pays l'ont adoptée et les principaux « États d'emploi » (l'Europe occidentale, les États-Unis, le Canada, les États asiatiques) n'ont pas ratifié cette convention. Ensuite, on peut aussi argumenter que les règles internationales ne sont pas nécessairement claires elle-même. Quand la Cour interaméricaine s'inspire de la *Convention relative aux droits de l'Enfant* pour déclarer que le droit à la vie requiert que l'État « fasse le maximum possible pour assurer la survie et le développement de l'enfant »[34], il n'est pas toujours clair jusqu'où va l'obligation positive de l'État. La Cour interaméricaine devrait clarifier l'étendue des obligations positives, en tenant compte aussi des difficultés (financières) de l'État et de la complexité des problèmes que les parlements doivent résoudre. Une analyse plus extensive de l'équilibre entre les intérêts présents (démontrant la proportionnalité des mesures) rendrait les arrêts plus convaincants.

C. Un exemple concret pour illustrer les différences : interpréter le mot « personne »

Pour illustrer ce qui a été écrit ci-dessus, et comme le but est d'analyser la pratique, il est intéressant de trouver un *casus*, un problème d'interprétation qui a été traité par les deux cours et qui démontre leur démarche parfois différente. Mais précisons d'abord que le but n'est pas tellement d'analyser le résultat de ces jugements (et de jugements plus récents sur le sujet), mais plutôt de décrire la méthode d'interprétation utilisée. Il est aussi vrai que dans d'autres jugements les deux cours mettent parfois d'autres accents. Les exemples ne seront donc ici qu'un moyen servant à illustrer mon propos.

Les deux cas choisis abordent une des questions les plus complexes au monde. Quand commence la vie ? Que signifie le mot « personne » ? Pour le formuler autrement : qui est protégé par le droit à la vie ? Est-ce que le fœtus, l'embryon est protégé ? Et la question ne se pose pas seulement pour résoudre les questions légales qui ont trait à l'avortement, elle est aussi cruciale pour l'acceptabilité de la fécondation *in vitro*[35]. Les deux cours ont été confrontées plusieurs fois au problème[36].

---

33 *Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille*, 18 décembre 1990, 2220 RTNU 3, (entrée en vigueur : 1er juillet 2003).

34 Voir par ex Affaire *Instituto de Reeducaciòn del menor* (Paraguay) (2004), Inter-Am Ct HR n° 112, au para 159.

35 En effet, cette méthode implique jusqu'à la perte de 90% des embryons (voir l'affaire *Gretel Artavia Murillo et al (In Vitro Fertilization) (Costa Rica)* (2012), Inter-Am Ct HR (sér C) n° 257) [*In Vitro Fertilization*].

36 *Vo c France*, *supra* note 24 au para 82; *Evans c Royaume-Uni*, n° 6339/05, [2007] I CEDH 353 au para 56 [*Evans c Royaume-Uni*]; *ABC c Irlande*, n° 25579/05, [2010] VI CEDH 185 ; *SH c Autriche*,

Le texte des deux conventions n'est pas identique. L'article 2 de la *Convention européenne* indique que « [l]e droit de tout personne à la vie est protégé par la loi », tandis que la *Convention interaméricaine* est plus précise : l'article 4.1 mentionne que « [c]haque personne a le droit au respect de sa vie. Ce droit est protégé par la loi et, en général, à partir du moment de la conception ».

La Cour européenne décrit clairement dans l'arrêt *Vo c France* comment elle interprète le mot « personne » dans l'article 2 de la *Convention européenne :*

> Il en résulte que le point de départ du droit à la vie relève de la marge d'appréciation des États dont la Cour tend à considérer qu'elle doit leur être reconnue dans ce domaine, même dans le cadre d'une interprétation évolutive de la Convention, qui est « un instrument vivant, à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles ». Les raisons qui la poussent à ce constat sont, d'une part, que la solution à donner à ladite protection n'est pas arrêtée au sein de la majorité des États contractants, et en France en particulier, où la question donne lieu à débat, et, d'autre part, qu'aucun consensus européen n'existe sur la définition scientifique et juridique des débuts de la vie.[37]

La Cour européenne le dit haut et bien fort : ce qui compte c'est l'opinion majoritaire des États membres et le consensus scientifique européen. Puisqu'il n'y a pas de consensus, la Cour européenne refuse de clarifier le texte de la *Convention européenne*. Bien qu'on puisse critiquer cette approche on peut dire que cet arrêt fait référence à des éléments essentiels pour la Cour européenne : la marge d'appréciation ou la subsidiarité (que la Cour interaméricaine n'applique pas), le consensus des États membres et l'importance d'éléments additionnels comme le consensus scientifique européen. Tout cadre dans l'idée que la *Convention européenne* reflète un ordre public européen.

Même si cet arrêt démontre bien ce que la Cour européenne trouve important, il est aussi critiquable d'un point de vue théorique. En effet, le raisonnement aboutit à un refus d'interprétation. Le fondement de la marge d'appréciation est l'idée que les autorités de l'État se trouvent parfois mieux placées que le juge international pour se prononcer sur la proportionnalité d'une mesure. Ici cependant, il ne s'agit pas d'une question de proportionnalité mais plutôt d'interprétation pure d'un terme conventionnel. C'est à la Cour européenne de déterminer le sens commun européen des termes de la *Convention européenne* pour assurer une interprétation commune et une protection minimale dans tous les États. Si le consensus en Europe n'était pas assez clair, la Cour européenne aurait dû faire appel à d'autres éléments mentionnés dans la *Convention de Vienne* comme l'objet et le but du traité. Ce n'est qu'ensuite qu'elle doit déterminer si la *Convention européenne* peut s'appliquer de façon différente dans les États membres pour mettre en balance par exemple les intérêts de la mère et du fœtus en tenant compte entre

---

n°57813/00, [2011] V CEDH 295 (pas d'analyse sous l'angle de l'article 2, mais seulement sous l'angle de l'article 8 de la *CEDH*); *In Vitro Fertilization*, *supra* note 34.

[37] *Vo c France*, *supra* note 24. Dans cette affaire la requérante dénonçait le refus des autorités de qualifier d'homicide involontaire l'atteinte à la vie de l'enfant à naître qu'elle portait.

autres des circonstances particulières, de l'importance du droit en cause, de la présence d'un consensus ou dénominateur commun en Europe et de la nature de la restriction. C'est aussi à ce stade que la Cour européenne pourrait tenir compte du stade de l'évolution du fœtus pour déterminer la marge d'appréciation et évaluer les droits en cause les uns par rapport aux autres.

L'approche de la Cour interaméricaine dans l'Affaire *In Vitro Fertilization* [38] est totalement différente. Il s'agissait d'une affaire dans laquelle la Cour suprême du Costa Rica avait annulé une loi qui permet la technique de fécondation *in vitro* car elle violait selon elle le droit à la vie de nombreux embryons. Cette méthode implique en effet selon cette cour, jusqu'à la perte de 90% des embryons. D'emblée, la Cour admet qu'elle doit interpréter la *Convention interaméricaine.* On pourrait y lire un reproche silencieux à la Cour européenne[39]. Pour ce faire, elle choisit d'abord 1) d'analyser le sens ordinaire du mot « conception », 2) ensuite d'effectuer une analyse « systématique et historique », 3) puis d'utiliser une interprétation évolutive, 4) pour finir avec le principe d'interprétation le plus favorable à la personne et l'objet et le but du traité. La Cour utilise elle-même ces catégorisations. Hélas, aucune de ces techniques n'offre une solution très claire[40]. On pourrait même dire que chaque technique d'interprétation mentionnée peut mener à des solutions opposées.

En effet, le premier constat est que le sens ordinaire n'offre pas de réelle solution. Selon la Cour interaméricaine, il y a deux lectures possibles pour le terme « conception », terme qui figure à l'article 4.1 *de la Convention interaméricaine*. Un courant considère qu'on parle de conception dès le moment où le spermatozoïde rencontre l'ovule (formant le zygote). Cette fécondation peut se faire en dehors du corps de la mère. Une autre courant définit la conception comme le moment où l'ovule (« fécondé ») est implanté dans l'utérus (« l'implantation »). Bref, la Cour considère qu'il n'y pas de définition généralement reconnue dans la matière[41]. Cependant elle admet qu'elle doit interpréter la *CADH* et tente, en se basant sur l'évidence scientifique, d'expliquer pourquoi elle choisit une des deux interprétations : la fécondation ou l'implantation[42]. L'argument a été schématiquement décrit par Lopez[43] : a) si l'embryon n'est pas implanté il n'est pas viable, b) le corps de la femme doit être impliqué dans la conception c) avant l'implantation, il n'est pas possible de déterminer si la femme est enceinte ou si l'œuf

---

38 *In Vitro Fertilization*, *supra* note 35.

39 Pour un arrêt de la Cour européenne sur la technique de fécondation *in vitro* voir entre autres *S.H. c Autriche*, n° 57813/00, [2011] V CEDH 295. La Cour constitutionnelle autrichienne avait avalisé une loi qui interdisait les techniques de fécondation in vitro qui utilisent le sperme ou l'ovule d'un donneur. Seul le sperme ou l'ovule de conjoints pouvait être utilisé. L'ingérence était justifiée selon la Cour Constitutionnelle pour éviter qu'un enfant ait deux mères (une porteuse et une biologique) et pour éviter l'exploitation des femmes. Voir aussi *Evans c Royaume-Uni*, *supra* note 36 au para 56 : « Pour les raisons exposées par la chambre, la Grande Chambre estime que les embryons créés par la requérante et J. ne peuvent se prévaloir du droit à la vie protégée par l'article 2 de la Convention ».

40 Voir Eduardo Rivera Lopez, « Conception, Fertilization and the Onset of Human Right Personhood : a note on the case *Artavia Murillo et al. v. Costa Rica* » (2013) 6:1 IAEHR aux pp 55-61 [Lopez].

41 *In Vitro Fertilization*, *supra* note 35 au para 185.

42 *Ibid* aux para 186-86.

43 Lopez, *supra* note 40 à la p 57.

a été fécondé d) « conception » signifie « implantation » et non « fécondation ». Ce schéma interprétatif ne convainc pas tout le monde[44]. Cela ressemble en effet plus à une rationalisation d'un choix normatif qu'a un résultat qui n'est que la suite logique de résultats scientifiques.

Ensuite, la Cour interaméricaine se tourne vers l'interprétation systématique et historique. La Cour interaméricaine déclare expressément qu'elle doit tenir compte d'autres accords internationaux et du système dans lequel elle s'inscrit. Elle analyse donc les travaux préparatoires, diverses conventions et aussi le système européen. La conclusion de la Cour interaméricaine est qu'aucune de ces conventions n'indique que l'embryon doit être assimilé à une personne. L'inverse est cependant aussi vrai : ces conventions n'interdisent pas de considérer un embryon comme une personne…

La Cour souligne en troisième lieu l'importance de l'interprétation évolutive dans le cas présent : la fécondation *in vitro* n'existait pas quand l'article 4.1 *de la Convention interaméricaine* a été rédigé. Ensuite la Cour interaméricaine s'en remet au droit comparé et constate que l'embryon n'est pas traité de la même façon qu'une personne par la Cour européenne et la Cour européenne de justice et que le Costa Rica est l'unique pays à interdire la fécondation *in vitro*. La pratique des pays membres indique donc qu'ils acceptent cette technique et offrent une protection graduelle et non absolue de l'embryon.

Finalement, la Cour interaméricaine fait référence à l'interprétation téléologique (la plus favorable à la personne, aussi connu comme la technique *pro persona* ou *pro homine*, une technique souvent invoqué par la Cour interaméricaine et ayant des échos naturalistes). Cette technique consiste à fournir une interprétation qui puisse octroyer aux individus une protection maximale, c'est-à-dire prompte à favoriser l'interprétation la plus favorable aux individus. On pourrait donc argumenter que l'interprétation *pro persona* exige qu'on offre la protection la plus ample possible, c'est-à-dire à partir de la fécondation. Ce n'est pas ce que la Cour interaméricaine souligne. En effet, elle indique que les mots « en général, dès la conception » indiquent que le droit à la vie n'est pas un droit absolu mais que des exceptions sont possibles quand il y a un conflit de droits. Elle fait référence à la Cour suprême des États-Unis, la Cour constitutionnelle allemande, colombienne, argentine et mexicaine pour souligner qu'il faut chercher le juste équilibre entre les différents intérêts en cause. Ici, la Cour interaméricaine mélange deux choses : le mot « en général » peut en effet indiquer que la recherche d'un équilibre entre les différents intérêts est nécessaire, mais cela ne dit rien sur l'interprétation du mot conception, mais seulement quelque chose sur l'application du droit à la vie à l'embryon. Comme la Cour européenne, elle ne fait pas suffisamment la distinction entre interprétation et application de la Convention interaméricaine.

La Cour argumente que toutes ces techniques d'interprétation mènent à la conclusion que la « conception » doit être comprise comme le moment ou l'embryon est implanté dans l'utérus. Avant cela l'article 4.1 de la *Convention interaméricaine*

---

44 *Ibid*.

ne s'applique pas. En plus les mots « en général » démontrent que la protection est graduelle et croissante selon son développement.

Ici aussi, l'approche est d'un certain point de vue typique pour la Cour interaméricaine. Tandis que la Cour européenne adopte une approche régionaliste, faisant référence à un consensus européen et à la pratique des État membres, la Cour interaméricaine préfère une approche universaliste, soulignant l'existence « d'un *corpus juris* du droit international des droits de l'homme ». Bien plus que la Cour européenne, la Cour interaméricaine accorde une importance particulière aux traités et la jurisprudence extérieure à l'hémisphère interaméricain. Si l'on analyse de plus près le raisonnement de la Cour interaméricaine, on peut remarquer que l'argument téléologique ou *pro persona* n'est pas concluant, bien au contraire. Même les conventions et la jurisprudence internationale (voir la Cour européenne) ne sont pas déterminants puisqu'ils laissent une marge d'appréciation aux États. Reste la pratique des États membres, mais la Cour interaméricaine n'aime pas trop y faire référence et n'aime certainement pas lui donner un poids décisif. En réalité on pourrait dire que la Cour interaméricaine adopte une approche holistique, en analysant tous les éléments pour découvrir l'opinion générale contemporaine que l'article 4.1 de la *Convention interaméricaine* est censé vouloir refléter. Elle semble même le souligner en faisant explicitement référence aux différentes méthodes d'interprétation employées.

III. La pratique démontre qu'il faut tenir compte de toutes les réalités – l'interprétation holistique

Malgré les apparences, les différences entre les deux cours ne sont en général pas si grandes, mais reflètent plutôt une meilleure compréhension des règles générales d'interprétation. En effet, on peut argumenter – et les arrêts *Vo c France et In Vitro Fertilization* illustrent l'argument – que les deux cours adoptent une méthode holistique, compatible avec la *Convention de Vienne*, qui cherche à trouver une harmonie avec les autres règles de droit international[45]. Cette méthode revient à reconnaitre que tous les éléments mentionnés à l'article 31 de la *Convention de Vienne* (le texte, le contexte, la pratique des États, l'objet et le but du traité) sont d'une importance égale pour déterminer la signification d'une convention. En fait, l'interprète doit aller à la recherche de l'*opinio juris* ou de l'opinion générale contemporaine que le traité est censé vouloir refléter. Pour cela, il n'est pas nécessaire que la volonté de l'État défendeur soit respectée[46]. Ce qui compte est l'opinion générale (« *general belief* »). Cette conviction générale doit être établie en analysant l'ensemble des éléments. L'opinion générale ne peut pas contredire le texte du traité (« *in claris cessat interpretatio* »). L'opinion générale ne peut pas non plus diminuer la protection des droits de l'homme dans l'État membre (« objet et but du traité »). Chaque disposition a un objet et un but spécifique qu'il faut essayer de clarifier. Cet

[45] Voir *Hassan c Royaume-Uni*, n° 29750/09 [2014] I CEDH au para 102 : « la Cour a clairement indiqué à de nombreuses reprises que la Convention doit être interprétée en harmonie avec les autres règles du droit international, dont elle fait partie ».

[46] Voir par ex *Demir et Baykara c Turquie*, n° 34503/97, [2008] V CEDH 333.

objet et ce but peuvent évoluer à travers le temps. Pour cela, il faut aller à la recherche de l'opinion générale se basant sur la pratique des États, le contexte et le consensus scientifique existant. C'est là que la Cour européenne part plutôt de la pratique des États membres tandis que la Cour interaméricaine fait plutôt référence au cadre international. Ceci n'est cependant pas dû à une conception fondamentalement différente de l'interprétation, mais cela traduit plutôt une méfiance de la Cour interaméricaine envers la pratique des État membres dû au contexte politique ibéro-américain (les démocraties sont plus fragiles qu'en Europe, parfois même avec des coups d'État et de la violence institutionnalisée)[47].

Il ne faut donc pas tellement accentuer les différences entre les deux cours, mais plutôt les similarités. La pratique des deux cours permet de mieux comprendre la véritable signification des articles 31 à 33 de la *Convention de Vienne* : les traités doivent être interprétés de façon holistique. Ce n'est probablement pas un hasard si cette meilleure compréhension des règles d'interprétation est assez récente. En effet, il faut souligner que certaines évolutions du monde moderne contribuent à fortifier et mieux reconnaitre la méthode holistique.

Tout d'abord, l'avènement de cours internationales indépendantes et impartiales pour interpréter des traités démontre que ce ne sont pas seulement les sujets traditionnels du droit international, c'est-à-dire les États, qui sont concernés par les règles d'interprétation. Les organes internationaux doivent aussi y prêter attention, les analysent sous un autre angle et contribuent ce faisant nécessairement à une meilleure compréhension des règles d'interprétation. Dans ce contexte, il est aussi important de souligner la différence entre l'interprétation et l'application d'un traité. L'interprétation doit être uniforme en se basant sur l'*opinio juris*, mais l'application (c'est-à-dire la mise en balance des différents intérêts) peut varier selon les États. La technique de la marge d'appréciation aide à déterminer quand les États sont mieux placés que les cours internationales pour rechercher le juste équilibre entre les intérêts en cause. C'est une façon intelligente de partager le pouvoir entre les cours internationales, les États et les juges nationaux. Il ne faut pas oublier que les moyens des cours internationales sont limités et qu'il faut toujours la coopération des États pour implémenter les conventions.

L'Internet est un autre changement crucial, qui est probablement encore sous-estimé. La toile mondiale rend beaucoup de documents internationaux plus accessibles que jamais. Cela facilite bien évidemment la recherche d'une *opinio juris generalis.*

Soulignons aussi pour finir que malgré tous ces changements, interpréter un traité reste une histoire d'hommes et de femmes. Il y aura toujours des courants différents (d'ailleurs les opinions dissidentes des juges de la Cour interaméricaine et de la Cour européenne critiquent souvent et amplement les techniques d'interprétation utilisées par la majorité[48]). Parvenir à une majorité parmi les 17 juges de la Grande Chambre de la Cour européenne ne doit pas toujours être une chose aisée. Toute

---

47 Larsen, *supra* note 20 à la p 36.

48 Voir par ex *Vo c France*, *supra* note 24; *In Vitro Fertilization*, *supra* note 34.

interprétation par un organe composé de plusieurs membres risque d'être un compromis. Dans la pratique, il n'est donc souvent pas possible de retrouver une pureté doctrinale ou théorique. Si la doctrine cherche une théorie de l'interprétation cohérente, les cours veulent surtout trouver une solution acceptable et acceptée à un problème concret.