



La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme

Colombine Madelaine

► To cite this version:

Colombine Madelaine. La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Droit. Université Montpellier I, 2012. Français. NNT : 2012MON10053 . tel-01702280

HAL Id: tel-01702280

<https://theses.hal.science/tel-01702280>

Submitted on 6 Feb 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ MONTPELLIER 1
ÉCOLE DOCTORALE
DROIT ET SCIENCE POLITIQUE

Année 2012

THÈSE

pour obtenir le grade de

DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ MONTPELLIER I

Discipline : Droit public

présentée et soutenue publiquement par :

Colombine MADELAINE

Le 10 décembre 2012

**La technique des obligations positives
en droit de la Convention européenne des droits de l'homme**

Directeur de thèse :

Monsieur le Professeur **Frédéric SUDRE**

Jury :

M. Jean-François AKANDJI-KOMBÉ, Professeur à l'École de Droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, **Rapporteur**.

M. Gérard GONZALEZ, Professeur à l'Université Montpellier I.

M. Jean-Pierre MARGUÉNAUD, Professeur à l'Université de Limoges, **Rapporteur**.

M. Michel de SALVIA, Ancien Jurisconsulte de la Cour européenne des droits de l'homme, Professeur associé à l'Université Catholique de Milan.

M. Frédéric SUDRE, Professeur à l'Université Montpellier I.

« La Faculté n’entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur »

À Benjamin

Je tiens à exprimer ma gratitude au Professeur F. Sudre, pour m'avoir proposé ce beau sujet et avoir su me replacer dans le bon chemin au moment où je courrais le risque de m'égarer parmi les méandres tortueux de cette thèse.

Par ailleurs, le passionnant stage que j'ai effectué à la Cour européenne des droits de l'homme a largement nourri la réflexion ayant mené à l'élaboration de cette thèse. Ma profonde reconnaissance va aux personnes ayant participé à la qualité de ce stage :

Mesdames et Messieurs les juges I. Berro-Lefèvre, E. Fura-Sandström, A. Kovler, G. Malinverni, D. Spielmann, F. Tulkens, et V. Berger, jurisconsulte, qui ont accepté de me rencontrer et de répondre à mes questions sans compter leur temps pourtant précieux.

P. Dourneau-Josette pour sa disponibilité et pour m'avoir permis de saisir les nuances du fonctionnement de la Cour.

Les membres de la division française et de la bibliothèque de la Cour pour leur accueil et leur aide précieuse.

Mes pensées et mes remerciements vont en outre à toutes les personnes qui ont contribué à ce travail de thèse,

Olivia, Carole et Katy pour leur soutien indéfectible au cours de ces années, ma mère pour avoir relu cette thèse de la première à la dernière ligne, mon père pour la mise en page, Hélène pour le soutien informatique, Lydie pour m'avoir guidée vers mon objectif.

L'ensemble de mes relecteurs, Maëva, Erwan, Marion, Isabelle, Ariane, Camille.

Fanny, Guillaume, Delphine, Louise et Marc pour les discussions qui m'ont permis de comprendre certains aspects de leurs disciplines respectives.

Je tiens également à adresser une pensée chaleureuse aux "assidus" de la salle des doctorants de la BU de Montpellier, qui ont, grâce à leur sympathique compagnie, contribué à rendre (presque) agréable ma fin de thèse.

Enfin, je ne sais comment exprimer à quel point Benjamin, ma famille et mes amis m'ont aidée dans ce long périple. Leurs encouragements et leur soutien moral, musical, affectif, sportif, festif ou culinaire ont largement contribué à ce que je puisse mener ce travail à son terme.

La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme.

La Cour européenne des droits de l'homme a, en 1968, dès son cinquième arrêt au principal, établi que des droits civils et politiques pouvaient générer des obligations d'action à la charge des États. Cette affirmation venait remettre en cause la définition traditionnelle de ces droits. En effet, ils étaient classiquement considérés comme mettant à la charge des États uniquement des obligations négatives. En revanche, les droits économiques sociaux et culturels étaient présentés comme imposant seulement des obligations positives.

Le juge européen a, depuis lors, mis au jour un nombre croissant d'obligations positives prétoriennes. Plusieurs techniques ont été développées pour ce faire. Cette étude vise à analyser ce que nous avons dénommé la technique des obligations positives, c'est-à-dire l'usage par la Cour des termes « obligations positives » ou « mesures positives ». Cette technique permet non seulement au juge européen de dégager des obligations d'action à la charge des États, mais également de reconnaître sa compétence pour contrôler l'exécution de ses propres arrêts, de conférer un effet horizontal à la Convention ou encore d'étendre la notion de juridiction au sens de l'article 1 CEDH. Elle est également un moyen de moduler son contrôle en permettant tantôt d'accorder une large marge nationale d'appréciation, tantôt de la réduire à néant. Cette diversification croissante de l'usage de la technique dans la jurisprudence européenne est toutefois source d'incohérences. La thèse défendue vise à démontrer que la technique des obligations positives est un outil d'adaptation de la norme juridique conventionnelle à l'évolution des États démocratiques et libéraux européens.

The Positive Obligations Technique in Law of the European Convention on Human Rights.

As early as 1968, the fifth merits judgment of the European Court of Human Rights established that civil and political rights could generate action obligations on the European States. This judgment was challenging the usual definition of those rights, which were traditionally considered as charging the public authorities with only negative obligations. In contrast, economic, social and cultural rights were positioned as imposing positive obligations on the public authorities.

The European Court of Human Rights has since created an increasing number of positive obligations and several techniques were developed for this purpose. This study aims to explore the “positive obligations technique”, that is to say, the Court's use of the terms “positive obligations” or “positive measures”. This technique not only allows the Court judge to impose action obligations on the European States, it also recognizes the Court judge's competence to monitor the implementation by the public authorities of its decisions, to give a horizontal effect to the Convention and to extend the concept of "jurisdiction" within the meaning of Article 1 ECHR. This technique also permits to modulate the Court's control over the European States, by granting a wide margin of appreciation or by reducing it to nothing. The increasing diversification of the use of this technique in European case law however creates discrepancy. This thesis aims to demonstrate that the technique of positive obligations is a tool for adaptation of the conventional norms to the changes of the democratic and liberal European States.

DISCIPLINE

Droit public

MOTS-CLÉS :

Obligations positives - Cour européenne des droits de l'homme – droits civils et politiques – droits économiques, sociaux et culturels – pouvoir normatif du juge – pouvoir d'injonction du juge – démocratie libérale – État providence – État gendarme – État arbitre - procéduralisation du droit –

Positive obligations - European Court of Human Rights - civil and political rights - economic, social and cultural rights - normative power of the judge - injunctive power of the judge - liberal democracy - welfare State - police state - arbiter State -

INTITULÉ ET ADRESSE DU LABORATOIRE

IDEDH, EA 3976, 39 rue de l'Université, 34060 MONTPELLIER cedex.

Liste des principales abréviations

A	Cour européenne des droits de l'homme, arrêts et décisions, Série A (jusqu'au 31 décembre 1995)
AIDH	Annuaire international des droits de l'homme
AFDI	Annuaire français de droit international
Aff.	Affaire
AIJC	Annuaire international de justice constitutionnelle
AJDA	Actualité juridique de droit administratif
al.	autres
AP	Protocole additionnel à la Charte sociale européenne du 5 mai 1988
APD	Archives de philosophie du droit
Art.	article
BOE	Bulletin officiel de l'État espagnol
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)
Bull. dr. h.	Bulletin des droits de l'homme
BYIL	British Yearbook of International Law
c.	Contre
CAA	Cour administrative d'appel
CADH	Charte africaine des droits de l'homme et des peuples
CLR	California Law Review
Cass.	Cour de cassation
Cass., Ass. plén.	Cour de cassation réunie en Assemblée plénière
Cass., Civ.	Cour de cassation, chambre civile
Cass., Com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Cass., Crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
Cass., Soc.	Cour de cassation, chambre sociale
CC	Conseil constitutionnel
CDE	Cahiers de droit européen

CE	Conseil d'État
CE, Ass.	Conseil d'État, Assemblée du contentieux
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme
chron.	Chronique
CIADH	Convention interaméricaine des droits de l'homme
CIJ	Cour internationale de justice
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CJ	Cour de Justice
coll.	Collection
Comité DH	Comité des droits de l'homme
Comité DESC	Comité des droits économiques sociaux et culturels
Comité EDS	Comité européen des droits sociaux
comm.	Communication
Const.	Constatation
Cour ADH	Cour africaine des droits de l'homme et des peuples
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme
Cour EDH, Déc.	Décision de recevabilité de la Cour européenne des droits de l'homme
Cour EDH, GC	Cour européenne des droits de l'homme réunie en Grande chambre
Cour IADH	Cour interaméricaine des droits de l'homme
CPJI	Cour permanente de justice internationale
ComEDH	Commission européenne des droits de l'homme
ComADH	Commission africaine des droits de l'homme et des peuples
<i>CrimLR</i>	<i>Criminal Law Review</i>
CSE	Charte sociale européenne
CSE 1961	Charte sociale européenne du 18 octobre 1961
CSERev	Charte sociale européenne révisée
D.	Recueil Dalloz Sirey
DC	Décision du Conseil constitutionnel
déc.	Décision
dir.	Direction
D.R.	Décisions et rapports de la Commission européenne des droits de l'homme (depuis 1975)
<i>Dr. soc.</i>	Droit social (revue)
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme

éd.	Édition
EDCE	Études et documents du Conseil d'État
EdinLR	Edinburgh Law Review
EHRLR	European Human Rights Law Review
EJIL	European Journal of International Law
ELR	European Law Review
EDL	L'Europe des Libertés
GACEDH	F. SUDRE, J-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET, G. GONZALEZ, <i>Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme</i> , PUF, 6 ^{ème} éd., 2011, 902 p.
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GDCC	L. FAVOREU, L. PHILIP et <i>al.</i> , <i>Les grandes décisions du Conseil constitutionnel</i> , Dalloz, 16 ^{ème} éd., 2011, 591 p.
GYIL	German Yearbook of International Law
HRLJ	Human Rights Law Journal
HRLR	Human Rights Law Review
HRQ	Human Rights Quarterly
ICLQ	International & Comparative Law Quarterly
IDEDH	Institut de droit européen des droits de l'homme
IJCL	International Journal of Constitutional Law
JCP	Juris-classeur périodique (La Semaine juridique)
JDE	Journal de droit européen
JDI	Journal du droit international
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JORF	Journal officiel de la République française
JT	Journal des Tribunaux
JTDE	Journal des Tribunaux. Droit européen
Juriscl.	Juris-classeur
LQR	The Law Quarterly Review
Leb.	Recueil Lebon (recueil des décisions du Conseil d'Etat)
Leb. Tables	Tables du Recueil Lebon
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LJIL	Leiden Journal of International Law
LPA	Les petites affiches
NILQ	Northern Ireland Legal Quarterly

ord.	Ordonnance
PIDCP	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
PIDESC	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
réclam.	Réclamation
<i>Rev. adm.</i>	Revue administrative
Rapp.	Rapport de la Commission européenne des droits de l'homme
<i>RBDI</i>	Revue belge de droit international
<i>RCADI</i>	Recueil des cours de l'Académie de droit international
<i>RCDIP</i>	Revue critique de droit international privé
<i>RDH</i>	Revue des droits de l'homme
<i>RDISDP</i>	Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques
<i>RDP</i>	Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger
<i>RDSS</i>	Revue de Droit Sanitaire et Social
<i>Rec.</i>	Recueil des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme (depuis le 1 ^{er} janvier 1996) / Recueil des arrêts de la CIJ / Recueil des arrêts de la CJCE / Recueil des décisions du Conseil constitutionnel
req.	Requête
<i>Rev. dr. fam.</i>	Droit de la famille (Revue)
<i>Rev. sc. crim.</i>	Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé
<i>RFAS</i>	Revue française des affaires sociales
<i>RFDA</i>	Revue française de droit administratif
<i>RFDC</i>	Revue française de droit constitutionnel
<i>RGDIP</i>	Revue générale de droit international public
<i>RIDC</i>	Revue internationale de droit comparé
<i>RJE</i>	Revue juridique de l'environnement
<i>RJPF</i>	Revue Juridique Personnes et Famille
<i>RQDI</i>	Revue Québécoise de droit international
<i>RRJ</i>	Revue de la recherche juridique - Droit prospectif.
<i>RTDciv.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTDE</i>	Revue trimestrielle de droit européen
<i>RTDH</i>	Revue trimestrielle des droits de l'homme
<i>RUDH</i>	Revue universelle des droits de l'homme
<i>SFDI</i>	Société française pour le droit international
spéc.	Spécialement

TA	Tribunal administratif
TCE	Traité instituant la Communauté européenne
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne
TUE	Traité sur l'Union européenne
<i>ZaöRV</i>	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

Table des matières

Liste des principales abréviations.....	xi
Introduction.....	1
§1. Le domaine de l'étude : le droit de la Convention EDH.....	2
A. Des droits civils et politiques.....	2
B. Des droits initialement définis comme « négatifs ».....	6
1. Une définition influencée par le libéralisme politique	6
2. Une définition transposée par la doctrine juridique.....	8
a. Au niveau national.....	8
b. Au niveau international.....	13
§2. L'objet de l'étude : la technique des obligations positives.....	19
A. L'enjeu de la définition de l'« obligation positive ».....	20
B. Le choix de circonscrire l'étude aux obligations positives prétoriennes.....	22
C. La construction de l'objet de l'étude : la notion d'obligation positive comme technique juridique.....	26
§3. La thèse soutenue.....	29
PARTIE 1 : LES FONDEMENTS DES OBLIGATIONS POSITIVES PRÉTORIENNES.....	33
CHAPITRE 1 : Une technique issue de l'exploitation constructive d'une pluralité de sources.....	39
SECTION 1 : La réappropriation de la doctrine et de la jurisprudence allemande	42
§1. Une classification des obligations en fonction des effets du droit.....	45
A. Des effets positifs déduits du caractère objectif des droits fondamentaux en Allemagne.....	45
B. La distinction européenne obligations positives/obligations négatives.....	49
§2. Une application de la Convention aux relations entre personnes privées.....	53
A. Le caractère précurseur de la jurisprudence et de la doctrine allemande.....	55
1. La doctrine allemande de la Drittwirkung	56

2. L'effet rayonnant et l'obligation de protection des droits fondamentaux développés par la jurisprudence constitutionnelle allemande.....	58
B. La reconnaissance de l'effet horizontal indirect de la Convention par le biais de la technique des obligations positives	61
1. L'invocation des théories de la Drittwirkung par la doctrine afin de revendiquer un effet horizontal de la Convention EDH.....	62
2. La consécration de l'effet horizontal indirect de la Convention.....	64
§3. Une classification des obligations positives en fonction des moyens mis en œuvre..	72
A. Les deux catégories d'obligations procédurales européennes.....	72
1. Des points communs.....	72
2. Des différences.....	77
a. Une catégorie inspirée des garanties en matière d'organisation et de procédure développées par la jurisprudence allemande.....	77
b. Une catégorie inspirée du droit international général.....	81
B. Les voies permettant de dégager des obligations procédurales.....	82
1. L'examen de la nécessité de l'ingérence.....	83
2. L'examen de la légalité de l'ingérence.....	85
3. La technique des obligations positives.....	87
SECTION 2 : Le recours croissant à des sources matérielles	90
§1. Une exploitation exponentielle du droit international	90
A. Les règles d'interprétation permettant un tel recours.....	90
B. Les manifestations en matière d'obligations positives.....	94
1. Le recours implicite au droit international public.....	94
a. Les obligations de due diligence en droit international général.....	94
b. Les obligations de prévention et de réparation dégagées grâce à la technique des obligations positives.....	96
i. Les obligations de prévention.....	96
ii. Les obligations de réparation.....	98
2. Le recours explicite au droit international public.....	101
§2. Une référence émergente au principe de prééminence du droit.....	109
SECTION 3 : Le rattachement automatique aux dispositions Conventionnelles.....	116
§1. Un rattachement systématique à un droit conventionnel	116
A. L'inhérence au droit.....	116
B. L'interprétation constructive du texte des articles.....	122
C. La mise en œuvre d'une interprétation systématique.....	125
§2. Un recours sélectif à l'article 1 de la Convention.....	128
A. L'article 1, fondement d'une « obligation générale de garantir l'exercice effectif des droits »	130

1. Une obligation présente en filigrane dans les travaux préparatoires.....	130
2. Une obligation issue d'une interprétation constructive de l'article 1.....	133
B. Le potentiel normatif de l'obligation générale de l'article 1	139
C. Les obligations positives spéciales déduites de l'obligation générale.....	144
Conclusion du Chapitre 1.....	152
 CHAPITRE 2 : Une technique inscrite dans le développement du droit international des droits de l'homme.....	 155
 SECTION 1 : Une consécration unanime d'obligations positives prétorienne par les organes de protection internationale et régionale des droits de l'homme.....	 156
§1. La réception limitée de la technique des obligations positives par les organes de contrôle des droits civils et politiques.....	156
A. Des dispositions conventionnelles pouvant constituer des fondements textuels à d'éventuelles obligations positives.....	157
1. Des dispositions générales plus larges que l'article 1 CEDH.....	158
2. Des dispositions spécifiques prévoyant des obligations d'action des États.....	162
B. Des obligations d'action étatiques développées par la jurisprudence.....	166
1. Des obligations matériellement identiques aux obligations européennes.....	167
a. Des obligations d'action déduites des dispositions générales.....	167
b. Des obligations équivalentes aux obligations positives européennes	172
2. Une réception formelle en progression de la technique des obligations positives	179
§2. La réception inégale de la technique par les organes de contrôle des droits économiques, sociaux et culturels.....	186
A. Une réappropriation de la technique par le Comité EDS.....	186
B. Une absence de réception de la technique par le Comité DESC.....	191
§3. La réception intégrale de la technique par un organe de contrôle des deux catégories de droits, la Commission ADH.....	195
 SECTION 2 : Une consécration signe d'une conception commune des droits de l'homme	 201
§1. Une conception objective des droits de l'homme.....	201
A. Une conception non généralisée.....	203
B. Une conception en constante progression.....	209
1. Au niveau national.....	210
2. Au niveau international.....	216

§2. Une adhésion au caractère indivisible des droits de l'homme.....	223
Conclusion du Chapitre 2.....	228
Conclusion de la Partie 1.....	230
PARTIE 2 : LE RÉGIME DES OBLIGATIONS POSITIVES PRÉTORIENNES.....	233
CHAPITRE 1 : Le caractère majoritairement non pertinent de la distinction obligation positive- négative.....	235
SECTION 1 : Une absence de corrélation systématique entre le comportement à l'origine de l'atteinte et l'obligation en cause.....	238
§1. Une différence « juridique » et non « matérielle » entre obligations positives et négatives (R. Ago).....	240
§2. Une confusion entre imputation du fait à l'État et nature de l'obligation en cause.	244
A. En cas d'effet horizontal indirect de la Convention.....	245
1. Des exemples minoritaires allant à l'encontre du principe de non imputation des actes individuels à l'État.....	246
2. Une approche globalement conforme au principe de non imputation des actes individuels à l'État.....	249
B. En cas d'effet vertical de la Convention.....	254
1. La mobilisation des obligations positives en cas d'incertitude sur l'existence d'une atteinte à un droit conventionnel.....	255
2. La mobilisation des obligations positives en cas d'absence de preuve de l'implication directe des organes étatiques	258
§3. Une assimilation aléatoire entre ingérence et atteinte aux droits conventionnels....	260
SECTION 2 : Une qualification souvent indifférente au contenu de l'obligation en cause	264
§1. Les obstacles au choix entre obligations positive et négative.....	264
A. La difficulté de qualifier certaines obligations en termes positif ou négatif.....	264
1. Une qualification hétérogène en cas d'obligation individuelle.....	265
a. Une qualification aisée en cas d'obligations ayant une implication « physique ».....	265
b. Une qualification ardue en cas d'obligation d'adopter une décision administrative ou juridictionnelle conventionnelle.....	266
2. Une qualification impossible concernant les obligations structurelles.....	268

B. La pluralité de faits et d'obligations en jeu au sein d'un même litige.....	270
§2. La qualification d'obligation positive fondée sur des critères contradictoires.....	273
A. Les obligations positives en tant qu'obligations de protection des droits, un moyen de renfort symbolique des obligations étatiques.....	273
B. Les obligations positives en tant qu'obligations accordant une large marge nationale d'appréciation aux États.....	279
§3. La non-qualification bienvenue des obligations en terme positif ou négatif.....	282
Conclusion du Chapitre 1.....	287
CHAPITRE 2 : L'existence d'un cadre de contrôle commun aux obligations conventionnelles.	289
SECTION 1 : L'applicabilité du droit.....	295
§1. L'existence d'une atteinte, l'exigence aléatoire d'un seuil minimum de gravité.....	295
§2. L'existence d'un droit, la recevabilité <i>ratione materiae</i>	299
§3. L'existence d'un lien de causalité, la recevabilité <i>ratione personae</i>	301
A. Une place particulière du lien de causalité en matière d'obligations positives....	302
B. Un mécanisme d'imputation matérielle.....	304
SECTION 2 : Les critères déclencheurs des obligations positives.....	310
§1. Les obligations structurelles dépendantes de la reconnaissance d'un droit conventionnel.....	310
A. Les obligations structurelles conditionnées par la mise en balance des intérêts en présence.....	311
1. Une large marge nationale d'appréciation conférée.....	312
2. Une incertitude quant la protection conventionnelle du droit invoqué.....	315
B. Les obligations structurelles justifiées par la protection d'un droit conventionnel	319
§2. Les obligations individuelles, dépendantes du critère de la connaissance.....	323
A. Une condition classique en matière d'obligation de prévention	324
1. Un critère issu du droit international général.....	324
2. Un critère assoupli par la Cour EDH.....	328
a. Un risque réel.....	332
b. Un risque immédiat.....	336
c. Un risque individuel.....	338
B. Un critère transposable aux autres obligations individuelles.....	346
1. Une connaissance évidente du risque ou de l'existence d'une atteinte	347

2. Une connaissance à démontrer de la survenance de l'atteinte.....	348
SECTION 3 : L'examen du respect des obligations positives.....	351
§1. En matière d'obligations structurelles	352
A. Une adéquation relative du critère « prévu par la loi ».....	353
B . Des mesures nécessaires dans une société démocratique.....	355
1. Un recours aléatoire à l'interprétation consensuelle afin de fixer les mesures exigées.....	355
2. Une obligation de résultat, la nécessité d'assurer un juste équilibre entre les intérêts en présence.....	360
§2. En matière d'obligations individuelles.....	362
A. Des mesures « prévues par la loi ».....	362
1. Une exigence parfois nécessaire, la légalité en tant qu'encadrement de l'action étatique.....	362
a. En matière d'obligation d'adopter des décisions administratives et juridictionnelles conventionnelles.....	362
b. En matière d'obligation de prévention.....	365
2. Une exigence généralement aléatoire, la légalité en tant que fondement de l'action étatique.....	366
B. Des mesures nécessaires dans une société démocratique.....	369
1. Des mesures dépendantes de la nature de l'obligation en jeu.....	370
a. Obligation de moyen.....	370
i. Les obligations concernées.....	370
ii. L'exigence de mesures raisonnables.....	373
b. Obligation de résultat.....	377
2. Des mesures soumises à la mise en balance des intérêts en présence.....	379
a. Les obligations concernées.....	379
i. Les obligations individuelles soumises à la balance des intérêts	379
ii. Les obligations individuelles non soumises à la balance des intérêts ..	382
b. L'identification des intérêts en jeu.....	383
Conclusion du Chapitre 2.....	391
Conclusion de la Partie 2.....	393
PARTIE 3 : LA PORTÉE DES OBLIGATIONS POSITIVES PRÉTORIENNES.....	395
CHAPITRE 1 : Le développement du pouvoir d'injonction du juge.....	397
SECTION 1 : L'extension de la compétence de la Cour.....	401

§1. Les effets de la technique des obligations positives sur la juridiction de l'État au sens de l'article 1 CEDH.....	401
A. La définition de la juridiction de l'État.....	401
1. Une notion de juridiction étrangère au droit international de la compétence..	403
2. Une juridiction personnelle et territoriale.....	405
B. La technique des obligations positives, source d'extension de la juridiction de l'État.....	408
1. Une juridiction reconnue en l'absence de contrôle effectif d'un État sur son territoire.....	408
2. Une utilisation de la technique des obligations positives source d'incohérences	410
C. La technique des obligations positives, source de fragmentation de la juridiction de l'État.....	414
1. Sur le territoire de l'État	416
2. En dehors du territoire de l'État	418
§2. Les effets de la technique des obligations positives sur la compétence ratione temporis de la Cour.....	422
A. L'utilisation imprévue de la technique des obligations positives en cas de violation instantanée.....	423
1. La remise en cause progressive de la jurisprudence Blečić.....	423
2. La proclamation de la « détachabilité » des obligations d'enquête.....	426
B. L'utilisation contestable de la technique des obligations positives en cas de violation instantanée.....	427
1. Un aménagement du principe de non-rétroactivité des traités.....	428
2. Des critères incertains.....	431
3. Une hiérarchisation douteuse des droits conventionnels.....	436
SECTION 2 : La gradation des obligations imposées.....	441
§1. Une liberté variable des États	441
A. Une liberté des États fonction de la précision des obligations imposées.....	442
B. Une liberté des États faiblement dictée par la nature des obligations imposées. .	447
1. Une liberté nullement conditionnée par la nature d'obligation de moyen ou de résultat.....	447
2. Une liberté éventuellement conditionnée par la nature d'obligation substantielle ou procédurale.....	449
a. Une liberté limitée : les obligations procédurales de réparation.....	450
i. Une subsidiarité nécessaire pour la Cour.....	450
ii. Une subsidiarité subie par les États.....	452
b. Une liberté voulue : les obligations procédurales de conciliation.....	458
§2. Une liberté décroissante des États.....	465
A. L'encadrement exponentiel des pouvoirs étatiques.....	465
1. Pouvoir législatif.....	466

2. Pouvoir exécutif.....	475
3. Pouvoir judiciaire.....	479
B. Le contrôle de l'exécution de ses propres arrêts.....	487
Conclusion du Chapitre 1.....	493
CHAPITRE 2 : La définition du rôle de l'État dans une démocratie libérale européenne.....	495
SECTION 1 : Un approfondissement de l'État libéral « classique ».....	498
§1. Un droit commun européen conforme aux aspirations libérales.....	500
A. Des mesures de prévention des atteintes aux droits.....	500
B. Des mesures de réparation des atteintes aux droits.....	505
C. Des mesures de consécration des droits.....	508
§2. Une évolution de l'État gendarme.....	513
A. La « pénalisation » croissante des droits civils et politiques.....	514
B. La « pénalisation » encadrée des droits civils et politiques.....	517
1. Une limitation nécessaire des obligations pénales.....	517
2. Une limitation mise en œuvre des obligations pénales.....	520
§3. Un perfectionnement de l'État arbitre.....	525
SECTION 2 : Un État providence minimal.....	529
§1. Une voie clairement évitée : la « socialisation » des droits civils et politiques.....	531
§2. Une voie timidement empruntée : l'imposition d'obligations positives sociales conditionnées.....	535
A. En cas d'implication de l'État dans la situation des requérants.....	535
1. Des obligations vis-à-vis des personnes sous sa responsabilité.....	535
2. Des obligations de réparation des atteintes causées par un fait étatique.....	538
B. En cas de garantie du droit en cause par une norme extra-conventionnelle.....	540
C. En cas de nécessité pour l'effectivité d'un droit conventionnel.....	543
Conclusion du Chapitre 2.....	548
Conclusion de la Partie 3.....	549
Conclusion générale.....	551

Une invitation à repenser la dichotomie obligation positive - obligation négative...	551
Une nécessaire évolution de la définition juridique des droits civils et politiques...	554
Un impact sur la conception du droit international.....	556
Bibliographie.....	559
I. Ouvrages.....	559
A. Dictionnaires.....	559
B. Manuels et Cours.....	560
C. Autres Ouvrages.....	562
D. Thèses et mémoires.....	565
E. Ouvrages collectifs.....	569
F. Mélanges.....	571
G. Colloques et journées d'études.....	573
H. Ouvrages extra-juridiques.....	576
II. Articles.....	578
A. Contributions dans des ouvrages collectifs.....	578
B. Articles de revues et notes.....	596
C. Chroniques.....	608
III. Rapports et autres instruments de travail.....	609
A. Rapports de la Commission du droit international.....	609
B. Documents du Conseil de l'Europe.....	610
Liste des sites internet consultés.....	611
Jurisprudence.....	613
I. TABLES CHRONOLOGIQUES DE LA JURISPRUDENCE RÉGIONALE.....	613
A. Europe.....	613
§1. Cour européenne des droits de l'homme.....	613
a. Arrêts.....	613
b. Décisions	637

§2. Commission européenne des droits de l'homme.....	640
§3. Comité européen des droits sociaux.....	643
B. Amériques.....	644
§1. Commission interaméricaine des droits de l'homme.....	644
§2. Cour interaméricaine des droits de l'homme.....	644
a. Avis consultatifs.....	644
b. Arrêts.....	645
C. Afrique.....	648
§1. Cour africaine des droits de l'homme et des peuples.....	648
§2. Commission africaine des droits de l'homme et des peuples.....	649
II. TABLES CHRONOLOGIQUES DE LA JURISPRUDENCE INTERNATIONALE .	649
A. Cour permanente de justice internationale et Cour internationale de justice.....	649
B. Jurisprudence arbitrale.....	650
C. Comité des droits de l'homme.....	651
§1. Observations Générales.....	651
§2. Constatations.....	652
§3. Observations finales.....	653
D. Comité des droits économiques sociaux et culturels.....	654
§1. Observations générales.....	654
§2. Observations finales.....	654
E. Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes.....	655
§1. Observations générales.....	655
§2. Constatations.....	655
III- TABLES CHRONOLOGIQUES DE LA JURISPRUDENCE NATIONALE.....	655
A. Jurisprudence française.....	655
§1. Jurisprudence administrative.....	655
a. Conseil d'Etat.....	655
b. Cours administratives d'appel.....	656
c. Tribunaux administratifs.....	656
§2. Jurisprudence judiciaire.....	656
§3. Jurisprudence constitutionnelle.....	657
B. Jurisprudence allemande	657

§1. Cour constitutionnelle allemande	657
§2. Cour fédérale du travail allemande.....	657
C. Jurisprudence espagnole (Tribunal constitutionnel espagnol).....	658
D. Jurisprudence des États-Unis d'Amérique.....	658
§1. Cour Suprême américaine.....	658
§2. Cours Suprêmes fédérées américaines.....	659
Index alphabétique.....	661

Introduction

« Pendant longtemps, les "excès de la puissance publique" furent surtout redoutés ; de nos jours "l'impuissance publique" est devenue la forme la plus répandue de l'arbitraire des Pouvoirs Publics. »

P. MONTANÉ DE LAROQUE, *L'inertie des pouvoirs publics*, Imprimerie moderne, 1950, p. 8.

1. « *Les droits reconnus par la Convention ne sont pas tous "négatifs": "il faut examiner chaque matière" et "chaque disposition d'une manière indépendante, sans se laisser égarer" par une doctrine "d'un certain âge" - la doctrine classique des libertés individuelles qui "peut conserver une certaine valeur philosophique" mais "n'a aucun caractère normatif" »*¹. Ces mots sont ceux des membres de la Commission européenne des droits de l'homme (EDH) formulés devant la Cour EDH dans l'*affaire linguistique Belge*. Dans le rapport de la Commission² et dans l'arrêt rendu par la Cour en 1968³, le cinquième au principal depuis ses débuts, était établi que les droits conventionnels, droits civils et politiques, pouvaient générer des obligations positives, c'est-à-dire des obligations d'action à la charge des États. Les propos tenus par les commissaires résumaient bien l'enjeu de cette affirmation. Les organes de contrôle de la Convention venaient en effet remettre en cause la définition traditionnelle des droits civils et politiques qui, sous l'influence du libéralisme politique, avaient été définis comme des droits « négatifs » par opposition aux droits économiques et sociaux, droits considérés comme « positifs ». La Commission et la Cour ont par la suite développé au fil de leurs décisions et arrêts des obligations positives prétoriennes de plus en plus nombreuses. Cette recherche sur « la technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme » vise à les étudier.

¹ Cité dans Cour EDH, Plén., 23 juillet 1968, **Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »** c. Belgique, A 6, §1 ; *GACEDH*, n° 9 ; *AFDI*, 1968, 201, obs. R. Pelloux ; *RBDI*, 1970, 353, obs. J. Verhoeven.

² ComEDH, Rapp., 24 juin 1965, **Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »** c. Belgique, req. 1474/62 et *al.*, B 3 et 4.

³ Cour EDH, Plén., 23 juillet 1968, **Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »**, *préc.*, §3.

§1. Le domaine de l'étude : le droit de la Convention EDH

2. Le droit de la CEDH recouvre la Convention EDH, telle qu'interprétée par l'ancienne Commission EDH et par la Cour EDH. La Convention de Rome garantit principalement des droits civils et politiques (A). Cette notion date du début du XX^{ème} siècle et correspond à la nécessité « *d'insérer des droits d'origine philosophique dans un ordre politique et juridique* »⁴. Ces droits étaient auparavant appelés libertés individuelles, droits de l'homme ou libertés publiques. Ils ont été initialement définis comme des droits « négatifs » (B).

A. Des droits civils et politiques

3. À l'origine de l'idée d'élaborer une Convention européenne des droits de l'homme et d'instituer une Cour pour en assurer son respect, se trouve le Mouvement Européen⁵, mouvement non officiel fondé le 25 octobre 1948 et composé de personnalités issues de divers pays européens⁶. La section juridique internationale du Mouvement Européen, sous la présidence du professeur P.-H. Teitgen, et avec pour rapporteurs joints, le professeur F. Dehousse et Sir D. Maxwell-Fyfe, avait produit un projet de Convention européenne des droits de l'homme et un projet de statut pour la Cour européenne des droits de l'homme, soumis au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 12 juillet 1949⁷.

Ce projet visait à reproduire à l'échelon européen la Déclaration universelle des droits de l'homme, en l'assortissant d'un juge chargé de veiller à son respect pour lui garantir une pleine effectivité. La reproduction n'était cependant que partielle dans la mesure où il avait été décidé de n'y inclure que des droits civils et politiques. En effet « *dans le contexte de la guerre froide*

⁴ J. MORANGE, « Droits civils et politiques », in D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 536.

⁵ Le Mouvement Européen affirma ainsi en mai 1948 à La Haye lors du « Congrès de l'Europe » : « *Nous voulons une Charte des droits de l'homme, garantissant les libertés de pensée, de réunion et d'expression ainsi que le libre exercice d'une opposition politique ; nous voulons une Cour de Justice capable d'appliquer les sanctions nécessaires pour que soit respectée la Charte* », *Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme*, Conseil de l'Europe, La Haye, Martinus Nijhoff, 1975, vol. 1, p. XXII.

⁶ Parmi eux, Sandys (premier Président), Blum, Churchill, de Gasperi et Spaak (Présidents d'honneur).

⁷ *Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. XXV.

naissante et au sortir de l'affrontement avec le totalitarisme nazi, la Convention – tout comme l'organisation lui ayant servi de cadre – ont été conçues avant tout comme des instruments de préservation des valeurs de la démocratie libérale, au moment où était instaurée, dans une autre partie de l'Europe, une toute autre conception des droits et libertés »⁸.

4. P.-H. Teitgen, considéré comme « *l'acteur clé français de la rédaction* » de la Convention⁹, dans une intervention du 19 août 1949 devant l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe, identifiait ainsi trois menaces pesant sur les libertés et contre lesquelles il lui semblait nécessaire de se prémunir : tout d'abord la « *tentation de la raison d'État* » comme « *tentation permanente, et quelle que soit la forme de l'État fut-il démocratique* » ; ensuite les risques d'anéantissement de la démocratie que ce soit en raison des traces laissées par l'hitlérisme et le fascisme dans les opinions publiques européennes, que du fait du développement d'un « *certain anticomunisme qui prétend combattre le communisme non pas avec les moyens de la démocratie mais avec ceux de la dictature* » ; et enfin les « *conditions économiques et sociales* »¹⁰.

Les deux premières menaces imposaient naturellement la nécessité de garantir de manière effective les droits civils et politiques, comme un retour aux fondamentaux du libéralisme politique, instruments de limitation de l'État et de garantie de la démocratie. Cependant, la garantie des droits économiques et sociaux, qui aurait constitué la meilleure défense contre la troisième menace, fut considérée comme plus délicate et non prioritaire.

5. Elle était plus délicate car elle aurait sans doute nécessité de longs débats avant que les États se mettent d'accord quant à la formulation des droits économiques et sociaux. Or l'objectif était d'adopter un texte le plus rapidement possible. Dans un contexte de début de guerre froide, il s'agissait de se munir au plus vite d'une Convention capable de constituer un rempart contre l'avancée du communisme en Europe. Un instrument incluant à la fois des libertés et des

⁸ M. LEVINET, « Les présupposés idéologiques de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Les 60 ans de la Convention européenne des droits de l'homme* (9 avril 2010), *Les Petites Affiches*, n° 254, 22 décembre 2010, p. 9.

⁹ M. R. MADSEN, *La genèse de l'Europe des droits de l'homme, Enjeux juridiques et stratégies d'État (France, Grande Bretagne et pays scandinaves, 1945-1970)*, Presses universitaires de Strasbourg, coll. « sociologie politique européenne », 2010, p. 114.

¹⁰ Car elles empêchent une partie de la population de « *bénéficier personnellement dans leur vie quotidienne* » de la liberté, et constituent en outre un terreau favorable à l'implantation du communisme qui propose l'égalité et la justice sociale aux dépens de la liberté présentée alors comme mère de tous les malheurs, « *parce qu'elle implique le libéralisme, la dure concurrence et l'écrasement, quelquefois, du faible par le fort* » (Intervention de P.-H. Teitgen, 19 août 1949, huitième séance de la première session de l'Assemblée Consultative, *Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., vol. 1, p. 41-43).

droits créances, c'est-à-dire, « *permettant d'allier inséparablement la conquête de la justice et la possession de la liberté* » selon les mots de P.-H. Teitgen, aurait considérablement ralenti le projet du fait qu'il aurait exigé « *des années de compréhension mutuelle, d'études et d'expériences collectives pour pouvoir tenter d'établir, avec quelques chances de succès au bout de plusieurs années, cette définition générale et totale de toutes les libertés et de tous les droits qui seraient donnés par l'Europe aux Européens* »¹¹.

6. La garantie des droits économiques et sociaux était en outre non prioritaire. Les gouvernements au pouvoir n'étaient pas tous défavorables à la reconnaissance de ce type de droits, mais ne voulaient pas l'envisager dans l'immédiat. Le continent était dévasté, les États ruinés et désorganisés. L'urgence était d'instaurer un juge européen garant de la démocratie afin de voir garantis les droits « liberté » ou droits civils et politiques. Le 5 septembre 1949, P.-H. Teitgen, avait présenté un rapport au nom de la Commission des questions juridiques et administratives devant l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe, dans lequel était recommandée l'instauration d'une garantie collective des droits et établie une liste des droits à intégrer dans la Convention. Il expliquait de la manière suivante l'opportunité d'exclure les droits économiques et sociaux : « *certes les libertés " professionnelles " et les droits " sociaux " d'une valeur capitale, devront eux aussi être, dans l'avenir, définis et protégés ; mais qui ne comprendra qu'il convient de commencer par le commencement, de garantir dans l'Union européenne, la démocratie politique, puis de coordonner nos économies avant d'entreprendre la généralisation de la démocratie sociale* ». Ainsi, selon ses mots, il fallait garantir prioritairement « *ces droits et libertés* » qui « *constituent le dénominateur commun de nos institutions politiques, la première conquête de la démocratie mais aussi la condition de son fonctionnement* »¹². En ce sens, selon le Professeur E. Decaux, le choix s'est opéré « *sur une base empirique plus qu'idéologique* »¹³.

7. Pour certains représentants, et en particulier pour le britannique D. Maxwell-Fyfe, les arguments avancés pour justifier la non inclusion des droits économiques et sociaux dans la

¹¹ Intervention de P.-H. Teitgen, 19 août 1949, huitième séance de la première session de l'Assemblée Consultative, *Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., vol. 1, p. 45.

¹² Intervention de P.-H. Teitgen, 5 septembre 1949, quinzième séance de la première session de l'Assemblée Consultative, *Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., vol. 1, p. 219.

¹³ E. DECAUX, « La Charte internationale des droits de l'homme, cohérence et complémentarité ? », in COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME (éd.), *La Déclaration universelle des droits de l'homme, 1948-2008, Réalité d'un idéal commun ? Les droits économiques, sociaux et culturels en question*, La documentation Française, 2009, p. 47.

Convention étaient tout autres. Estimant que les « *droits ou libertés négatifs* » constituaient « *dans tout système législatif (...) un élément plus fondamental même que les droits positifs* », il défendait que les droits économiques et sociaux étaient « *trop difficiles à appliquer* » à la différence des droits civils et politiques dont l'expérience notamment américaine avait démontré l'absence de difficulté d'interprétation et d'application¹⁴. Ces arguments avaient été développés dans son rapport devant l'Assemblée Consultative, lorsque s'était posée la question d'inclure dans la Convention des dispositions relatives à la propriété et à l'éducation. Il avait soulevé trois arguments : « *le premier a trait à la difficulté, (...), d'interprétation et d'application judiciaire de ces droits. En second lieu, on a fait remarquer qu'en général, même à l'intérieur d'un État les droits économiques et sociaux ne sont pas définis dans la Constitution sous forme qui permette des sanctions juridiques. Troisième difficulté, plus générale : lorsqu'on commence à définir ces droits (...) sociaux et économiques, il est très difficile de savoir où s'arrêter et il est donc prudent de ne pas aborder ce domaine* »¹⁵.

L'argumentaire britannique était cohérent avec celui avancé plus tard au niveau international pour démontrer la complexité générée par la reconnaissance d'obligations positives et d'obtenir la conclusion de deux Pactes distincts, l'un sur les droits civils et politiques, l'autre sur les droits économiques, sociaux et culturels. La nature positive de ces derniers droits impliquerait la nécessité de les définir de manière extrêmement détaillée, chose impossible dans des instruments internationaux de ce type. Elle rendrait en outre impossible toute sanction juridique, en particulier tout contrôle judiciaire. Si ces deux droits précités, droit à l'éducation et droit à la protection de la propriété n'ont finalement pas été garantis dans la Convention, leur adoption, bien que se heurtant à quelques difficultés¹⁶, n'a été que repoussée, et ils ont été consacrés au sein du premier protocole additionnel à la Convention signé le 20 mars 1952. En revanche, les autres droits économiques et sociaux n'ont pas été intégrés à la Convention de Rome de 1950 mais « relégués » dans la Charte sociale européenne adoptée en 1961. En outre, un Comité et non une Cour, a été chargé d'en assurer le contrôle¹⁷. Il est depuis longtemps question que soit adopté un Protocole additionnel à la

¹⁴ Intervention de D. MAXWELL-FYFE, 19 août 1949, huitième séance de la première session de l'Assemblée Consultative, *Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., vol. 1, p. 117-119.

¹⁵ Cité par M. BOSSUYT, « La distinction entre les droits civils et politiques et les droits économiques sociaux et culturels », *RDH*, 1975, p. 786.

¹⁶ *Ibid.*, p. 786.

¹⁷ La Charte fut complétée par le Protocole additionnel du 5 mai 1988, le Protocole portant amendement à la Charte prévoyant un système de réclamations collectives du 9 novembre 1995, et par la Charte sociale européenne révisée du 3 mai 1996. Sur le système de la Charte Sociale européenne cf. F. SUDRE, « Le protocole additionnel à la Charte

Convention EDH pour que les droits économiques et sociaux deviennent justiciables devant la Cour de Strasbourg, mais en l'absence de réelle volonté des États, le projet n'a toujours pas abouti¹⁸.

8. La Convention EDH garantit donc des droit civils et politiques, initialement définis comme des droit négatifs. Or, la jurisprudence de la Commission et de la Cour EDH, en venant affirmer que ces droits peuvent également générer des obligations positives, a remis en cause cette définition traditionnelle.

B. Des droits initialement définis comme « négatifs »

9. Une distinction originelle associe, d'une part, les droits civils et politiques à des droits négatifs, d'autre part, les droits économiques et sociaux à des droits positifs. Cette distinction initiale circonscrit les droits civils et politiques à des droits générant uniquement des obligations négatives. La prégnance des philosophies du libéralisme politique sur la philosophie des droits de l'homme en est l'explication principale (1) et se trouve à l'origine de la définition des droits civils et politiques adoptée par la doctrine juridique (2).

1. Une définition influencée par le libéralisme politique

10. La prégnance des philosophies du libéralisme politique sur la philosophie des

sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives », *RGDIP*, 1996, p. 715-739 ; R. BIRK, « The Collective Complaint. A New Procedure in the European Social Charter », in *Liber amicorum in Honour of R. BLANPAIN, Labour Law and Industrial Relations at the Turn of the Century*, Kluwer, 1998, p. 261-274 ; J.-F. AKANDJI-KOMBÉ et S. LECLERC (dir.), *La Charte sociale européenne*, Actes des premières Rencontres européennes organisées à Caen le 17 mars 2000, Bruylant, 2001, 207 p. ; R. CHURCHILL, U. KHALIQ, « The Collective Complaints System of the European Social Charter : an Effective Mechanism for Ensuring Compliance with Economic and Social Rights ? », *EJIL*, 2004, vol. 15, n° 3, p. 417-456 ; C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux, étude de droit conventionnel européen*, Bruylant, coll. « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », 2012, 810 p.

¹⁸ A. BERENSTEIN, « Economic and Social Rights : their Inclusion in the European Convention on Human Rights Problems of Formulation and Interpretation », *HRLJ*, 1981, p. 257-280 ; A. DE SALAS, « Les droits sociaux et la Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. COHEN-JONATHAN, Libertés, justice, tolérance*, Bruylant, 2004, p. 579-589 ; C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux, étude de droit conventionnel européen*, *op. cit.*, p. 190 et 702 et s.

droits de l'homme ainsi que sur leur consécration en droit positif est la source de la définition des droits civils et politiques en tant que droits « négatifs ». En effet le libéralisme politique¹⁹ « demeure historiquement et idéologiquement » le « berceau »²⁰ des droits de l'homme ; philosophie des droits de l'homme et philosophie politique libérale comportent des racines intellectuelles communes. Par ailleurs, les premiers penseurs du libéralisme ont largement influencé les rédacteurs des Déclarations des droits du XVIII^{ème} siècle, et au cours des XIX^{ème} et XX^{ème} siècles, le courant libéral a fortement pesé sur le choix des droits consacrés et sur l'établissement de leur définition juridique.

11. Le libéralisme politique est susceptible d'être défini de multiples manières. Selon Lalande il s'agit de la « doctrine politique suivant laquelle (...) il convient de donner aux citoyens le plus de garanties possible contre l'arbitraire du gouvernement »²¹. Parmi ces « garanties », les droits de l'homme tiennent une place centrale. Ils sont ainsi au cœur de cette philosophie dans la mesure où elle les considère comme « le fondement du lien politique ou du "contrat social" »²². De cette valorisation des individus, le libéralisme politique en déduit une nécessaire limitation de l'État²³. Cette limitation doit permettre l'exercice des libertés individuelles dans le respect de la loi. Le libéralisme politique s'oppose ainsi radicalement à toute doctrine « étatiste », dans laquelle l'État viendrait « absorber la société (...), que ce soit pour moraliser les hommes, pour renforcer la solidarité ou même pour accomplir le droit »²⁴. Ainsi, comme le souligne le Professeur P. Manent le libéralisme politique se caractérise par « la distinction entre la société civile et l'État : celui-ci est le représentant et l'instrument de celle-là »²⁵. Les droits civils et politiques sont la pure expression du

¹⁹ Le terme « libéralisme » recouvre des conceptions bien distinctes et à ne pas confondre. Bien que les libéralismes politique, économique ou encore moral aient en commun de réserver une place centrale aux libertés individuelles ainsi que de témoigner une certaine méfiance vis à vis du pouvoir étatique, ils ne vont pas nécessairement de pair. Il est donc possible d'être favorable au libéralisme politique sans adhérer au libéralisme économique. Selon Burdeau, « Il faudrait (...) être indifférent à la réalité pour croire qu'aujourd'hui la démocratie libérale (libéralisme politique) pourrait se maintenir en respectant scrupuleusement les impératifs du libéralisme économique; ce serait donc une entreprise hasardeuse que de vouloir inclure, dans une définition lapidaire, les différentes figures d'un concept que ses incarnations trahissent toujours par quelques côtés » G. BURDEAU, *Le libéralisme*, Seuil, 1979, p. 8.

²⁰ L. FAVOREU et al., *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2009, p. 19.

²¹ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie* (1926), PUF, 2^{ème} éd. « Quadrige », 2006, p. 557. Cité par P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, Dalloz-Sirey, 2009, 6^{ème} éd., p. 16.

²² Ph. RAYNAUD, « Libéralisme », in S. MESURE, P. SAVIDAN (dir.), *Le dictionnaire des sciences humaines*, PUF, 2006, 1277 p. 700.

²³ N. Bobbio définit le libéralisme comme « une conception déterminée de l'État selon laquelle l'État dispose de pouvoirs et de fonctions limitées, et qui comme telle s'oppose tant à l'État absolu qu'à l'État que nous appelons aujourd'hui social », N. BOBBIO, *Libéralisme et démocratie*, Éd. du Cerf, 1996, p. 11.

²⁴ Ph. RAYNAUD, « Libéralisme », *op. cit.*, p. 701.

²⁵ P. MANENT, *Histoire intellectuelle du libéralisme, 10 leçons*, Calmann-Lévy, 1987, p. 145.

libéralisme en ce qu'ils furent pensés afin de permettre à l'individu de préserver une sphère d'autonomie libre de toute intervention étatique.

12. Les premiers textes proclamant des droits au profit des individus ont ceci en commun qu'ils viennent imposer certaines contraintes au pouvoir qui représentent autant de limitations de la souveraineté étatique. La période antérieure à ces Déclarations a vu en effet le développement progressif de l'État moderne et d'un pouvoir de plus en plus puissant et centralisé²⁶. Les Déclarations s'inscrivent toutes dans un contexte de réaction contre les excès de ce dernier et visent alors à le limiter : en Angleterre afin de restreindre le pouvoir royal face aux grands seigneurs puis au Parlement, aux États-Unis dans l'objectif de se défaire de la tutelle de la couronne anglaise, en France pour mettre fin à l'absolutisme royal. Elles consacrent les premiers droits civils et politiques, tels que le droit à la sûreté, la liberté d'expression ou encore de religion.

13. L'influence initiale et durable du libéralisme politique sur la conception des droits civils et politiques a œuvré à tel point qu'elle a participé à concevoir comme inconciliables interventionnisme étatique et préservation des droits. Elle a mené à la croyance en un caractère uniquement négatif des droits et libertés individuelles et à l'exclusion qu'ils puissent générer des obligations positives. En outre, la défense d'un rôle purement abstentionniste de l'État dans la garantie des droits de l'homme a été au fondement de l'« *opposition caricaturale* »²⁷ entre droits civils et politiques et droits économiques et sociaux.

2. Une définition transposée par la doctrine juridique

Cette définition a été transposée aussi bien au niveau national (a) qu'international (b).

a. Au niveau national

14. La consécration des droits de l'homme dans les premières Déclarations ne

²⁶ G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, LGDJ, 2004, p. 110 et s.

²⁷ G. SOULIER, *Nos droits face à l'État*, Seuil, 1981, p. 65.

s'accompagnait d'aucune définition, ni de précision quant à la nature des obligations incombant à l'État en vertu de ces textes. Il a fallu attendre la seconde moitié du XIX^{ème} siècle, pour que la doctrine en établisse une définition juridique. Ainsi, les droits civils et politiques qualifiés à l'époque de droits ou libertés individuels²⁸, ont été définis comme prescrivant une abstention à l'État, une obligation négative. Les droits économiques et sociaux, connus alors sous les termes de droits créances²⁹, recouvrant le droit à l'assistance ou au secours publics, le droit au travail et le droit à l'instruction³⁰, ont été considérés comme imposant à l'État d'intervenir, comme générant des obligations positives.

15. Dès 1848, E. Laboulaye juriste et libéral convaincu a défendu l'idée d'une nature distincte entre les droits issus de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et les droits créances revendiqués durant la Révolution de 1848, laissant transparaître la définition strictement négative des droits civils et politiques qui devait s'imposer quelques décennies plus tard : « *obtenir du travail et obtenir de l'instruction, est-ce donc un droit qui appartient à l'individu par sa seule nature ? Mais alors, il faut avouer que ce droit nouveau diffère singulièrement des droits reconnus jusqu'à ce jour par les anciennes déclarations, car il impose aux tiers l'obligation d'agir. Ce n'est pas le respect qu'il demande, c'est un service qu'il exige* »³¹. L'auteur estimait ainsi que les droits civils et politiques ne devaient imposer que le « *respect* », c'est-à-dire une abstention à l'État. Toute exigence d'obligation positive en vertu de ces droits était exclue et présentée en revanche comme étant l'apanage exclusif des « *nouveaux* » droits.

16. Il a fallu attendre la III^e République pour voir apparaître en France une doctrine juridique propre au droit public et s'intéressant à la question des droits de l'homme³². Les lois constitutionnelles de 1875 ne comportaient aucune Déclaration des droits mais cette période

²⁸ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, 2^{ème} éd., Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1916, p. 509 ; A. ESMEIN, *Droit constitutionnel français et comparé*, 6^{ème} éd. revue par J. BARTHÉLEMY, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1914, p. 548.

²⁹ Selon L. Gay, ce terme de « créance » pour désigner certains droits sociaux serait apparu dès la Révolution de 1789 (L. GAY, *Les « droits-créances » constitutionnels*, Bruylant, coll. « Droit public comparé et européen », 2007, p. 131).

³⁰ N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés : émergence d'un concept en droit administratif français du XIX^{ème} au XX^{ème} siècle*, Dalloz, 2003, § 569. Selon cet auteur l'expression « droits économiques et sociaux » ne se « vulgarisa » dans la doctrine française « *qu'après la première guerre mondiale, sous l'influence de la Révolution soviétique* ».

³¹ E. LABOULAYE, *Considérations sur la Constitution*, A. Durand, 1848, 135 p., cité par A. LAQUIÈZE, « Libérales (Les doctrines – classiques et les droits de l'homme, 1789-1914) », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, 2008, p. 618.

³² L. GAY, *Les « droits-créances » constitutionnels*, op. cit., p. 84.

connaissait un développement de l'activité du législateur en vue de la mise en œuvre des droits et libertés individuelles. Parallèlement, le principe de légalité prenait corps, assurant progressivement le respect de la loi par l'administration grâce à l'essor d'un contrôle juridictionnel de cette dernière. Une protection des droits individuels par la loi se mettait ainsi en place, systématisée par la doctrine des libertés publiques. Dans ce contexte, la doctrine française a procédé à des classifications de ces droits. Mais en dépit de nombreuses divergences, elle s'est prononcée de façon unanime pour une définition négative des droits-libertés consacrant au point de vue juridique « la liberté des Modernes » telle que pensée par Constant.

17. Esmein, présenté par Duguit comme faisant partie de l'école individualiste aux côtés du Doyen de Toulouse³³ concevait les droits individuels comme ayant « *tous un caractère commun ; ils limitent les droits de l'État, mais ne lui imposent aucun service, aucune prestation au profit des citoyens. L'État doit s'abstenir de certaines immixtions, pour laisser libre l'activité individuelle ; mais l'individu, sur ce terrain, n'a rien de plus à réclamer* ». Cette définition lui permettait d'exclure du champ des droits individuels les droits créances tels que « *le droit à l'assistance, à l'instruction, au travail, que chaque citoyen pourrait revendiquer à l'encontre de l'État* ». Il admettait néanmoins que pouvait être reconnu dans ce domaine un « *devoir de l'État* » de « *fournir à tous l'assistance, l'instruction et le travail* », tel qu'il avait été le cas dans « *quelques unes de nos Constitutions* ». L'auteur prenait cependant bien soin de préciser que de telles obligations ne seraient pas sans susciter des « *difficultés, non seulement pratiques mais théoriques* » et supposeraient « *une conception particulière du rôle de l'État* ». Enfin, ces obligations ne sauraient que passer « *après le respect des droits individuels, dont aucun ne pourrait être sacrifié ou violé pour leur donner satisfaction, puisque le respect des droits individuels est le fondement même de la société politique* »³⁴.

18. Cette position de méfiance envers tout droit imposant une intervention de l'État était emblématique de la majorité de la doctrine française de l'époque. Le Professeur N. Foulquier a ainsi expliqué le rejet de la notion de droit public subjectif en France du fait de l'« *hostilité envers les obligations de faire de l'administration* »³⁵. Cette notion emportait en effet un « *risque politique*

³³ L. DUGUIT, *Manuel de droit Constitutionnel : théorie générale de l'État, le droit et l'État, les libertés publiques, organisation politique*, E. de Boccard, 1918, p. 4.

³⁴ A. ESMEIN, *Droit constitutionnel français et comparé, op. cit.*, p. 548-549.

³⁵ N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés : émergence d'un concept en droit administratif français du XIX^{ème} au XX^{ème} siècle, op. cit.*, p. 519.

indéniable », du fait qu'elle « *présentait le danger de légitimer* » les revendications des particuliers « *à l'encontre des personnes publiques, en matière politique, économique et sociale* », et de favoriser ainsi les « *droits-créances* » et l'exigence d'une intervention de l'État³⁶.

19. Ainsi, Hauriou soulignait la nécessité d'« *assurer réellement, par des services publics spéciaux, des avantages publics ou des secours publics* » aux individus, afin de remédier « *aux insuffisances pratiques des libertés individuelles et des services administratifs généraux* »³⁷. Il les présentait néanmoins comme une simple « *aptitude* » de l'individu³⁸ et fustigeait la « *théorie du droit créance* », qu'il présentait comme correspondant « *aux idées d'obligation sociale ou de devoir social, avec cette aggravation qu'elle tend à transformer en obligations juridiques de pures prescriptions de la morale sociale qui doivent rester disciplinaires, c'est-à-dire dont l'exécution doit rester spontanée et volontaire de la part de l'institution politique* »³⁹.

20. Le rejet des droits créances n'a pas été sans influence sur la définition strictement négative des droits libertés. Cependant, ce fut paradoxalement Duguit, père de la doctrine solidariste, qui visait notamment à justifier l'interventionnisme étatique en matière sociale, qui établit la distinction entre les deux catégories de droits de la façon la plus nette. Dénonçant l'idée de droit naturel et inhérent à la personne humaine comme étant une abstraction, Duguit déniait toute pertinence au concept de droit subjectif⁴⁰. Il en est venu ainsi « *à recenser non pas des droits individuels mais des obligations qui s'imposent objectivement à l'État* »⁴¹. Selon l'auteur, s'imposaient à l'État des obligations négatives et des obligations positives. Au titre des premières, qui désignaient « *les choses que l'État ne peut pas faire* »⁴², l'État se devait de ne produire « *aucune loi susceptible de porter atteinte au libre développement de l'activité individuelle* » indispensable pour que « *la solidarité sociale puisse se réaliser et se développer* », et pouvait cependant « *limiter*

³⁶ *Ibid.*, p. 519.

³⁷ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, *op. cit.*, p. 545.

³⁸ Pour le Doyen de Toulouse, il était possible de bénéficier de ces interventions uniquement quand l'individu avait « *le statut nécessaire* », c'est à dire lorsqu'il remplissait les conditions pour faire partie de ce statut. (*Ibid.* p. 547). Il fut ainsi très influencé par la doctrine des Statuts de Jellinek (voir *infra*), mais en tira des conclusions distinctes.

³⁹ *Ibid.*, p. 546 note 1).

⁴⁰ La doctrine solidariste se différenciait donc de la « *doctrine individualiste* » qui voyait dans l'homme le fondement des droits, et reconnaissait des « *droits subjectifs de l'individu opposables à tous, et à l'État lui-même* » (L. DUGUIT, *Manuel de droit Constitutionnel : théorie générale de l'État, le droit et l'État, les libertés publiques, organisation politique*, *op. cit.* p. 213).

⁴¹ L. GAY, *Les « droits-créances » constitutionnels*, *op. cit.*, p. 90.

⁴² L. DUGUIT, *Manuel de droit Constitutionnel : théorie générale de l'État, le droit et l'État, les libertés publiques, organisation politique*, *op. cit.*, p. 296.

la liberté de chacun dans la mesure où cela est nécessaire pour protéger la liberté de tous »⁴³. Pour Duguit l'abstention de l'État s'imposait afin de protéger le droit à la sûreté⁴⁴, l'inviolabilité du domicile, la liberté du travail, du commerce et de l'industrie, la liberté syndicale, la liberté d'opinion et d'expression, la liberté de réunion, la liberté d'enseignement, la liberté de la presse, le droit de pétition⁴⁵, la liberté religieuse, la liberté d'association, ou encore le droit de propriété. Il notait donc que malgré les différences théoriques entre sa conception solidariste et celle des individualistes, il parvenait, en ce qui concerne les « obligations négatives », « à des solutions sensiblement analogues » à celles de ces derniers, les libertés consacrées dans les deux doctrines étant donc très proches. Il estimait en revanche qu'une telle conclusion était impossible en matière d'« obligations positives », dans la mesure où il lui paraissait impossible de fonder ces dernières sur des principes individualistes. À son sens, seule la doctrine solidariste pouvait justifier l'interventionnisme étatique⁴⁶. Duguit estimait en effet qu'au nom de la solidarité, « il y a des choses que l'État est obligé de faire »⁴⁷. Ce dernier « est obligé par le droit de faire toutes les lois qui assureront à chacun la possibilité matérielle et morale de collaborer à la solidarité sociale, par exemple de faire des lois assurant à chacun gratuitement un minimum d'enseignement, assurant les ressources suffisantes pour vivre à tout individu incapable de se les procurer par son travail et enfin des lois permettant à tout individu qui peut et veut travailler de se procurer du travail »⁴⁸. Duguit ne reconnaissait aucun droit subjectif en matière sociale mais estimait que devaient s'imposer à l'État des obligations en la matière. Comme il a été souligné, sa doctrine a eu ainsi plus pour effet de « donner un fondement nouveau à l'interventionnisme social de l'État qu'à fonder une doctrine

⁴³ Ibid., p. 211.

⁴⁴ En ce qui concerne la sûreté, l'auteur a précisé cependant que l'État devait non seulement « ne faire aucune loi qui porte atteinte à la liberté individuelle en elle-même, mais encore (...) établir et (...) maintenir dans ses lois les trois éléments » suivants : « 1° il faut que nul individu ne puisse être arrêté et détenu que dans les cas qui sont expressément déterminés par la loi ; 2° il faut que l'arrestation et la détention d'un individu ne puisse être ordonnées que par des fonctionnaires qui présentent des garanties particulières d'indépendance, garanties que, dans l'organisation française et dans les organisations similaires, ne paraissent devoir présenter que les fonctionnaires dits judiciaires ; 3° il faut qu'une responsabilité effective puisse atteindre les fonctionnaires qui permettent, ordonnent ou maintiennent des arrestations illégales. Ainsi, la liberté individuelle a été conçue, par les auteurs de nos déclarations et de nos constitutions comme intimement liée aux institutions sociales qui les protègent ». Ibid., p. 228-229.

⁴⁵ Il le désigne comme le droit « d'adresser aux organes ou agents publics un écrit où il expose des opinions, formules des demandes ou des plaintes » (ibid., p. 258), mais note que ce droit devient de plus en plus inutile en particulier du fait du développement des recours contentieux (ibid., p. 261).

⁴⁶ Ibid., p. 214.

⁴⁷ Ibid., p. 297.

⁴⁸ Ibid., p. 211.

juridique unifiée des droits de l'homme, qui rassemblerait en son sein droits-libertés et droits-créances »⁴⁹. En outre, sa construction théorique est venue consacrer l'idée selon laquelle la protection des libertés n'exigerait que des obligations négatives de la part de l'État, là où des obligations positives ne seraient nécessaires qu'en matière sociale.

21. La terminologie obligations positives/négatives consacrée par Duguit fut reprise ensuite par d'autres auteurs. Par exemple, Mirkine-Guetzevitch, dans un article de 1929 notait que les « *Déclarations de 1789⁵⁰ et de 1793 renfermaient déjà, à côté des droits négatifs, des obligations positives de l'État dans le domaine de l'école et de l'assistance sociale* ». Il précisait ensuite qu'après la première guerre mondiale, s'étaient multipliées les reconnaissances de « *nouveaux droits sociaux, correspondant à de nouvelles obligations positives de l'État* »⁵¹.

22. En France sous la III^e République, a donc été établie une définition juridique des droits civils et politiques comme droits négatifs et une distinction des droits en fonction des obligations étatiques générées. Cependant en Allemagne au début du XX^e siècle certaines théories juridiques ouvraient la voie à une possible évolution de cette définition. Jellinek dans son *Système des droits publics subjectifs*⁵² établissait une classification des droits qui n'excluait pas que des droits civils et politiques puissent générer des obligations d'action de l'État⁵³. La doctrine de Jellinek ne devait cependant pas s'imposer, et ce fut une définition des droits libertés en tant que droits négatifs et excluant toute obligation positive à la charge de l'État qui fut majoritairement retenue. Au niveau international, cette définition juridique s'est également généralisée.

b. Au niveau international

23. Lors de l'élaboration de la Déclaration Universelle des droits de l'homme

⁴⁹ L. GAY, *Les « droits-créances » constitutionnels*, op. cit., p. 84.

⁵⁰ L'affirmation peut surprendre concernant la DDHC, l'auteur s'en justifie cependant pas la suite en expliquant que « *les droits sociaux n'étaient pas étrangers à la conscience juridique des hommes de la Révolution française* », ainsi, « *le « bonheur commun » et le « droit au travail » étaient discutés souvent par les orateurs et les journalistes de 1789* », B. MIRKINE-GUETZEVITCH, « Les nouvelles tendances du droit constitutionnel. Les Déclarations des Droits d'après guerre », *RDP* 1929, p. 559.

⁵¹ *Ibid.*, p. 568.

⁵² G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechts*, Mohr, 1892, 2^e éd., 1905.

⁵³ Voir *infra* Partie 1, Chapitre 1, Section 1, §1, B, n°76 et s.

(DUDH), premier instrument universel de protection des droits de l'homme, puis lorsque la question s'est posée d'adopter des instruments contraignants de protection des droits de l'homme au niveau international et régional, plusieurs difficultés se sont présentées. Outre le poids de l'antagonisme Est/Ouest et des conceptions opposées de l'État défendues par les deux blocs, s'ajoutait la réticence des États à limiter leur souveraineté en contractant des obligations internationales en matière de droit de l'homme. Si des obligations négatives étaient acceptables, des obligations positives représentaient le risque d'une intrusion beaucoup plus grande dans leur souveraineté, en particulier si était mis en place un organe international chargé de veiller à leur respect. La défense d'une définition négative des droits civils et politiques et l'exclusion que ces droits puissent générer des obligations positives étaient donc censés les préserver contre le risque de se voir dicter leur conduite dans des domaines « réservés » sur lesquels le droit international classique n'avait traditionnellement aucune prise⁵⁴. Parallèlement, les États se sont employés à ce que les obligations positives, considérées alors comme l'apanage exclusif des droits économiques et sociaux, soient consacrées dans des instruments séparés et à un moindre degré de normativité⁵⁵. En outre, « *par un effet de miroir, la différenciation introduite dans les travaux onusiens a trouvé son prolongement dans le cadre régional. La régionalisation va en quelque sorte dédoubler les conséquences de la dichotomie entre les deux catégories de droits de l'homme* »⁵⁶.

24. La distinction politique établie entre les deux catégories de droits a été retranscrite

⁵⁴ Selon Cassin visant implicitement l'attitude des États communistes lors de l'adoption des Pactes : « *Une troisième considération inavouée stimule chez certains l'ardeur à préconiser l'unité de Pacte. La ratification du Pacte va ligoter ou gêner pratiquement la vieille souveraineté législative et réglementaire des États sur beaucoup de points où elle est encore intacte, surtout si les engagements sont assortis de contrôles internationaux, de recours et de garanties. N'est-il pas d'habile politique pour ceux qui veulent reculer l'échéance du moment où on les invitera à ratifier le fameux Pacte, de se déclarer hostiles, sous prétexte d'unité, à tous les progrès par étapes fractionnées, comportant des engagements actuels et précis? Gagner du temps par la surenchère de perfection, retarder indéfiniment l'adoption et la mise en vigueur effective du Pacte d'application de la Déclaration: ce n'est pas une préoccupation que l'on pourrait jurer absente chez certains gouvernements!* » (R. CASSIN, « La Déclaration universelle et la mise en œuvre des droits de l'homme », *RCADI*, 1951, t. 79, p. 302-303). Le Professeur G. Soulier a quant à lui souligné l'avantage tiré par chacun des blocs du fait de ne pas trouver de consensus : « *ce dialogue de sourd est aussi un dialogue de compères où chacun trouve, dans le discours sans nuance de l'autre, de quoi alimenter le sien, tous deux trouvant le même avantage à ce que le débat reste enfermé dans cette alternative brutale entre deux absolutismes, et donc d'accord pour exclure toute position tierce ou différente* ». G. SOULIER, *Nos droits face à l'État*, op. cit., p. 65. Voir aussi L. LAMARCHE, *Perspectives occidentales du droit international des droits économiques de la personne*, Bruylant, coll. « Droit international », 1995, p. 68.

⁵⁵ La professeure D. Roman parle de « *vulnérabilité normative (...) et contentieuse* » des droits sociaux (D. ROMAN, « Introduction. La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un État de droit social », in D. ROMAN (dir.), « *Droits des pauvres pauvres droits ?* », *Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, Mission de recherche droit et justice, 2010, p. 4).

⁵⁶ E. DECAUX, « La Charte internationale des droits de l'homme, cohérence et complémentarité ? », op. cit., p. 47.

dans la définition juridique de ces derniers. Rivero en 1973 écrivait que les droits civils généraient des « *obligations négatives* » et que les droits sociaux imposaient des « *obligations positives* »⁵⁷. La définition des droits civils et politiques en tant qu'obligations négatives a été formalisée au sein d'une classification des droits devenue classique mais controversée, consistant à classer les droits en « *générations* ». Bien qu'il soit difficile d'en établir l'origine exacte, le Professeur K. Vasak est souvent présenté comme étant son principal théoricien⁵⁸. En 1974, dans son cours à l'Académie de La Haye, il a présenté l'existence de trois catégories de droits de l'homme classés selon leur apparition chronologique. Les deux premières correspondaient aux droits de la DUDH, auxquelles s'ajoutait une troisième, due à l'« *évolution récente* »⁵⁹. La première de ces catégories était celle des droits civils et politiques, droits « *opposables à l'État dont ils exigent une attitude d'abstention à l'égard de leurs titulaires que sont les hommes isolés beaucoup plus que les personnes insérées concrètement dans la vie quotidienne* »⁶⁰. Venaient ensuite les « *droits économiques sociaux et culturels (...) créances vis-à-vis de l'État dont ils exigent l'intervention active pour être réalisés* »⁶¹. Enfin la troisième catégorie regroupait de « *nouveaux droits de l'homme* », pour lesquels la législation internationale était encore balbutiante. Il s'agissait des « *droits de solidarité* » traduisant « *une certaine conception de la vie en communauté* » et ne pouvant « *être réalisés que par la conjonction des efforts de tous les partenaires sociaux : individus, États, autres entités publiques ou privées* »⁶². Parmi eux, l'auteur dénombrait le droit à un environnement sain, le droit à l'eau et à l'air pur, le droit à la paix.

25. Toutefois, aussitôt établie cette classification, l'auteur soulignait déjà ses faiblesses en annonçant sa possible remise en question dans les années à venir. Le premier argument avancé était justement celui de l'inexactitude de la définition de la première catégorie présentée, la tendance allant vers une fusion des deux premières catégories. Ainsi, l'auteur expliquait que du fait que le droit international des droits de l'homme s'appliquait désormais non seulement aux États développés mais également aux États en voie de développement, les ressortissants de ces derniers États pouvaient se trouver « *dans une situation de dénuement tel que même les plus élémentaires des*

⁵⁷ J. RIVERO, *Les libertés publiques, vol. 1, Les droits de l'homme*, PUF, 1973, p. 15.

⁵⁸ M. LEVINET, *Théorie générale des droits et Libertés*, Bruylant, 4^{ème} éd., 2012, p. 120 et s.

⁵⁹ K. VASAK, « Le droit international des droits de l'homme », *RCADI*, 1974, t. 140, p. 343.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 344.

⁶¹ *Ibid.*, p. 344.

⁶² *Ibid.*, p. 344.

droits civils et politiques - ou tout au moins certains d'entre eux – exigent pour être réalisés, une contribution positive de l'État »⁶³. Et qu'avec « *l'internationalisation croissante des droits de l'homme* », la distinction entre les deux premières catégories tendrait à s'estomper « *pour ne laisser subsister qu'une aspiration commune des hommes à la liberté et à la dignité* »⁶⁴.

26. Le terme de générations apparaîtra plus tardivement sous la plume de l'auteur, afin de mieux traduire la prétendue évolution historique des droits⁶⁵. Cette évolution est pourtant fautive et cette classification est aujourd'hui très contestée⁶⁶. Au plan national, les premiers droits de deuxième génération ne sont pas apparus avec les Révolutions mexicaines et russes mais dès 1793 en France⁶⁷. Au niveau international, la DUDH a reconnu en même temps les deux types de droits. Il est à noter en outre que cette classification en fonction de la nature positive ou négative des droits était largement démentie à cette époque alors que nombre de juridictions internes et internationales avaient déjà estimé que les droits dits de première génération exigeaient des interventions de la part des États. Cette classification par génération a été reprise par d'autres auteurs ayant proposé certaines variantes par rapport à celle du Professeur K. Vasak. Mais malgré de nombreuses différences entre elles, ces classifications s'entendent toutes pour qualifier les droits civils et politiques de droits négatifs et les droits économiques sociaux et culturels de positifs⁶⁸.

⁶³ *Ibid.*, p. 345.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 345.

⁶⁵ K. VASAK, « Les différentes catégories des droits de l'homme », in A. LAPEYRE, F. de TINGUY, K. VASAK (dir.), *Les dimensions universelles des droits de l'homme*, Vol. 1, Bruylant, 1990, p. 301 et s.

⁶⁶ Voir par exemple : F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, coll. « Droit fondamental », 10^{ème} éd., 2011, p. 104 et s., C. GREWE, H. RUIZ-FABRI, *Droit Constitutionnel européen*, PUF, 1995, p.160 et s., M. LEVINET, *Théorie générale des droits et Libertés*, *op. cit.*, p. 124 et s., B. H. WESTON, « Human Rights », *Human Rights Quarterly*, 1984, 3, p. 264 et s.

⁶⁷ Il faut également souligner l'existence de la Déclaration des droits et des devoirs de l'homme social de Genève du 9 juin 1793 qui présente de nombreuses similitudes avec la Déclaration française de 1793 bien qu'il ne soit pas possible d'établir quelles ont été les influences réciproques entre les deux. Doivent également être citées, la Déclaration des droits précédant la Constitution de 1798 de la République Ligurienne qui reprend pour l'essentiel la Déclaration française de 1795 mais prévoit cependant la nécessité pour la société de secourir les indigents et d'instruire tous les citoyens ainsi que la Déclaration des principes de la Constitution hollandaise du 23 avril 1798 proclamant un droit des indigents au travail et aux secours selon les cas (Ch. FAURÉ, *Ce que déclarer des droits veut dire : histoires*, PUF, 1997, 323 p. 160 et 175).

⁶⁸ Certains auteurs ajoutent une quatrième génération aux trois exposées par le Professeur K. Vasak. Elle correspond à la protection des droits contre certains périls issus des développements de la science (S. MARCUS-HELMONS, « La quatrième génération des droits de l'homme », in *Mélanges en hommage à P. LAMBERT, Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Bruylant, 2000, 1072 p. 549-559 ; N. BOBBIO, *Le futur de la démocratie*, trad. S. Gherardi et J.-L. Pouthier, Seuil, coll. « La couleur des idées », 2007, p. 27). D'autres ont adopté une classification distincte. Ainsi, le Professeur G. Peces-Barba Martinez, présente l'existence de quatre générations de droits, en scindant la première génération du Professeur K. Vasak pour distinguer les droits civils « *libéraux* » (première génération), d'une deuxième, les droits politiques, droits « *démocratiques* », estimant que le choix de

27. Ces classifications viennent ainsi transposer au niveau juridique la scission politique entre les deux catégories de droits qui s'était manifestée aux niveaux interne et international. L'instrumentalisation idéologique opérée de cette classification n'a fait que la conforter⁶⁹. Du côté des États du bloc de l'Est, elle a permis de justifier que l'évolution historique naturelle devait amener à ce que la seconde génération remplace la première, relayant ainsi les critiques marxistes envers les droits libéraux abstraits. Du côté des États occidentaux, elle a encouragé les constructions doctrinales visant à démontrer que les droits économiques, sociaux, et culturels en ce qu'ils généreraient uniquement des obligations positives ne pourraient être de véritables droits⁷⁰. Ainsi, seuls ces droits exigeraient un effort financier de l'État, et ils ne pourraient donc avoir le contenu « *invariable* » et « *absolu* » des droits civils⁷¹. Du fait de leur contingence financière, ces droits ne pourraient faire l'objet d'une mise en œuvre immédiate ni complète. Le choix des priorités à établir pour leur mise en œuvre « *selon les besoins et les mérites des individus* »⁷², relèverait de choix politiques. Une garantie judiciaire ne pourrait donc en aucun cas être établie pour ces droits, le juge ne devant pas empiéter sur la sphère politique⁷³. En outre, ces obligations ne seraient pas déterminées avec suffisamment de précision pour qu'un juge puisse les appliquer. Ces arguments ont été repris par les néo-libéraux dans le but de démontrer que les deux premières générations de droit seraient incompatibles, et que seuls les droits civils et politiques appartiendraient à la sphère des droits de l'homme⁷⁴.

confondre ces deux types de droits au sein d'une même « *génération* » est « *discutable et peu conforme au processus historique* » (G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, op. cit., p. 165). Quant au Professeur Ch. Tomuschat, il présente seulement l'existence de deux générations, correspondant aux deux premières générations exposées par le Professeur K. Vasak (Ch. TOMUSCHAT, « Human Rights between Idealism and Realism », 2d ed., *The Collected Courses of the Academy of European Law*, vol. XIII/1, Oxford University Press, 2008, p. 26-29).

⁶⁹ B. H. WESTON, « Human Rights », op. cit., p. 267-268.

⁷⁰ A. EIDE, *Le droit à une alimentation suffisante en tant que droit de l'homme*, 7 juillet 1987, E/CN.4/Sub.2/1987/23, p. 10-12.

⁷¹ M. BOSSUYT, « La distinction entre les droits civils et politiques et les droits économiques sociaux et culturels », op. cit., p. 790.

⁷² *Ibid.* p.793.

⁷³ « *the implementation of these provisions (...) is a political matter, not a matter of law, and hence not a matter of rights* » (E. VIERDAG, « The Legal Nature of the Rights Granted by the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights », *Netherlands Yearbook of International Law*, VI. IX, 1978, p. 103).

⁷⁴ G. VEDEL, « Les Déclarations des droits de l'homme (1789-1949) », *Études*, juillet août 1950, p. 70-71. Des courants néo-libéraux se sont constitués à partir des années 30, issus d'une radicalisation vers un libéralisme économique exacerbé, notamment en réaction à la politique du New Deal aux États-Unis et au Keynésianisme. Parmi ses chefs de file F. Hayek, à propos de la DUDH, estimait qu'elle ne « *contient rien qui définisse ces droits de telle façon qu'un tribunal puisse éventuellement spécifier leur contenu dans un cas d 'espèce* ». L'objectif caché derrière

28. Une partie de la doctrine juridique occidentale s'est donc employée à démontrer que par nature, les droits de l'homme ne pouvaient générer des obligations positives. Seuls des droits civils et politiques, droits naturels et préexistants à la société qui ne font aucun appel aux ressources étatiques, peuvent être des « droits » et en tant que tels contrôlés par un juge. S'est ainsi construit un puissant plaidoyer pour une définition purement négative des droits civils et politiques afin de mieux dénier toute juridicité aux droits « positifs », les droits économiques et sociaux.

29. Cette définition des droits civils et politiques en tant que droits « négatifs » s'est imposée et s'est trouvée reproduite dans nombre de manuels français et étrangers⁷⁵. En France, la formule de Rivero reste la référence à cet égard. Ce dernier distinguait en effet les « libertés » ou « droits de » et les « droits de créance », les « droits à ». Il définissait les premières comme des « pouvoirs que l'homme a sur lui-même » à distinguer des seconds qui « permettent d'agir sur les autres, en leur imposant un comportement positif ». L'auteur défendait donc l'existence d'une « différence de nature entre les libertés, pouvoirs de se déterminer soi-même qui ne se répercutent sur autrui que négativement, et la plupart des autres droits, pouvoirs d'imposer un comportement positif à d'autres ou à la collectivité »⁷⁶. Ainsi, la « catégorie des droits de l'homme se dédouble : les pouvoirs d'exiger qui confèrent à leur titulaire une créance sur l'État, se juxtaposent aux

cet argument était en réalité de démontrer l'incompatibilité des deux catégories de droits : « les anciens droits civils et les nouveaux droits sociaux et économiques ne peuvent pas être assurés en même temps et sont en fait incompatibles : les nouveaux droits ne pourraient être traduits dans les lois contraignantes sans du même coup détruire l'ordre de liberté auquel tendent les droits civils » (F. HAYEK, *Droit législation et liberté*, 2. *Le mirage de la justice sociale*, PUF, coll. « Libre échange », 1982 p. 124). L'argument n'était cependant pas nouveau et était déjà avancé par certains libéraux de 1848 en France.

⁷⁵ Le Professeur G. Haarscher oppose ainsi les droits sociaux qui seraient des droits « de l'État (*freedoms to*) » qui permettraient d'exiger « une prestation », aux droits civils et politiques qui seraient des droits « contre l'État (*freedoms from*) » en vertu desquels l'individu peut « réclamer une non intervention de l'État » (G. HAARSCHER, *Philosophie des droits de l'homme*, Ed. de l'Université Libre de Bruxelles, 1^{ère} éd., 1987, p. 39). Selon le Professeur N. Bobbio « les droits qui sont des libertés supposent de la part des tiers (y compris des organismes publics) des obligations purement négatives : s'abstenir de certains comportements » alors que les droits sociaux « les droits qui sont des pouvoirs ne peuvent devenir effectifs que si l'on impose à des tiers (y compris les organismes publics) un certain nombre d'obligations positives » (N. BOBBIO, *Le futur de la démocratie*, op. cit., p. 40) V. également Ch. TOMUSCHAT, « Human Rights between Idealism and Realism », 2^d éd., *The Collected Courses of the Academy of European Law*, vol. XIII/1, Oxford University Press, 2008, p. 26 et s.

⁷⁶ J. RIVERO et H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, t. 1, PUF, coll. « Thémis », 9^{ème} éd., 2003, p. 6. Encore à une date récente, certains auteurs continuent de défendre le caractère purement négatif des droits civils et politiques : « Les vrais droits de l'homme sont effectivement ceux qui ont été proclamés, i.e. les droits que possède chaque individu, qu'il peut opposer au Pouvoir et que les gouvernants ont pour mission, et pour unique mission, de faire respecter ». Il les oppose aux « faux droits de l'homme » qui « sont des droits qui ne sont plus proclamés comme faisant partie de la nature éternelle de l'homme, mais des droits inventés de toutes pièces. Il ne s'agit plus alors de s'opposer à l'intervention de l'État au sens large, mais de recourir à lui pour les mettre en œuvre ; il ne s'agit plus de droits-libertés, mais de droits-créances » (J.-F. FELDMAN, « Le comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution et la philosophie des droits de l'homme », *D.*, 2009, p. 1038-1039).

pouvoirs d'agir que constituent les libertés traditionnelles »⁷⁷. Ce même auteur n'excluait cependant pas que les « libertés » exigent une intervention de l'État, en particulier afin de les préserver contre les atteintes provenant de personnes privées. Il estimait ainsi qu'« *une attitude d'intervention active et efficace dans les relations privées* » devait s'imposer « *plus que jamais à l'État soucieux de promouvoir les libertés* »⁷⁸. Ces propos ne sont cependant pas contradictoires. Ils prennent tout leur sens, si l'on opère un dédoublement de la définition des droits civils et politiques. Leur objet est d'assurer la liberté individuelle, en préservant une sphère d'autonomie privée libre de toute intervention publique ou privée. En ce sens ils peuvent effectivement être compris comme des droits « négatifs ». Leurs effets juridiques sont cependant à la fois positifs et négatifs, ils impliquent aussi bien l'abstention que l'action des pouvoirs publics nécessaire pour assurer la jouissance effective de la liberté.

30. La croyance en une différence de nature positive ou négative entre les différentes catégories de droits a ainsi permis à certains auteurs de justifier que les droits économiques et sociaux, en tant qu'ils prescriraient uniquement des obligations positives, seraient des droits à la juridicité douteuse voire de simple valeurs morales et, en tant que tels, insusceptibles d'être justiciables. Seuls les droits civils et politiques, imposant des obligations négatives à l'État, seraient des droits de l'homme à part entière et à ce titre pourraient être contrôlés par un juge. Toute idée qu'ils puissent impliquer des obligations positives à la charge de l'État était donc fermement repoussée. L'objet de cette étude, la technique des obligations positives, vient clairement le remettre en cause.

§2. L'objet de l'étude : la technique des obligations positives

31. Le terme « obligation positive » est absent du texte de la Convention EDH. Cette dernière, comme la plupart des textes relatifs aux droits de l'homme énonce des droits sans toutefois préciser quelles sont les obligations exactes mises à la charge des États Parties. À l'article 1 CEDH est seulement énoncé que « *les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne*

⁷⁷ J. RIVERO et H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, op. cit., p. 87.

⁷⁸ J. RIVERO, « La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées », in *Mélanges R. CASSIN*, t. III, *La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées*, Pedone, 1971, p. 315.

relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention ». Le titre de cet article, « *Obligation de respecter les droits de l'homme* », n'a été ajouté qu'avec l'entrée en vigueur du Protocole 11 en 1998⁷⁹. La notion d' « obligation positive » doit être définie.

Les enjeux de la définition de l' « obligation positive » seront mis en lumière (A), puis sera justifié le choix de circonscrire cette étude aux obligations positives prétoriennes (B), avant de présenter la construction de l'objet de cette étude, la technique des obligations positives (C).

A. L'enjeu de la définition de l'« obligation positive »

32. La notion d'obligation juridique peut être entendue au « *sens large* » ou « *étroit* »⁸⁰. Dans sa première acception elle désigne un « *devoir* » et est alors « *indissociable de l'idée de norme, en tant qu'expression de la puissance de contrainte qui lui est attachée, traduction de sa "force obligatoire"* »⁸¹. Selon Kelsen, norme juridique et obligation juridique sont ainsi synonymes⁸². Pour reprendre les termes du professeur J. Combacau, une obligation juridique est donc « *une proposition ayant une structure juridique, c'est-à-dire formalisée en termes normatifs et non pas descriptifs* », qui a « *en outre pour effet d'inviter son destinataire à s'y conformer* » et qui est « *articulée à l'ensemble du système légal de façon que sa conduite, selon qu'elle est ou non compatible avec l'invitation, déclenche des conséquences légales différentes* »⁸³.

33. Au sens étroit, l'obligation désigne alors un lien de droit. Cette notion est issue du droit romain. Selon les *Institutes* de Justinien « *l'obligation est un lien de droit (vinculum iuris) par la rigueur duquel nous sommes astreints (adstringimur) à exécuter une prestation (alicuius solendae rei) conformément au droit de notre cité* »⁸⁴. Dans la Rome primitive, ce lien « *résultait*

⁷⁹ Article 2§4a) du protocole 11 « *les articles sont présentés avec les intitulés énumérés à l'annexe du présent Protocole* », entré en vigueur le 1^{er} novembre 1998.

⁸⁰ J. CHEVALLIER, « L'obligation en droit public », *APD*, t. 44, 2000, p. 179.

⁸¹ *Ibid.*, p. 179.

⁸² H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Bruylant, LGDJ, trad. Ch. Eisenmann, 1999, p. 123.

⁸³ J. COMBACAU, « Obligation de résultat et obligation de comportement quelques questions et pas de réponse », in *Le droit international : unité et diversité, Mélanges offerts à P. REUTER*, Pédone, 1981, p. 181.

⁸⁴ Cité par J. GAUDEMET, « Naissance d'une notion juridique. Les débuts de l' "obligation" dans le droit de la Rome antique », *APD*, t. 44, 2000, p. 25.

d'un acte mystique, pris dans des formes religieuses »⁸⁵. Puis à Rome vers le V^{ème} siècle, et sous l'influence de la philosophie aristotélicienne, l'obligation est reconnue comme « *naissant non pas d'un quelconque cérémonial mais de la volonté des hommes* »⁸⁶. Bien connue du droit privé et du droit international, la notion d'obligation a initialement peu prospéré en droit public. Elle implique en effet un débiteur et un créancier, un devoir et un droit. Les idées de volonté et de réciprocité au centre de la notion se sont avérées peu adaptées au droit public « *bâti à partir d'un principe d'unilatéralité et de non-réciprocité* »⁸⁷. Cependant « *le reflux actuel de la conception absolutiste de la souveraineté pousse à l'avènement de rapports plus équilibrés entre l'État et les citoyens (...) en favorisant du même coup la transposition des principes généraux de la théorie des obligations* »⁸⁸.

34. En droit international un processus inverse est visible. La notion d'obligation issue du droit privé a pu aisément y être transposée et a dès lors été définie comme un « *lien de droit par lequel un État ou une organisation internationale est tenu envers d'autres à une prestation déterminée ou à s'en abstenir, à suivre une certaine ligne de conduite* »⁸⁹. Cependant, tel que l'a observé le professeur P.-M. Dupuy, un glissement s'opère : l'obligation internationale de « *consentie* », devient de plus en plus « *assumée* ». Ainsi, « *aujourd'hui comme hier, l'obligation en droit international demeure consentie parce que fondée sur l'accord conclu entre ses sujets primaires, formellement égaux, les États. Pourtant, depuis l'affirmation universelle, après 1945, des droits internationaux de la personne humaine, est apparu un autre type d'obligations internationales. Elles doivent être assumées par les États au titre de l'affirmation - même partiellement fictive - de valeurs réputées communes à tous. Ceci ne signifie pas pour autant que tout élément consensuel a disparu de ce nouveau type d'obligation, leur effectivité demeure en effet conditionnée par leur acceptation, même non formalisée* »⁹⁰. Le droit de la CEDH s'inscrit dans ce mouvement. Les obligations positives prétorienne dégagées par les organes de contrôle de la Convention sont, à cet égard, particulièrement significatives. En vertu de celles-ci, les États parties se voient en effet imposer des obligations auxquelles ils n'avaient pas initialement souscrit en

⁸⁵ R. DRAGO, « La notion d'obligation : droit privé et droit public », *APD*, t. 44, 2000, p. 43.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ J. CHEVALLIER, « L'obligation en droit public », *op. cit.*, p. 179. Voir aussi R. DRAGO, « La notion d'obligation : droit privé et droit public », *op. cit.*, p. 43-49.

⁸⁸ J. CHEVALLIER, « L'obligation en droit public », *op. cit.*, p. 194.

⁸⁹ J. BASDEVANT (dir.), *Dictionnaire de terminologie du droit international public*, Siret, 1960, p. 423.

⁹⁰ P.-M. DUPUY, « L'obligation en droit international », *APD*, t. 44, 2000, p. 217.

ratifiant la Convention.

35. La notion d'obligation ayant été définie, le qualificatif « positif » doit être brièvement explicité. Celui-ci désigne la nature du comportement prescrit par l'obligation. Si elle est « positive », l'obligation impose une action, si elle est « négative » elle exige une abstention⁹¹. Or tel qu'il a été vu *supra*, pour ce qui est des droits de l'homme, le qualificatif négatif ou positif sert traditionnellement à distinguer les deux premières « générations » de droits. La déduction par le juge européen d'obligations « positives » prétoriennes à partir de droits civils et politiques consacrés par voie conventionnelle remet alors en cause cette définition des droits.

B. Le choix de circonscrire l'étude aux obligations positives prétoriennes

36. Si les droits civils et politiques ont été définis comme des droits négatifs, certains d'entre eux, de par leur formulation même, impliquent une posture active de l'État. Ainsi, quelques droits conventionnels, même s'ils ne le mentionnent pas explicitement comme tel, prescrivent pourtant des actions étatiques. Pour le professeur F. Sudre il s'agit d'« *obligations positives stricto sensu conventionnelles* »⁹². Pour ce même auteur ces obligations sont consacrées par les « *articles 5§5, 6§3 al c et e, et 3 du Premier Protocole qui engagent l'État respectivement, à indemniser la victime d'une arrestation ou d'une détention arbitraire, à fournir à l'accusé l'assistance gratuite d'un avocat d'office ou d'un interprète, et à organiser des élections libres* »⁹³. Il est possible d'y

⁹¹ Selon N. Bobbio, une norme peut prescrire des « *impératifs positifs et négatifs* ». Ainsi « *la première « grande dichotomie » paraît passer, dans la sphère des normes, entre les normes positives – ou commandements – et les normes négatives – ou interdictions ; les premières et les secondes sont habituellement exprimées par des énoncés contenant la modalité du devoir être - Sollen* ». (N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, trad. M. Guéret, Ch. Agostini, préface R. Guastini, Bruylant, LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1998, p. 117-118).

⁹² F. SUDRE, « Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1995, p. 364. Voir aussi G. MALINVERNI, « Les fonctions des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'homme », in W. HALLER, A. KÖLZ, G. MÜLLER (dir.), *Dienst an der Gemeinschaft. Festschrift für Dietrich SCHINDLER zum 65. Geburtstag*. 1989, p. 546 et s.

⁹³ *Ibid.* La Cour a ainsi estimé dans une affaire relative au droit à des élections libres que « *la "coloration inter-étatique" du libellé de l'article 3 (P1-3) ne reflète aucune différence de fond avec les autres clauses normatives de la Convention et des Protocoles. Elle semble s'expliquer plutôt par la volonté de donner plus de solennité à l'engagement assumé et par la circonstance que dans le domaine considéré se trouve au premier plan non une obligation d'abstention ou de non-ingérence, comme pour la majorité des droits civils et politiques, mais celle, à la charge de l'État, d'adopter des mesures positives pour "organiser" des élections démocratiques* » Cour EDH, Plén., 2 mars 1987, **Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique**, A 113, §50 ; CDE, 1988, 487, chron. G. Cohen-Jonathan ; JDI, 1988, 849, chron. P. Rolland.

ajouter d'autres droits. L'article 2§1 prévoit que « *le droit de toute personne à la vie* » doit être « *protégé par la loi* » et prescrit ainsi à l'État d'adopter des mesures législatives ; l'article 5§3 dispose que toute personne détenue doit être « *aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat* ». En outre, selon les mots du juge J.-P. Costa, « *le droit au procès équitable (...) implique toute une organisation judiciaire et procédurale qui incombe à la puissance publique ; l'article 13 de notre Convention, (...), consacre le droit à un recours effectif, donc une obligation pour les États d'instituer chez eux des voies de recours* »⁹⁴.

37. Ces obligations positives textuelles ne constituent pas l'objet de cette recherche. Ce dernier concerne uniquement les « *obligations positives prétoriennes* »⁹⁵. Les organes de contrôle de la Convention ont en effet imposé des obligations d'action aux États en dehors de toute prescription textuelle. Dans le rapport dans l'*affaire linguistique Belge*, la Commission a estimé que « *la première phrase de l'article 2 n'impose aux Parties contractantes aucune obligation positive* »⁹⁶. Dans cette même affaire, la Cour a émis pour la première fois la possibilité qu'une obligation positive puisse être déduite d'une disposition de la Convention pourtant formulée en terme d'abstention, en l'espèce, l'article 2 du Protocole 1⁹⁷. Puis dans son arrêt *Marckx*, selon une formule devenue récurrente dans la jurisprudence de la Cour, elle a estimé que l'article 8 « *ne se contente (...) pas d'astreindre l'État à s'abstenir de pareilles ingérences: à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un "respect" effectif de la vie familiale* »⁹⁸. Dans son affaire *Airey* elle a jugé de manière plus générale que « *l'exécution d'un engagement assumé en vertu de la Convention appelle parfois des mesures positives de l'État; en pareil cas, celui-ci ne saurait se borner à demeurer passif et "il n'y a (...) pas lieu de distinguer entre actes et*

⁹⁴ Discours de J.-P. Costa, Président de la Cour européenne des droits de l'homme, à l'occasion de la cérémonie d'ouverture de l'année judiciaire, 28 janvier 2011, *Rapport annuel 2011 de la Cour européenne des droits de l'homme*, Conseil de l'Europe, 2012, p. 43. Selon le Professeur Ph. Terneyre « *le droit au juge est aussi un "droit social" de l'homme qui nécessite de la part des autorités publiques des prestations positives au bénéfice des plaideurs potentiels* » (Ph. TERNEYRE, « Le droit au juge », *Les Petites Affiches*, 4 déc. 1991, p. 8).

⁹⁵ F. SUDRE, « Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 364.

⁹⁶ ComEDH, Rapp., 24 juin 1965, **Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »**, *préc.*, §375, p. 340.

⁹⁷ « *On ne saurait pourtant en déduire que l'État n'ait aucune obligation positive d'assurer le respect de ce droit, tel que le protège l'article 2 du Protocole 1* » Cour EDH, Plén., 23 juillet 1968, **Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »**, *préc.*, §3.

⁹⁸ Cour EDH, Plén., 13 juin 1979, **Marckx c. Belgique**, A 31, §31 ; *GACEDH*, n° 51 ; *JT*, 1979, 513, obs. F. Rigaux ; *JDI*, 1982, 1983, obs. P. Rolland.

omissions" »⁹⁹. Depuis lors la référence aux obligations positives a permis aux organes de contrôle de la Convention de déduire des obligations d'action de la quasi-totalité des droits conventionnels. Outre la nécessité de réduire un champ de recherche déjà très large, la spécificité et l'intérêt des obligations positives prétoriennes justifient de leur consacrer une étude spécifique.

38. Manifestation du pouvoir créateur de droit du juge, elles impliquent de s'interroger sur l'évolution de la place de celui-ci dans une démocratie libérale. Elles s'inscrivent également dans l'évolution du droit international et dans le processus de remise en cause croissante de la souveraineté de l'État sous l'influence du développement des droits de l'homme. En outre, elles invitent à repenser la classification traditionnelle entre droits civils et politiques et droits économiques et sociaux et à réévaluer la place de l'État dans la garantie des droits. Au-delà d'une recherche purement juridique elle renvoie donc également à des questions beaucoup plus vastes touchant à l'histoire des droits de l'homme ainsi qu'à la philosophie politique.

39. L'intérêt de ce sujet n'a pas échappé à la doctrine juridique et aux praticiens qui, parallèlement à l'utilisation exponentielle par la Cour de la notion d'obligation positive, ont produit des études de plus en plus nombreuses pour l'analyser. Cependant, aucune thèse, ni aucune monographie n'ont été menées à ce jour sur la question spécifique des obligations positives prétoriennes. Ce sujet a fait l'objet d'articles : en 1989 par le professeur G. Malinverni devenu ensuite juge à la Cour¹⁰⁰, puis en 1995 par le professeur F. Sudre¹⁰¹, en 1998 par D. Spielmann aujourd'hui président de la Cour¹⁰² et par le juge P. Van Dijk¹⁰³, et en 2001 par K. Starmer¹⁰⁴. Depuis, quelques articles ont été consacrés à la question¹⁰⁵. D'autres études ont adopté une vision

⁹⁹ Cour EDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, A 32, §25 ; *GACEDH*, n° 2 ; *JDI*, 1982, 187, chron. P. Rolland ; *AFDI*, 1980, 323, chron. R. Pelloux.

¹⁰⁰ G. MALINVERNI, « Les fonctions des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'homme », *préc.*, p. 539-560.

¹⁰¹ F. SUDRE, « Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 363-384. Étude reprise et mise à jour : F. SUDRE, « Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur de R. RYSSDAL, Protection des droits de l'homme : la perspective européenne*, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, p. 1359-1376.

¹⁰² D. SPIELMANN, « "Obligations positives" et "effet horizontal" des dispositions de la Convention », in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la CEDH*, Bruylant, coll. « Droit et justice », 1998, p. 133-174.

¹⁰³ P. VAN DIJK, « "Positive Obligations" Implied in the European Convention on Human Rights : Are the States Still the "Masters" of the Convention ? », in *Essays in Honour of P. BAEHR, The rôle of the nation State in the 21th century, international organisation and foreign policy*, Kluwer Law International, 1998, p. 17-33.

¹⁰⁴ K. STARMER, « Positive Obligations under the Convention », in J. COOPER (ed.), *Understanding Human Rights principles*, Hart, 2001, p. 139-159.

¹⁰⁵ J.-P. COSTA, « The European Court of Human Rights : Consistency of its Case-Law and Positive Obligations »,

plus globale en étudiant les obligations positives prétoriennes en droit international des droits de l'homme, c'est-à-dire non seulement issues de la jurisprudence de la convention mais également de celles d'autres organes internationaux ou régionaux de protection des droits de l'homme¹⁰⁶, ou encore dans une perspective comparative en analysant les jurisprudences européenne, suisse, américaine et allemande¹⁰⁷. D'autres ont eu une approche plus restrictive en focalisant leur étude sur les obligations positives issues de l'article 2 CEDH analysées au regard du droit international de la responsabilité¹⁰⁸. L'importance croissante des obligations positives dans la jurisprudence des organes de protection des droits de l'homme a justifié également de consacrer deux numéros entiers de revues à cette seule question, en 2006 au *Interights Bulletin*¹⁰⁹ et en 2010 à la *Northern Ireland Legal Quarterly*¹¹⁰.

40. Des monographies ont en outre proposé une recension des obligations positives aussi bien prétoriennes que textuelles¹¹¹. Quelques thèses de doctorat ont en outre été consacrées à la

Netherlands Quarterly of Human Rights, 2008, 26, 3, p. 449-454 ; K. HAJIYEV, « The Evolution of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights – by the European Court of Human Rights », in Mélanges en l'honneur de Ch. L. ROZAKIS, *La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant*, Bruylant, 2011, p. 207-218 ; M. KLATT, « Positive obligations under the European Convention on Human Rights », *ZaöRV* 2011, 71, p. 691-718.

¹⁰⁶ H. DUMONT, I. HACHEZ, « Les obligations positives déduites du droit international des droits de l'homme, dans quelles limites ? », in Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruylant, Presses Universitaires de Saint Louis, Bruxelles, 2007, p. 45-73 ; R. PISILLO MAZZESCHI, « Responsabilité de l'État pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme », *RCADI*, 2008, t. 333, p. 176-506.

¹⁰⁷ S. BESSON, « Les obligations positives de protection des droits fondamentaux : un essai de dogmatique comparative », *Revue de droit suisse*, 122 (2003), p. 49-96.

¹⁰⁸ B. CONFORTI, « Exploring the Strasbourg Case-Law : Reflections on State Responsibility for the Breach of Positive Obligations », in M. FITZMAURICE, D. SAROOSHI (éd.), *Issues of State Responsibility before International Judicial Institution*, Hart, 2004, p. 129-137.

¹⁰⁹ S. BORELLI, « Positive Obligations of States and the Protection of Human Rights », *Interights Bulletin*, 2006, 15-3, p. 101-103 ; H. DUFFY, « Towards Global Responsibility for Human Rights Protection : A Sketch of International Legal Developments », *Interights Bulletin*, 2006, 15-3, p. 104-107 ; A.-D. OLINGA, « The African Charter on Human and Peoples' Rights and Positive Obligations », *Interights Bulletin*, 2006, 15-3, p. 117-119 ; T. J. MELISH, A. ALIVERTI, « Positive Obligations in the Inter-American Human Rights System », *Interights Bulletin*, 2006, 15-3, p. 120-122 ; Ph. LEACH, « Positive Obligations from Strasbourg – Where do the Boundaries Lie ? », *Interights Bulletin*, 2006, 15-3, p. 123-126.

¹¹⁰ *Northern Ireland Legal Quarterly* (2010, vol. 61, no. 3). B. DICKSON, « Positive Obligations and the European Court of Human Rights », *NILQ*, 2010, 61-3, p. 203-208 ; C. DONNELLY, « Positive Obligations and Privatisation », *NILQ*, 2010, 61-3, p. 209-223 ; E. PALMER, « Beyond Arbitrary Interference: the rights to a home? Developing socio-economic duties in the European Convention on Human Rights », *NILQ*, 2010, 61-3, p. 225-243 ; U. KILKELLY, « Protecting Children's Rights under the ECHR: The Role of Positive Obligations », *NILQ*, 2010, 61-3, p. 245-261 ; R. O'CONNELL, « Realising Political Equality: The European Court of Human Rights and Positive Obligations in a Democracy », *NILQ*, 2010, 61-3, p. 263-280 ; D. RUSSELL, « Supplementing the European Convention on Human Rights: Legislating for Positive Obligations », *NILQ*, 2010, 61-3, p. 281-294.

¹¹¹ A. R. MOWBRAY, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by*

question. Elles portent sur une analyse comparée en droit européen allemand et français¹¹², une étude de la jurisprudence constitutionnelle allemande dans ce domaine¹¹³, l'effet horizontal de la Convention EDH¹¹⁴. Plus récemment une thèse anglophone a abordé la question mais en adoptant une conception, non partagée ici et démentie par la jurisprudence européenne, selon laquelle les obligations positives touchent principalement les relations interindividuelles¹¹⁵. Enfin une thèse a été soutenue en 2011 sur « *les obligations de vigilance des États parties à la CEDH* » – *Essai sur la transposition en droit européen des droits de l'homme d'un concept de droit international général* »¹¹⁶.

41. Les études doctrinales relatives aux obligations positives prétorienne et plus largement à la notion d'obligation positive se sont donc multipliées ces dernières années. Cependant certaines questions n'ont pas encore été explorées et l'ampleur du sujet mérite de lui consacrer une étude spécifique. Le développement et la diversification spectaculaire des obligations positives prétorienne, accéléré au cours de ces dix dernières années, nécessite d'opérer une systématisation de la jurisprudence. En outre, cette étude aura pour objectif de replacer cette jurisprudence dans une réflexion plus globale sur l'évolution de l'État démocratique et libéral.

C. La construction de l'objet de l'étude : la notion d'obligation positive comme technique juridique

42. Lorsque cette recherche a été initiée, un premier constat s'est imposé. L'ancienne

the European Court of Human Rights, Hart Publishing, 2004, 239 p. ; J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, *Les obligations positives en vertu de la CEDH. Un guide pour la mise en œuvre de la CEDH*, Ed. du Conseil de l'Europe, Précis sur les droits de l'homme, n° 7, 2006, 72 p.

¹¹² L. SASSO, *Les obligations positives en matière de droits fondamentaux, Étude comparée de droit allemand, européen et français*, Th. Caen, 1999, dact., 384 p.

¹¹³ D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, LGDJ, coll. « bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2001, 343 p.

¹¹⁴ B. MOUTEL, *L'« effet horizontal » de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français. Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, Th. Limoges, 2006, dact., 501 p.

¹¹⁵ « *in spite of the current expanded scope of positive obligations, their core base has been and still is the active protection of human rights from acts of interference of private parties, whose causal relation to the violation complained of requires an effective response from the state* » X. DIMITRIS, *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, Routledge, 2012, p. 22.

¹¹⁶ H. TRAN, *Les obligations de vigilance des États parties à la CEDH – Essai sur la transposition en droit européen des droits de l'homme d'un concept de droit international général*, Th. Strasbourg, dact., 2011, 552 p.

Commission employait et la Cour emploie généralement le terme « obligation positive » ou « mesures positives » pour désigner les obligations d'action à la charge des États non expressément prévues par le texte de la Convention¹¹⁷. Il est ainsi très peu employé sur le terrain des articles qui par leur formulation impliquent des obligations textuelles. Par exemple concernant l'article 6 CEDH, la Cour n'y fait référence que dans un petit nombre d'affaires et uniquement lorsqu'elle souhaite aller au-delà du texte en créant de nouvelles garanties non prescrites par cet article. Dans l'affaire *Airey*, elle l'a utilisé afin d'établir que l'article 6§1 « *peut parfois astreindre l'État à pourvoir à l'assistance d'un membre du barreau quand elle se révèle indispensable à un accès effectif au juge* »¹¹⁸. Dans une autre affaire elle a estimé que, concernant une personne ayant décidé de se défendre elle-même, l'État avait, « *malgré l'absence de demande, (...) l'obligation positive d'assurer sa présence aux débats* »¹¹⁹. Elle y a également fait référence en matière d'obligation d'exécution des décisions de justice¹²⁰.

43. La Cour, avec une certaine accélération depuis le milieu des années 90, déduit l'existence d'obligations positives de quasiment tous les articles de la Convention. Comme certains auteurs l'ont déjà relevé¹²¹, la notion d'obligation positive, telle qu'utilisée par le juge européen peut alors être considérée comme une technique juridique, en tant qu'elle permet au juge d'adapter la norme juridique selon l'objectif qu'il recherche¹²², technique juridique particulièrement efficace et

¹¹⁷ « *However, the greatest impact of the notion of 'positive obligations' is probably that resulting from its use in a substantially narrower sense to describe the progressively expansive interpretation of human rights obligations undertaken by human rights monitoring bodies; in this context, the term positive obligations covers only those obligations which have been implied into provisions that on their face appear to contain essentially negative obligations or duties of abstention* ». (S. BORELLI, « Positive Obligations of States and the Protection of Human Rights », *op. cit.*, p. 102).

¹¹⁸ Cour EDH, 9 octobre 1979, *Airey*, *préc.*, A 32, §26.

¹¹⁹ Cour EDH, 21 septembre 1993, *Kremzow* c. Autriche, A 268-B, §68 ; *JCP G*, 1994, I, 107, obs. F. Sudre. Voir aussi Cour EDH, 23 février 2012, *G.* c. France, req. 27244/09, §52.

¹²⁰ Cour EDH, 17 juin 2003, *Ruianu* c. Roumanie, req. 34647/97, §66 ; Cour EDH, 3 mai 2011, *Apanasewicz* c. Pologne, req. 6854/07, §74 ; *JDI*, 2012, chron. 6, obs. P. Tavernier.

¹²¹ Si quelques auteurs parlent de « *technique des obligations positives* », le choix de qualifier cette notion de « technique » n'est en général pas justifié (D. SPIELMANN, « "Obligations positives" et "effet horizontal" des dispositions de la Convention », *op. cit.*, p. 136 ; L. MILANO, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, collection « Nouvelle bibliothèque de Thèses », Dalloz, 2006, p. 13 ; Pour A.-D. Olinga, les obligations positives sont une « technique », « *a strategy, an approach or a method of interpretation of human rights conventions* » (A.-D. OLINGA, « The African Charter on Human and Peoples' Rights and Positive Obligations », *op. cit.*, p. 118) ; C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux, étude de droit conventionnel européen*, *op. cit.*, p. 150.

¹²² Le terme de technique reçoit les définitions suivantes : « *dans la pratique juridique, activité pratique adaptant des normes juridiques à des besoins sociaux réels* » (A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et sociologie du droit*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1993, p. 605) ; « *ensemble de procédés méthodiques (...) employés pour*

polyvalente à cet égard.

44. *La technique des obligations positives peut alors être définie comme le procédé interprétatif, qui, par l'usage des termes « obligations positives » ou « mesures positives », permet notamment de déduire d'une disposition conventionnelle des obligations étatiques d'action qui n'y sont pas prescrites expressément.*

45. Pour identifier la technique des obligations positives, une approche nominaliste a été adoptée¹²³. La technique des obligations positives désigne l'usage par la Cour du terme « obligation positive » ou « mesure positive ». Pour analyser et délimiter l'utilisation de cette technique par les organes de contrôle de la Convention, les emplois aussi bien que les non emplois des termes « obligations positives » et « mesures positives » ont été étudiés. Ainsi, pour cerner les lignes de force de la jurisprudence européenne, nous avons recherché les hypothèses où, bien que ces termes n'étaient pas employés, des obligations d'actions étatiques étaient tout de même dégagées. À l'inverse, il a été également étudié si l'usage de ces termes pouvait avoir d'autres objectifs que celui de mettre au jour des obligations positives prétoriennes.

46. Dès lors, il a été constaté que la technique des obligations positives ne constituait que l'une des techniques employées par la Cour afin d'imposer des obligations d'action. Le juge européen recherche par exemple si le droit invoqué par les requérants fait partie du champ d'application *ratione materiae* d'une disposition conventionnelle. Si la Cour reconnaît l'existence de ce nouveau droit, elle dégage implicitement des obligations positives sans toutefois avoir recours à la « technique des obligations positives »¹²⁴. En outre, la Cour impose des obligations d'action par le

produire une œuvre ou obtenir un résultat déterminé » (Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Société du Nouveau Littré, 1979, p. 1931) ; « ensemble des moyens spécifiques (procédés, opérations : présomption, fiction, assimilation, qualification etc..) qui président à l'agencement et à la réalisation du droit » (G. CORNU, Vocabulaire juridique, PUF, 8^{ème} éd., 2007, p. 528) ; « instrument mis en œuvre par un utilisateur dans un but déterminé qu'il est supposé satisfaire » (P. MUZYNY, La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme, Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005, vol. 1, p. 36).

¹²³ O. CORTEN, *L'utilisation du "raisonnable" par le juge international : discours juridique, raison et contradictions*, Bruylant, 1997, p. 5 et s. ; S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, Presses Universitaires de Saint Louis, 2001, p. 29.

¹²⁴ Voir par exemple concernant la question de savoir si l'article 11 CEDH protège le droit à la négociation collective : Cour EDH, Plén., 27 octobre 1975, **Syndicat national de la police belge** c. Belgique, A 19, §38 ; *JDI*, 1978, 685, obs. P. Rolland ; *AFDI*, 1976, 121, chron. R. Pelloux ; *RDH*, 1976, 71, note G.

biais du contrôle de la légalité ou de la nécessité des ingérences dans un droit garanti. Elle peut en effet à ce stade imposer certaines garanties légales ou procédurales¹²⁵.

47. Ce tour d'horizon a permis d'établir cependant que seule la technique des obligations positives se caractérise par sa généralité et son caractère adaptable. Elle peut en effet s'appliquer à tous les droits conventionnels. Elle a ainsi non seulement permis d'étendre le champ d'application *ratione materiae* de la Convention mais également de développer l'effet horizontal indirect des droits et trouve des applications imprévues sur le terrain de la recevabilité *ratione temporis*. En outre elle a été appliquée à des dispositions conventionnelles non normatives dans des objectifs divers. Elle a ainsi permis à la Cour d'étendre la notion de juridiction au sens de l'article 1 CEDH ou encore de contrôler l'exécution de ses propres arrêts. Technique tentaculaire et polymorphe, elle s'immisce à tous les stades du contrôle de la Cour et ne se cantonne pas à permettre l'édition de nouvelles obligations d'action à la charge des États. Il semble aussi que le recours à la technique des obligations positives constitue parfois un simple argument servant à renforcer la motivation d'un arrêt. Elle constitue en ce sens un instrument de garantie de l'autorité du juge en constituant un instrument rhétorique dans un objectif de persuasion. L'utilisation instrumentalisée de la technique emporte cependant une grande incohérence de la jurisprudence de la Cour et une difficulté à appréhender une logique d'ensemble. Pour proposer une clé de compréhension de cette jurisprudence, il a été nécessaire de replacer le sujet dans un contexte plus large. D'une part, la démarche menée par d'autres juges ou quasi-juges, qu'ils soient constitutionnels ou internationaux, a été étudiée. D'autre part, une réflexion sur l'évolution de l'État démocratique et libéral a été menée.

§3. La thèse soutenue

48. Le professeur M. Lévinet, après avoir cité les mots du professeur F. Rigaux selon lesquels « *loin d'être neutre, toute technique juridique se modèle sur le projet politique au service*

¹²⁵ Au stade de l'examen de la légalité de l'ingérence : Cour EDH, GC, 4 mai 2000, **Rotaru** c. Roumanie, *Rec.* 2000-V, §59 ; *RTDH*, 2001, 137, obs. O de Schutter ; *JDI*, 2001, 203, obs. D. Leclercq-Delapierre ; *JCP G*, 2001, I, 291, chron. F. Sudre. Au stade de l'examen de la nécessité de l'ingérence : Cour EDH, Plén., 6 septembre 1978, **Klass et al.** c. Allemagne, A 28, §55 ; *JDI*, 1980, 463, obs. P. Rolland. Voir *infra* Partie 1, Chapitre 1, Section 1, §3, B, n°126 et s.

duquel elle est placée »¹²⁶, a estimé que « c'est, justement, la préservation de la société démocratique qui constitue le projet politique qui sous-tend la lecture prétorienne de la CEDH effectuée par la Cour européenne. N'affirme-t-elle pas, en effet, que celle-ci est "destinée à sauvegarder et promouvoir les idéaux et les valeurs de la société démocratique"¹²⁷, c'est-à-dire une conception libérale de la société ? »¹²⁸. La technique des obligations positives, forgée par le juge européen, vise ce même objectif.

49. Prescrivant à l'État d'agir pour assurer l'effectivité des droits, elle aurait pu être décriée comme emportant trahison du libéralisme en accordant une confiance absolue à l'État au risque que l'extension de son pouvoir ne vienne menacer les libertés individuelles. Il n'en est rien. Elle ne fait qu'accompagner l'évolution des États libéraux sans en dénaturer les fondements. Si elle dépasse la conception libérale classique, selon laquelle les droits de l'homme doivent constituer uniquement une limite à la souveraineté, dans la mesure où l'intervention de l'État ne saurait être qu'une remise en cause des libertés individuelles, elle ne la bouleverse pas pour autant. Ce choix est cohérent avec l'évolution des régimes libéraux européens, qui ont vu progressivement s'étendre leurs prérogatives étatiques, sans pour autant remettre en cause, selon l'expression du professeur G. Burdeau « l'intégrité du régime libéral, dès lors qu'elles ne visent qu'à favoriser l'épanouissement de la liberté »¹²⁹. Ce faisant, le juge européen a fait un choix quant aux rapports entre État et individus, État et société. Devant le constat que sans l'intervention de l'État les droits ne seraient que « théoriques ou illusoires » pour reprendre ses termes dans l'arrêt *Airey*¹³⁰, le premier ne doit pas être conçu comme une menace, mais comme un garant indispensable des seconds.

50. Les critiques adressées à la technique des obligations positives ne portent alors pas tant sur la transgression des préceptes libéraux que sur le pouvoir que s'octroie le juge en dégageant de nouvelles obligations. La technique a ainsi été contestée comme un abus de pouvoir du juge qui viendrait briser les préceptes du droit international classique et volontariste dans lequel la volonté

¹²⁶ F. RIGAUX, *Introduction à la science du droit*, Éd. Vie Ouvrière, 1974, p. 281.

¹²⁷ Cour EDH, 7 décembre 1976, *Kjeldsen et al.* c. Danemark, A 23, §53 ; *GACEDH*, n° 56 ; *AFDI*, 1977, 489, chron. R. Pelloux ; *CDE*, 1978, 359, chron. G. Cohen-Jonathan ; *JDI*, 1978, 702, chron. P. Rolland.

¹²⁸ M. LEVINET, « Les présupposés idéologiques de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 9-16, §4. Selon F. Jacquemot, la société démocratique serait un « standard » (F. JACQUEMOT, *Le standard européen de société démocratique*, Université Montpellier 1, Collection Thèses n° 4, 2006, 713 p).

¹²⁹ G. BURDEAU, *Traité de science politique*, t. VI, *L'État libéral et les techniques politiques de la démocratie gouvernée*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1987, p. 581.

¹³⁰ Cour EDH, 9 octobre 1979, *Airey*, *préc.*, §24.

des États doit être à tout prix respectée. La détermination de l'étendue de l'intervention étatique relève traditionnellement du pouvoir législatif, et dans la sphère internationale, de l'État lui-même. Ainsi, l'audace du juge européen ne se situe pas tant dans le choix d'une certaine conception du rôle de l'État que dans le fait qu'en dégageant des obligations étatiques, alors même que le texte de la Convention ne les mentionne pas expressément, il se mue en créateur de droit. Il s'octroie alors le pouvoir de délimiter cette intervention étatique et la consacre en une obligation justiciable. Au cœur de la problématique de la technique des obligations positives se situe donc la question du pouvoir du juge pour déterminer l'étendue des droits conventionnels et, corrélativement, des obligations étatiques. Plus largement, elle invite ainsi à repenser la place du juge dans une démocratie libérale et à réfléchir aux nouveaux moyens de production et de légitimation du droit.

51. Or dans le cas de la CEDH, de nombreux paramètres sont réunis pour favoriser ce pouvoir du juge. La décision des États d'établir une Convention et un juge chargé de remettre dans le droit chemin tout État tenté de s'écarter du modèle démocratique et libéral, confère une légitimité fondatrice au juge de Strasbourg placé comme gardien des valeurs démocratiques et de la paix en Europe¹³¹. Le juge européen se situe en outre dans une situation particulière du fait qu'« *il n'est point de législateur auprès de la Cour européenne des droits de l'homme* »¹³². Ainsi, à la différence du juge national, le « *pouvoir créateur* » du juge de Strasbourg ne trouve nulle « *barrière naturelle* »¹³³. Par ailleurs, la formulation des droits en termes très généraux¹³⁴, ou encore la confrontation de traditions juridiques diverses, sont autant de facteurs favorisant l'extension du pouvoir du juge européen.

¹³¹ « à la question préalable de l'utilité d'une telle garantie collective, elle a répondu par l'affirmative, estimant que cette garantie (...) permettrait [aux États membres] d'empêcher – avant qu'il ne fut trop tard – tout nouveau membre que menacerait une renaissance du totalitarisme de céder progressivement au mal, comme il est arrivé dans la passivité générale. Le fascisme aurait-il pu s'emparer de l'Italie si, dès l'assassinat de Matteotti, ce crime avait été déféré à une juridiction internationale ? » (Projet de rapport présenté par P.-H. Teitgen, 5 septembre 1949, Assemblée Consultative, 1ère session, Séance de la Commission des questions juridiques et administratives, *Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., vol. 1, p. 193).

¹³² J. FOYER, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *APD*, t. 50, 2006, p. 244.

¹³³ E. DUBOUT, « Interprétation téléologique et politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2008, p. 390.

¹³⁴ « on ne saurait dissimuler que l'œuvre créatrice, inhérente à la fonction juridictionnelle est, en l'occurrence, nourrie par les nombreuses notions vagues que renferme la Convention » (J. VELU, R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1990, p. 53). Voir aussi M. MELCHIOR, « Notions "vagues" ou "indéterminées" et "lacunes" dans la Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur de G. J. WIARDA, Protection des droits de l'homme : la dimension européenne*, Carl Heymans Verlag KG, 1988, p. 411-419.

52. *La thèse défendue* vise donc à démontrer que la technique des obligations positives est un outil d'adaptation de la norme juridique conventionnelle à l'évolution des États démocratiques et libéraux européens.

53. **Organisation de la démonstration.**

Il sera recherché tout d'abord quels sont les fondements de cette technique. La garantie de l'effectivité des droits conventionnels est la principale justification apportée par les organes de contrôle de la Convention afin de dégager des obligations positives. La recherche de l'effectivité des droits s'inscrit dans une tendance globale vers une valorisation croissante des droits de l'homme dans les États démocratiques et libéraux. Elle a conduit à reconnaître le caractère objectif des droits de l'homme. Cette conception des droits, bien que non unanime, est partagée par de nombreux juges et quasi-juges nationaux et internationaux et justifie également aux yeux de ces derniers de dégager des obligations positives prétoriennes.

Ensuite, une étude du régime des obligations positives prétoriennes européennes sera menée. L'emploi aléatoire de la technique des obligations positives rend difficilement lisible la jurisprudence européenne. Il sera mis en lumière que son emploi n'est pas forcément lié à une définition juridique des obligations en tant qu'elles prescrivent une action aux États. Son utilisation est souvent dictée par d'autres motifs visant soit à renforcer soit à relâcher le contrôle opéré, en fonction de l'importance prêtée à l'intérêt en jeu dans une société démocratique. En outre, l'établissement d'une distinction juridique entre obligations positives et obligations négatives s'avère bien souvent impossible. Par ailleurs, une systématisation des méthodes de contrôle des obligations positives prétoriennes sera établie. Elle montrera que tout comme pour les obligations négatives, les obligations positives sont contrôlées à l'aune du standard européen de société démocratique.

Enfin, il sera procédé à une analyse de la portée de la technique des obligations positives. Instrument de développement du pouvoir d'injonction du juge européen, elle permet à ce dernier de dessiner les contours d'une définition de l'État démocratique et libéral européen.

Les développements s'organiseront donc en trois temps :

Partie I : Les fondements des obligations positives prétoriennes

Partie II : Le régime des obligations positives prétoriennes

Partie III : La portée des obligations positives prétoriennes

PARTIE 1 : LES FONDEMENTS DES OBLIGATIONS POSITIVES PRÉTORIENNES

54. Les obligations positives prétoriennes étant par définition des obligations d'action à la charge des États, non expressément prévues par le texte de la Convention, leur découverte fait nécessairement appel au pouvoir interprétatif du juge.

Du fait de la nature de traité international de la Convention EDH, les règles d'interprétation qui lui sont applicables sont celles contenues aux articles 31 à 33 de la Convention de Vienne du 2 mai 1969 sur le droit des traités¹³⁵. Parmi ces règles figurent les interprétations littérale, systématique et téléologique¹³⁶. Sont par ailleurs recensés comme moyens complémentaires d'interprétation, le recours aux travaux préparatoires et aux « *circonstances dans lesquelles le traité a été conclu* »¹³⁷. Il n'existe donc pas de spécificité des règles d'interprétation de la Convention EDH et plus largement, des traités relatifs aux droits de l'homme par rapport aux règles d'interprétation s'appliquant à tout traité international¹³⁸. Toutefois parmi ces différentes règles énoncées aux articles 31 à 33 de la Convention de Vienne, certaines seront privilégiées ou au contraire délaissées par les différents interprètes, en fonction de l'instrument interprété¹³⁹. En outre, l'article 5 de la Convention de Vienne précise que cette dernière s'applique à « *tout traité adopté au sein d'une organisation* »

¹³⁵ La Cour l'a affirmé dans son arrêt Cour EDH, Plén., 21 février 1975, **Golder** c. Royaume-Uni, A 18, §29 ; *GACEDH*, n° 27, *AFDI* 1975, 330, note R. Pelloux.

¹³⁶ Article 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* ».

¹³⁷ Article 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

¹³⁸ La thèse de la spécificité des règles d'interprétation de la Convention EDH a été soutenue par les auteurs en faveur de la défense du droit européen des droits de l'homme comme branche autonome du droit international, allant ainsi dans le sens d'une certaine fragmentation du droit international (D. RIETIKER, « The Principle of "Effectiveness" in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Its Different Dimensions and Its Consistency with Public International Law - No Need for the Concept of Treaty *Sui Generis* », *Nordic Journal of International Law*, Vol. 79, n° 2, 2010, p. 246 et s). Certains auteurs ont par ailleurs relevé que les méthodes d'interprétation utilisées par la Cour, s'apparentaient à certains égards à celles dont usent les Cours constitutionnelles nationales (G. COHEN-JONATHAN, J.-P. JAQUÉ, « Activité de la Commission européenne des droits de l'homme », *AFDI*, 1982, p. 527. et R. BERNHARDT, « Thoughts on the interpretation of Human Rights Treaty », *Mélanges en l'honneur de G. J. WIARDA, Protection des droits de l'homme : la dimension européenne*, Carl Heymans Verlag KG, 1988, p. 70).

¹³⁹ O. DE FROUVILLE, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international*, Pédone, 2004, p. 23.

internationale, sous réserve de toute règle pertinente de l'organisation », n'excluant donc pas que certaines règles spécifiques puissent s'appliquer à la Convention EDH, en tant que traité conclu au sein du Conseil de l'Europe¹⁴⁰.

55. La doctrine a déjà largement montré que parmi les règles d'interprétation énoncées dans la Convention de Vienne sur le droit des traités, l'interprétation téléologique occupait une place centrale, bien que non exclusive, dans la jurisprudence européenne¹⁴¹ et plus largement dans celle des organes de protection des droits de l'homme¹⁴². La Cour l'a énoncé dès 1968 dans son arrêt *Wemhoff* : « *s'agissant d'un traité normatif, il y a lieu (...) de rechercher quelle est l'interprétation la plus propre à atteindre le but et à réaliser l'objet de "la Convention" et non celle qui donnerait l'étendue la plus limitée aux engagements des Parties* »¹⁴³. Elle a identifié le but de la Convention comme étant celui « *de protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs* »¹⁴⁴.

56. Il n'est pas anodin que cette formule ait figuré pour la première fois dans l'arrêt *Airey*¹⁴⁵, arrêt également majeur concernant les obligations positives. L'effectivité des droits constitue en effet le fondement théorique des obligations positives et se situe au cœur de la technique. Par ailleurs, le juge de Strasbourg, dans l'*Affaire linguistique belge* a fait mention de la

¹⁴⁰ W. J. VAN DER MEERSCH, « Les méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme », D. TURP et G. A. BEAUDOIN (dir.), *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne : actes des journées strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures*, Éd. Y. Blais, 1984, p. 190. Voir également Cour EDH, Plén., 21 février 1975, **Golder**, préc., §29.

¹⁴¹ F. OST, « Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme », in M. DELMAS-MARTY, *Raisonner la raison d'État*, PUF, Paris, 1989, p. 422 ; F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, coll. « Droit fondamental », 10^{ème} éd., 2011, 925 p. p. 244 et s.

¹⁴² G. COHEN-JONATHAN, « Responsabilité pour atteinte aux droits de l'homme », in S.F.D.I., *La Responsabilité dans le système international*, Paris, Pedone, 1991, p. 105 ; P. WACHSMANN, Les méthodes d'interprétation des conventions internationales relatives à la protection des droits de l'homme, in SFDI, *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Pedone, 1998, p. 186. D. RIETIKER, « The Principle of "Effectiveness" in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Its Different Dimensions and Its Consistency with Public International Law - No Need for the Concept of Treaty *Sui Generis* », *Nordic Journal of International Law*, vol. 79, n° 2, 2010, p. 254.

¹⁴³ Cour EDH, 27 juin 1968, **Wemhoff** c. RFA, A 7, § 8.

¹⁴⁴ Cour EDH, 9 octobre 1979, **Airey** c. Irlande, A 32, § 24 ; *GACEDH*, n° 2 ; *AFDI* 1968, 201, obs. R. Pelloux ; *RBDI* 1970, 353, obs. J. Verhoeven. Elle ajoute qu'il s'agit du « *but que les Parties Contractantes se sont proposé d'atteindre, d'une manière générale, au moyen de la Convention européenne des droits de l'homme, (...) et ce sans doute en raison non seulement des circonstances historiques dans lesquelles la Convention a été conclue, mais aussi du développement social et technique de notre époque qui offre à l'État des possibilités considérables pour réglementer l'exercice de ces droits* » (préc., §5). La commission avait auparavant énoncé dans son rapport dans l'affaire *Golder* que « *la Convention a pour rôle et son interprétation pour objet de rendre efficace la protection de l'individu* », ComEDH, Rapp., 1^{er} juin 1973, **Golder** c. Royaume-Uni, req. 4451/70, B 16, *D.R.*, 1975, p. 40.

¹⁴⁵ Cour EDH, **Airey**, préc.

règle de l' « effet utile »¹⁴⁶. Cette règle implique d'opérer l'interprétation « *qui assure le meilleur développement à la norme et son utilité pratique la plus grande* »¹⁴⁷. Or il a pu être considéré que l'interprétation téléologique visant à assurer l'effectivité des droits faisait justement référence à cette dernière règle, qui ne fut pas à proprement parler intégrée dans la Convention de Vienne de 1969¹⁴⁸, mais qui fait partie du droit international général et est appliqué de longue date par la Cour Internationale de Justice ainsi que par son ancêtre la Cour Permanente de Justice Internationale¹⁴⁹.

57. L'effectivité des droits conventionnels est plus largement la « *méta-règle essentielle qui gouverne la jurisprudence des organes de la Convention* »¹⁵⁰ et est « *au fondement de la démarche du juge européen* »¹⁵¹, qui considère désormais que « *le principe de l'effectivité (...) sous-tend la Convention* »¹⁵². L'élaboration de la technique des obligations positives est sans doute la première manifestation éclatante des choix interprétatifs menant la Commission et la Cour à exercer une interprétation dynamique des droits conventionnels¹⁵³. Le choix de l'effectivité justifie alors de s'affranchir des volontés des États Parties. Comme le notent les Professeurs J. Velu et R. Ergéc, « *l'objet et le but* » de la Convention « *tendent précisément à limiter la liberté d'action de l'État en vue d'assurer une protection efficace de l'individu* »¹⁵⁴. Or la technique des obligations positives

¹⁴⁶ Cour EDH, Plén., 23 juillet 1968, **Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »** c. Belgique, A 6. §4 ; *GACEDH*, n° 9 ; *AFDI* 1968, 201, obs. R. Pelloux ; *RBDI* 1970, 353, obs. J. Verhoeven.

¹⁴⁷ F. OST, « Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme », in M. DELMAS-MARTY (dir.), *Raisonner la raison d'État*, PUF, 1989, p. 427.

¹⁴⁸ Ce principe est cependant considéré comme sous-tendu par l'article 31§1 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

¹⁴⁹ CIJ, Arrêt, 9 avril 1949, **Détroit de Corfou (fond)**, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Albanie, *Rec.* 1949, p. 24.

¹⁵⁰ F. OST, « Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme », in M. DELMAS-MARTY, *Raisonner la raison d'Etat*, PUF, Paris, 1989, p. 445.

¹⁵¹ F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, coll. « Droit fondamental », 10^{ème} éd., 2011, p. 244.

¹⁵² Cour EDH, GC, 18 décembre 1996, **Loizidou** c. Turquie (fond), *Rec.* 1996-VI, §50 ; *JDI* 1997, 273, obs. P. Tavernier ; *RTDH* 1998, 102, obs. J.-P. Cot.

¹⁵³ L'interprétation dynamique a été définie comme « *celle qui partant du texte de la Convention en tire une conception élargie des droits proclamés voire de l'existence de droits qui n'ont pas été primitivement perçus comme en faisant partie* », (P. ROLLAND, « Le contrôle de l'opportunité par la Cour européenne des droits de l'homme », in D. ROUSSEAU, F. SUDRE (dir.), *Conseil Constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, S.T.H., 1990, p. 70). Le professeur F. Sudre désigne par « *dynamisme interprétatif* » les « *techniques d'interprétations utilisées aux fins de développement des droits* » (F. SUDRE, « A propos du dynamisme interprétatif de la Cour EDH », *JCP G*, 2001, I, 335).

¹⁵⁴ J. VELU, R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1990, p. 53.

vient permettre au juge de dégager des obligations d'actions non expressément prévues dans le texte conventionnel, c'est-à-dire des obligations internationales auxquelles les États n'ont pas initialement souscrit en contactant la Convention. Les organes de contrôle de la Convention dans ce domaine adoptent donc une démarche en rupture avec celle traditionnellement préférée par les juges internationaux, selon laquelle « *les limitations à l'indépendance ne se présument (...) pas* »¹⁵⁵. La Commission et la Cour ont ainsi fait un choix entre deux « *interprétations fondatrices* », deux « *directives de préférence* » ; elles ont préféré le « *principe d'interprétation favorable aux droits fondamentaux de l'individu* » par rapport à celui « *favorable à la souveraineté étatique* »¹⁵⁶. Ces choix interprétatifs ont été fortement critiqués à l'occasion des premiers arrêts rendus par la Cour concernant les obligations positives. Les commentaires les plus virulents à cet égard ont porté sur l'arrêt *Marckx*¹⁵⁷. Le professeur F. Rigaux affirmait ainsi que « *la Cour européenne se place délibérément en dehors des exigences propres à l'ordre juridique international. Elle se reconnaît – d'une manière qui, pour être implicite n'en est pas moins sûre – le pouvoir de développer le contenu et les exigences de l'acte fondateur, la Convention du 4 novembre 1950* »¹⁵⁸.

58. Les organes de contrôle de la Convention ont donc procédé par voie d'interprétation à une véritable réécriture du texte conventionnel afin d'y découvrir des obligations d'action qui n'y étaient pas initialement prévues. Prévalait en effet à l'époque de la rédaction de la Convention l'opinion tenace selon laquelle les droits civils et politiques, tels que ceux protégés par la Convention, n'étaient voués qu'à générer des obligations d'abstention à la charge des États¹⁵⁹. La Cour dès son cinquième arrêt au principal, a jugé que l'effectivité des droits exigeait que l'État intervienne pour les garantir¹⁶⁰. Elle établissait ainsi que les droits de l'homme devaient non seulement limiter mais aussi guider et dicter l'action des autorités publiques. Par ailleurs, le juge

¹⁵⁵ CPIJ, Arrêt, 7 septembre 1927, **Affaire du Lotus**, France c. Turquie, A 10, p. 18.

¹⁵⁶ F. OST, « Les directives d'interprétation adoptées par la Cour EDH. L'esprit plutôt que la lettre », F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit, les directives d'interprétation en droit*, Bruylant, 1989, p. 259.

¹⁵⁷ Cour EDH, Plén., 13 juin 1979, **Marckx** c. Belgique, A 31 ; *GACEDH*, n° 51 ; *JT* 1979, 513, obs. F. Rigaux ; *JDI* 1982, 1983, obs. P. Rolland.

¹⁵⁸ F. RIGAUX, « La loi condamnée : à propos de l'arrêt du 13 juin 1979 de la Cour européenne des droits de l'homme », *Journal des tribunaux*, 1979, v. 94, no. 5093, p. 523, § 76, voir également sur cette affaire, *AFDI*, 1980, 322, obs. P. PELLOUX.

¹⁵⁹ V. *supra*, Introduction, §9 et s.

¹⁶⁰ Cour EDH, Plén., 23 juillet 1968, **Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »** c. Belgique, A 6, §1 ; *GACEDH*, n° 9 ; *AFDI* 1968, 201, obs. R. Pelloux ; *RBDI* 1970, 353, obs. J. Verhoeven.

européen n'est pas resté isolé dans ce processus de reconnaissance des effets positifs des droits civils et politiques. Un certain consensus semble ainsi se former concernant l'existence et les fondements des obligations positives prétorienne et une conception commune de l'État démocratique et libéral se dessine.

59. Il sera donc recherché comment le juge est parvenu à dégager des obligations positives prétorienne à partir de droits civils et politiques, à quelles sources¹⁶¹ il a eu recours et par le biais de quelles techniques d'interprétation il a pu mobiliser ces dernières afin d'en déduire des obligations positives. La démarche des organes de contrôle de la Convention à cet égard se caractérise par l'exploitation constructive d'une pluralité de sources (**Chapitre 1**). Les choix philosophiques et interprétatifs qui sous-tendent l'existence des obligations positives marquent en outre la construction d'un droit international des droits de l'homme (**Chapitre 2**).

¹⁶¹ « endroit où l'on puise » (D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 1431).

CHAPITRE 1 : Une technique issue de l'exploitation constructive d'une pluralité de sources

60. Le choix et l'utilisation des sources par le juge européen afin de dégager des obligations positives prétoriennes dénotent une claire finalité : garantir ce que le juge entend par ce que doit être l'effectivité des droits dans une société démocratique. Ce faisant il opère un choix quant à la définition des droits et du rôle de l'État dans leur garantie. La mobilisation du pouvoir interprétatif du juge est alors centrale à cet égard. Le professeur J. Verhoeven écrivait à propos de l'*Affaire linguistique belge*¹⁶², première affaire dans laquelle la Cour a dégagé l'existence d'une obligation positive, que « *la méthode adoptée par la Cour combine un principe téléologique ou fonctionnel, prise en considération des exigences qu'implique concrètement le but poursuivi par les auteurs du traité, auxiliaire d'une méthode subjective d'interprétation, et le principe d'effet utile, ut res magis valeat quam pereat, auxiliaire d'une méthode textuelle.* »¹⁶³. Cette remarque est généralisable à l'ensemble des affaires concernant les obligations positives¹⁶⁴.

61. Les obligations positives trouvent cependant leur limite là où s'arrête l'effectivité des droits. Cette dernière trace donc la frontière entre interprétation favorable aux individus et interprétation respectueuse des souverainetés étatiques. L'identification et l'étude des sources des obligations positives montrent que leur exploitation est guidée tantôt par la première, tantôt par la seconde, en fonction de ce que le juge accepte de faire entrer ou non dans le champ de l'effectivité, c'est-à-dire selon qu'il désire ou non dégager l'existence d'une obligation positive. Cette frontière est

¹⁶² Cour EDH, Plén., 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »* c. Belgique, A 6 ; *GACEDH*, n° 9 ; *AFDI* 1968, 201, obs. R. Pelloux ; *RBDI* 1970, 353, obs. J. Verhoeven.

¹⁶³ J. VERHOEVEN, « L'arrêt du 23 juillet 1968 dans l'affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique », *RBDI*, 1970, p. 361.

¹⁶⁴ Voir, parmi beaucoup d'autres : Cour EDH, 9 octobre 1979, *Airey* c. Irlande, A 32, § 24, Cour EDH, 21 juin 1988, *Plattform « Ärzte für das Leben »* c. Autriche, A 139, §32 ; *JDI* 1989, 824, chron. P. Tavernier ; Cour EDH, GC, 27 septembre 1995, *McCann et al.* c. Royaume-Uni, A324, §146.

alors subjective. Chaque formation de jugement aura une appréciation propre des différentes contraintes à prendre en compte¹⁶⁵ et choisira de donner plus de poids à telle ou telle afin d'opter pour l'une ou l'autre des interprétations fondatrices¹⁶⁶ et d'arrêter sa décision.

62. L'*Affaire linguistique belge* constitue un bel exemple de la subjectivité du juge quant à la mise au jour d'obligations positives. La Commission s'était appuyée sur la « *formulation négative du droit* » issu de l'article 2 du Protocole 1 et sur les travaux préparatoires, pour montrer que « *les Hautes Parties contractantes n'ont pas voulu assumer une obligation quelconque d'assurer l'instruction des personnes soumises à leur juridiction* »¹⁶⁷ et avait donc rejeté, à la différence de la Cour, toute possibilité que cet article puisse générer des obligations positives¹⁶⁸. Si les deux organes de contrôle de la Convention avaient en principe accès aux mêmes sources, ils les exploitèrent de manière différente pour parvenir à des conclusions opposées. Ainsi, le juge européen bénéficie d'une grande liberté dans l'utilisation des sources, liberté encore favorisée par le fait qu'il se soit ménagé une possibilité de recours à une pluralité de sources, tant auxiliaires que formelles que matérielles.

63. L'article 32§1 de la Convention EDH prévoit que « *la compétence de la Cour s'étend à toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses protocoles* ». Toutefois, en tant que juge international, et en vertu de l'article 38 du Statut de la CIJ, le juge européen peut exploiter d'autres sources que la Convention pour élaborer la norme européenne. Parmi celles-ci, figurent, en tant que sources auxiliaires, « *les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes* »¹⁶⁹. À cet égard la doctrine et la jurisprudence allemandes méritent d'être analysées pour déterminer si elles ont pu influencer le juge européen. En effet, la Cour constitutionnelle allemande a également développé des obligations positives prétoriennes à partir de droits civils et politiques et fait figure de précurseur en la matière. Si les organes de contrôle de la Convention n'y ont pas fait référence expressément au sein de leurs décisions et arrêts consacrant

¹⁶⁵ V. CHAMPEIL-DESPLATS, M. TROPER, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS, Ch. GRZEGORCZYK, *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant LGDJ, 2005, p. 11-23.

¹⁶⁶ F. OST, « Les directives d'interprétation adoptées par la Cour EDH, L'esprit plutôt que la lettre », *op. cit.*, p. 259.

¹⁶⁷ ComEDH, Rapp., 24 juin 1965, **Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »** c. Belgique, B 3 et 4, p. 341.

¹⁶⁸ « *On ne saurait pourtant en déduire que l'État n'ait aucune obligation positive d'assurer le respect de ce droit, tel que le protège l'article 2 du Protocole 1* » Cour EDH, Plén., 23 juillet 1968, **Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »** c. Belgique, A 6, §3.

¹⁶⁹ Article 38 §1 d) du Statut de la CIJ.

des obligations positives, certains indices laissent à penser que ces sources ont probablement été exploitées par les organes de contrôle de la Convention. La réappropriation de la doctrine et de la jurisprudence allemande par le juge européen sera donc étudiée dans un premier temps (**Section 1**).

Ensuite, certaines sources matérielles ont également été utilisées par la Cour. Le droit international général a en effet consacré des obligations de prévention et de réparation dont le contenu est très proche de certaines obligations prétoriennes européennes. En outre, depuis deux décennies, le juge européen opère des références au droit international et au principe de prééminence du droit de plus en plus fréquents. Une exploitation accrue des sources matérielles est donc visible en matière d'obligations positives (**Section 2**).

Enfin, la Convention constitue bien sûr la source majeure employée par le juge européen afin de dégager des obligations positives prétoriennes. Ces dernières sont en effet systématiquement rattachées à des dispositions conventionnelles, source formelle (**Section 3**).

SECTION 1 : La réappropriation de la doctrine et de la jurisprudence allemande

64. Si la Cour européenne a été la première instance juridictionnelle au niveau international à reconnaître la possibilité que les droits civils et politiques génèrent non seulement des obligations négatives mais également des obligations positives à la charge des États, au niveau national elle avait été précédée dans cette voie. Avant la fameuse *Affaire linguistique belge* de la Cour EDH, la Cour Constitutionnelle allemande avait développé une jurisprudence originale en ce sens. La doctrine allemande avait en outre largement réfléchi sur ces questions. Or les modèles allemand et européen de protection des droits de l'homme sont à rapprocher à deux titres.

D'abord, tout comme la Convention EDH, la Loi Fondamentale allemande du 8 mai 1949 (LF) énonce principalement des droits libéraux classiques¹⁷⁰. La Constitution de Weimar, Constitution précédente, comportait quelques droits sociaux, mais dans un contexte où prévalait la croyance en l'impossible justiciabilité des droits sociaux et, dans la mesure où était établie une Cour Constitutionnelle chargée du contrôle des droits fondamentaux, il fut choisi de les exclure de la Loi Fondamentale pour « assurer l'effectivité » des droits inclus dans le texte constitutionnel « en les rendant aptes à un contrôle juridictionnel »¹⁷¹.

Ensuite, les jurisprudences des deux Cours peuvent être utilement comparées dans la mesure où elles peuvent être toutes deux saisies d'un recours dit « *subjectif* »¹⁷², recours direct des

¹⁷⁰ Les droits sociaux y sont « explicitement rejetés de la catégorie des droits fondamentaux » (T. MEINDL, *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, LGDJ, 2003, p. 167). Certaines dispositions de la Loi Fondamentale édictent cependant des obligations d'action à la charge des autorités publiques : l'article 6§1 LF au terme duquel « le mariage et la famille sont placés sous la protection particulière de l'État », l'article 6§4 LF qui prévoit que « toute mère a droit à la protection et à l'assistance de la communauté », l'article 6§5 LF selon lequel « la législation doit assurer aux enfants naturels les mêmes conditions qu'aux enfants légitimes en ce qui concerne leur développement physique et moral et leur statut social » et l'article 7§3 LF disposant que « l'instruction religieuse est une matière d'enseignement régulière dans les écoles publiques ». Le professeur D. Capitiant note par ailleurs l'existence de dispositions faisant « référence à des législations traditionnelles dont elles garantissent l'existence » et pouvant « de ce fait être rapprochées de droits défensifs : elles imposent à l'État de s'abstenir de remettre en cause ces principes d'organisation » et cite à cet égard les articles 7, 19§4, 38, 103 et 104 (D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, LGDJ, coll. « bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2001, p. 25-26).

¹⁷¹ Il s'agissait en particulier de « l'intention du Conseil parlementaire » (Ch. STARCK, « La jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale concernant les droits fondamentaux », *RDJ*, 1988, p. 1264 ; D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, op. cit., p. 3 et 22 et s.).

¹⁷² M. FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Dalloz, 1996, p. 43.

individus invoquant une violation du texte de référence : le recours constitutionnel devant la Cour constitutionnelle allemande, prévu à l'article 93 alinéa 1^{er} 4^o (a) de la Loi Fondamentale et le recours individuel devant la Cour européenne garanti à l'article 34 de la Convention EDH.

65. Des preuves directes d'une exploitation européenne des sources jurisprudentielles et doctrinales allemandes n'existent pas¹⁷³. En effet, les décisions et arrêts de la Commission et de la Cour EDH en matière d'obligations positives ne comportent pas de référence directe à ces dernières. Toutefois, certains éléments portent à suggérer que les artisans des premières affaires européennes venant consacrer des obligations positives avaient connaissance de l'actualité constitutionnelle et doctrinale allemande.

Outre la présence du juge allemand H. Mosler au sein de la formation de jugement dans l'*Affaire linguistique belge*¹⁷⁴, les écrits de M.-A. Eissen démontrent qu'il maîtrisait l'actualité constitutionnelle et doctrinale allemande¹⁷⁵. Or M.-A. Eissen avait traité cette dernière affaire alors qu'il était encore à la Commission¹⁷⁶. De plus, il était greffier adjoint lorsqu'elle a été jugée par la Cour puis greffier dans les affaires *Marckx* et *Airey*¹⁷⁷. De plus, certains commissaires et juges européens ont fait mention de la doctrine allemande dans leurs écrits¹⁷⁸ ou dans leurs opinions dissidentes¹⁷⁹. De plus, la localisation des organes de contrôle de la Convention à Strasbourg, lieu

¹⁷³ V. SCHLETTE, « Les interactions entre les jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour constitutionnelle allemande », *RFDC* 1996, p. 765.

¹⁷⁴ H. Mosler était professeur spécialisé en droit international. Il est cependant probable qu'il connaissait les récents développements doctrinaux et jurisprudentiels allemands en matière constitutionnelle.

¹⁷⁵ M.-A. EISSEN, « La Convention européenne des droits de l'homme et les obligations de l'individu : une mise à jour », in *Mélanges René Cassin, t. III, La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées*, Paris, Pédone, 1971, p.151-162. M. A. EISSEN, « La Cour européenne des droits de l'homme », *RDP*, 1986, p. 1585.

¹⁷⁶ G. JANSSEN-PEVTSCHIN, « Marc-André Eissen, tel que je le connais », in *Liber Amicorum M.-A. EISSEN*, Bruylant, LGDJ, 1995, p. 3.

¹⁷⁷ Cour EDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx* c. Belgique, A 31. *préc.* ; Cour EDH, 9 octobre 1979, *Airey* c. Irlande, A 32. *préc.*

¹⁷⁸ Le juge D. Evrigenis, qui avait fait partie de la formation de jugement dans l'arrêt *Young James et Webster*, première affaire venant reconnaître l'effet horizontal indirect de la Convention (Cour EDH, Plén., 13 août 1981, *Young, James et Webster* c. Royaume-Uni, A 44 ; *CDE*, 1982, 226, chron. G. Cohen Jonathan ; *JDI*, 1982, 220, obs. P. Rolland), mentionnait la théorie de la *Drittwirkung* dans un article en 1982 (D. EVRIGENIS, « Recent Case-Law of the European Court of Human Rights on Article 8 and 10 of the European Convention on Human Rights », *HRLJ*, 1982, p. 137). Cette même théorie a été mentionnée par le professeur G. Sperduti, qui fut commissaire et membre de la Commission au cours de cette même affaire (A. CLAPHAM, *Human Rights in the Private sphere*, Oxford, Clarendon Press, 1993, p. 189).

¹⁷⁹ Mentions de la théorie de la *Drittwirkung* : Cour EDH, GC, 25 avril 1996, *Gustafsson* c. Suède, *Rec.* 1996-II, opinion partiellement dissidente de M. le juge Jambrek, §2 ; *JCP G*, 1997, I, 4000, n° 40, obs. F. Sudre ; *D* 1997, jur.,

historique d'échange avec l'Allemagne rend inconcevable que les juristes européens aient pu rester sourds aux évolutions majeures ayant eu cours outre Rhin durant les dernières décennies.

66. L'étude de la jurisprudence européenne et allemande montre que les organes de contrôle de la Convention ont procédé à de nombreux « emprunts »¹⁸⁰ à la jurisprudence et à la doctrine allemande. Les différentes obligations positives ont en effet de nombreux points communs avec les différentes « fonctions objectives » des droits développées en Allemagne. Les organes de Strasbourg ont cependant procédé à une certaine simplification de la jurisprudence allemande qui comporte de nombreuses nuances que la technique des obligations positives ne retranscrit pas¹⁸¹. Ainsi, ils n'en ont pas fait une application littérale et ont procédé à une réappropriation des concepts allemands¹⁸², pour élaborer la technique des obligations positives, technique européenne originale. De plus cette dernière est également le fruit d'autres influences externes, en particulier internationales¹⁸³. Toutefois, en adaptant ces concepts allemands aux contraintes européennes, le juge de Strasbourg a établi une classification des obligations en fonction des effets du droit (§1), en fonction des moyens mis en œuvre (§3) et a assuré une application de la Convention aux relations entre personnes privées (§2).

§1. Une classification des obligations en fonction des effets du droit

67. Alors que la jurisprudence allemande a consacré des effets objectifs des droits (A), la Cour européenne a établi une distinction entre obligations positives et obligations négatives

p. 363, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly. Cour EDH, GC, 9 avril 2009, *Šilih* c. Slovénie, req. 71463/01, sélectionné pour publication, opinion concordance de M. le juge Zupančič ; RDP 2010-3, obs. G. Gonzalez.

¹⁸⁰ En anthropologie juridique, l'emprunt porte « sur une institution particulière » à la différence de « l'acculturation » qui « implique une altération globale d'un système juridique dû au contact d'un système différent » (A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et sociologie du droit*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1993, p. 3).

¹⁸¹ « Il s'agit en somme d'étendre le concept afin de le rendre opérationnel également dans des systèmes où il est moins affiné ou même inconnu ou inconnu. Les mots d'ordre de cette opération seraient en quelque sorte : élargir et affadir » C. GREWE, « Les influences du droit allemand des droits fondamentaux sur le droit français : le rôle médiateur de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RUDH*, 2004, p. 27.

¹⁸² Le juge J.-P. Costa a souligné l'existence d'une influence des traditions juridiques nationales sur les concepts juridiques européens, processus qui « représente une espèce d'import-export ou d' "ingestion-digestion" » (J.-P. COSTA, « Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : de l'influence de différentes traditions nationales », *RTDH*, 2004, p. 103.

¹⁸³ Voir *infra*, Partie 1, Chapitre 1, section 2, §1, n°137 et s.

(B).

A. Des effets positifs déduits du caractère objectif des droits fondamentaux en Allemagne

68. Dans sa décision *Imposition des époux* du 17 janvier 1957¹⁸⁴, la Cour constitutionnelle allemande a estimé que l'article 6 al.1 de la Loi Fondamentale selon lequel « *le mariage et la famille sont placés sous la protection particulière de l'État* » impliquait tout d'abord, « *de manière positive* », « *l'obligation pour l'État de protéger le mariage et la famille contre d'éventuelles atteintes pouvant émaner de tiers et également de promouvoir mariage et famille* » et, ensuite, « *de manière négative* », « *l'interdiction pour l'État lui-même de porter atteinte à ces institutions* »¹⁸⁵. L'affirmation n'avait rien de révolutionnaire dans la mesure où le texte même de l'article, de par l'utilisation du terme « *protection* », prévoyait une telle obligation positive à la charge de l'État. Cet arrêt est cependant intéressant du fait de la terminologie employée et de la claire distinction opérée par la Cour de Karlsruhe entre obligations positives et obligations négatives, devenues chères par la suite à la Cour européenne.

69. Cette distinction n'a néanmoins pas été reprise dans ses arrêts suivants, la Cour allemande préférant distinguer entre aspects subjectif et objectif des droits fondamentaux et déduisant des obligations d'action étatiques de ce dernier aspect. La Cour allemande a ainsi justifié le développement de nombreuses obligations d'intervention de l'État non prévues initialement dans le texte constitutionnel en se fondant sur le caractère objectif des droits.

L'affaire *Lüth* de 1958, fait figure d'arrêt fondateur en matière de reconnaissance du caractère objectif des droits. La Cour allemande y a estimé que « *sans doute, les droits fondamentaux ont-ils d'abord pour but de garantir la sphère de liberté de l'individu contre les ingérences de la puissance publique ; ils sont des droits défensifs du citoyen contre l'État (...). Mais il est tout aussi vrai que la Loi Fondamentale, qui n'entend pas être un ordre axiologiquement neutre, a également mis en place dans son titre relatif aux droits fondamentaux un ordre objectif de*

¹⁸⁴ CCFA, 17 janvier 1957, **Imposition des époux**, BVerfGE 6, 55.

¹⁸⁵ CCFA, **Imposition des époux**, *préc.*, p. 72 et 76. Cité par D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, *op. cit.*, p. 190.

valeurs¹⁸⁶ et que là justement s'exprime un renforcement de principe de la force juridique des droits fondamentaux. Ce système de valeurs, qui trouve son point central dans la personnalité humaine qui se développe librement dans la communauté sociale et dans sa dignité, doit valoir, en tant que choix constitutionnel fondamental, pour tous les domaines du droit ; la législation, l'administration et la jurisprudence en reçoivent directives et impulsion »¹⁸⁷.

70. Ainsi, là où dans une tradition libérale classique, les droits fondamentaux visaient uniquement à limiter l'État, en l'empêchant d'intervenir dans l'exercice des libertés individuelles, ils venaient désormais déterminer la « conception de l'État »¹⁸⁸ et du fait de leur caractère fondamental étaient voués à irriguer et à s'imposer à tous les pouvoirs publics. Ils étaient alors élevés au rang de directives d'action de la puissance publique. La Cour de Karlsruhe établissait ainsi les « bases théoriques qui allaient permettre de dégager de nouveaux effets des droits fondamentaux »¹⁸⁹. Du caractère objectif des droits fondamentaux proclamé dans cette décision, le juge constitutionnel allemand a déduit au fil de sa jurisprudence de nouvelles fonctions des droits fondamentaux.

71. Bien que non qualifiées comme telles par la Cour constitutionnelle allemande, ces fonctions peuvent être analysées comme des obligations d'actions étatiques. Dans l'affaire *Lüth*, elle a établi « l'effet rayonnant » des droits fondamentaux (*Ausstrahlungswirkung*). Par la suite les nouveaux effets objectifs ou positifs des droits furent surtout développés au cours des années 1970¹⁹⁰ : les garanties institutionnelles (*Einrichtungsgarantien*), l'obligation d'aménagement (*Ausgestaltungspflicht*), les obligations de protection (*Schutzpflichten*), les droits à prestation originaires et dérivés (*originäre et derivative Leistungsrechte ou Teilhaberechte*), les garanties en matière d'organisation et de procédure (*Organisations-und Verfahrensgarantien*). Le professeur D. Capitant souligne que ces nouveaux effets ou fonctions des droits n'ont que rarement fait l'objet

¹⁸⁶ Du fait de nombreuses critiques dont elle fut l'objet, la Cour préféra dans ses décisions suivantes faire référence aux « principes objectifs » plutôt qu'aux « valeurs » ou à la notion d'« ordre axiologique ». (D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, op. cit., §264 ; L. SASSO, *Les obligations positives en matière de droits fondamentaux, Étude comparée de droit allemand, européen et français*, Th. Caen, 1999, dact., p. 125 ; D. RIBES, *L'État protecteur des droits fondamentaux, Recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées*, Th. Aix Marseille III, 2005, dact., §212).

¹⁸⁷ CCFA, 15 janvier 1958, *Lüth*, BVerfGE 7, 198, p. 205 ; RIDC, 1981, p. 501, H. G. Rupp ; *Pouvoirs*, 1982, n° 22, p. 140, J.-C. Beguin ; Ch. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, PUF, coll. « Droit fondamental », 1997, p. 119 et s. ; P. BON, D. MAUS, *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Dalloz, 2008, n° 24.

¹⁸⁸ K. SCHLAICH, « Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux, tribunal constitutionnel fédéral allemand », RIDC 1981, p. 335-394.

¹⁸⁹ D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, op. cit., p. 177.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 177.

d'une classification de la part de la doctrine et que la Cour les ayant développés au fil de ses arrêts, elle n'a pas véritablement établi de typologie de ces derniers¹⁹¹.

72. Une grande partie de la doctrine a cependant établi une systématisation de la jurisprudence allemande consistant à opposer l'aspect subjectif des droits, qui impliquerait une abstention de l'État, à leur aspect objectif dont découlerait des obligations positives¹⁹². Cette classification a donné lieu à une vive controverse doctrinale.

Ainsi, certains auteurs dénoncent l'ambiguïté terminologique de cette assimilation des effets positifs à l'aspect objectif des droits. Comme l'a démontré le professeur D. Capitant, la distinction opérée n'entraîne aucune des « *conséquences procédurales classiquement attachées à ces termes* »¹⁹³. Le fait de qualifier les effets positifs des droits d'effet objectif n'empêche pas un individu de s'en prévaloir devant un juge. Il existe donc bien en droit allemand des droits « subjectifs » permettant d'exiger de la puissance publique une prestation positive¹⁹⁴. Ces mêmes auteurs soulignent le caractère flou¹⁹⁵ voire rhétorique de la notion de caractère objectif des droits, dont l'utilisation viserait essentiellement « à légitimer le développement par la Cour constitutionnelle de nouveaux effets positifs à partir des dispositions de la Loi Fondamentale,

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 202-203.

¹⁹² Outre la majorité de la doctrine allemande (voir en langue française : Ch. STARCK, « La jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale concernant les droits fondamentaux », *RDP*, 1988, p. 1279 et R. ARNOLD, « Les développements des principes de base des droits fondamentaux par la Cour constitutionnelle allemande », in *Mélanges Jacques Robert, Libertés*, Montchrestion, 1998, p. 465. Ce dernier distingue la « *fonction de droits défensifs contre les interventions de l'État* » de « *l'obligation objective de protection pour le législateur, consistant à protéger activement les droits fondamentaux* ») la doctrine française l'a également systématisée en ce sens (M. FROMONT, A. RIEG, *Introduction au droit allemand*, éd. Cujas, t. 2, 1988, p. 24 et s. ; C. GREWE, « Subjectivité et objectivité dans le contentieux de la Cour de Karlsruhe », *Droits*, n° 9, 1989, p. 131 et s. ; C. GREWE, H. RUIZ-FABRI, *Droit Constitutionnel européen*, PUF, 1995, p. 169 et s. ; Ch. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, PUF, coll. « Droit fondamental », 1997, p. 117 et s. ; O. JOUANJAN, « La théorie allemande des droits fondamentaux », *AJDA* 1998, n°spécial, p. 44-51 ; L. SASSO, *Les obligations positives en matière de droits fondamentaux, Étude comparée de droit allemand, européen et français*, Th. Caen, 1999, dact., 384 p.). Pour des références en langue allemande se reporter aux articles et ouvrages précités et également à D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, *op. cit.* et à D. RIBES, *L'État protecteur des droits fondamentaux, Recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées*, *op.cit.*

¹⁹³ D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, *op. cit.*, p. 182.

¹⁹⁴ Le professeur D. Capitant a avancé que le choix du terme « subjectif » pour qualifier les effets défensifs des droits trouverait sa raison d'être dans le « *fondement philosophique du droit en cause* ». En tant que droits libéraux et du fait qu'ils « *tirent leur origine du sujet* », ils sont des droits préexistants à l'État et il revient à ce dernier de ne pas interférer dans leur libre exercice. En revanche, les droits exigeant une intervention de l'État ne peuvent s'envisager comme antérieurs à ce dernier puisqu'ils nécessitent son existence. A ce titre il ne pourraient être considérés comme « *trouvant leur source dans le seul sujet individuel* » et en ce sens ne pourraient être « *subjectifs* » (D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, *op. cit.*, p. 185). *Contra* O. JOUANJAN, « La théorie allemande des droits fondamentaux », *AJDA* 1998, n°spécial, p. 45.

¹⁹⁵ Le professeur D. Capitant note que J. Schwabe a qualifié dès 1977 « *la notion d'aspect objectif de "concept nébuleux"* » (D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, *op. cit.*, p. 195).

comprises jusqu'alors comme essentiellement négatives »¹⁹⁶. Ils relèvent également le caractère erroné d'une telle classification, dans la mesure où les effets négatifs des droits peuvent être également considérés comme issus du caractère objectif des droits fondamentaux, au même titre que les nouveaux effets positifs¹⁹⁷. Pour d'autres auteurs en revanche, le maintien des références au caractère objectif en matière d'obligations positives resterait à certains égards pertinent¹⁹⁸.

Cependant, une partie de la doctrine allemande tend à préférer désormais la distinction entre effets positifs et effets négatifs des droits et l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'obligations positives devrait renforcer ce processus¹⁹⁹. Cette dernière a en effet adopté une terminologie plus simple que la Cour allemande, s'affranchissant de la référence au caractère objectif des droits²⁰⁰.

¹⁹⁶ D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, op. cit., p. 190. Le rôle « rhétorique » de la formule a pu être en outre jugée inutile étant donné que les effets positifs résulteraient déjà « du caractère principal des normes de droit fondamental » (D. RIBES, *L'État protecteur des droits fondamentaux, Recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées*, op. cit., p. 152).

¹⁹⁷ D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, op. cit., §267. La classification établie par Th. Meindl va également dans ce sens. Ce dernier distingue le « caractère objectif principal » du « caractère objectif complémentaire » des droits fondamentaux. Le premier découle du fait que « chaque droit fondamental est constitué d'un ensemble de mots inscrits dans un texte général et abstrait, dont le respect s'impose juridiquement à l'État, pris ici dans un sens général, c'est-à-dire sans distinction des différents pouvoirs, constitutants, législatifs, administratifs... », en effet, « les droits fondamentaux étant une norme, ils ont donc un caractère objectif principal, élément inhérent à la norme ». Le second, « complète » la « dimension subjective » et se trouve déduite, tout comme cette dernière du « caractère objectif principal » et désigne les effets positifs des droits (Th. MEINDL, *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, LGDJ, 2003, p. 233 et s.).

¹⁹⁸ Th. Meindl a défendu que « le terme "objectif" n'est pas totalement inapproprié pour désigner les nouvelles fonctions des droits fondamentaux car il renvoie à une dimension "supra-subjective" et non exclusivement défensive », par exemple lorsque les effets objectifs permettent de protéger la liberté audiovisuelle « dans une dimension plus collective qu'individuelle », provoquant ainsi l'effacement de la « dimension individuelle (...) devant la dimension collective » (Th. MEINDL, *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, op. cit., p. 258). Dans le même sens voir O. JOUANJAN, « La théorie allemande des droits fondamentaux », *AJDA* 1998, n°spécial, p. 49.

¹⁹⁹ D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, op. cit., p. 195.

²⁰⁰ La reconnaissance de l'aspect objectif des droits n'est cependant pas absente de la jurisprudence de la Cour, cette dernière ne l'a cependant pas exploitée explicitement en matière d'obligations positives (*contra* L. SASSO, *Les obligations positives en matière de droits fondamentaux, Étude comparée de droit allemand, européen et français*, op. cit., p. 128.). Le rattachement des obligations positives à l'article 1 peut cependant constituer ce lien entre obligations positives et aspect objectif des droits (v. *infra* Partie 1, Chapitre 1, Section 3, §2, spéc. n°226) et la reconnaissance du caractère objectif des droits constitue le fondement théorique des obligations positives (v. *infra* Partie 1, Chapitre 2, Section 2, §1, n°318 et s.).

B. La distinction européenne obligations positives/obligations négatives

73. À l'étude de la jurisprudence, il ressort la possibilité que les organes de contrôle de la Convention aient exploité à la fois la jurisprudence et la doctrine allemande afin de construire la technique des obligations positives.

L'apparition de la technique des obligations positives date de 1965 dans le rapport de la Commission dans l'*Affaire linguistique belge*. Cette dernière a estimé que « *la première phrase de l'article 2 n'impose aux Parties contractantes aucune obligation positive* »²⁰¹. Dans ce même rapport, le président de la Commission, se départissant de l'avis de la majorité, a affirmé que cette même disposition « *impose une obligation positive et non simplement négative* »²⁰². L'expression « obligation positive » a par la suite été reprise dans l'arrêt de la Cour dans la même affaire²⁰³. Quant à la Commission elle a adopté cette terminologie en l'employant dans un premier temps dans une série de décisions d'irrecevabilité refusant la mise au jour d'obligations positives²⁰⁴. La systématisation de la technique est venue de la Cour dans son arrêt *Marckx* en 1979, selon lequel l'article 8 « *ne se contente (...) pas d'astreindre l'État à s'abstenir de pareilles ingérences: à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un "respect" effectif de la vie familiale* »²⁰⁵.

74. L'apparition de la technique des obligations positives en 1965 est donc postérieure à l'arrêt *Lüth* de 1958 qui, en fondant l'effet objectif des droits, ouvrait la voie à la reconnaissance d'effets positifs des droits civils et politiques. Les organes de contrôle de la Convention ont ainsi consacré, à la suite de la Cour constitutionnelle allemande, la possibilité que les droits civils et politiques puissent générer des obligations d'action à la charge des pouvoirs publics, dépassant ainsi le clivage traditionnel entre ces droits et les droits économiques et sociaux. En outre, comme noté

²⁰¹ ComEDH, Rapp., 24 juin 1965, **Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »** c. Belgique, B 3 et 4, §375, p. 340.

²⁰² *Ibid.*, p. 342.

²⁰³ « *On ne saurait pourtant en déduire que l'État n'ait aucune obligation positive d'assurer le respect de ce droit, tel que le protège l'article 2 du Protocole 1* » Cour EDH, Plén., 23 juillet 1968, **Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »** c. Belgique, A 6, §3.

²⁰⁴ ComEDH, Déc., 20 juillet 1973, **X. c. Irlande**, req. 6040/73, Collection 44, pp. 121-123 ; ComEDH, Déc., 30 mai 1974, **X. Autriche**, req. 5416/72, Collection 46, pp. 88-93 ; Com EDH, Plén., Déc., 10 juillet 1975, **X. c. Belgique et Pays-Bas**, req. 6482/74, D.R. 7, p. 76 ; ComEDH, Rapp., 1^{er} mars 1979, **Van Oosterwijk c. Belgique**, req. 7654/76, B 36.

²⁰⁵ Cour EDH, Plén., 13 juin 1979, **Marckx**, *préc.*, § 31.

supra, la Cour constitutionnelle allemande avait adopté le terme d'« obligation positive » dans son affaire *Imposition de époux* de 1957²⁰⁶, bien qu'elle ait préféré par la suite se référer à l'effet objectif des droits.

75. En choisissant ce terme d'obligation positive, la Commission et la Cour de Strasbourg se sont distinguées de leur homologue allemande ayant dégagé la notion d'effet objectif des droits. Plusieurs raisons peuvent être avancées pour l'expliquer. Il s'agissait pour ces pionniers de la jurisprudence européenne de créer un droit pouvant être applicable et donc adaptable et compréhensible par l'ensemble des États parties à la Convention dotés de traditions juridiques diverses. La distinction établie par la jurisprudence constitutionnelle allemande entre aspects objectif et subjectif des droits était très liée à sa tradition juridique dans laquelle la notion de droit public subjectif tient une grande place. Cette dernière n'ayant pas connu la même postérité dans les autres pays européen, il s'agissait d'opter pour une notion plus appropriée²⁰⁷.

76. Le terme « obligation positive » n'est cependant pas une création *ex nihilo*. L'opposition entre aspects positif et négatif des droits n'était pas absente de la tradition allemande. Jellinek, en 1892, dans son *Système des droits publics subjectifs*²⁰⁸ exposait les « relations possibles entre l'État et l'individu »²⁰⁹ et décrivait les différents statuts, c'est-à-dire les diverses positions de l'individu face à l'État²¹⁰. En fonction de son statut, l'individu bénéficiait de certaines « prétentions » qualifiées de droits publics subjectifs. Ces derniers étaient classés par Jellinek en trois catégories en fonction des statuts dont ils émanaient²¹¹.

²⁰⁶ CCFA, 17 janvier 1957, *Imposition des époux*, *préc.*

²⁰⁷ D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, *op. cit.*, p. 195. Sur le rejet de cette notion de droit public subjectif en France se reporter à N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés : émergence d'un concept en droit administratif français du XIX^{ème} au XX^{ème} siècle*, Dalloz, 2003, 805 p.

²⁰⁸ G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechts*, Mohr, 1892, 2^e éd., 1905.

²⁰⁹ O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, PUF, coll. « Léviathan », 2005, p. 335.

²¹⁰ Jellinek considérait la personnalité juridique des individus comme une création de l'État. Elle était un « état, un statut », dont l'existence n'était due qu'à l'autolimitation consentie par l'État (G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechts*, *op. cit.*, p. 83, cité par O. JOUANJAN, « Les fondations de la théorie des droits publics subjectifs dans la pensée de Georg Jellinek », *RUDH*, 2004, p. 14). Il distinguait en outre les droits publics subjectifs qui n'appartiennent à chaque individu que parce qu'ils appartiennent à l'État, du droit naturel qui « partait de la liberté originaire de l'individu pour en déduire la souveraineté de l'État » (G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit. Deuxième partie. Théorie juridique de l'État*, Ed. V. Giard et E. Brière, 1911, rééd., Ed. Panthéon Assas, trad. G. Fardis, 2005, p. 43).

²¹¹ Dans son ouvrage *System der subjektiven öffentlichen Rechts* (*préc.*) dans lequel il avait pour la première fois exposé sa doctrine des statuts, il y ajoutait un quatrième statut, le statut passif « dans lequel la subjectivité de la personne

Le *status negativus*²¹² permettait à l'individu de bénéficier de « la prétention de voir abolies toutes les prescriptions de l'État qui lèsent sa liberté »²¹³. Pour l'auteur, la liberté n'était « autre que l'état de l'individu, libre de toute contrainte de l'État » et il citait à cet égard « l'inviolabilité du domicile, le secret des lettres, le droit d'association et le droit de réunion »²¹⁴.

Venait ensuite le *status positivus* en vertu duquel l'individu pouvait formuler des revendications « qui tendent à des services positifs de l'État rendus dans l'intérêt des individus »²¹⁵. Il incluait dans cette catégorie d'une part le « droit à avoir une protection juridique commune », c'est-à-dire, de « pouvoir mettre le juge en mouvement dans son propre intérêt » et, d'autre part, « des prétentions à ce que l'État mette l'activité administrative au service de l'intérêt individuel », autrement dit des droits à prestation²¹⁶.

Enfin, l'auteur identifiait le *status activus* comme le « droit d'être admis à exercer l'activité politique, à servir d'organe ». Il précisait que « ces prétentions de l'individu n'ont pour objet ni une abstention, ni une prestation de la part de l'État, mais le simple fait que l'État reconnaisse qu'on peut agir pour lui »²¹⁷. Il s'agissait ici, selon les termes du professeur O. Pfersmann de la « liberté des Anciens ou liberté active (ou positive) du citoyen engagé dans la cité »²¹⁸.

77. Les deux premières catégories se retrouvent dans la jurisprudence européenne lorsqu'il est distingué entre obligations positives et obligations négatives déduites des droits conventionnels. Or il est possible de démontrer que cette classification de Jellinek était connue de membres des organes de contrôle de la Convention²¹⁹. Outre son intérêt du fait de la proximité terminologique avec l'expression européenne, il faut noter que la doctrine de Jellinek a constitué un

*est niée en tant qu'il est pur objet soumis à la puissance de domination de l'État » (O. JOUANJAN, « Les fondations de la théorie des droits publics subjectifs dans la pensée de Georg Jellinek », *op. cit.*, p. 14).*

²¹² L'utilisation de formules latines dans son ouvrage *System der subjektiven öffentlichen Rechts* de 1892 avait été très critiquée (W. PAULY, « Le droit public subjectif dans la doctrine des statuts de Georg Jellinek », in O. JOUANJAN (dir.), *Figures de l'État de droit*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, p. 293), et il ne l'avait pas réitéré pas dans son ouvrage de 1911, *L'État moderne et son droit*.

²¹³ G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit. Deuxième partie. Théorie juridique de l'État*, Ed. V. Giard et E. Brière, 1911, rééd., Ed. Panthéon Assas, trad. G. Fardis, 2005, p. 52.

²¹⁴ *Ibid.*, p. 52.

²¹⁵ *Ibid.*, p. 53.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 53.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 55.

²¹⁸ O. PFERSMANN, in L. FAVOREU et al., *Droit des libertés fondamentales*, *op.cit.*, p. 125.

²¹⁹ En 1986, M.-A. Eissen mentionnait « la distinction classique entre *status negativus* et *status positivus* » (M.A. EISSEN, « La Cour européenne des droits de l'homme », *RDP*, 1986, p. 1585).

premier pas vers le dépassement de la définition des droits civils et politiques en tant que simples droits négatifs. Malgré le manque de détails livrés par Jellinek pour déterminer quels droits relèveraient de quel *status*, ce dernier classait de manière très claire le droit au juge, pourtant considéré comme droit civil, dans la catégorie du *status positivus*, c'est-à-dire comme étant un droit générant des obligations positives pour l'État. Ainsi comme le note le professeur O. Jouanjan, « *ces droits subjectifs "positifs" ne sont pas exclusivement des droits-créances au sens habituellement retenu par la doctrine française* »²²⁰. Cette classification ouvrait ainsi la voie à une définition alternative des droits-libertés et déplaçait les lignes de la démarcation entre les deux catégories de droits, sans exclure qu'un droit liberté puisse imposer des obligations positives à l'État²²¹.

78. Dans la doctrine française, en revanche, le terme « obligation positive » servait clairement à désigner les droits économiques et sociaux par opposition aux droits civils et politiques qualifiés d'« obligations négatives »²²². Dans le cas de Duguit le choix du terme d'obligation pouvait se justifier par son refus de voir reconnaître des droits subjectifs aux individus. Il s'agissait donc d'obligations qui s'imposaient à l'État mais ne pouvaient être exigées par les individus²²³ ; bien entendu rien de tel dans les motifs du choix du terme « obligation » de la part des organes de contrôle de la Convention. Peut-être s'agissait-il, pour les concepteurs de la notion d'obligation positive, d'ancrer la jurisprudence de la Cour dans le droit international. Le terme d'obligation est en effet caractéristique du vocabulaire de ce dernier. Ce choix pourrait ainsi participer d'une volonté de créer des notions autonomes des ordres juridiques nationaux et de marquer la spécificité du droit de la Convention européenne des droits de l'homme, tout en revendiquant sa nature internationale.

²²⁰ O. JOUANJAN, « La théorie allemande des droits fondamentaux », *AJDA* 1998, n°spécial, p. 46.

²²¹ Il est par ailleurs possible que la doctrine de Jellinek ait inspiré la jurisprudence allemande dans le choix des termes retenus dans l'affaire *Imposition des époux* déjà évoquée *supra* (BVerfGE, **Imposition des époux**, *préc. v. supra*) ainsi que certains membres de la Cour Constitutionnelle allemande. Son deuxième président, J.-M. Wintrich, avait ainsi mentionné dans un article que les droits fondamentaux étaient susceptibles d'avoir un « *contenu positif* » (J.-M. Wintrich, *Die Bedeutung des Menschenwürde für die Anwendung des Rechts*, BayVBI 1957, p. 138. Cité par L. SASSO, *Les obligations positives en matière de droits fondamentaux, Étude comparée de droit allemand, européen et français*, *op. cit.*, p. 125).

²²² L. DUGUIT, *Manuel de droit Constitutionnel, théorie générale de l'État, le droit et l'État, les libertés publiques, organisation politique*, E. de Boccard, 1918, p. 296-297 ; B. MIRKINE-GUETZEVITCH, « Les nouvelles tendances du droit constitutionnel. Les Déclarations des droits d'après guerre », *RDP* 1929, p. 559 et 568. V. *supra* Introduction, §1, B, 2, a, n°20.

²²³ L. DUGUIT, *Manuel de droit Constitutionnel*, *op. cit.*, p. 213. Il en vint ainsi « à recenser non pas des droits individuels mais des obligations qui s'imposent objectivement à l'État » et en leur sein distinguait obligations positives et obligations négatives. L. GAY, *Les « droits-créances » constitutionnels*, Bruylant, coll. « Droit public comparé et européen », 2007, p. 90.

79. Aucune preuve n'existe d'une exploitation des sources doctrinales et jurisprudentielles allemandes par les juges de Strasbourg. Le précédent allemand ne pouvait cependant être ignoré par les membres de la Commission et de la Cour EDH. En élaborant une classification entre obligations positives et obligations négatives les organes de contrôle de la Convention se sont probablement inspirés de la jurisprudence et de la doctrine allemande, tout en créant une classification nouvelle apte à s'adapter aux différents ordres juridiques des États parties à la Convention.

Par ailleurs, certaines fonctions objectives mises au jour par la Cour de Karlsruhe ont un contenu matériel équivalent aux obligations positives découvertes par les organes de contrôle de la Convention. Par exemple, il est possible que ces derniers se soient inspirés de la jurisprudence allemande pour assurer une application de la Convention aux relations entre personnes privées.

§2. Une application de la Convention aux relations entre personnes privées

80. En droit international général, il est reconnu de que la responsabilité de l'État peut être engagée en raison du comportement d'une personne privée portant atteinte à un étranger sur son territoire. Le fait d'un individu ne peut lui être attribué mais l'État est responsable du fait de l'action ou de l'omission de ses propres organes. Le droit international général n'a pas été sans influence à cet égard sur la jurisprudence européenne²²⁴. Toutefois, pour transposer les solutions issues du droit international général au droit de la CEDH, il fallait admettre au préalable un bouleversement de taille de la conception des droits de l'homme.

81. Les droits de l'homme, dans leurs premières traductions en droit positif, tendaient principalement à régir les relations entre État et individus. Les premières Déclarations, qu'elles soient britanniques, américaines ou françaises, trouvaient leur raison d'être dans une volonté d'encadrer et de limiter les intrusions des pouvoirs publics dans l'exercice des droits individuels. Cette même conception a été perpétuée au cours du XIX^{ème} et du début du XX^{ème} siècle par les courants libéraux ayant fortement influencé l'évolution des droits de l'homme²²⁵. Ainsi, les droits de l'homme n'étaient pas considérés comme devant s'appliquer aux relations inter-individuelles.

²²⁴ V. *infra* Partie 1, Chapitre 1, Section 2, §1, B, 1, n°142 et s. et Partie 2, Chapitre 2, Section 2, §2, A, 1, n°515 et s.

²²⁵ V. *supra* introduction §1, B, 1, n°10 et s.

82. Toutefois, à l'origine de la pensée libérale, le rôle assigné à l'État était de protéger les individus contre leurs pairs. Pour Locke, la raison d'être du contrat social et de la création d'une « société politique » était d'éviter les « états de guerre » lors desquels « tout homme tente d'en assujettir un autre à son pouvoir absolu »²²⁶. L'« autorité » ainsi constituée devait trancher les « controverses »²²⁷ et sanctionner les hommes qui porteraient atteinte aux droits naturels ; droit à la vie, liberté, propriété²²⁸.

En outre, des traces de cette conception étaient visibles dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Selon les mots de Rivero « à la liberté de chacun, en effet, l'article 4 de la Déclaration assigne des bornes : celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Mais c'est la loi, et la loi seule, qui peut fixer ces bornes. Ainsi, la pensée libérale la plus orthodoxe souligne la nécessité d'assurer la coexistence paisible des libertés dans les rapports privés, et confère à l'État une compétence exclusive. Obligation pour chacun de respecter la liberté d'autrui, et pour l'État de tenir la main à ce respect : tel est l'esprit de 89 »²²⁹. Cependant, une chose était d'assigner à l'État un rôle de protection des droits de l'homme dans les relations entre personnes privées, une autre était de reconnaître sa responsabilité pour y avoir manqué.

83. S'est ainsi posée la question d'un possible effet horizontal des droits de l'homme et plus particulièrement de la Convention, c'est-à-dire de l'« extension de l'opposabilité des droits de l'homme aux rapports interindividuels »²³⁰ ou encore de « l'application de la Convention dans les relations purement privées »²³¹. Une telle suggestion emportait deux bouleversements majeurs de la conception des droits de l'homme et du rôle de l'État. Il fallait d'une part admettre que les droits individuels pouvaient être menacés non seulement par des organes étatiques mais également par des personnes privées. Il fallait ensuite accepter que l'État soit à la fois une menace pour les droits de

²²⁶ J. LOCKE, *Le second traité du gouvernement, Essai sur la véritable origine, l'étendue et la fin du gouvernement civil*, trad. et notes J.-F. SPITZ, PUF, 1994, §17.

²²⁷ *Ibid.*, §21.

²²⁸ *Ibid.*, §87-88.

²²⁹ J. RIVERO, « La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées », in *Mélanges R. CASSIN, t. III, La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées*, Pedone, 1971, p. 316.

²³⁰ V. SAINT-JAMES, H. PAULIAT, « L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme », in J.-P. MARGUÉNAUD (dir.), *CEDH et Droit privé, L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, La Documentation Française, 2001, p. 77.

²³¹ D. SPIELMANN, « "Obligations positives" et "effet horizontal" des dispositions de la Convention », in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la CEDH*, Bruylant, coll. « Droit et justice », 1998, p. 152.

l'homme et un promoteur de ceux-ci.

La vision strictement verticale de l'application des droits de l'homme a été dépassée tout d'abord par la doctrine et la jurisprudence allemande (A), puis par ses homologues européens (B).

A. Le caractère précurseur de la jurisprudence et de la doctrine allemande

84. Si des traces du questionnement sur l'applicabilité des droits fondamentaux aux rapports inter-individuels sont apparus dans la doctrine américaine dans les années 1940²³², cette problématique nouvelle a surtout été approfondie et développée par la doctrine allemande au cours des décennies suivantes sous le terme de *Drittwirkung* (1), qu'il est possible de traduire par « *effet à l'égard des tiers* »²³³. Cette théorie, qui a donné lieu à de vives controverses en Allemagne, a eu par la suite un très grand rayonnement international²³⁴. Elle peut également être appelée effet horizontal ou effet réflexe des droits fondamentaux. La Cour constitutionnelle allemande n'a pas repris telle quelle cette doctrine mais a garanti une application de la Loi Fondamentale allemande aux relations

²³² Sur la doctrine américaine voir : B. MARKESINIS, « Privacy, freedom of expression and the horizontal effect of the human rights bill : lessons from Germany », *The Law Quarterly Review*, 1999, p. 47 ; D. RIBES, *L'État protecteur des droits fondamentaux, Recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées*, op. cit., §264.

²³³ F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, LGDJ, 1990, p. 674 et s. ; D. SPIELMANN, *L'effet potentiel de la CEDH entre personnes privées*, op. cit., p. 28 et s. ; F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, coll. « Droit fondamental », 10^{ème} éd., 2011, §167 ; B. MARKESINIS, « Privacy, freedom of expression and the horizontal effect of the human rights bill : lessons from Germany », *The Law Quarterly Review*, 1999, p. 47-88 ; R. BRINKTRINE, « The Horizontal Effect of Human Rights in German Constitutional Law : the British Debate on Horizontality and the Possible Role Model of the German Doctrine of 'Mittelbare Drittwirkung der Grundrechte' », *European Human Rights Law Review*, 2001/4, p. 422 ; G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, LGDJ, 2004, p. 455 et s.

²³⁴ Voir les différentes contributions dans les *Mélanges René Cassin, t. III, La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées*, Paris, Pédone, 1971, 325 p. ; K. M. LEWAN, « The significance of constitutional rights for private law : theory and practice in west Germany », *ICLQ*, 17/3 (1968), p. 571-601. ; J. NISSET, « Droits de l'homme, Devoirs de l'homme », *Studia diplomatica*, 40 (2), p. 123 ; A. H. ROBERTSON (ed.), *Privacy and Human Rights*, Manchester University Press, 1973, 475 p. ; C.-H. THUAN (dir.), *Multinationales et droits de l'homme*, PUF, 1984, p. 101 et s. ; A. DRZEMCZEWSKI, « The European Human Rights Convention and Relation Between Private Parties », *Netherlands International Law Review*, 26, p. 163-181. Se reporter également aux références citées par S. VAN DROOGHENBROECK, « L'horizontalisation des droits de l'homme », in H. DUMONT, F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 356, note 3, ainsi qu'à l'ouvrage suivant et à sa bibliographie : D. OLIVER, J. FEDTKE, *Human Rights and the private sphere, a comparative study*, Routledge-Cavendish, 2007, 608 p. En France en revanche, la doctrine de la *Drittwirkung* n'a pas trouvé grand écho dans la mesure où « la doctrine française admet généralement sans difficultés que les personnes privées peuvent être débitrices des droits fondamentaux protégés par la Constitution » (L. FAVOREU et al., *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2009, p. 177).

entre personnes privées en consacrant l'effet rayonnant puis l'obligation de protection des droits fondamentaux (2).

1. La doctrine allemande de la *Drittwirkung*

85. La Loi Fondamentale allemande, comme le note le juge D. Spielmann, ne prévoit expressément un effet horizontal des droits fondamentaux que dans son article 9§3 qui dispose que « *sont nuls les accords qui restreignent* » le « *droit de former des association en vue de sauvegarder et d'améliorer les conditions de travail et les conditions économiques* » et que « *les mesures prises en ce sens sont illégales* »²³⁵. La controverse sur la possibilité que les droits du catalogue constitutionnel soient respectés, non seulement dans les relations entre l'État et les individus mais également entre personnes privées, concernait donc les articles autres que l'article 9§3 précité, autrement dit, ceux dont « *le champ d'application personnel* » n'avait « *pas été clairement défini par la Loi Fondamentale elle-même* »²³⁶.

86. Dès l'émergence de cette problématique, se sont opposées deux grandes conceptions doctrinales de la question. D'une part, Nipperdey, civiliste et disciple de Kelsen²³⁷, défendait en 1954 l'idée d'une applicabilité directe ou immédiate des droits fondamentaux entre personnes privées (*unmittelbare Drittwirkung*)²³⁸. D'autre part, la théorie de la *mittelbare Drittwirkung* développée par Dürig à partir de 1956²³⁹ concevait au contraire une application indirecte ou médiate des droits fondamentaux aux relations entre personnes privées²⁴⁰.

Dans le premier cas, l'individu était considéré comme directement débiteur de l'obligation

²³⁵ D. SPIELMANN, *L'effet potentiel de la CEDH entre personnes privées*, Bruylant, 1995, p. 27-28.

²³⁶ *Ibid.*

²³⁷ D. RIBES, *L'État protecteur des droits fondamentaux, Recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées*, op. cit., p. 179.

²³⁸ H.-C. NIPPERDEY, « Die Würde des Menschen », in F. L. NEUMANN, H.-C. NIPPERDEY et U. SCHEUNER, *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, vol. II, Dunker & Humblot, 1954, p. 1. Cette conception était également soutenue par Leisner (W. LEISNER, *Grundrechte und Privatrecht*, Beck, 1960, 414 p.).

²³⁹ G. DÜRIG, « Grundrechte und Privatrechtsprechung », in T. MAUNZ (dir.), *Festschrift für H. Nawiasky*, 1956, p. 157-190.

²⁴⁰ Comme le note le juge D. Spielmann, les termes effet horizontal direct et indirect utilisés pour caractériser les effets éventuels des droits conventionnels ne recouvrent pas le même contenu que les conceptions de Dürig et de Nipperdey (D. SPIELMANN, *L'effet potentiel de la CEDH entre personnes privées*, op. cit., p. 29-30). V. *infra* Partie 1, Chapitre 1, Section 1, §2, B, 1, n°94 et s.

de respecter les droits fondamentaux ; il s'agissait d'une obligation négative à la charge de chaque individu de ne pas aller à l'encontre des droits d'autrui. Un individu pouvait donc invoquer la violation de l'un de ses droits fondamentaux à l'encontre d'un tiers. Ce cas de figure fut par la suite dénommé effet horizontal direct des droits fondamentaux.

Dans le second cas, la relation inter-individuelle devait être arbitrée par l'État qui seul endossait une obligation au regard des droits fondamentaux. À la différence de Nipperday, Dürig, dans une perspective libérale de respect de l'autonomie privée²⁴¹, excluait tout contrôle du droit privé au regard des droits fondamentaux²⁴². Il considérait que ces derniers devaient servir uniquement à « *donner un contenu plus concret* » aux clauses générales du Code Civil allemand telles que la bonne foi ou encore l'ordre public²⁴³. Il s'agissait donc pour le juge d'interpréter ces clauses en tenant compte des droits fondamentaux. Cette théorie a en conséquence été qualifiée d'effet horizontal indirect « *parce que cet effet est médiatisé par les clauses générales et l'action interprétative du juge* »²⁴⁴.

87. La première acception n'a été adoptée que par la Cour fédérale du travail²⁴⁵ et ponctuellement par la Cour fédérale de Justice²⁴⁶. Il est souvent rapporté par la doctrine que la Cour de Karlsruhe, quant à elle, aurait penché pour la seconde²⁴⁷. Il serait cependant plus exact de considérer qu'elle a adopté une démarche propre qui ne peut se rapporter ni à l'une ni à l'autre, elle a en effet consacré un effet rayonnant et une obligation de protection des droits fondamentaux afin

²⁴¹ Il a été noté la différence de « *but politique* » visé par les deux théories. D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, op. cit., § 382.

²⁴² Sauf dans le cas où le texte constitutionnel le prévoyait (article 9§3 LF préc.). D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, op. cit., §376 et 377.

²⁴³ Ch. STARCK, « La jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale concernant les droits fondamentaux », *RDP*, 1988, p. 1283 ; D. SPIELMANN, *L'effet potentiel de la CEDH entre personnes privées*, op. cit., p. 28.

²⁴⁴ D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, op. cit., § 378.

²⁴⁵ BAGE 1, 185, 3 décembre 1954, p. 193. BAGE 4, 274, 10 décembre 1957, **Élève infirmière (Lernpflegerin)** ; *RDP*, 1972, p. 1454, chron. M. Fromont ; Ch. STARCK, « La jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale concernant les droits fondamentaux », op. cit., p. 1283 ; Ch. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, op. cit., p. 123. Le fait que Nipperday a été le président de cette Cour de 1954 à 1963 n'y fut pas étranger. Voir également D. RIBES, *L'État protecteur des droits fondamentaux, Recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées*, op. cit., §289.

²⁴⁶ M. FROMONT, A. RIEG, *Introduction au droit allemand*, éd. Cujas, t. 2, 1988, p. 27 ; D. SPIELMANN, *L'effet potentiel de la CEDH entre personnes privées*, op. cit., p. 29 ; D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, op. cit., § 373 ; D. RIBES, *L'État protecteur des droits fondamentaux, Recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées*, op. cit., §290.

²⁴⁷ Ch. STARCK, « La jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale concernant les droits fondamentaux », op. cit., p. 1283 ; *RDP*, 1972, p. 1454, chron. M. Fromont ; D. SPIELMANN, *L'effet potentiel de la CEDH entre personnes privées*, op. cit., p. 29.

d'assurer l'application des droits fondamentaux aux relations entre personnes privées.

2. L'effet rayonnant et l'obligation de protection des droits fondamentaux développés par la jurisprudence constitutionnelle allemande

88. Dans son arrêt *Lüth*²⁴⁸, la Cour constitutionnelle allemande a repris les termes de Dürig selon lesquels « *les clauses générales constituent les portes d'entrée des droits fondamentaux dans le droit privé* »²⁴⁹, et qui caractérisent sa théorie de l'effet horizontal direct²⁵⁰. Certains auteurs ont cependant défendu qu'elle aurait adopté une approche alternative²⁵¹. Elle irait plus loin que la théorie de Dürig en affirmant que les droits fondamentaux, en tant que norme objective ou « *système de valeurs* », ont vocation à influencer « *évidemment sur le droit civil ; aucune norme de droit civil ne doit se trouver en contradiction avec lui, chacune doit être interprétée dans son esprit* ». Cet effet fut par la suite qualifié par la Cour d'« *effet rayonnant* »²⁵². Or une telle conséquence était absolument rejetée par les partisans de l'effet horizontal indirect qui refusaient toute application des droits fondamentaux au droit privé, en dehors de l'activité d'interprétation du juge des « *clauses générales* ». La conception de la Cour constitutionnelle a pu en ce sens être qualifiée de « *plus proche dans ses conséquences pratiques de celle de Nipperday que de celle de Dürig* »²⁵³, ou encore être décrite comme emportant « *renforcement* » et « *dépassement* »²⁵⁴ de l'effet horizontal indirect.

89. En vertu de l'effet rayonnant des droits fondamentaux, ces derniers ont vocation à

²⁴⁸ CCFA, 15 janvier 1958, **Lüth**, *préc.*

²⁴⁹ D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, *op. cit.*, § 378.

²⁵⁰ Elle a ensuite explicitement rejeté l'effet horizontal direct (CCFA, 23 avril 1986, BVerfGE 73, 261, cité par D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, *op. cit.*, § 413).

²⁵¹ F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, LGDJ, 1990, p. 676 et s. ; R. BRINKTRINE, « The Horizontal Effect of Human Rights in German Constitutional Law : the British Debate on Horizontality and the Possible Rôle Model of the German Doctrine of 'Mittelbare Drittwirkung der Grundrechte' », *op. cit.*, p. 425-426.

²⁵² « *Ausstrahlungswirkung der Grundrechte* », (CCFA, 14 février 1973, **Princesse Soraya**, BVerfGE, 34, 269, p. 280 ; RDP, 1975, p. 139, chron. M. Fromont ; RIDC, 1981, p. 457, H. G. Rupp).

²⁵³ D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, *op. cit.*, § 385.

²⁵⁴ D. RIBES, *L'État protecteur des droits fondamentaux, Recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées*, *op. cit.*, §378.

s'appliquer dans « *tous les domaines du droit* »²⁵⁵. Y sont soumis le législateur, l'administration et le juge. Toutes les normes juridiques doivent être interprétées à leur lumière. Cette jurisprudence a ainsi permis une première incursion des droits fondamentaux dans les relations entre personnes privées dans la mesure où tout contrat, et, plus largement, toute norme de droit privé, devait désormais être en conformité avec ceux-ci²⁵⁶. Cependant, à ce stade, aucune obligation n'existait à la charge du législateur ou du juge de « *réaliser dans les faits une liberté constitutionnellement protégée* »²⁵⁷. En effet, la conformité de la norme de droit privée à la Constitution ne prenait pas en compte « *la situation de fait résultant de l'application de la loi* »²⁵⁸.

90. Ce pas a été franchi avec la consécration par la Cour constitutionnelle allemande d'une obligation de protection des droits fondamentaux à la charge des autorités étatiques (*Schutzpflicht*). En 1975, dans sa décision *Interruption volontaire de grossesse 1*, qui fait figure d'arrêt de principe à cet égard²⁵⁹, elle a estimé que « *l'obligation pour l'État de protéger chaque vie humaine découle directement de l'article 2§2 LF* » qui dispose que « *chacun a droit à la vie et à l'intégrité corporelle* » et « *au delà, elle résulte des dispositions claires de l'article 1^{er} §1 LF* » selon lequel « *tous les pouvoirs publics ont l'obligation* » de « *respecter* » et de « *protéger* », « *la dignité de l'être humain* ». Elle y a également précisé que cette protection devait s'exercer « *contre les ingérences illicites provenant d'autres individus* »²⁶⁰. La Cour est ainsi parvenue à la conclusion controversée²⁶¹ que la dépénalisation de l'avortement effectué pendant les douze premières semaines de grossesse allait à l'encontre de l'obligation de protection à la charge du législateur.

²⁵⁵ CCFA, 15 janvier 1958, **Lüth**, *préc.*

²⁵⁶ La notion d'effet rayonnant fut reprise dans de nombreuses décisions de la Cour constitutionnelle allemande mais est restée « *utilisée exclusivement dans le cadre de l'interprétation du droit privé* » (D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, *op. cit.*, § 405).

²⁵⁷ *Ibid.*, § 406.

²⁵⁸ Pour le professeur D. Capitant, il s'agit « *non pas d'un nouvel effet des droits fondamentaux mais de l'application classique des droits fondamentaux dans leur aspect défensif au législateur, par le biais du mécanisme de l'interprétation conforme des normes qu'il a édictées* » (*Ibid.*, § 414).

²⁵⁹ Il est cependant possible d'en déceler des prémices dans des décisions antérieures (D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, *op. cit.*, §435 ; D. RIBES, *L'État protecteur des droits fondamentaux*, *Recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées*, *op. cit.*, § 419).

²⁶⁰ CCFA, 25 février 1975, **Interruption volontaire de grossesse I**, BverfGE 39, 1, p. 41 et s. ; *Documents d'étude*, n° 1. 15-1. 16 p. 41, Ch. Eisenmann, traduction ; RDP, 1977, p. 344, chron. M. Fromont ; RIDC, 1981, p. 461, H. G. Rupp ; *Pouvoirs*, 1982, n° 22, p. 142, J.-C. Beguin ; AIJC, II-1986, p. 83, M. Fromont ; p. 89, G. Ress. Traduction D. RIBES, *L'État protecteur des droits fondamentaux*, *Recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées*, *op. cit.*, § 420.

²⁶¹ Pour des critiques de cette solution se reporter aux opinions dissidentes jointes à l'arrêt.

91. Cette obligation s'est essentiellement déployée par la suite dans le domaine de la protection de la vie et du droit à l'intégrité physique garanti par l'article 2§2 LF²⁶². Cependant, la jurisprudence constitutionnelle compte plusieurs exemples d'application de l'obligation de protection à d'autres dispositions²⁶³. Cette obligation de protection est indifférente aux moyens mis en œuvre, qui peuvent être de toute nature, et s'impose aussi bien au législateur qu'à l'administration ou au juge. Par ailleurs, elle a été étendue à des hypothèses dans lesquelles la menace ne proviendrait pas nécessairement de tiers²⁶⁴. La Cour applique donc les droits fondamentaux aux rapports entre personnes privées par le biais de cette obligation de protection à la charge des autorités publiques. Cette application « horizontale » ne se conçoit donc que par l'intermédiaire de l'État qui est tenu de prendre les mesures nécessaires pour protéger le droit en cause²⁶⁵.

92. La Cour constitutionnelle n'a donc pas fait une application stricte des théories de la *Drittwirkung* mais a développé ses propres techniques de l'effet rayonnant et de l'obligation de protection afin d'assurer une application des droits fondamentaux aux relations entre personnes privées.

Devant la Cour européenne des droits de l'homme, en vertu des articles 34 et 35 de la Convention²⁶⁶, l'État peut être mis en cause mais en aucun cas une personne privée. Une application directe des droits aux relations individuelles au sens de la doctrine de l'*unmittelbare Drittwirkung* de Nipperday ne peut être opérée devant les organes de contrôle de la Convention. En effet, cette

²⁶² Obligation de réglementer le trafic aérien pour limiter le bruit (CCFA, 14 janvier 1981, **Bruits d'avion**, BVerfGE 56, 54), obligation de mettre en place une procédure préalable à l'ouverture d'une centrale nucléaire (CCFA, 8 août 1978, **Centrale nucléaire de Kalkar**, BVerfGE 49, 89 ; RDP, 1979, p. 1650, chron. M. Fromont).

²⁶³ Sur l'obligation de protection de la liberté de profession (article 12 LF) CCFA, 7 février 1990, **Représentant de commerce**, BVerfGE 81, 242 ; AIJC, VI-1990, p. 458, M. Fromont. Elle s'appliquerait également en matière de liberté de la science et de liberté de réunion (R. ARNOLD, « Les développements des principes de base des droits fondamentaux par la Cour constitutionnelle allemande », in *Mélanges Jacques Robert, Libertés*, Montchrestion, 1998, p. 473 et s.).

²⁶⁴ D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, op. cit., § 437 et 438.

²⁶⁵ Cette conception, influencée par les écrits du professeur J. Schwabe (D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, op. cit., p. 254 et s. ; D. RIBES, *L'État protecteur des droits fondamentaux, Recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées*, op. cit., p. 247 et s.), a provoqué de nombreux débats quant aux relations entre effet horizontal et obligation de protection. Pour le professeur D. Ribes, les deux notions sont distinctes (D. RIBES, *L'État protecteur des droits fondamentaux, Recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées*, op. cit., §388), pour le professeur D. Capitant, l'imputabilité des actes individuels à l'État ne permet plus de parler d'« effet horizontal ». La doctrine allemande préfère ainsi l'utilisation du terme « *Drittwirkung* » (D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, op. cit., § 366).

²⁶⁶ Il s'agissait des articles 24 et 25 avant l'entrée en vigueur du Protocole 11.

doctrine considère qu'un manquement aux droits de l'homme peut être directement reproché à un individu. Toutefois, une telle hypothèse est envisageable devant les tribunaux internes²⁶⁷.

Ainsi, devant la Cour de Strasbourg, seule une relation « *triangulaire* » impliquant l'État dans la relation privée en tant que « *médiateur* »²⁶⁸ peut être concevable. Or une telle relation triangulaire caractérise également l'obligation de protection dégagée par la Cour constitutionnelle allemande. L'étude de la jurisprudence européenne montre en outre que l'utilisation de la technique des obligations positives, en premier lieu par la Commission, afin d'appliquer la Convention aux relations privées, s'est développée parallèlement à l'obligation de protection allemande et comporte de nombreux points communs avec cette dernière²⁶⁹.

B. La reconnaissance de l'effet horizontal indirect de la Convention par le biais de la technique des obligations positives

93. Les théories de la *Drittwirkung*, comme il a été noté *supra*, n'ont pas été reprises telles quelles par les jurisprudences allemande et européenne²⁷⁰. Elles ont néanmoins beaucoup inspiré les partisans d'un effet horizontal des droits conventionnels, et à leur tête M.-A. Eissen, qui les ont largement invoquées pour défendre une telle application des droits (1). Les organes de contrôle de la Convention ont consacré l'effet horizontal indirect de la Convention en partie grâce à la technique des obligations positives, technique qui n'est pas sans rappeler l'obligation de protection allemande (2).

²⁶⁷ Un manquement à la Convention peut être reproché à un individu par les tribunaux internes au titre de l'effet direct de la Convention.

²⁶⁸ Ces termes sont de D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, *op. cit.*, § 388.

²⁶⁹ V. SCHLETTE, « Les interactions entre les jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour constitutionnelle allemande », *RFDC* 1996, p. 765 ; R. BRINKTRINE, « The Horizontal Effect of Human Rights in German Constitutional Law : the British Debate on Horizontality and the Possible Role Model of the German Doctrine of 'Mittelbare Drittwirkung der Grundrechte' », *op. cit.*, p. 422 ; L. GARLICKI, « Relations between Private Actors and the European Convention on Human Rights », in A. SAJO, R. UITZ (éd.), *The Constitution in private relations : expanding constitutionalism*, Eleven international Publishing, 2005, p. 143.

²⁷⁰ La théorie de la *Drittwirkung* a cependant fait l'objet d'une discussion entre le juge Walsh et le représentant du gouvernement néerlandais lors de l'audience devant la Cour dans l'affaire *X. et Y. c. Pays-Bas* (cité par A. CLAPHAM, *Human Rights in the Private sphere*, Oxford, Clarendon Press, 1993, p. 179 et s.). À noter en outre que le gouvernement néerlandais devant la commission dans la même affaire fit référence à la théorie de la *Drittwirkung* ainsi qu'à l'obligation de protection (*zorgplicht*) ; ComEDH, Rapp., 5 juillet 1983, **X. et Y. c. Pays-Bas**, req. 8978/80, B 74, § 56 et 53.

1. L'invocation des théories de la *Drittwirkung* par la doctrine afin de revendiquer un effet horizontal de la Convention EDH

94. La doctrine de la *Drittwirkung* allemande a été invoquée afin de militer pour une application horizontale de la Convention²⁷¹. Ainsi, dès 1971, dans sa contribution dans les mélanges Cassin, M.-A. Eissen se demandait si la Convention EDH produisait « *ce que les juristes de langue allemande appellent Drittwirkung* »²⁷².

Cependant, il faut avoir à l'esprit que les termes de *Drittwirkung* ou effet horizontal, direct et indirect, utilisés dans le cadre du droit européen des droits de l'homme ne correspondent pas tout à fait aux doctrines de l'*unmittelbare Drittwirkung* de Nipperday et de la *mittelbare Drittwirkung* de Dürig²⁷³. Comme indiqué *supra*, du fait de l'obstacle procédural constitué par les articles 34 et 35 de la Convention, les individus ne peuvent être poursuivis devant la Cour. Seul le modèle de l'*indirekte* ou *mittelbare Drittwirkung* pourrait donc s'appliquer à la Convention. Or, comme le juge D. Spielmann l'a noté, alors que dans la doctrine allemande « *l'application indirecte concerne le remplissage des notions tirées du droit civil, comme par exemple, les notions de bonne foi ou d'ordre public (...) dans le contexte de la Convention, la notion de indirekte Drittwirkung se réfère plutôt à la théorie des obligations positives dont les pouvoirs publics sont débiteurs* »²⁷⁴. C'est la raison pour laquelle certains auteurs ont défendu le caractère inapproprié de l'utilisation du terme de *Drittwirkung* concernant le droit de la CEDH²⁷⁵.

95. Devant les juridictions nationales en revanche, un effet horizontal, que l'on pourra

²⁷¹ Pour une bibliographie des auteurs favorables ou opposés à l'effet horizontal de la Convention, se reporter à M.-A. EISSEN, « La Convention européenne des droits de l'homme et les obligations de l'individu : une mise à jour », in *Mélanges René Cassin, t. III, La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées*, Paris, Pédone, 1971, p. 154, note 8 ; D. SPIELMANN, « « Obligations positives » et « effet horizontal » des dispositions de la Convention », in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, coll. « Droit et justice », 1998, p. 154, note 69 ; E. A. ALKEMA, « The Third-Party Applicability of « Drittwirkung » of the European Convention on Human Rights », in *Mélanges en l'honneur de G. J. WIARDA, Protection des droits de l'homme : la dimension européenne*, Carl Heymans Verlag KG, 1988, p. 36.

²⁷² M.-A. EISSEN, « La Convention européenne(...) », *op.cit.*, 1971, p. 151.

²⁷³ V. *supra* Partie 1, Chapitre 1, Section 1, §2, A, 1, n°85 et s.

²⁷⁴ D. SPIELMANN, « « Obligations positives » et « effet horizontal » des dispositions de la Convention », in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, coll. « Droit et justice », 1998, p. 154.

²⁷⁵ V. SAINT-JAMES, H. PAULIAT, « L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme », in J.-P. MARGUÉNAUD (dir.), *CEDH et droit privé, L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, La Documentation Française, 2001, p. 83.

alors qualifier de direct²⁷⁶, de la Convention peut être envisageable. M.-A. Eissen l'a bien souligné : « simple contrepartie des droits et libertés garantis, les obligations pesant sur l'individu ne sont assorties d'aucune sanction "européenne" directe ; elles peuvent en revanche, entraîner des conséquences là où la Convention a rang de loi nationale »²⁷⁷. Cette question se confond alors avec celle de l'effet direct de la Convention : un individu pourra alors se prévaloir de la Convention devant le juge interne aussi bien contre l'État (effet direct vertical) que contre un autre individu (effet direct horizontal)²⁷⁸.

96. La théorie de la *Drittwirkung* recouvre donc des définitions distinctes selon qu'elle est employée concernant les effets de la Constitution allemande ou de la Convention EDH. Cette doctrine allemande a cependant été très importante quant au développement de l'effet horizontal de la Convention, en diffusant l'idée de la possibilité d'une application des droits fondamentaux aux relations privées²⁷⁹. Elle a constitué à cet égard une base de réflexion et un argument fort pour les tenants d'un tel effet de la Convention.

Cependant, ce n'est pas sur son fondement que les organes de Strasbourg ont développé ce qui sera nommé par la doctrine l'« effet horizontal indirect » de la Convention. À la différence de la Cour interaméricaine²⁸⁰ ils n'ont d'ailleurs jamais mentionné la doctrine de la *Drittwirkung* au sein de leurs rapports, décisions ou arrêts²⁸¹. La proximité de leur démarche est en revanche patente avec celle adoptée par la Cour de Karlsruhe pour assurer une application de la Loi Fondamentale entre personnes privées.

²⁷⁶ D. SPIELMANN, *L'effet potentiel de la CEDH entre personnes privées*, Bruylant, 1995, p. 19.

²⁷⁷ M.-A. EISSEN, « La Convention européenne des droits de l'homme et les obligations de l'individu : une mise à jour », in *Mélanges René Cassin, t. III, La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées*, Paris, Pédone, 1971, p. 152.

²⁷⁸ V. COUSSIRAT-COUSTERE, « Convention européenne et droit interne : primauté et effet direct », in L.-E. PETTITI et al., *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant Nemesis, coll. « Droit et Justice », 1992, p. 14.

²⁷⁹ J.-P. COSTA, « Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : de l'influence de différentes traditions nationales », *RTDH*, 2004, p. 108.

²⁸⁰ « De l'obligation positive à la charge de l'État de garantir l'effectivité de la protection des droits de l'homme protégés, se déduisent des effets à l'égard des tiers (*erga omnes*). Ces obligations ont été développées par la doctrine juridique et particulièrement par la théorie de la *Drittwirkung* selon laquelle les droits fondamentaux doivent être respectés tant par les pouvoirs publics que par les particuliers dans leurs relations avec d'autres particuliers » Cour IADH, Avis n° 18, 17 septembre 2003, **Statut juridique et droits des travailleurs migrants illégaux**, A 18, §140 ; *RTDH* 2004, 747, note L. Hennebel ; *RTDH* 2005, p. 464, chron. C. Laly-Chevalier, F. Da Poïan et H. Tigroudja ; *EDL*, n° 12, chron. A. Úbeda de Torres (notre traduction).

²⁸¹ Certains juges européens ont cependant mentionné la théorie de la *Drittwirkung* dans leurs opinions jointes aux arrêts (v. *supra* Partie 1, Chapitre 1, Section 1, note n°65).

2. La consécration de l'effet horizontal indirect de la Convention

97. La Convention ne contient aucune prescription précise quant à sa possible application aux relations entre personnes privées. Cependant aucune de ses dispositions ne l'empêche et de nombreux auteurs ont relevé que certains articles pourraient tout à fait plaider en ce sens²⁸². À cet égard ont souvent été cités l'article 1, et en particulier sa version anglaise « *shall secure* »²⁸³, l'article 13 qui garantit le droit à un recours juridictionnel effectif²⁸⁴, l'article 17 concernant l'abus de droit²⁸⁵, ainsi que les paragraphes 2 des articles 8 à 11 admettant la possibilité de limiter ces droits au nom de « *la protection des droits et libertés d'autrui* ».

98. La Commission EDH a dégagé en première un tel effet horizontal de la Convention. La Cour EDH ne l'a accepté que plus tardivement. Après des prémices en ce sens dès une décision non publiée de 1963²⁸⁶, la Commission l'a affirmé en 1974 dans un rapport concluant à

²⁸² M.-A. EISSEN, « La Convention et les devoirs de l'individu », in *La protection internationale des droits de l'homme dans le cadre européen*, Dalloz, 1961, p. 173 et s. A. ALKEMA, « The Third-Party Applicability of "Drittwirkung" of the European Convention on Human Rights », in *Mélanges en l'honneur de G. J. WIARDA, Protection des droits de l'homme : la dimension européenne*, Carl Heymans Verlag KG, 1988, p. 36 ; D. SPIELMANN, *L'effet potentiel de la CEDH entre personnes privées*, op. cit., p. 34-36.

²⁸³ Le professeur G. Sperduti, membre de la Commission européenne des droits de l'homme, notait en 1976 que les États parties à la Convention ont « *non seulement le devoir de s'abstenir de toute action entraînant une violation* » des droits de la Convention mais qu'« *ils sont également obligés – et c'est un devoir résultant notamment, dans le texte anglais de l'article 1 de la Convention, de l'emploi des mots "shall secure" - d'assurer la jouissance de ces droits et libertés dans leurs ordres juridiques internes de telle manière que ceux-ci interdisent toute action, qu'elle provienne des organes et agents de l'État ou d'individus ou organisations d'individus, qui porteraient atteinte à ces mêmes droits et libertés* » (ComEDH, Rapp., 25 janvier 1976, **Irlande c. Royaume-Uni**, req. 5310/71, B 23-1. p. 498-504).

²⁸⁴ Il prévoit que « *Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles* ».

²⁸⁵ « *Aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention* ».

²⁸⁶ « *la question pourrait se poser de savoir si le droit de réponse ou de rectification s'analyse, au moins en Belgique, en un "droit de caractère civil", au sens de l'article 6 § 1 de la Convention et (ou) s'il constitue un corollaire de la liberté d'expression, telle que la consacre l'article 10 (...) ; que, dans l'affirmative, il faudrait se demander si les autorités des États contractants n'ont pas l'obligation de veiller au respect de ce droit dans les rapports entre particuliers* » (souligné par nous) ComEDH, Déc., 18 décembre 1963, req. n° 1906/63 (non publiée), cité par M.-A. EISSEN, « La Convention européenne des droits de l'homme et les obligations de l'individu : une mise à jour », in *Mélanges René Cassin, t. III, La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées*, Paris, Pédone, 1971, p. 158.

l'absence de violation de l'article 11²⁸⁷. Elle a adopté ensuite une formulation plus franche et a conclu pour la première fois à la responsabilité de l'État du fait d'actes commis par des individus en 1979 dans son rapport dans l'affaire *Young, James et Webster*. Elle y a affirmé qu'« *il est bien établi désormais que la Convention contient des articles qui non seulement protègent l'individu contre l'État, mais obligent l'État à protéger des droits de l'homme même contre les agissements d'autrui* »²⁸⁸. Alors que la décision de 1963 mentionnait une possible « *obligation de veiller au respect de ce droit dans les rapports entre particuliers* », les rapports suivants contenaient le terme d'« *obligation de protéger* ». Ainsi, comme l'a écrit B. Moutel, « *la Commission envisage l'effet horizontal de la Convention sous l'angle d'une obligation de l'État de veiller au respect des droits de l'homme dans les relations privées* »²⁸⁹. Confirmation de ce constat, dans son rapport de 1979, la Commission mentionnait entre parenthèses, et juste après l'affirmation précitée, le paragraphe 31 de l'arrêt *Marckx*²⁹⁰ qui concerne justement les obligations positives.

99. Il existe donc un lien fort entre obligations positives et effet horizontal. En effet, à partir du moment où les organes de contrôle de la Convention dans les affaires *linguistique belge*, *Marckx et Airey*, affirmaient que l'État ne pouvait se contenter de s'abstenir pour que soient garantis de manière effective les droits individuels, il était difficilement justifiable de ne pas étendre ces obligations d'action à la sphère des relations individuelles. Un tel refus aurait signifié que des violations des droits de l'homme commises par des individus seraient tolérables alors que celles commises par des organes étatiques devraient être sanctionnées. Or comme l'a très justement souligné Rivero, « *dès que l'on passe de la formulation abstraite à l'analyse concrète, on s'aperçoit qu'il est impossible de dissocier les relations États-particuliers et les relations privées. Poser le*

²⁸⁷ « *Il est vrai que la Convention garantit essentiellement les libertés traditionnelles vis-à-vis de l'État en tant que détenteur de la puissance publique. Cela ne signifie pas pour autant que l'État ne soit pas obligé de protéger les individus par des mesures appropriées contre certaines formes d'ingérence émanant d'autres individus, groupes ou organisations. S'ils ne peuvent eux-mêmes être tenus pour responsables de tels actes qui constituent une violation de la Convention, l'État peut, dans certaines circonstances, en être responsable.* » ComEDH, Rapp., 27 mars 1974, **Syndicat national de la police belge** c. Belgique, req. 4464/70, B 14, p. 48, § 59 ; ComEDH, Rapp., 27 mars 1974, **Syndicat suédois des conducteurs de locomotives** c. Suède, B 18, p. 42, § 62.

²⁸⁸ ComEDH, Rapp., 14 décembre 1979, **Young, James et Webster** c. Royaume-Uni, B 39, §168.

²⁸⁹ B. MOUTEL, *L'« effet horizontal » de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français. Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, Th. Limoges, 2006, dact., p. 41. Pour de plus amples références à la jurisprudence de la Commission se reporter à cet ouvrage (p. 41 et s.) ainsi qu'à M. FORDE, « Non governmental interferences with human rights » *BYIL*, 56 (1985), 271 et s. ; C. DEFFIGUIER, A. SAUVIAT « La consécration de l'effet horizontal par la Cour européenne des droits de l'homme », in J.-P. MARGUÉNAUD (dir.), *CEDH et droit privé, L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, La Documentation Française, 2001, p. 96.

²⁹⁰ Cour EDH, Plén., 13 juin 1979, **Marckx**, préc., §145.

*principe d'une liberté, c'est nécessairement envisager sa réalisation dans ces deux domaines. A défaut on aboutirait à une distorsion entre deux éthiques différentes, qui se révélerait inacceptable car il n'y a pas de place dans une société, pour deux conceptions opposées de l'homme, valables l'une dans les rapports publics, l'autre dans les relations privées »*²⁹¹. Il a ainsi été souligné que la consécration de l'effet horizontal indirect de la Convention s'inscrivait dans le contexte plus large de la reconnaissance d'obligations positives à la charge de l'État²⁹², voire en constituait une « conséquence »²⁹³.

100. Dès 1974, la Commission a donc imposé dans certains cas une obligation positive de protection des droits dans les rapports interindividuels. L'approche adoptée par la Commission est tout à fait similaire à celle systématisée par la Cour constitutionnelle allemande dans la décision *Interruption volontaire de grossesse I* en 1975²⁹⁴. Il semble donc que les deux jurisprudences se soient construites de manière parallèle, sans que l'on puisse déterminer si l'une a influencé l'autre.

101. Quant à la Cour, après avoir éludé la question dans certaines affaires²⁹⁵, elle n'a procédé à une première application horizontale de la Convention qu'en 1981, et ce, sans avoir recours à la technique des obligations positives. En effet, elle a considéré que la responsabilité de l'État du fait d'un acte commis par un individu pouvait être engagée devant elle selon deux modalités distinctes. Selon les termes du juge D. Spielmann, l'acte de l'individu peut être imputé à

²⁹¹ J. RIVERO, « La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées », in *Mélanges René Cassin, t. III, La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées*, Paris, Pédone, 1971, p. 315.

²⁹² Le juge D. Evrigenis écrivait dans un article paru à la *Human Rights Law Review* en 1982, que la jurisprudence européenne récente se caractérisait par la découverte d'obligations positives à la charge des États. Il soulignait que l'une des conséquences notables de cette jurisprudence était l'évolution des obligations étatiques vers une protection contre des violations commises par des entités autres que les pouvoirs publics. Il estimait ainsi que devait exister à la charge de l'État moderne une « responsabilité écologique » consistant à assurer, par des mesures positives, le meilleur environnement possible pour que les individus exercent leurs droits de manière effective et notait que, dans son récent arrêt *Young, James et Webster*, dont il faisait partie de la formation de jugement, la Cour suggérait qu'une telle obligation existait (D. EVRIGENIS, « Recent case-law of the European Court of human rights on article 8 and 10 of the European Convention on human rights », *HRLJ*, 1982, p. 137).

²⁹³ CDE, 1982, chron. G. Cohen-Jonathan, p. 227 ; F. TULKENS, « Le droit à la vie et le champ des obligations des Etats dans la jurisprudence récente de la Cour EDH », in *Mélanges en l'honneur du Doyen Gérard Cohen Jonathan*, Bruylant, 2004, p. 1615.

²⁹⁴ CCFA, 25 février 1975, **interruption volontaire de grossesse I**, BverfGE 39, 1, *préc.*, (v. *supra* Partie 1, Chapitre 1, Section 1, §2, A, 2, n°90 et s.).

²⁹⁵ La Cour estima ainsi ne pas « avoir à se prononcer sur l'applicabilité directe ou indirecte de l'article 11 (art. 11) entre simples particuliers stricto sensu » Cour EDH, 6 février 1976, **Schmidt et Dahlström c. Suède**, A 21, §33 ; CDE, 1978, 348, obs. G. Cohen-Jonathan ; AFDI 1976, 122, chron. R. Pelloux.

l'État « *du fait de son action* » ou « *du chef de son abstention* »²⁹⁶. La démarche de la Cour est ainsi conforme aux règles du droit international de la responsabilité telles que codifiées dans le projet de la Commission du droit international, en vertu desquelles seuls les actes des organes de l'État, qu'ils consistent en des actions ou en des omissions, peuvent être imputables à ce dernier²⁹⁷.

102. Le premier cas, qui n'implique pas la mise en œuvre de la technique des obligations positives, correspond donc au premier arrêt de la Cour en matière d'effet horizontal. Dans l'affaire *Young James et Webster* de 1981, dans laquelle était en cause le droit d'association négatif, les requérants avaient été renvoyés par la *British Rail* pour avoir refusé d'adhérer à un syndicat. Un accord avait en effet été conclu entre leur employeur et plusieurs syndicats cheminots, accord prévoyant que les employés avaient une obligation d'affiliation à ces derniers (accords de « *closed shop* »). La Cour a estimé qu'en vertu de l'article 1 CEDH, l'État était responsable de toute violation de l'un des droits conventionnels qui dériverait « *d'un manquement du législateur national* ». Elle a poursuivi en soulignant : « *or si la cause immédiate des événements d'où a surgi l'affaire réside dans l'accord de 1975 entre British Rail et les syndicats de cheminots, c'est le droit interne en vigueur à l'époque qui a rendu licite le traitement dont se plaignent les intéressés. La responsabilité de l'État défendeur pour toute infraction à la Convention qui en aurait découlé se trouve donc engagée sur cette base; il n'y a pas lieu de déterminer si elle l'est aussi, comme le soutiennent les requérants, en raison de la qualité d'employeur qu'aurait l'État ou du contrôle exercé par lui sur British Rail* »²⁹⁸. La Cour a donc examiné cette affaire pour manquement à une obligations négative. Elle a conclu à la violation des droits syndicaux des requérants du fait que l'État avait permis, par sa législation, que leur employeur les licencie. Cependant, la Cour n'a pas dans cette affaire affirmé clairement l'applicabilité horizontale de la Convention²⁹⁹.

103. Il a fallu attendre l'arrêt *X. et Y. c. Pays-Bas* de 1985 pour voir la première consécration de principe par la Cour de l'applicabilité de la Convention aux relations

²⁹⁶ D. SPIELMANN, « « Obligations positives » et « effet horizontal » des dispositions de la Convention », in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, coll. « Droit et justice », 1998, p. 153 et s. F. SUDRE, *GACEDH*, p. 32 et s.

²⁹⁷ Projet d'articles sur la responsabilité des États pour fait internationalement illicite, avec commentaires, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II (2), p. 35 ; L. CONDORELLI, « L'imputation à l'État d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *RCADI*, 1984, t. 189, p. 149-156.

²⁹⁸ Cour EDH, Plén., 13 août 1981, **Young, James et Webster** c. Royaume-Uni, A 44, §49 ; *CDE*, 1982, 226, chron. G. Cohen Jonathan ; *JDI*, 1982, 220, obs. P. Rolland.

²⁹⁹ *CDE*, 1982, p. 227, note G. Cohen-Jonathan ; B. MOUTEL, *L'« effet horizontal » de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français. Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, Th. Limoges, 2006, dact., p. 46 et s.

interindividuelles. Cet arrêt correspond par ailleurs au deuxième cas exposé ci-dessus. Dans cette affaire, la responsabilité de l'État a été engagée pour manquement à ses obligations positives. Il lui était en effet reproché de ne pas être intervenu pour réparer l'atteinte au droit de la requérante, atteinte commise par le fait d'une personnes privée. Le juge européen a ainsi affirmé que les « *obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée ou familiale (...) peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux* »³⁰⁰.

104. La dichotomie exposée entre les deux modalités utilisées par la Cour pour conférer un effet horizontal à la Convention est cependant parfois difficile à opérer dans les faits et semble bien souvent davantage provenir d'un choix subjectif du juge que de critères juridiques de distinction bien établis. Elle procède en outre d'une vision erronée selon laquelle il y aurait corrélation systématique entre le comportement actif ou passif en cause et la nature de l'obligation en jeu, positive ou négative³⁰¹. Toujours est-il que les organes de contrôle de la Convention se sont fondés bien plus fréquemment sur la technique des obligations positives pour conférer un effet horizontal à la Convention. Le premier cas de figure, celui où la Cour considère que l'État est responsable du fait de son action pour avoir permis la violation, est resté plus rare³⁰².

105. La Commission, puis la Cour, ont également eu recours à l'obligation positive générale déduite de l'article 1 pour fonder cet effet horizontal³⁰³. Cependant, que les obligations positives de prendre des mesures « *jusque dans les relations des individus entre eux* » soient simplement déduites d'une disposition substantielle de la Convention ou issues d'une combinaison de cette dernière avec l'article 1 CEDH, la technique des obligations positives constitue dans les

³⁰⁰ Cour EDH, 26 mars 1985, **X et Y c. Pays-Bas**, A 91, §23 ; RSC 1985, 629, obs. L.-E. Pettiti ; JDI 1986, 1082, chron. P. Rolland et P. Tavernier ; CDE, 1988, 462, chron. G. Cohen-Jonathan.

³⁰¹ La Cour refuse ainsi parfois de se positionner sur le terrain de l'un ou de l'autre (Cour EDH, 21 février 1990, **Powell et Rayner c. Royaume-Uni**, A 172, §45 ; JDI 1991, 774, note P. Tavernier ; RTDH 1991, 241, obs. J.-F. Flauss). Cette question revient à la difficulté de distinction entre obligations positives et négatives (v. *infra* Partie 2, Chapitre 1, Section 2, §3, n°445 et s.).

³⁰² F. SUDRE, *GACEDH*, *op. cit.*, p. 34. Ce fut l'approche adoptée par la Cour dans ses arrêts Cour EDH, GC, 10 mai 2001, **Chypre c. Turquie**, Rec. 2001-IV, §81 (RTDH 2002, 807, obs. P. Tavernier ; JCP 2001, I, 342, n° 7, obs. F. Sudre 2789 ; JDI 2002, 289, obs. E. Delaplace), Cour EDH, 8 avril 2003, **M.M. c. Pays-Bas**, req. 39339/98, § 37 et Cour EDH, 14 octobre 1999, **Riera Blume et al. c. Espagne**, Rec. 1999-VII. Arrêts cités par S. VAN DROOGHENBROECK, « L'horizontalisation des droits de l'homme », in H. DUMONT, F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 362), et par la Commission dans son rapport dans l'affaire ComEDH, Rapp., 12 mars 1987, **Nielsen c. Danemark**, req. 10929/84, §101 et s.

³⁰³ V. *infra* Partie 1, Chapitre 1, Section 3, §2, C, n° 233.

deux cas le média employé par le juge pour appliquer la Convention entre individus. La technique impose à l'État de prendre des mesures pour prévenir ou réparer l'atteinte au droit conventionnel commise par une personne privée. Le choix de recourir ou non à l'article 1 de la Convention reste à la discrétion de la Cour qui adopte une approche pragmatique. L'opportunité d'y faire référence semble davantage relever d'un souci de renforcer sa motivation dans une affaire que répondre à des critères juridiques objectifs³⁰⁴.

Sans avoir recours à l'article 1, les organes de contrôle de la Convention ont ainsi consacré une obligation d'adopter des mesures positives dans les relations interindividuelles en matière de liberté de réunion et d'association³⁰⁵, de droit à la vie³⁰⁶, de droit à la vie privée et familiale³⁰⁷, de droit à la liberté d'expression³⁰⁸, d'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants³⁰⁹.

En se fondant sur les obligations positives déduites de l'article 1, les organes de contrôle de la Convention ont conféré un effet horizontal indirect au droit à la vie privée et familiale³¹⁰, au droit à la liberté d'expression³¹¹, à l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et

³⁰⁴ *Ibid.*

³⁰⁵ Article 11 CEDH ; liberté de réunion Cour EDH, 21 juin 1988, **Plattform « Ärzte für das Leben »** c. Autriche, A 139, §32 ; *JDI*, 1989, 824, chron. P. Tavernier ; liberté syndicale : Cour EDH, GC, 25 avril 1996, **Gustafsson** c. Suède, *préc.*, §45 ; protection d'un parti politique : Cour EDH, 20 octobre 2005, **Ouranio Toxo et al.** c. Grèce, *Rec.* 2005-X, §37.

³⁰⁶ Article 2 CEDH ; ComEDH, Déc., 28 février 1983, **W.** c. Royaume-Uni, §4, req. 9348/81, *D.R.* 32, p. 208 ; Cour EDH, GC, 28 octobre 1998, **Osman** c. Royaume-Uni, *Rec.* 1998-VIII, §115 et s. ; *GACEDH*, n° 11 ; *JCP G*, 1999, I 105, chron. F. Sudre ; *JDI* 1999, 269, obs. P. Tavernier.

³⁰⁷ En matière de droit à un environnement sain garanti au titre de l'article 8 CEDH : Cour EDH, 21 février 1990, **Powell et Rayner**, *préc.*, §41 et s. ; Cour EDH, 9 décembre 1994, **López Ostra** c. Espagne, A303-C, §51 ; *GACEDH*, n° 3 ; *AFDI* 1994, 658, chron. V. Coussirat-Coustère ; *JDI* 1995, 798, chron. E. Decaux et P. Tavernier ; *RUDH* 1995, 112 et *JCP G* 1995, I, 3823, n° 6, obs. F. Sudre ; *Gaz. Pal.* 27-28 septembre 1995, jur. 527, note J.-N. Clément ; *RTD civ.* 1996, 507, obs. J.-P. Marguénaud. En matière de droit à la réputation : Cour EDH, 14 octobre 2008, **Petrina** c. Roumanie, req. 78060/01 §35-36 ; *JCP G*, 2009, I, 104, obs. F. Sudre.

³⁰⁸ Cour EDH, 29 février 2000, **Fuentes Bobo** c. Espagne, req. 39293/98, §38 ; *D.*, 2001, 574, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly ; Cour EDH, 16 mars 2000, **Özgür Gündem** c. Turquie, *Rec.* 2000-III, §43 ; *RTDH* 2001, 95, obs. P. de Fontbressin ; *JCP G*, 2001, I, 291, n° 38, obs. F. Sudre ; Cour EDH, 6 mai 2003, **Appleby et al.** c. Royaume-Uni, req. 44306/98, §41.

³⁰⁹ Détenu battu par ses codétenus : Cour EDH, 3 juin 2003, **Pantea** c. Roumanie, *Rec.*, 2003-VI, §189 et s. ; *D.* 2003, 2268, obs. J.-F. Renucci ; *JCP G* 2003, I, 160, n° 2, obs. F. Sudre.

³¹⁰ Droit à la réputation : ComEDH, Déc., 16 octobre 1986, **N.** c. Suède, req. 11366/85, *D.R.* 50, p. 177 ; droit à l'intégrité physique des enfants, en combinant articles 1, 3 et 8 CEDH : ComEDH, Rapp. 8 octobre 1991, **Costello-Roberts** c. Royaume-Uni, req. 13134/87, §37 ; ComEDH, Déc., 7 mars 1994, **Whiteside** c. Royaume-Uni, *D.R.* 76-B, p. 86 ; Cour EDH, Déc., 21 février 2002, **Schüssel** c. Autriche, req. 42409/98, p. 8.

³¹¹ ComEDH, Déc., 6 septembre 1989, **Rommelfanger** c. R.F.A., req. 12242/86, *D.R.* 62, p. 170 ; Cour EDH, 28 juin 2001, **Vgt Verein Gegen Tierfabriken** c. Suisse, *Rec.* 2001-VI, §45 ; *RTDH* 2002, 1035, obs. P.-F. Docquir ; Cour

dégradants³¹², au droit à la protection de la propriété³¹³, à l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé³¹⁴, au droit à la liberté et à la sûreté³¹⁵ et au droit à la liberté syndicale³¹⁶.

106. Le juge D. Spielmann a défendu qu'il existait un autre média utilisé par la Cour afin d'assurer l'effet horizontal de la Convention³¹⁷. Dans une affaire *Pla et Puncernau* de 2004 elle a conféré un effet horizontal à la Convention en imposant au juge national une obligation d'interpréter les normes de droit privé de manière compatible avec la Convention³¹⁸. Ce type d'obligation peut faire penser à l'effet rayonnant développé par la jurisprudence constitutionnelle allemande³¹⁹. Cette affaire reste cependant isolée et aurait pu être également examinée sous l'angle des obligations positives, en considérant que le juge national avait l'obligation positive d'interpréter les normes privées de manière compatible avec la Convention. La Cour avait par exemple adopté une telle démarche dans un arrêt *Van Kück* de 2003 dans lequel la requérante contestait le refus de sa compagnie d'assurance de lui rembourser ses frais médicaux de conversion sexuelle³²⁰. Après avoir rappelé que « la frontière entre les obligations positives et les obligations négatives de l'État au titre de l'article 8 ne se prête pas à une définition précise »³²¹, la Cour avait examiné si « la manière dont les juridictions allemandes ont traité sa demande de remboursement de ses frais médicaux emporte violation des obligations positives qui incombent à l'État »³²². Il ressort de cette comparaison que

EDH, GC, 12 septembre 2011, **Palomo Sánchez et al.** c. Espagne, *Rec.* 2011-..., §58-59.

³¹² ComEDH. Rapp. 8 octobre 1991, **Costello-Roberts**, *préc.*, §37 ; Cour EDH, 23 septembre 1998, **A.** c. Royaume-Uni, *Rec.* 1998-VI, § 22 ; *JCP G*, 1999, I, 105, n° 11, obs. F. Sudre.

³¹³ Cour EDH, 25 juillet 2002, **Sovtransavto Holding** c. Ukraine, *Rec.* 2002-VII, §96 ; *JCP G*, 2003, I, 109, n° 24, obs. F. Sudre.

³¹⁴ Cour EDH, 26 juillet 2005, **Siliadin** c. France, *Rec.* 2005-VII, §77 ; *GACEDH*, n° 16 ; *JCP G*, 2005, II 10142, note F. Sudre ; *D* 2006, 346, note D. Roets.

³¹⁵ Cour EDH, 16 juin 2005, **Storck** c. Allemagne, *Rec.* 2005-V, §101 et 102 ; *JCP G*, 2005, I, 159, n° 7, chron. F. Sudre ; *RTDH*, 2006, n° 66, 237, note I. Soumy ; *EdinLR*, Vol 10, 399, note A. I. L. Campbell.

³¹⁶ Cour EDH, GC, 11 janvier 2006, **Sørensen et Rasmussen** c. Danemark, *Rec.* 2006-I, §57 ; *GACEDH*, n° 62 ; *Dr. soc.*, 2006, 1022, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly ; *RTDH*, 2006, 787, obs. F. Krenc.

³¹⁷ D. SPIELMANN, « The European Convention on human rights, The European Court of human rights », in D. OLIVER, J. FEDTKE (éd.), *Human Rights and the private sphere, a comparative study*, Routledge-Cavendish, 2007, p. 437 et s.

³¹⁸ Cour EDH, 13 juillet 2004, **Pla et Puncernau** c. Andorre, *Rec.* 2004-VIII ; *RTD civ.* 2004, 804, obs. J.-P. Marguénaud ; *AJDA*, 2004, 1812, obs. J.-F. Flauss ; *JCP G*, 2005, I, 103, n° 15, chron. F. Sudre. 559 ; *JDI*, 2005, 522, obs. C. Renaut ; *JCP G*, 2005, II 20052, note F. Boulanger.

³¹⁹ V. *supra* Partie 1, Chapitre 1, Section 1, §2, A, 2, n°88 et s.

³²⁰ Cour EDH, 12 juin 2003, **Van Kück** c. Allemagne, 2003-VII ; *RTD civ.* 2004, 361, obs. J.-P. Marguénaud ; *RDC* 2004, 788, obs. A. Debet.

³²¹ *Ibid.*, §71.

³²² *Ibid.*, §75.

la Cour est parvenue au même résultat dans deux affaires en ayant, dans un cas, recours à la technique des obligations positives et, dans l'autre, non.

107. En définitive, la doctrine allemande, qui a la première réfléchi à la possibilité d'appliquer les droits fondamentaux aux relations interindividuelles, a été d'une grande influence pour les partisans de l'effet horizontal de la Convention. La théorie de la *Drittwirtung* n'a cependant pas été reprise telle quelle ni par le juge constitutionnel allemand, ni par le juge européen. Cependant, parmi les différentes voies utilisées par ces derniers afin d'assurer une application horizontale de leur texte fondamental, certaines comportent de nombreux points communs. L'obligation de protection allemande et la technique européenne des obligations positives impliquent toutes deux que l'État adopte des mesures dans les relations inter-individuelles. Mais du fait qu'elles se sont développées parallèlement, il est impossible d'établir si l'une a pu influencer l'existence de l'autre.

Le respect de la Convention dans les relations entre personnes privées est en outre assuré par tout type de mesures de mise en œuvre, c'est-à-dire grâce à des obligations positives substantielles aussi bien que procédurales. Cette dernière classification a été élaborée par la Cour de Strasbourg alors que la jurisprudence allemande connaissait déjà des développements intéressants à cet égard.

§3. Une classification des obligations positives en fonction des moyens mis en œuvre

108. Sont traditionnellement opposés droits matériels et droits procéduraux. Ainsi, au sein de la Convention, le droit à un procès équitable (article 6) et le droit à une protection juridictionnelle effective (article 13), les garanties procédurales en cas d'expulsion d'étrangers (article 1 du Protocole 7), sont des droits procéduraux conçus comme gages de l'effectivité des droits dits matériels. La Cour européenne a cependant dépassé cette dichotomie classique en déduisant des dispositions matérielles des obligations positives procédurales, également appelées garanties procédurales³²³. Elle a par la suite établi une classification entre obligation positive

³²³ De plus, il est aussi possible de considérer que des exigences matérielles ont été déduites des dispositions

procédurale et obligation positive substantielle, ou matérielle, déduites d'une même disposition. Il est possible d'identifier deux grandes catégories d'obligations procédurales (A). Seule l'une d'entre elle comporte des points communs avec la jurisprudence allemande, l'autre s'inspire davantage du droit international général. La technique des obligations positives n'est par ailleurs pas la voie exclusive employée par les organes de contrôle de la Convention afin de dégager des obligations procédurales. Deux autres sont à recenser ici (B).

A. Les deux catégories d'obligations procédurales européennes

Les obligations procédurales européennes ont certains points communs (1), permettant de les opposer aux obligations substantielles. Elles comportent également certaines différences qui autorisent à les classer en deux catégories distinctes (2).

1. Des points communs

109. La jurisprudence de la Cour en matière d'obligations positives procédurales s'est développée tardivement. Il est cependant possible de déceler des traces de celles-ci dès l'arrêt *Airey* de 1979. Dans cette affaire, la requérante souhaitait obtenir une décision judiciaire de séparation de corps, le divorce n'étant pas autorisé en Irlande. Cependant, la procédure qui se déroulait devant la *Hight Court* ne prévoyait aucune possibilité d'aide juridictionnelle. Faute de moyen pour financer les services d'un avocat, elle n'avait donc pu saisir les tribunaux. La Commission avait conclu à la violation de l'article 6§1 CEDH du fait de l'absence d'accès effectif de la requérante à un tribunal pour lui permettre d'obtenir une séparation de corps. La Cour était allée plus loin. Après avoir confirmé la violation de l'article 6§1 prononcée par la Commission, elle s'était également engagée sur le terrain de l'article 8. Elle avait commencé par rappeler son *dictum* de l'arrêt *Marckx* selon lequel « si l'article 8 a essentiellement pour objet de prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il ne se contente pas d'astreindre l'État à s'abstenir de pareilles

procédurales, ce qui accentue le « brouillage » entre les deux types de droits. La Cour exige par exemple au titre de l'article 6 que soient exécutées les décisions de justice.

*ingérences: à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée ou familiale »*³²⁴. Puis, au terme d'une motivation particulièrement succincte, elle avait affirmé que le droit irlandais établissant une possibilité de demander un jugement de séparation de corps, « *il reconnaît que la protection de leur vie privée ou familiale exige parfois de les relever du devoir du mariage* » et qu'« *un respect effectif de la vie privée ou familiale impose à l'Irlande de rendre ce moyen effectivement accessible, quand il y a lieu, à quiconque désire l'employer* ». Enfin, estimant que tel n'avait pas été le cas, étant donné que la requérante n'avait pu saisir la High Court et obtenir « *la consécration juridique de sa séparation de fait d'avec son mari* »³²⁵, elle avait conclu à la violation de l'article 8.

110. À aucun moment n'était cité le terme d'obligation ou de garantie procédurale. Était cependant établi, grâce à la technique des obligations positives, qu'une disposition substantielle impliquait pour l'État l'obligation d'assurer la protection juridique d'un droit au moyen de procédures effectives³²⁶. Le juge D. Evrigenis, dissident dans l'affaire *Airey*, avait bien observé le glissement du substantiel au procédural opéré dans cette affaire. Il s'était en effet élevé contre le constat de violation de l'article 8 en relevant que les faits invoqués révélaient « *une violation qui se manifeste non dans le fond mais sur le terrain de la superstructure procédurale d'un droit, donc une violation couverte et absorbée par l'article 6§1* »³²⁷. Or telle est bien la substance des obligations procédurales qui furent dégagées par la suite.

111. Pour définir ces dernières, peut être reprise la formule adoptée par la Cour dans son arrêt de Grande Chambre *A., B. et C.* Les obligations procédurales consistent en « *la mise en place d'une procédure effective et accessible en vue de protéger* » les droits conventionnels « *et notamment la création d'un cadre réglementaire instaurant un mécanisme judiciaire et exécutoire destiné à protéger les droits des individus et la mise en œuvre, le cas échéant, de mesures*

³²⁴ Cour EDH, 9 octobre 1979, *Airey* c. Irlande, *préc.*, § 32 ; Cour EDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx* c. Belgique, *préc.*, §31.

³²⁵ Cour EDH, 9 octobre 1979, *Airey* c. Irlande, *préc.*, § 33.

³²⁶ Jellinek estimait que seul pouvait être considérés comme « parfaits » les droits subjectifs bénéficiant d'une protection juridictionnelle, ceux n'en bénéficiant pas devaient donc être considérés comme « imparfaits » (G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechts*, Mohr, 1892, 2^e éd., 1905, p. 70. Cité par N. FOULQUIER, « De la protection des droits...à l'insécurité juridique. Ou la remise en cause par la Cour européenne des droits de l'homme des fins de non-recevoir et des exceptions d'irrecevabilité consacrées par la procédure juridictionnelle française », *RTDH* 2003, p. 1206).

³²⁷ Cour EDH, 9 octobre 1979, *Airey* c. Irlande, *préc.*, opinion dissidente du juge D. Evrigenis, §2.

spécifiques »³²⁸. Elles sont donc des obligations de mettre en place les garanties procédurales nécessaires à l'effectivité d'un droit substantiel. L'effectivité des droits est donc au fondement de ces obligations procédurales. La Cour l'a elle même affirmé en ces termes : « *des obligations procédurales peuvent être dégagées, dans divers contextes, des dispositions substantielles de la Convention lorsque cela [est] perçu comme nécessaire pour garantir que les droits consacrés par cet instrument ne soient pas théoriques ou illusoires mais concrets et effectifs* »³²⁹.

112. Ces obligations procédurales ont été considérablement développées et diversifiées, particulièrement depuis la fin des années 1990, et participent ainsi de ce qui a pu être qualifié de « *mouvement procéduraliste* »³³⁰ ou de « *mouvement de procéduralisation des droits et libertés substantiels* »³³¹. Elles procèdent en effet à une certaine « *absorption* »³³² des articles 6 et 13 CEDH par les dispositions substantielles de la Convention. La Cour a ainsi pris l'habitude de distinguer au sein d'une même disposition, d'une part, les obligations positives substantielles, appelées également matérielles³³³, et d'autre part les obligations positives procédurales.

113. Cette classification opérée par la Cour entre obligations procédurales et obligations substantielles l'amène donc à dédoubler les obligations déduites d'un même droit. Le volet dit substantiel du droit peut être une obligation négative, par exemple, l'obligation pour les agents de l'État de ne pas commettre d'atteintes au droit à la vie. Il peut également être une obligation positive, celle de prendre les mesures entre particuliers pour que des individus ne subissent pas des traitements inhumains et dégradants, ou encore celle d'adopter une réglementation en matière d'environnement. Or le constat de non violation de l'aspect substantiel du droit

³²⁸ Cour EDH, GC, 16 décembre 2010, **A, B et C** c. Irlande, *Rec.* 2010-..., §245 ; *JCP G* 2011, act. 58, obs. M. Levinet ; *JCP G* 2011, 94, chron. F. Sudre ; *HRLR* 2011, 11-3, 556, note E. Wicks ; *RTDciv.* 2011, 303, note J.-P. Margénaud ; *D* 2011, 1360, note S. Hennette-Vaucher ; *JCP G* 2011, 1449, chron. Ch. Byk ; *JDI* 2011, 1342, obs. E. Birden.

³²⁹ Cour EDH, 20 juillet 2000, **Caloc** c. France, *Rec.* 2000-IX, *JDI* 2001, 199, obs. C. Renaut ; *JCP G* 2001, I, 291, n° 9, obs. F. Sudre, § 88.

³³⁰ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, Presses Universitaires de Saint Louis, 2001, p. 319.

³³¹ F. TULKENS, « Le droit à la vie et le champ des obligations des États dans la jurisprudence récente de la Cour EDH », in *Mélanges en l'honneur du Doyen Gérard Cohen Jonathan*, Bruylant, 2004, p. 1626. Le professeur E. Dubout définit par ailleurs la procéduralisation comme « *le processus d'adjonction jurisprudentielle d'une obligation procédurale à la charge des autorités nationales destinées à renforcer la protection interne d'un droit substantiel garanti par la Convention* » (E. DUBOUT, « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2007, p. 398).

³³² F. SUDRE, « Chronique de droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G*, 2003, I, 160, §11.

³³³ Le terme de matériel est par exemple employé dans l'affaire Cour EDH, 10 novembre 2004, **Taşkın et al.** c. Turquie, *Rec.* 2004-X, §116 ; *AJDA*, 2005, 549, obs. J.-F. Flauss.

n'empêche pas la Cour de considérer comme enfreint le volet procédural du droit³³⁴. Ce dernier aspect peut donc être « *une exigence autonome* »³³⁵.

114. Cependant, cette création prétorienne, qui s'est développée et multipliée ces dernières années, pâtit de certaines incohérences.

Tout d'abord, se pose la question du choix du fondement juridique des ces obligations procédurales. La Cour, selon les cas, se fonde sur le droit substantiel uniquement, sur l'article 13, sur l'article 6§1, ou encore à la fois sur une disposition substantielle et une disposition procédurale. Pour le professeur E. Dubout « *le désordre règne en maître sur cette question* »³³⁶. De même, le professeur J.-F. Akandji Kombé, à propos de l'obligation d'enquête issue de l'article 3 CEDH, a souligné le manque de « *lisibilité* » de la jurisprudence et le « *va et vient permanent* » opéré par la Cour entre cet article et l'article 13³³⁷, et conclu à ce que le choix de la Cour s'avérerait être « *avant tout une décision d'opportunité qui ne s'embarrasse guère d'explications juridiques rationnelles* »³³⁸. Le critère de la Cour pour choisir le fondement juridique de l'obligation procédurale pourrait résider dans son appréciation de la gravité de l'atteinte au droit substantiel. La violation de ce dernier apparaît en effet comme symboliquement plus grave que sur le fondement d'une « simple » disposition procédurale. Selon qu'elle souhaite ou non obtenir un constat de violation de la disposition substantielle elle peut choisir de se fonder soit sur une disposition substantielle soit sur

³³⁴ Les premiers arrêts de la Cour en matière d'obligations procédurales en sont des exemples. Dans ces affaires, la Cour n'examine pas le bien fondé de la mesure de confiscation d'un bien (Cour EDH, 24 octobre 1986, **AGOSI** c. Royaume-Uni, A 108) ou de placement d'un enfant (Cour EDH, Plén., 8 juillet 1987, **W.** c. Royaume-Uni, A 121.), mais uniquement si les garanties procédurales ont bien été assurées. En matière d'obligations procédurales d'enquête, la Cour a conclu pour la première fois à la violation du seul aspect procédural dans l'arrêt *Labita*. Il concernait des allégations de mauvais traitements commis par des gardiens de prison sur la personne d'un détenu, la Cour a conclu à l'absence de violation de l'article 3 sous son aspect substantiel du fait de l'insuffisance de preuves, mais a retenu la violation de l'article 3 sous son aspect procédural en raison de l'absence d'enquête effective menée par les autorités (Cour EDH, GC, 6 avril 2000, **Labita** c. Italie, *Rec.* 2000-IV ; *RTDH* 2001, 117, obs. M.-A. Beernaert ; *JDI* 2001, 198, obs. E. Delaplace ; *JCP G* 2001, I, 291, chron. F. Sudre).

³³⁵ J. F. AKANDJI-KOMBÉ, « L'obligation positive d'enquête sur le terrain de l'article 3 CEDH », *préc.*, 2006, p. 128. La CIJ a également souligné le caractère complémentaire et autonome des deux catégories d'obligations dans une affaire où elles étaient consacrées textuellement (CIJ, Arrêt, 20 avril 2010, **Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay**, Argentine c. Uruguay, *Rec. à paraître*, §79-79 ; *RGDIP*, 2011/1, p. 39, obs. Y. Kerbrat ; *AFDI* 2010, 249, obs. L. Trigeaud).

³³⁶ E. DUBOUT, « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2007, p. 416.

³³⁷ J. F. AKANDJI-KOMBÉ, « L'obligation positive d'enquête sur le terrain de l'article 3 CEDH », in C.-A. CHASSIN (dir.), *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 140.

³³⁸ *Ibid.*

une disposition procédurale³³⁹.

Ensuite, ce mouvement de procéduralisation des droits pose l'épineuse question de l'établissement d'une définition de la distinction entre ce qui est procédural et ce qui est substantiel. Plus largement, un brouillage s'opère entre les deux catégories. Certains auteurs ont ainsi relevé un processus de « *substantialisation* » des obligations procédurales, aussi bien relativement aux « *garanties procédurales de l'article 6§1* »³⁴⁰, qu'aux obligations positives procédurales issues d'un droit matériel³⁴¹.

115. Les obligations procédurales construites par la Cour en grande partie grâce à la technique des obligations positives constituent un spectaculaire facteur d'extension des obligations étatiques. En outre, de par leur diversité et leur souplesse, elles offrent au juge européen un large panel de choix lui permettant de moduler le degré de contrôle exercé sur les décisions nationales en fonction des affaires³⁴². Elles sont systématiquement déduites d'un droit conventionnel substantiel et occasionnellement rattachées à l'article 1 CEDH³⁴³. Il faut en outre noter une tendance récente de la Cour à faire référence au principe de prééminence du droit en matière d'obligations procédurales ; ce principe peut en effet être considéré comme le fondement théorique de ce type d'obligation³⁴⁴.

Malgré ces points communs, il est possible d'identifier deux catégories distinctes au sein de ces garanties procédurales.

³³⁹ En ce sens, selon A. Mowbray « *requiring such investigations under article 3, Rather than under Article 13, will reflect the seriousness with which the Court characterises this type of ill-treatment* » (A. R. MOWBRAY, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart Publishing, 2004, p. 227).

³⁴⁰ L. MILANO, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, collection « Nouvelle bibliothèque de Thèses », Dalloz, 2006, p. 19.

³⁴¹ Le défaut d'enquête peut ainsi entraîner un constat de violation du volet substantiel du droit (J. F. AKANDJI-KOMBÉ, « L'obligation positive d'enquête sur le terrain de l'article 3 CEDH », in C.-A. CHASSIN (dir.), *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 128 ; P. WACHSMANN, « Convention européenne des droits de l'homme. Droits garantis. Libertés de la personne physique », *Jurisclasseur Europe traité*, fascicule 6520, 10 juin 2009, §22) .

³⁴² V. *infra* Partie 3, Chapitre 1, Section 2, §1, B, 2, n° 736 et s. C. MADELAINE, « Les obligations positives procédurales, instrument du pluralisme ? », in M. LEVINET (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruylant, 2010, p. 106-123.

³⁴³ V. *infra*, Partie 1, Chapitre 1, Section 3, §2, C, n° 231 et s.

³⁴⁴ V. *infra*, Partie 1, Chapitre 1, Section 2, §2, n° 169 et s.

2. Des différences

116. Il existe deux catégories d'obligations au sein des obligations procédurales. Elles se distinguent tant par leur objet que par leur origine. Une première, les obligations procédurales de conciliation, est inspirée du droit allemand (a), une seconde, les obligations procédurales de réparation, du droit international général (b).

a. Une catégorie inspirée des garanties en matière d'organisation et de procédure développées par la jurisprudence allemande

117. Une première catégorie permet la « *régulation des droits en cours* »³⁴⁵, répond à une logique de « *conciliation* »³⁴⁶ et a pour objet d'« *éviter la réalisation d'une violation potentielle* »³⁴⁷. Elle sera donc dénommée dans ces lignes obligation procédurale de conciliation. Elle correspond aux premières obligations procédurales mise au jour par la Cour et trouve de nombreux points communs avec les garanties procédurales dégagées par la Cour constitutionnelle allemande.

118. Cette dernière a en effet développé dès les années 1970 des garanties de procédure et d'organisation, à partir de dispositions constitutionnelles matérielles³⁴⁸. La Cour de Karlsruhe a considéré dans une affaire *Numerus Clausus* de 1972 que « *les règles juridiques à contenu vague et variable qui restreignent les droits fondamentaux, sont d'autant plus tolérables qu'une procédure formalisée, judiciairement contrôlable, veille à ce que les éléments essentiels de décision soient examinés et que les buts de la loi soient réalisés* »³⁴⁹.

³⁴⁵ K. PANAGOULIAS, *La procéduralisation des droits substantiels garantis par la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2011, p. 28 et s.

³⁴⁶ X. SOUVIGNET, *La prééminence du droit dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, coll. « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », 2012, p. 180.

³⁴⁷ E. DUBOUT, « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2007, p. 408.

³⁴⁸ D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, op. cit., p. 294 ; Ch. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, op. cit., p. 119.

³⁴⁹ CCFA, 18 juillet 1972, *Numerus clausus*, BVerfGE, 33, 303, p. 341 ; *Pouvoirs*, 1982, n° 22, p. 141, J.-C. Beguin ; et CCFA, 20 décembre 1979, *Mülheim-Kärlich*, BVerfGE 53, 30, p. 59 ; *RDP*, 1981, p. 367, chron. M. Fromont. Cité par Ch. STARCK, « La jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale concernant les droits fondamentaux »,

Selon le Professeur Ch. Starck, « *le droit procédural relatif aux droits fondamentaux* » peut être conçu « *à titre de moyen pour appliquer une limitation d'un droit fondamental* »³⁵⁰. La Cour constitutionnelle allemande a ainsi imposé, sur le fondement de l'article 14 LF (protection de la propriété), une « *obligation de prévoir une protection juridique (Rechtsschutz) en cas d'ingérence dans le droit de propriété* »³⁵¹.

119. Des garanties procédurales très similaires ont été dégagées par la Cour EDH à partir de l'arrêt *Klass* de 1978. Le juge européen a établi dans cette affaire que l'ingérence dans le droit à la vie privée et familiale, consistant en des écoutes téléphoniques secrètes, ne pouvait être justifiée qu'en présence de « *garanties adéquates et effectives contre les abus* »³⁵². Ce type de contrôle de l'ingérence, selon lequel cette dernière serait justifiée dans le cas où elle serait entourée de garanties procédurales suffisantes, est semblable au contrôle exercé par la Cour constitutionnelle allemande. Cette dernière a ainsi encadré la procédure de ventes aux enchères forcées³⁵³ et entouré la collecte et la mémorisation des données personnelles d'un certain nombre de garanties procédurales³⁵⁴. Il n'est à cet égard pas anodin que les premières garanties procédurales européennes soient apparues justement dans l'affaire *Klass*, affaire allemande.

120. Postérieurement à la Cour constitutionnelle allemande, la Cour EDH a reconnu dans les années 1980 de telles garanties procédurales dans le domaine de la protection de la propriété³⁵⁵ ou encore des données personnelles. Pour ce qui est de ce dernier domaine, dans son affaire *Leander* de 1987, le requérant avait été licencié du fait de son inscription au registre de la Sûreté en tant que « *dangereux pour la sécurité* »³⁵⁶. La Cour avait exigé « *l'existence de garanties adéquates et suffisantes contre les abus car un système de surveillance secrète destiné à protéger la sécurité nationale crée un risque de saper, voire de détruire, la démocratie au motif de la*

RDP, 1988, p. 1281-1282.

³⁵⁰ Ch. STARCK, « La jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale concernant les droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 1291-1282.

³⁵¹ D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, *op. cit.*, p. 300.

³⁵² Cour EDH, Plén., 6 septembre 1978, **Klass et al.** c. Allemagne, A 82, §50 ; JDI, 1980, 463, obs. P. Rolland.

³⁵³ CCFA, 24 mars 1976, BVerfGE 42, 64 ; CCFA, 7 décembre 1977, BVerfGE 46, 325 ; CCFA, 27 septembre 1978, BVerfGE 49, 220.

³⁵⁴ CCFA, 15 décembre 1983, **Recensement**, BVerfGE, 65, 1 ; RDP, 1984, p. 1563, chron. M. Fromont.

³⁵⁵ Cour EDH, 24 octobre 1986, **AGOSI** c. Royaume-Uni, A 108, § 55.

³⁵⁶ Cour EDH, 26 mars 1987, **Leander** c. Suède, A 116, §47 ; JDI 1988, 858, obs. P. Rolland.

défendre »³⁵⁷.

121. Par ailleurs, dans sa décision *Mülheim-Kärlich* de 1979³⁵⁸, la Cour constitutionnelle allemande a estimé que devait être organisée, préalablement à l'ouverture d'une centrale nucléaire, une consultation des populations résidant à proximité. Elle a déduit une telle garantie de l'obligation de protection du droit à la vie et à l'intégrité physique (article 2§2 LF)³⁵⁹. Elle a estimé qu'en l'espèce le législateur avait satisfait à cette obligation en « exigeant que toute construction de centrale nucléaire soit autorisée par l'État et que cette autorisation ne soit accordée que dans les cas où toutes les précautions ont été prises et seulement après avoir donné à tous les intéressés la possibilité d'intervenir lors de l'instruction du dossier »³⁶⁰. Ces règles édictées par la loi sur l'utilisation de l'énergie nucléaire ont ainsi été élevées « au rang de règles protectrices d'un droit fondamental »³⁶¹. La Cour EDH a dégagé plus tard des obligations au contenu identique en matière environnementale. Elle a par exemple imposé lorsque des « décisions de l'État » ont « une incidence sur des questions d'environnement », l'obligation positive procédurale de prendre en compte les intérêts des individus concernés par cette décision au cours du processus décisionnel, par exemple, ceux des riverains de l'aéroport d'Heathrow pour l'établissement de la réglementation des vols de nuit³⁶².

Les obligations procédurales de conciliation se sont ensuite multipliées et diversifiées

³⁵⁷ Cour EDH, 26 mars 1987, **Leander**, *préc.*, §60. La Cour a ensuite étendu ces garanties aux données à caractère personnel relatives à la santé « La législation interne doit donc ménager des garanties appropriées pour empêcher toute communication ou divulgation de données à caractère personnel relatives à la santé qui ne serait pas conforme aux garanties prévues à l'article 8 de la Convention » Cour EDH, 25 février 1997, **Z c. Finlande**, *Rec.* 1997-I, §95 ; *JDI* 1998, 178, obs. O. de Frouville ; *JCP G* 1998, I, 107, n 6, chron. F. Sudre.

³⁵⁸ CCFA, 20 décembre 1979, **Mülheim-Kärlich**, *préc.*

³⁵⁹ Cette décision a été critiquée en ce qu'elle reviendrait à exercer un contrôle objectif de la norme (*RDP*, 1981, p. 368, chron. M. Fromont). Cette jurisprudence était en effet très audacieuse. Le recours avait été accueilli, la Cour constitutionnelle estimant que le requérant était lésé dans son droit à la vie, alors même que la centrale n'était pas encore construite. La Cour européenne quant à elle n'a jamais admis l'applicabilité du droit à la vie dans un tel cas. Elle protège en revanche le droit à l'environnement par le biais du droit à la vie privée et familiale dans ces hypothèses.

³⁶⁰ *RDP*, 1981, p. 368, chron. M. Fromont.

³⁶¹ *Ibid.* p. 369. Deux juges dissidents estimaient au contraire que droit à la vie avait été violé en l'espèce; en notant que la décision aurait dû être prise après consultation des intéressés, consultation d'autant plus nécessaire que « la loi définit de façon relativement vague les conditions de fond auxquelles est subordonnée l'obtention de l'autorisation ».

³⁶² Cour EDH, GC, 8 juillet 2003, **Hatton et al. c. Royaume-Uni**, *Rec.* 2003-VIII, §99 ; *JCP G*, 2004, I 107, chron. F. Sudre ; *RTDciv.*, 2003, 762, obs. J.-P. Marguénaud. Pour le professeur J.-F. Flauss « ces garanties s'apparentent, à s'y méprendre, à celles figurant dans la convention d'Aarhus (...) entrée en vigueur le 30 octobre 2001 » (J. F. FLAUSS, « La procéduralisation des droits substantiels de la Convention européenne des droits de l'homme au service de la lutte contre les pollutions et nuisances », in *Mélanges en l'honneur de M. PRIEUR, Pour un droit commun de l'environnement*, Dalloz, 2007, p. 1273-1274).

dans la jurisprudence européenne. Elles ont en commun de viser à assurer qu'une atteinte à un droit conventionnel, qu'elle soit constituée par une action ou une omission étatique, soit la moins contraignante possible étant donnés les autres intérêts subjectifs ou objectifs en jeu. Ces obligations procédurales visent donc à assurer la meilleure conciliation possible entre les différents intérêts en jeu dans une société démocratique³⁶³.

122. Des garanties procédurales similaires peuvent également être identifiées lorsque sont en jeu des droits indérogeables. Pour ces derniers, la Cour n'examine naturellement pas si une ingérence peut être justifiée, mais l'examen des garanties procédurales peut intervenir pour déterminer si le droit est violé. Ainsi, tel est le cas lorsqu'est exigé que soient respectées les garanties du procès équitable en cas de condamnation à la peine de mort³⁶⁴. De même, la Cour impose que soient respectées certaines garanties procédurales au cours du processus décisionnel menant à expulser un étranger, afin de s'assurer qu'il ne subisse pas de traitement contraire à l'article 3 dans le pays de renvoi³⁶⁵.

123. Ainsi, de manière générale, cette catégorie d'obligations procédurales agit bien en tant que conciliatrice des droits. Elle encadre le processus décisionnel et intervient en amont de la décision étatique afin que cette dernière soit la moins attentatoire possible aux droits conventionnels. Elle se différencie donc d'une autre catégorie d'obligations procédurales qui vise quant à elle à réparer des atteintes à un droit conventionnel et qui sont inspirées du droit

³⁶³ Cette caractéristique a amené S. Van Drooghenbroeck à les différencier sur ce fondement des obligations procédurales d'enquête. Il les qualifie de « *garanties procédurales dérivées de la proportionnalité : la procéduralisation des limitations aux droits garantis par la Convention* » alors que les obligations d'enquête sont qualifiées de « *garanties procédurales indépendantes de la proportionnalité* » (S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, Presses Universitaires de Saint Louis, 2001, p. 315 et 313). Il semble cependant que les obligations procédurales d'enquête sont également soumises à la proportionnalité, bien que cette dernière joue à un niveau différent. En effet, elles impliquent que les autorités ne portent pas démesurément atteinte aux droits des tiers (v. *infra* Partie 2, Chapitre 2, Section 3, §2, B, 2, a, i, n° 615).

³⁶⁴ Cour EDH, GC, 12 mai 2005, **Öcalan** c. Turquie, Rec. 2005-IV, §166. Le Comité DH (Comité DH, Const., 8 septembre 1977, **Daniel Mbenge** c. Zaïre, comm. n° 16/1977 ; Comité DH, Const., 20 juillet 1990, **Reid** c. Jamaïque, comm. n° 250/1987 ; Comité DH, Const., 27 juillet 1992, **Wright** c. Jamaïque, comm. n° 349/1989) et la Cour IADH l'avaient précédemment consacré (Cour IADH, Avis n° 16, 1^{er} octobre 1999, **Le droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties du procès équitable**, A 16, §134-136 ; Cour IADH, Fond et réparations, 21 juin 2002, **Hilaire, Constantine et Benjamin et al.** c. Trinidad et Tobago, C 94., §148).V. *infra* Partie 1, Chapitre 2, Section 1, §1, 1, b, n° 282.

³⁶⁵ Implicite dans : Cour EDH, 11 juillet 2000, **Jabari** c. Turquie, Rec. 2000-VIII, §40. Explicite dans Cour EDH, Déc. 7 mars 2000, **T.I.** c. Royaume-Uni, req. 43844/98 (« *La préoccupation essentielle de la Cour est de savoir s'il existe des garanties de procédure effectives, de quelque type que ce soit, qui protègent le requérant contre un refoulement de l'Allemagne vers le Sri Lanka* ») et Cour EDH, 26 avril 2005, **Muslim** c. Turquie, req. 53566/99, §72.

international général.

b. Une catégorie inspirée du droit international général

124. Une seconde catégorie d'obligations procédurales permet la « réparation des violations des droits »³⁶⁶. Elle correspond à une logique de « *fondamentalisation, ou plutôt de reconnaissance de fondamentale, tant ce processus se pose comme "l'importance fondamentale de la protection d'un droit"* »³⁶⁷. Elle impose de mener des enquêtes effectives afin d'identifier et de punir les responsables de violations des droits de l'homme et, plus largement, elle comprend des obligations de réparation des droits. Cette catégorie d'obligation sera donc nommée obligation procédurale de réparation.

Des obligations d'enquête ont été découvertes tout d'abord par la Cour sur le fondement des articles 2 et 3, puis étendues progressivement à de nombreux autres articles conventionnels³⁶⁸. Ce type d'obligations s'inspire du droit international général. Ce dernier prévoit que l'État prévienne et répare les dommages commis par ses ressortissants à l'égard d'un étranger³⁶⁹. Ces obligations seront donc examinées plus en détail *infra*, dans le paragraphe consacré à l'examen des sources internationales des obligations positives³⁷⁰.

En exigeant des procédures aptes à redresser les violations alléguées sur le fondement de dispositions substantielles, la Cour dégage des obligations structurelles comportant des liens étroits avec le droit à un recours effectif garanti par l'article 13 CEDH. Elles exigent en effet que des personnes alléguant d'une violation de leurs droits conventionnels puissent avoir accès à une autorité nationale afin de demander, et éventuellement d'obtenir, réparation.

³⁶⁶ K. PANAGOULIAS, *La procéduralisation des droits substantiels garantis par la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2011, p. 28 et s.

³⁶⁷ X. SOUVIGNET, *La prééminence du droit dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, coll. « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », 2012, p. 180.

³⁶⁸ Cour EDH, GC, 27 septembre 1995, *McCann et al. c. Royaume-Uni*, A 324, §161 ; *AFDI*, 1995, 485, chron. V Coussirat- Coustère ; *Rev. sc. Crim.*, 1996, 462, obs. R. Koering-Joulin ; *RUDH*, 1996, 9, chron. F. Sudre. Cour EDH, 28 octobre 1998, *Assenov et al. c. Bulgarie*, *Rec.* 1998-VIII, §102 ; *RTDH* 1999, p. 383, obs. D. Rosenberg ; *JCP G*, 1999, I, 105, n° 12, 13 et 17, obs. F. Sudre. Pour d'autres références se reporter *infra* Partie 1, Chapitre 1, Section 2, §1, B, 1, b, ii, n°150 et s.

³⁶⁹ Ch. ROUSSEAU, *Droit international public, t. V, Les rapports conflictuels*, Sirey, 1983, p. 74 et s. et p. 69 c).

³⁷⁰ V. *infra* Partie 1, Chapitre 1, Section 2, §1, B, 1, b, ii, n°149 et s.

Les obligations procédurales ont en outre été dégagées par le juge européen selon trois voies distinctes, la technique des obligations positives étant l'une d'entre elles.

B. Les voies permettant de dégager des obligations procédurales

125. Trois voies principales ont été employées par la Cour afin d'intégrer des exigences procédurales au sein de dispositions dites matérielles. Seule l'une d'entre elle concerne la technique des obligations positives. Dans le cadre des deux premières, la Cour contrôle une ingérence active ; selon la dernière, une ingérence passive.

Dans le cadre de ces deux premières voies, un comportement étatique considéré comme constituant une ingérence dans l'exercice du droit protégé pourra être considéré comme justifié au regard de la Convention s'il a été adopté en présence de certaines garanties procédurales. Les obligations procédurales s'insèrent donc dans le contrôle classique de l'ingérence active opéré par la Cour³⁷¹ et plus particulièrement au stade de l'examen de la nécessité de l'ingérence (1), ou à celui de la légalité de l'ingérence (2). Les garanties procédurales dégagées sont alors exclusivement des obligations procédurales de conciliation et non de réparation. Selon une troisième voie, les obligations procédurales, quelle que soit leur catégorie, sont dégagées grâce à la technique des obligations positives (3).

1. L'examen de la nécessité de l'ingérence

126. Dans le cadre de l'examen de la nécessité de l'ingérence, les obligations procédurales sont souvent désignées par les organes de contrôle de la Convention par le terme garanties procédurales. La Cour exige alors, selon une méthodologie très semblable à celle suivie par la Cour Constitutionnelle allemande, que l'ingérence dans l'exercice d'un droit conventionnel soit entourée de garanties procédurales afin d'être jugée nécessaire dans une société démocratique. Sont donc uniquement concernées ici des obligations de conciliation.

³⁷¹ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, Presses Universitaires de Saint Louis, 2001, p. 319.

127. Ainsi, dans l'arrêt *Klass* de 1978, la Cour a estimé « *qu'une ingérence de l'exécutif dans les droits d'un individu* » doit être « *soumise à un contrôle efficace que doit normalement assurer, au moins en dernier ressort, le pouvoir judiciaire car il offre les meilleures garanties d'indépendance, d'impartialité et de procédure régulière* »³⁷². La Cour n'a pas utilisé dans cette affaire la technique des obligations positives ni le terme de garantie procédurale. Elle avait cependant dégagé des obligations qui en terme de contenu étaient identiques aux obligations positives procédurales qui furent développées par la suite.

128. Ce type d'obligations a ensuite été développé sur le terrain de l'article 1 du Protocole 1³⁷³, ou encore sur celui de l'article 8, en particulier dans le domaine de la protection des données personnelles³⁷⁴. Ces garanties procédurales furent consacrées par la suite par les arrêts *B.* et *W.* du 8 juillet 1987, puis *Mc Michael* du 24 février 1995³⁷⁵, affaires dans lesquelles les parents requérants s'étaient vus retirer la garde de leurs enfants. La Cour a affirmé dans ses deux arrêts de 1987 que « *sans doute, l'article 8 ne renferme-t-il aucune condition explicite de procédure, mais ce n'est pas déterminant. A l'évidence, le processus décisionnel de l'autorité locale ne saurait manquer d'influer sur le fond de la décision, notamment en assurant qu'elle repose sur les considérations pertinentes et soit impartiale, donc non entachée d'arbitraire, même en apparence. Partant, la Cour peut y avoir égard pour dire s'il a joué d'une manière qui, au total, était équitable et respectait comme il se doit les intérêts protégés par l'article 8* »³⁷⁶. Il s'agit donc de rechercher

³⁷² Cour EDH, Plén., 6 septembre 1978, *Klass et al.* c. Allemagne, A 82, §55 ; *JDI*, 1980, 463, obs. P. Rolland.

³⁷³ Dans l'arrêt *Agosi*, après avoir conclu à l'existence d'une ingérence dans le droit issu de l'article 1 du Protocole 1, le contrôle de la Cour a consisté à vérifier « *si les procédures applicables en l'espèce permettaient, entre autres, d'avoir raisonnablement égard au degré de faute ou de prudence d'AGOSI* », et si ces procédures « *offraient à la requérante une occasion adéquate d'exposer sa cause aux autorités compétentes* » Cour EDH, 24 octobre 1986, *AGOSI* c. Royaume-Uni, A 108, § 55. Voir également Cour EDH, 22 septembre 1994, *Hentrich* c. France, A296-A, §45 ; *JCP G*, 1995, II, 22374, note J.-P. Le Gall et L. Gérard ; *AJDA*, 1995, 3, 212, chron. J.-F. Flauss ; *LPA*, 1995, 69, 8, note J.-F. Flauss ; *JDI*, 1995, 776, note H. Ascensio ; Cour EDH, 21 mai 2002, *Jokela* c. Finlande, *Rec.* 2002-IV, §45 ; Cour EDH, 15 juin 2006, *Zlinsat, spol. s r.o.* c. Bulgarie, req. 57785/00, §98.

³⁷⁴ Cour EDH, 26 mars 1987, *Leander* c. Suède, A 116, §60 ; *JDI* 1988, 858, obs. P. Rolland. Elle a ensuite étendu ces garanties aux données à caractère personnel relatives à la santé. « *La législation interne doit donc ménager des garanties appropriées pour empêcher toute communication ou divulgation de données à caractère personnel relatives à la santé qui ne serait pas conforme aux garanties prévues à l'article 8 de la Convention* » Cour EDH, 25 février 1997, *Z* c. Finlande, *Rec.* 1997-I, §95 ; *JDI* 1998, 178, obs. O. de Frouville ; *JCP G* 1998, I, 107, n 6, chron. F. Sudre. Pour une application par le Conseil d'État français : CE, 16 avril 2010, *Association aides et al.*, n° 320196, *Leb.*, p. 117.

³⁷⁵ Cour EDH, Plén., 8 juillet 1987, *W.* c. Royaume-Uni, A 121, §62 ; Cour EDH, Plén., 8 juillet 1987, *B.* c. Royaume-Uni, A 121, §63 ; Cour EDH, 24 février 1995, *McMichael* c. Royaume-Uni, A 307-B, §87 ; *JCP G*, 1996, I, 3910, chron. F. Sudre.

³⁷⁶ Cour EDH, Plén., 8 juillet 1987, *B.* c. Royaume-Uni, A 121, § 63 et Cour EDH, Plén., 8 juillet 1987, *W.* c. Royaume-

« si les parents ont pu jouer dans le processus décisionnel, considéré comme un tout, un rôle assez grand pour leur accorder la protection requise de leurs intérêts »³⁷⁷. L'État doit donc réserver une place aux individus dans le processus décisionnel et entendre leur point de vue en amont de la prise de décision qui pourrait porter atteinte à leurs droits.

129. Des obligations procédurales ont par ailleurs été découvertes sur le fondement de l'article 8 en matière de protection du domicile. La Cour a considéré que cet article pouvait être violé si « la perquisition opérée au cabinet d'un avocat ne s'accompagne pas de garanties spéciales de procédure, telle la présence d'un observateur indépendant »³⁷⁸. Puis, dans son arrêt *Buckley* de 1996, la Cour a considéré qu'« il convient d'examiner les garanties procédurales dont dispose l'individu pour déterminer si l'État défendeur n'a pas fixé le cadre réglementaire en outrepassant les limites de son pouvoir discrétionnaire »³⁷⁹, avant de rappeler la formule précitée des arrêts *B.* et *W.* Cette solution fut ensuite reprise dans de nombreuses affaires similaires³⁸⁰. Ces garanties procédurales ont également été imposées en application de l'article 10 en cas d'interdiction d'une publication étrangère³⁸¹, dans une hypothèse de refus de renouvellement du contrat à durée déterminée d'un professeur d'université du fait de ses propos critiques envers la doctrine catholique, aussi bien au stade de la phase administrative qu'au niveau du contrôle juridictionnel³⁸², ou encore

Uni, A 121, § 62.

³⁷⁷ *Ibid.*, respectivement § 65 et § 64.

³⁷⁸ Cour EDH, 16 décembre 1992, **Niemietz** c. Allemagne, A 251-B, §37 ; *GACEDH*, n° 45 ; *AFDI*, 1992, 629, obs. V. Coussirat-Coustère ; *RTDH* 1993, 410, chron. P. Lambert et F. Rigaux ; *JDI* 1993, 755, obs. P. Tavernier. Voir également Cour EDH, 16 décembre 1997, **Camenzind** c. Suisse, *Rec.* 1997-VIII, §46 ; *RTDH*, 1998, 647, note G. Malinverni. Pour une application par le Conseil d'État français : « que le caractère proportionné de l'ingérence que constitue la mise en œuvre, par une autorité publique, de ses pouvoirs de visite et de contrôle des locaux professionnels résulte de l'existence de garanties effectives et appropriées, compte tenu, pour chaque procédure, de l'ampleur et de la finalité de ces pouvoirs » (CE, 6 novembre 2009, **Société inter confort**, n° 304300, *Leb.*, p. 448, concl. J. Burguburu).

³⁷⁹ Cour EDH, 25 septembre 1996, **Buckley** c. Royaume-Uni, *Rec.* 1996-IV, §76 ; *RTDH*, 1997, 47, obs. O. De Schutter.

³⁸⁰ Cour EDH, GC, 18 janvier 2001, **Chapman** c. Royaume-Uni, *Rec.* 2001-I, §92 ; *GACEDH*, n° 46 ; *RTDH*, 2001, 887, obs. F. Sudre ; *RTDH*, 2001, 999, note F. Benoît-Rohnmer ; *RTDciv.*, 2001, 448, chron. J.-P. Marguénaud ; *L'Europe des Libertés*, mai 2001, 2, note M. Levinet. ; Cour EDH, 27 mai 2004, **Connors** c. Royaume-Uni, req. 66746/01, § 83 ; Cour EDH, 29 juillet 2004, **Blečić** c. Croatie, req. 59532/00, §68 ; Cour EDH, 13 mai 2008, **McCann** c. Royaume-Uni, req. 19009/04., §53.

³⁸¹ Cour EDH, 17 juillet 2001, **Association Ekin** c. France, req. 39288/98, §58 ; *AJDA* 2002, 52, note F. Julien-Lafferrière.

³⁸² Cour EDH, 20 octobre 2009, **Lombardi Vallauri** c. Italie, req. n° 39128/05, §46 (violation de l'article 10 CEDH). Ces garanties procédurales ont également été exigées sur le fondement de l'article 2 du Protocole 1, en cas d'expulsion temporaire d'un élève (Cour EDH, 11 janvier 2011, **Ali** c. Royaume-Uni, req. 40385/06, §58), ou encore sur le fondement de l'article 8 en cas de révocation d'un magistrat (Cour EDH, 19 octobre 2010, **Özpınar** c. Turquie, req. 20999/04, §78 et s.).

sur le fondement de l'article 14 combiné avec l'article 2 du Protocole 1, dans une affaire où des enfants roms avait été placés dans une classe spéciale³⁸³.

Ces mêmes garanties procédurales peuvent être dégagées et contrôlées au titre de la légalité de l'ingérence.

2. L'examen de la légalité de l'ingérence

130. La deuxième voie employée afin de consacrer des obligations procédurales est celle du contrôle de la légalité de l'ingérence. Ici encore, il s'agit uniquement d'obligations de conciliation. Après avoir simplement exigé à ce stade que « *le droit interne* » offre « *une certaine protection contre des atteintes arbitraires de la puissance publique aux droits garantis* »³⁸⁴, la Cour a ajouté ensuite des exigences procédurales.

En 2000, dans l'affaire de Grande Chambre *Rotaru*, après avoir constaté l'existence d'une base juridique puis considéré que l'exigence de qualité de cette dernière n'était pas remplie en l'espèce, le juge européen a estimé en outre « *qu'une ingérence de l'exécutif dans les droits de l'individu* » devait être « *soumise à un contrôle efficace que doit normalement assurer, au moins en dernier ressort, le pouvoir judiciaire, car il offre les meilleures garanties d'indépendance, d'impartialité et de procédure régulière* »³⁸⁵. Il a consacré des garanties procédurales à ce même stade du contrôle de la légalité de l'ingérence dans d'autres affaires concernant l'article 8³⁸⁶, l'article

³⁸³ « *chaque fois que les autorités nationales se voient reconnaître une marge d'appréciation susceptible de porter atteinte au respect d'un droit protégé par la Convention, il convient d'examiner les garanties procédurales dont dispose l'individu pour faire déterminer si l'État défendeur n'a pas fixé le cadre réglementaire en outrepassant les limites de son pouvoir discrétionnaire (...). Or, il ressort des faits de l'espèce que le processus de scolarisation des enfants roms n'a pas été entouré de garanties (...) permettant de s'assurer que, dans l'exercice de sa marge d'appréciation en matière d'éducation, l'État a tenu compte des besoins spécifiques de ces enfants découlant de leur position défavorisée* » Cour EDH, GC, 13 novembre 2007, **D.H. et al.** c. République Tchèque, *Rec.* 2007-IV, §206-207 ; *AJDA* 2008, 978, chron. J.-F. Flauss ; *JCP G* 2008, I 110, chron. F. Sudre ; *RTDH*, 2008, 821, note E. Dubout.

³⁸⁴ Cour EDH, Plén., 2 août 1984, **Malone** c. Royaume-Uni, A 82, §67 ; *GACEDH*, n° 39, *Rev. cs. crim.* 1984, 145, obs. L.-E. Pettiti ; *JT* 1985, 414, obs. P. Lambert ; *AFDI* 1985, 393, obs. V. Coussirat-Coustère (article 8) ; Cour EDH, 18 février 1991, **Fredin** c. Suède (n° 1), A192, §50 (article 1 du Protocole 1).

³⁸⁵ Cour EDH, GC, 4 mai 2000, **Rotaru** c. Roumanie, *Rec.* 2000-V, §59 ; *RTDH* 2001, 137, obs. O de Schutter ; *JDI* 2001, 203, obs. D. Leclercq-Delapierre ; *JCP G* 2001, I, 291, chron. F. Sudre.

³⁸⁶ En matière d'écoutes téléphoniques et de mémorisation de données personnelles : Cour EDH, 24 avril 1990, **Kruslin** c. France, A 176-A, §32-35 ; *GACEDH*, n° 5, *RUDH* 1990, 195, note G. Cohen- Jonathan ; *D* 1990, 1987, chron. R. Koering-Joulin ; *JDI* 1991, 786, obs. E. Decaux. Cour EDH, GC, 16 février 2000, **Amann** c. Suisse, *Rec.* 2000-II, §60 ; *AJDA* 2000, 1006, chron. J.-F. Flauss ; expulsion des étrangers : Cour EDH, 20 juin 2002, **Al-Nashif** c.

³⁸⁷, l'article 10³⁸⁸, ou encore l'article 1 du Protocole 1³⁸⁹.

Dans les affaires précitées, n'est pas employé explicitement le terme obligation positive. Il est cependant possible de considérer qu'il s'agit pour l'État d'adopter des mesures, celles de mettre en place et de mettre en œuvre les procédures requises. En effet, des garanties identiques furent développées grâce à la technique des obligations positives, troisième voie employée à cet égard. La Cour a elle-même affirmé le caractère identique des garanties procédurales imposées, quelle que soit la voie employée³⁹⁰.

3. La technique des obligations positives

131. Lorsque des garanties procédurales sont dégagées grâce à la technique des obligations positives, la Cour considère qu'est en cause une omission ou ingérence passive de l'État. En plus de l'arrêt *Airey* précité³⁹¹, la Cour a ainsi estimé que les obligations positives déduites de l'article 1 du Protocole 1 peuvent impliquer « *pour l'État l'obligation de prévoir une procédure judiciaire qui soit entourée des garanties de procédure nécessaires et qui permette ainsi aux tribunaux nationaux de trancher efficacement et équitablement tout litige éventuel entre*

Bulgarie, req. 50963/99, §123 ; Cour EDH, 24 avril 2008, **C.G. et al.** c. Bulgarie, req. 1365/07, §40 ; Cour EDH, 26 juillet 2011, **M. et al.** c. Bulgarie, req. 41416/08, §100.

³⁸⁷ Ingérence dans l'organisation interne de la communauté musulmane : Cour EDH, GC, 26 octobre 2000, **Hassan et Tchaouch**, *Rec.* 2000-XI, §85 ; *JCP G* 2001, I, 291, chron. F. Sudre ; *JDI* 2001, 211, obs. P. Tavernier ; *AJDA*, 2000, 1006, chron. J.-F. Flauss.

³⁸⁸ Protection des sources journalistiques : Cour EDH, GC, 14 septembre 2010, **Sanoma Uitgevers B.V.** c. Pays-Bas, §88, 90 et 100 ; *JCP G* 2010, act. 951, obs. G. Gonzalez ; *JCP G*, 2011, 94, chron. F. Sudre ; *Rev. sc. crim.*, 2011, 208, chron. J.-P. Marguénaud et D. Roets. Exécution d'une décision de justice : Cour EDH, 26 mai 2009, **Kenedi** c. Hongrie, req. 31475/05, §45.

³⁸⁹ Saisie d'actions détenues par la société requérante : Cour EDH, 9 octobre 2008, **Forminster Enterprises Limited** c. République Tchèque, req. 38238/04, §69.

³⁹⁰ « *The boundaries between the State's positive and negative obligations under Article 1 of Protocol No. 1 do not lend themselves to precise definition. However, whether the case is analysed in terms of a positive duty on the part of the State or in terms of interference by a public authority which needs to be justified, the criteria to be applied do not differ in substance. The first and most important of these is the requirement of lawfulness (...). That presupposes, amongst other things, that domestic law must provide a measure of legal protection against arbitrary interference with property rights (...), and that the State must afford judicial procedures that offer the necessary procedural guarantees and enable the domestic courts to adjudicate effectively and fairly on any disputes between private persons (...). Indeed, the latter requirement is also one of the positive obligations stemming from Article 1 of Protocol No. 1* » (Cour EDH, 20 septembre 2011, **Shesti Mai Engineering OOD et al.** c. Bulgarie, req. 17854/04, §79).

³⁹¹ Voir *supra* n° 109.

particuliers »³⁹². Dans une autre affaire, après avoir identifié l'existence d'une ingérence dans le droit invoqué et jugé qu'elle était prévue par la loi et poursuivait un but légitime, la Cour a procédé, au titre de l'examen de la nécessité de l'ingérence, au rappel des obligations positives pesant sur les États en application de l'article 11 et a établi que « l'absence d'un contrôle juridictionnel en matière d'interdiction de réunions a privé le requérant des garanties suffisantes pour éviter d'éventuels abus »³⁹³. Enfin la Cour peut utiliser, dans une même affaire, de manière indistincte, le terme d'obligation positive ou de garantie procédurale, estimant que ces deux termes sont synonymes³⁹⁴.

132. En outre, dans d'autres domaines, des obligations procédurales ont été dégagées exclusivement grâce à la technique des obligations positives. Par un arrêt *Gaskin* de 1989, a été exigée, sur le fondement de l'article 8, la création d'un organe indépendant afin de déterminer l'accès des individus aux dossiers contenant des informations personnelles³⁹⁵. Un tel organe doit également être établi pour statuer sur une action en recherche de paternité lorsque le père présumé refuse de se soumettre à un test ADN³⁹⁶, pour examiner une demande d'autorisation d'avortement³⁹⁷, d'objection de conscience au service militaire obligatoire³⁹⁸, pour « s'assurer qu'une décision de mettre fin à sa vie correspond bien à la libre volonté de l'intéressé »³⁹⁹, ou encore en cas d'accouchement sous X pour « mettre en balance » le droit de l'enfant « à connaître ses origines avec les droits et les

³⁹² Cour EDH, 25 juillet 2002, **Sovtransavto Holding** c. Ukraine, Rec. 2002-VII, §96 ; *JCP G*, 2003, I, 109, n° 24, obs. F. Sudre ; Cour EDH, GC, 11 janvier 2007, **Anheuser-Busch Inc** c. Portugal, Rec. 2007-I ; *RJC* 2008, 4, 271, chron. J.-F. Flauss, §83 ; Cour EDH, 19 juillet 2007, **Freitag** c. Allemagne, req. 71440/01, §54.

³⁹³ Cour EDH, 20 septembre 2005, **Yeşilgöz** c. Turquie, req. 45454/99, §28. Voir également Cour EDH, 29 mars 2011, **Potomska et Potomski** c. Pologne, req. 33949/05, §74.

³⁹⁴ Elle peut ainsi annoncer qu'existent à la charge de l'État des « obligations positives » impliquant de « mener une forme d'enquête officielle adéquate et effective lorsque le recours à la force a entraîné mort d'homme », puis de conclure à la violation de la Convention « vu l'absence de garanties procédurales effectives qu'a révélée l'enquête insuffisante menée » (Cour EDH, GC, 8 juillet 1999 **Çakıcı** c. Turquie, Rec. 1999-IV, §86-87).

³⁹⁵ Cour EDH, Plén., 7 juillet 1989, **Gaskin** c. Royaume-Uni, A 160, §49 ; *JDI*, 1990, chron. P. Tavernier ; *RTDH*, 1990, 361.

³⁹⁶ Cour EDH, 7 février 2002, **Mikulić** c. Croatie, Rec. 2002-I, §64, *RTDciv.*, 2002, 866, note J.-P. Marguénaud ; *JCP G*, 2002, I 157, chron. F. Sudre . Elle a ensuite estimé que « le principe de proportionnalité exige que le système en question tire les conséquences du refus du père prétendu et statue rapidement sur l'action en recherche de paternité » (Cour EDH, 30 mai 2006, **Ebru et Tayfun Engin Çolak** c. Turquie, req. 60176/00 §95).

³⁹⁷ Cour EDH, 20 mars 2007, **Tysiāc** c. Pologne, Rec. 2007-I, §117 ; *RDSS*, 2007, 643, note D. Roman ; *RTDH*, 2007, 855, note J.-M. Larralde ; Cour EDH, GC, 16 décembre 2010, **A, B et C** c. Irlande, Rec. 2010-..., §245-246 ; Cour EDH, 25 mai 2011, **R.R.** c. Pologne, Rec. 2011-..., §191 ; *JCP G* 2011, 914, chron. F. Sudre.

³⁹⁸ Article 9 CEDH : Cour EDH, 12 juin 2012, **Savda** c. Turquie, req. 42730/05, §98-99.

³⁹⁹ Cour EDH, 20 janvier 2011, **Haas** c. Suisse, Rec. 2011-..., §58.

intérêts de la mère à maintenir son anonymat »⁴⁰⁰,

133. Le droit à un environnement sain a également été un terrain propice à cet égard. Deux arrêts de 1998 en montrent les prémices. L'arrêt *Guerra* a ainsi imposé sur le fondement de l'article 8, une obligation d'information des riverains d'une usine sur les risques liés aux émissions nocives produites par cette dernière⁴⁰¹. Quant à l'affaire *Mc Ginley et Egan* elle a permis de déduire une « obligation positive » de l'article 8 impliquant que, « dès lors qu'un gouvernement s'engage dans des activités dangereuses (...) susceptibles d'avoir des conséquences néfastes cachées sur la santé des personnes qui y participent », l'État mette en place « une procédure effective et accessible permettant à semblables personnes de demander la communication de l'ensemble des informations pertinentes et appropriées »⁴⁰². La Cour a imposé ensuite des obligations de consultation des populations en matière environnementale⁴⁰³.

134. La technique des obligations positives a ainsi servi à dégager des obligations procédurales de conciliation. Elle a en outre été la voie exclusive utilisée par la Cour afin de découvrir des obligations d'enquête, obligations de réparation⁴⁰⁴.

135. La jurisprudence constitutionnelle et la doctrine allemandes, bien que la jurisprudence européenne n'y fasse pas référence, constituent à certains égards des sources implicites des obligations positives prétoriennes européennes.

La Cour de Karlsruhe avait, dès 1958, émis la possibilité que des droits civils et politiques puissent impliquer des obligations d'action de la part des autorités publiques, alors que la Commission n'a fait pour la première fois mention des obligations positives que dans son rapport de l'*Affaire linguistique belge* en 1965.

⁴⁰⁰ Cour EDH, 25 septembre 2012, **Godelli** c. Italie, req. 33783/09, §70. La législation française qui prévoyait un tel mécanisme avait été jugée conventionnelle (Cour EDH, GC, 13 février 2003, **Odièvre** c. France, *Rec.* 2003-III ; *JCP G* 2003, II, 10049, note A. Gouttenoire et F. Sudre ; *RTDciv.* 2003, 276, obs. J. Hauser ; *JCP G* 2003, I, 120, étude Ph. Malaurie ; *RTDciv.* 2003, 375, obs. J.-P. Marguénaud ; *RTDH* 2004, 405, obs. V. Bonnet).

⁴⁰¹ Cour EDH, GC, 19 février 1998, **Guerra et al.** c. Italie, *Rec.* 1998-I, §58 et 60 ; *JCP G*, 1999, I, 105, n° 43, obs. F. Sudre ; *D.*, 1998, Somm. 370, obs. J.-F. Renucci ; *Revue de droit de l'environnement*, 1998, 318, note J.-P. Marguénaud ; *RTD civ.* 1998, 517, note J.-P. Marguénaud.

⁴⁰² Cour EDH, 9 juin 1998, **McGinley et Egan** c. Royaume-Uni, *Rec.*, 1998-III, §101 ; *JCP G*, 1999, I 105, chron. F. Sudre. La découverte de ces obligations par la Cour précéda de peu l'adoption de la Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement du 25 juin 1998. Or ce texte garantit des obligations très similaires à celles dégagées par la Cour.

⁴⁰³ Cour EDH, GC, 8 juillet 2003, **Hatton et al.** c. Royaume-Uni, *Rec.* 2003-VIII, §99 ; *JCP G*, 2004, I 107, chron. F. Sudre ; *RTDciv.*, 2003, 762, obs. J.-P. Marguénaud.

⁴⁰⁴ V. *infra*. Partie 1, Chapitre 1, Section 2, §1, B, 1, b, ii, n° 149 et s.

La doctrine allemande avait très tôt réfléchi à la question de l'application des droits fondamentaux entre personnes privées, or cette théorie de la *Drittwirkung*, connue de membres de la Commission et de la Cour a été souvent invoquée afin de militer en faveur de l'effet horizontal de la Convention. La Cour constitutionnelle allemande et les organes de contrôle de la Convention ont en outre utilisé certaines des techniques similaires afin d'assurer une telle application de leur texte fondamental, l'obligation de protection allemande et la technique des obligations positives européenne comportant de nombreux points communs.

Enfin, la juridiction suprême allemande a développé dès le début des années 1970 des garanties en matière d'organisation et de procédures à partir des droits substantiels garantis par la Loi Fondamentale allemande. Ces garanties comportent de nombreux points communs avec certaines obligations procédurales européennes de régulation dont les prémices sont visibles dans l'affaire *Airey* de 1978 mais qui ne seront ensuite véritablement développées qu'à partir de la fin des années 1980.

La Cour a cependant adopté une démarche propre et originale, se détachant ainsi de son homologue allemande. Elle a adopté une approche beaucoup plus pragmatique et casuistique que cette dernière. Pour construire sa technique des obligations positives elle a utilisé bien d'autres sources tant formelles que matérielles.

SECTION 2 : Le recours croissant à des sources matérielles

136. Si, dans un premier temps, la Cour ne s'est pas beaucoup référée à des sources matérielles afin de dégager des obligations positives prétoriennes, il est possible de constater un recours exponentiel au droit international (§1) et un recours émergeant au principe de prééminence du droit (§2).

§1. Une exploitation exponentielle du droit international

137. Après avoir étudié les règles d'interprétation permettant le recours au droit international (A), seront abordées les différentes manifestations de ce dernier en matière d'obligations positives (B).

A. Les règles d'interprétation permettant un tel recours

138. L'utilisation du droit international aux fins d'interprétation de la Convention EDH⁴⁰⁵ peut être considérée comme une interprétation contextuelle, ou systématique, telle que définie à l'article 31§1 de la Convention de Vienne⁴⁰⁶. Il a ainsi été soutenu qu'une telle utilisation du

⁴⁰⁵ La Convention EDH ne comporte pas de disposition analogue à l'article 29 b) et d) de la Convention interaméricaine, selon lequel « *Aucune disposition de la présente Convention ne peut être interprétée comme : b / restreignant la jouissance et l'exercice de tout droit ou de toute liberté reconnus (...) dans une convention à laquelle cet État est partie; (...) 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* ».

⁴⁰⁶ A cet égard voir F. OST, « Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme », in M. DELMAS-MARTY, *Raisonner la raison d'Etat*, PUF, Paris, 1989, p. 421 ; O. JACOT-GUILLARMOD, « Règles, méthodes et principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in L.-E. PETITI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Economica, 2^{ème} édition, 1999, p. 44 ; I. PANOUSSIS, *La combinaison normative : recherche sur une méthode d'interprétation au service des droits de l'homme*, Th. Lille II, dact., 2006, p. 177 et s. La CIJ exerce également une telle interprétation contextuelle. Elle a ainsi affirmé que « *tout instrument international doit être interprété et appliqué dans le cadre de l'ensemble du système juridique en vigueur au moment où la question de l'interprétation se pose* » (CIJ, Avis consultatif, 21 juin 1971, **Conséquences juridiques pour les États**

droit international pouvait être justifiée par l'appel « *au sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but* » prévu à cet article. Ainsi, selon le juge F. Matscher, il « *paraît légitime d'affirmer que le sens ordinaire d'un terme juridique de la Convention européenne est, dans une certaine mesure, le même que celui utilisé par d'autres Conventions internationales* »⁴⁰⁷. Cette « *première règle d'interprétation prescrite par la Convention de Vienne* » exigerait donc, selon le professeur J.-F. Flauss, de « *pratiquer l'interprétation comparative* »⁴⁰⁸. L'article 31§3 c) de la Convention de Vienne prévoit en outre qu'« *il sera tenu compte, en même temps que du contexte (...) de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties* ». Il peut être également invoqué afin de justifier l'interprétation de la Convention EDH au regard du droit international⁴⁰⁹.

Le juge européen, sans nécessairement invoquer ces dispositions de la Convention de Vienne, a recours à des sources internationales par la mise en œuvre d'une interprétation consensuelle et/ou évolutive de la Convention. Dans ce cadre, la Cour s'efforce de rechercher dans le droit international les marques des volontés étatiques et les traces de la formation d'un consensus justifiant de faire évoluer l'interprétation de la Convention dans un sens donné⁴¹⁰.

de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité, Rec. 1971, p. 31, § 53).

⁴⁰⁷ F. MATSCHER, « Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle. Les méthodes d'interprétation de la Convention européenne », in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, coll. « Droit et justice », 1998, p. 30.

⁴⁰⁸ J.-F. FLAUSS, « Du droit international comparé dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ (éd.), *Le rôle du droit comparé dans l'avènement du droit européen*, Schulthess, 2002, p. 160. Il semblerait que ce type d'interprétation soit très présente dans la jurisprudence de la cour suprême américaine, qui fit référence dès la XIX^{ème} siècle au droit étranger et au droit international (L. HENNEBEL, « La "destinée manifeste" des droits de l'homme aux États-Unis », in L. HENNEBEL, A. VAN WAEYENBERGE (dir.), *Exceptionnalisme américain et droits de l'homme*, Dalloz, 2009, p. 40 et suivantes ; S. CALABRESI, S. DOTSON ZIMDAHL, « The Supreme Court and Foreign Sources of Law : Two Hundred Years of Practice and the Juvenile Death Penalty Decision », *William and Mary Law Review*, 47, 2005, p. 743.

⁴⁰⁹ En ce sens voir L. CAFLISCH et A.A. CANCADO TRINDADE, « Les Conventions américaine et européenne des droits de l'homme et le droit international général, *RGDIP*, 2004, p. 14. Conclusions des travaux du Groupe d'étude de la Commission du droit international, « La fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international », *Annuaire de la Commission du droit international*, 2006, vol. II (2), p. 419, §17 et s. ; D. RIETIKER, « Un enlèvement d'enfant devant la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme : l'affaire *Neulinger et Shuruk c. Suisse* analysée à la lumière des méthodes d'interprétation des traités internationaux », *RTDH* 2012, p. 386 et s.

⁴¹⁰ Par exemple voir Cour EDH, Plén., 13 juin 1979, **Marckx, préc.**, §41, ou encore Cour EDH, 7 janvier 2010, **Rantsev c. Chypre et Russie**, req. 25965/04, sélectionné pour publication, § 277 ; *JCP G*, act. 132, F. Sudre ; *HRLR*, 10-3 (2010), 546, note J. Allain. L. BURGORGUE-LARSEN, « Les Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme et le "système onusien" », in E. DUBOUT, S. TOUZÉ (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, 2010, p. 97 et s. ; H. SURREL, « Pluralisme et recours au consensus dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in M. LEVINET (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruylant, coll. « Droit et Justice », 2010, p. 63 ; M. FOROWICZ, *The Reception of*

139. Si le recours au droit international n'est pas nouveau dans la jurisprudence européenne⁴¹¹, l'utilisation de « *normes exogènes* » s'est petit à petit étendu. D'un « *simple épiphénomène* » il est devenu « *une politique en voie de banalisation* »⁴¹². À la différence de la Cour interaméricaine, qui s'est très tôt ouverte au droit international⁴¹³, la Cour européenne s'est en effet dans un premier temps efforcée de créer une jurisprudence originale et autonome par rapport aux droits internes ou internationaux.

Le parachèvement de ce processus de recours accru au droit international est incarné par l'arrêt de Grande Chambre *Demir et Baykara* qui fait figure d'arrêt de principe et vient clarifier la démarche de la Cour à ce sujet. Celle-ci y affirme qu'elle n'a « *jamais considéré les dispositions de la Convention comme l'unique cadre de référence dans l'interprétation des droits et libertés qu'elle contient. Au contraire, elle doit également prendre en considération toute règle et tout principe de droit international applicables aux relations entre les Parties contractantes* »⁴¹⁴ et à ce titre fait référence entre parenthèses à l'article 31 § 3 c) de la Convention de Vienne. Elle ajoute « *qu'elle s'est toujours référée au caractère "vivant" de la Convention à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles et qu'elle a tenu compte de l'évolution des normes de droit national et international dans son interprétation des dispositions de la Convention* »⁴¹⁵.

140. La Cour bien, qu'elle affirme appliquer l'article 31§ 3c) de la Convention de Vienne⁴¹⁶ qui mentionne les règles « *applicables dans les relations entre les parties* », en dépasse

International Law in the European Court of Human Rights, Oxford University Press, 2010, p. 12 ; I. ZIEMELE, « Other Rules of International Law and the European Court of Human Rights : a Question of Simple Collateral Benefit ? », in *Mélanges en l'honneur de Ch. L. ROZAKIS, La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant*, Bruylant, 2011, p. 742.

⁴¹¹ A cet égard se référer aux chroniques de jurisprudence des professeurs J. Cohen-Jonathan et J.-F. Flauss à l'AFDI.

⁴¹² J.-F. FLAUSS, « Du droit international comparé dans des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 161.

⁴¹³ H. TIGROUDJA, L'autonomie du droit applicable par la Cour interaméricaine des droits de l'homme : en marge des arrêts et avis consultatifs récents, *RTDH*, 2002, p. 76 ; L. BURGORGUE-LARSEN, A. ÚBEDA DE TORRES, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruylant, 2008, p.71-72 ; C. M. CERNA, « Questions générales de droit international examinées par la Cour interaméricaine des droits de l'homme », *AFDI*, 1996, p. 715-732 ; G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUSS, « Cour européenne des droits de l'homme et droit international général », *AFDI* 2003, p. 663 et s.

⁴¹⁴ Cour EDH, GC, 12 novembre 2008, **Demir et Baykara** c. Turquie, req. 34503/97, sélectionné pour publication, §67 ; *D*, 2009, 739, note J.- P. Marguénaud et J. Mouly ; *JCP G*, 2009, II 10018, note F. Sudre ; *RTDH*, 2009, 811, note S. Van Drooghenbroeck.

⁴¹⁵ Cour EDH, GC, 12 novembre 2008, **Demir et Baykara**, *préc.*, §68.

⁴¹⁶ À cet égard se reporter à S. VAN DROOGHENBROECK, « Les frontières du droit et le temps juridique : la Cour européenne des droits de l'homme repousse les limites », *RTDH*, 2009, spéc. p. 822 et s.

cependant la lettre. Si cette expression a donné lieu à de nombreuses controverses quant à ce qu'elle recouvre⁴¹⁷, la Cour s'en départit largement à deux titres.

D'une part, elle ne réduit pas ces références extra-conventionnelles aux sources énumérées à l'article 38 du Statut de la CIJ. Ce dernier énumère uniquement les traités internationaux, la coutume internationale, les principes généraux de droit et, comme sources auxiliaires, les décisions judiciaires et la doctrine, et non la *soft law*⁴¹⁸ à laquelle le juge européen a pourtant également régulièrement recours⁴¹⁹.

D'autre part, elle réaffirme la possibilité de se référer à des traités internationaux que l'État partie au litige n'a pas nécessairement signé et ratifié⁴²⁰, citant à cet égard plusieurs arrêts dans lesquels elle avait procédé ainsi. Elle estime qu'il suffit « *que les instruments internationaux pertinents dénotent une évolution continue des normes et des principes appliqués dans le droit international ou dans le droit interne de la majorité des États membres du Conseil de l'Europe et attestent, sur un aspect précis, une communauté de vue dans les sociétés modernes* »⁴²¹.

Ce recours accru et de plus en plus explicite au droit international qui a pu être qualifié d'interprétation « globalisée »⁴²² ou « globalisante »⁴²³ est également visible concernant les obligations positives.

⁴¹⁷ *Ibid.* p. 825. Cette controverse est résumée par la Commission du droit international dans le cadre de ses travaux sur la fragmentation du droit international (Conclusions des travaux du Groupe d'étude de la Commission du droit international, « La fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international », *Annuaire de la Commission du droit international*, 2006, vol. II, 2^e partie, p. 419 et s.).

⁴¹⁸ La *soft law* a été définie comme l'ensemble « des règles dont la valeur normative serait limitée soit parce que les instruments qui les contiennent ne seraient pas juridiquement obligatoires, soit parce que les dispositions en cause, bien que figurant dans un dispositif contraignant, ne créeraient pas d'obligation de droit positif, ou ne créeraient que des obligations peu contraignantes » (J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant/AUF, 2001, p. 1039). Le terme de *soft law* est employé ici dans un sens large c'est-à-dire comme évoquant également, selon les termes du professeur P. Weil, qui conteste une telle approche, « la valeur pré-juridique de certains actes non normatifs, telles certaines résolutions des organisations internationales ». Sur cette question se reporter à F. TULKENS, S. Van DROOGHENBROECK, « Le *soft law* des droits de l'homme est-il vraiment si *soft* ? Les développements de la pratique interprétative récente de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Liber amicorum M. MAHIEU*, Larcier, 2008, p. 505 et F. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK, F. KRENC, « La *soft law* et la Cour européenne des droits de l'homme : question de légitimité et de méthode », *RTDH*, 2012, p. 433-489.

⁴¹⁹ Cour EDH, **Demir et Baykara**, préc. §74 et s.

⁴²⁰ « La Cour rappelle à cet égard que dans la recherche de dénominateurs communs parmi les normes de droit international, elle n'a jamais distingué entre les sources de droit selon qu'elles avaient ou non été signées et ratifiées par le gouvernement défendeur. » Cour EDH, **Demir et Baykara**, préc. §78.

⁴²¹ Cour EDH, **Demir et Baykara**, préc. §86.

⁴²² J.-F. FLAUSS, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA* 2010, p. 997.

⁴²³ P. WACHSMANN, « Réflexions sur l'interprétation « globalisante » de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur de J.-P. COSTA, La conscience des droits*, Dalloz, 2011, p. 667-676.

B. Les manifestations en matière d'obligations positives

141. Le recours au droit international public peut être implicite (1) ou explicite (2).

1. Le recours implicite au droit international public

142. Le droit international général consacre des obligations de due diligence, également appelées obligations de prévention ou de vigilance, à la charge des États (a). Si la Cour n'y a jamais fait référence, il est cependant possible qu'elle s'en soit inspirée afin de dégager certaines obligations positives prétoriennes. En particulier, les obligation de prévention et de réparation dégagées grâce à la technique des obligations positives comportent de nombreux points communs avec certaines obligations de due diligence (b).

a. Les obligations de due diligence en droit international général

143. De telles obligations ont été mises au jour dans de nombreux domaines⁴²⁴. Elles ont toutefois surtout prospéré en matière de responsabilité de l'État à raison des dommages subis par les étrangers sur son territoire⁴²⁵. Le mécanisme de la protection diplomatique est en effet à la source d'un contentieux arbitral fourni qui s'est développé dans la première moitié du XX^{ème} siècle. Par la suite, l'apparition des organes régionaux et internationaux des droits de l'homme ont marginalisé cette institution⁴²⁶.

144. Le terme de due diligence désigne à la fois le contenu d'une obligation et certaines catégories d'obligations coutumières. Ainsi, il caractérise le type de mesures prescrites par une

⁴²⁴ H. TRAN, *Les obligations de vigilance des États parties à la CEDH – Essai sur la transposition en droit européen des droits de l'homme d'un concept de droit international général*, Th. Strasbourg, dact., 2011, p. 13 et s.

⁴²⁵ *Ibid.* §18. Sur le sujet voir D. ANZILOTTI, « La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers », *RGDIP*, 1906, p. 5-29 ; P. A. ZANNAS, *La responsabilité internationale des États pour les actes de négligence*, Université de Genève. Institut universitaire de hautes études internationales, 1952, 146 p.

⁴²⁶ H. TRAN, *Les obligations de vigilance des États parties à la CEDH – Essai sur la transposition en droit européen des droits de l'homme d'un concept de droit international général*, *op. cit.*, §21.

obligation. Il est alors synonyme d'obligation de comportement ou de moyen. L'État n'est pas tenu d'atteindre un résultat mais il doit mettre en œuvre les mesures raisonnables afin de s'efforcer d'atteindre un certain résultat⁴²⁷. Le terme de due diligence désigne également des obligations consacrées par le droit international général et visant à ce que les États prennent des mesures raisonnables afin que sur leur territoire il ne soit pas porté atteinte aux droits des États tiers. Selon Le professeur Ch. Rousseau⁴²⁸, l'obligation de due diligence trouve sa première formulation dans les « règles de Washington » énoncées par l'article 6 du traité du 8 mai 1871 relatif à l'affaire de l'Alabama et conclu entre les États-Unis et la Grande Bretagne. Cette obligation de due diligence a en outre été définie par l'arbitre M. Huber en ces termes : « *la souveraineté territoriale implique le droit exclusif d'exercer les activités étatiques. Ce droit a pour corollaire un devoir : l'obligation de protéger, à l'intérieur du territoire, les droits des autres États, en particulier leur droit à l'intégrité et à l'inviolabilité en temps de paix et en temps de guerre, ainsi que les droits que chaque État peut réclamer pour ses nationaux en territoire étranger* »⁴²⁹.

145. La protection diplomatique⁴³⁰ permet d'engager la responsabilité de l'État si un individu porte atteinte aux droits d'un étranger sous sa juridiction et si les organes étatiques n'ont pas fait preuve de due diligence pour prévenir ou réparer cette atteinte⁴³¹. Cette institution, propre au droit international classique et inter-étatique, trouvait son fondement dans la protection des droits étatiques et non dans celle des droits de l'individu⁴³². Si elle a considérablement évolué sur ce point, dans la mesure où elle englobe désormais la protection des droits de l'homme⁴³³, elle reste cependant

⁴²⁷ Sur la distinction obligation de moyen / obligation de résultat, voir *infra* Partie 2, Chapitre 2, Section 3, n° 555 et s.

⁴²⁸ Ch. ROUSSEAU, *Droit international public, t. V, Les rapports conflictuels*, Sirey, 1983, p. 21.

⁴²⁹ Cour Permanente d'Arbitrage, 4 avril 1928, **affaire relative à la souveraineté de l'Île de Palmas (Miangas)**, États-Unis c. Pays-Bas, *RSA*, vol. II, p. 839 ; *RGDIP*, 1935, p. 156 et s.

⁴³⁰ Elle désigne « l'action diplomatique entreprise par le gouvernement du particulier lésé auprès du gouvernement présumé responsable pour obtenir la réparation du dommage causé à son ressortissant. Cette intervention de l'État implique la prise en charge de la demande individuelle et sa présentation à l'organe arbitral ou juridictionnel chargé d'en assurer le règlement » (Ch. ROUSSEAU, *Droit international public, t. V, Les rapports conflictuels*, Sirey, 1983, p. 97). Se reporter à la même page pour une bibliographie sur le sujet.

⁴³¹ Ch. ROUSSEAU, *Droit international public, t. V, Les rapports conflictuels*, Sirey, 1983, p. 74 et s. et p. 69 c).

⁴³² « En prenant fait et cause pour l'un des siens » l'État « fait à vrai dire, valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants le droit international » (CPIJ, arrêt, 30 août 1924, **Concessions Mavrommatis en Palestine (Exception d'incompétence)**, Grèce c. Grande-Bretagne, A 2, p. 12). Voir A.-Ch. KISS, « La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées en droit international public », in *Mélanges R. CASSIN, t. III, La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées*, Pédone, 1971, p. 221-222.

⁴³³ Voir par exemple : CIJ, Arrêt, 30 novembre 2010, **Ahmadou Sadio Diallo (fond)**, République de Guinée c. République démocratique du Congo, *Rec. à paraître* ; *AFDI*, 2010, 277, obs. S. El Boudouhi. S. TOUZÉ, *La*

bien distincte, d'un point de vue procédural, de la question de l'effet horizontal indirect des Conventions de protection internationale des droits de l'homme.

146. La responsabilité de l'État en cause ne peut être engagée qu'à la demande de l'État de la nationalité du ressortissant étranger et non à la demande directe de l'individu lésé. Elle ne peut en outre impliquer la responsabilité de l'État pour une violation commise sous sa juridiction par une personne privée à l'encontre de l'un de ses nationaux. Ainsi, elle ne permet pas à un individu d'engager la responsabilité internationale d'un État du fait d'une violation d'un droit de l'homme provoquée par un autre individu. Le professeur G. Cohen-Jonathan soulignait à propos de l'arrêt *Velasquez* de la Cour IADH⁴³⁴ que si était transposé « *le devoir de prévention et de répression* » qu'implique « *la responsabilité de l'État pour dommages causés aux étrangers à raison des actes des particuliers* », une « *innovation de taille* » était apportée ; « *d'une part il ne s'agit plus de rapports inter-étatiques classiques ; d'autre part la responsabilité internationale de l'État est engagée du fait de la violation des droits de l'homme à l'égard de ses propres ressortissants* »⁴³⁵.

Cependant, cette catégorie d'obligation est très proche de certaines obligations positives prétoriennes dégagées par les organes de contrôle de la Convention en matière de prévention et de réparation.

b. Les obligations de prévention et de réparation dégagées grâce à la technique des obligations positives

i. Les obligations de prévention

147. L'obligation coutumière de due diligence exige que lorsque les pouvoirs publics ont connaissance d'un risque d'atteinte aux droits d'un Etat tiers, ils adoptent des mesures raisonnables afin de prévenir cette atteinte. Cette obligation de prévention s'est principalement

protection des droits des nationaux à l'étranger, recherche sur la protection diplomatique, Pedone, 2007, 513 p. T. MERON, *The Humanization of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 301 et s. ; L.-A. SICILIANOS, « The Individual as a Catalyst for Change in International Law : Interaction between General International Law and Human Rights », in *Mélanges en l'honneur de Ch. L. ROZAKIS, La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant*, Bruylant, 2011, p. 545 ; C. LE BRIS, « Vers la "protection diplomatique" des non-nationaux victimes de violation des droits de l'homme ? », *RTDH*, 2012, p. 329-345.

⁴³⁴ Cour IADH, Fond, 29 juillet 1988, **Velásquez Rodríguez** c. Honduras, C 4.

⁴³⁵ *RGDIP*, 1990, 462, obs. G. Cohen-Jonathan.

développée en matière de responsabilité des États à raison des dommages soufferts par des étrangers sur leur territoire⁴³⁶. Elle a également trouvé application devant la Cour internationale de justice (CIJ) dans une affaire où des navires britanniques avaient été endommagés par l'explosion de mines dans les eaux territoriales albanaises. Il avait été établi que l'Albanie, ayant eu connaissance de l'existence de ces mines, aurait dû en informer le navire en question⁴³⁷. De même, dans une affaire où l'ambassade américaine en Iran avait été prise d'assaut par des personnes privées sans que les autorités du pays n'interviennent pour la protéger, la CIJ a reconnu la responsabilité internationale de l'Iran pour défaut de prévention de ces actes⁴³⁸.

148. La Cour de Strasbourg a de son côté dégagé des obligations de prévention des atteintes aux droits conventionnels. En 1988, elle a établi qu'« *il incombe aux États contractants d'adopter des mesures raisonnables et appropriées afin d'assurer le déroulement pacifique des manifestations licites* »⁴³⁹. Dans cette affaire, la manifestation organisée par l'association requérante avait été perturbée par des contre-manifestants. La Cour a cependant jugé que les autorités autrichiennes n'avaient « *pas manqué de prendre des mesures raisonnables et appropriées* » afin de protéger les droits issus de l'article 11 CEDH⁴⁴⁰.

Il a fallu ensuite attendre l'arrêt *Osman* en 1998 pour voir consacrée une nouvelle obligation de ce type⁴⁴¹. La Cour a établi que l'article 2 de la Convention pouvait « *dans certaines circonstances bien définies, mettre à la charge des autorités l'obligation positive de prendre préventivement des mesures d'ordre pratique pour protéger l'individu dont la vie est menacée par les agissements criminels d'autrui* »⁴⁴². Ces obligations de prévention se sont ensuite multipliées sur

⁴³⁶ Voir par exemple : Sentence arbitrale, 1^{er} mai 1925, **Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol**, Espagne c. Royaume-Uni, RSA, vol. II, p. 615-742 ; Commission générale des réclamations États-Unis – Mexique, 6 mai 1927, **Kennedy**, États-Unis c. Mexique, RSA, vol. IV, p. 194-203.

⁴³⁷ CIJ, Arrêt, 9 avril 1949, **Détroit de Corfou (fond)**, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Albanie, Rec. 1949, p. 22.

⁴³⁸ CIJ, Arrêt, 24 mai 1980, **Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran**, États-Unis d'Amérique c. Iran, Rec. 1980, p. 31.

⁴³⁹ Cour EDH, 21 juin 1988, **Plattform « Ärzte für das Leben »** c. Autriche, A 139, §34 ; *JDI*, 1989, 824, chron. P. Tavernier.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, §39.

⁴⁴¹ La Cour interaméricaine des droits de l'homme (Cour IADH, Fond, 29 juillet 1988, **Velásquez Rodríguez** c. Honduras, C 4, §175 ; *RGDIP*, 1990, 455, obs. G. Cohen-Jonathan) et le Comité DH ont également dégagé des obligations de prévention (voir *infra* Partie 1, Chapitre 2, Section 1, B, 1, b, n° 272 et s.).

⁴⁴² Cour EDH, GC, 28 octobre 1998, **Osman** c. Royaume-Uni, Rec. 1998-VIII, §115 ; *GACEDH*, n° 12 ; *JCP G*, 1999, I 105, chron. F. Sudre ; *JDI*, 1999, 269, obs. P. Tavernier.

le fondement de nombreux articles conventionnels⁴⁴³. Leur champ d'application est en outre plus large que celles consacrées en droit international général. « *En effet, si la vigilance se rapporte traditionnellement à la mission de surveillance qui incombe aux États à l'égard des particuliers se trouvant sous leur juridiction, dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme, elle a également permis de les astreindre à tenir compte des droits de l'homme et à prendre les précautions qui s'imposent pour réduire les risques de violation, dès lors qu'ils exercent des prérogatives susceptible de violer les droits* »⁴⁴⁴.

ii. Les obligations de réparation

149. La Cour EDH a dégagé des obligations de réparation grâce à la technique des obligations positives. Dans certains cas, elles impliquent de procéder aux enquêtes nécessaires afin d'identifier, de poursuivre et de punir les responsables d'atteinte aux droits conventionnels. Ces obligations d'enquête sont très proches de certaines obligations issues du droit international général. Elles ont ensuite été consacrées et étendues textuellement et/ou de manière prétorienne en droit international humanitaire et en droit international des droits de l'homme⁴⁴⁵.

150. En droit international général, des obligations d'enquête et de réparation ont été imposées dans le cadre de la responsabilité des États à raison des dommages subis par des étrangers sur leur territoire⁴⁴⁶. Tout comme la Cour EDH a pu considérer que les obligations procédurales étaient autonomes des obligations substantielles issues d'un même droit conventionnel et conclure ainsi indépendamment à la violation de l'une et de l'autre⁴⁴⁷, en matière de protection des étrangers présents sur le territoire, le droit international général conçoit l'obligation de prévention et l'obligation de répression comme deux obligations « *conjonctives* », qui « *portent sur deux objets distincts et sont également dus* »⁴⁴⁸. Dans certaines sentences cependant, il a pu être jugé que l'absence de responsabilité de l'État concernant l'obligation de prévention ne permettait pas

⁴⁴³ Voir *infra* Partie 2, Chapitre 2, Section 2, §2, A, 2, n° 520 et s. et Partie 3, Chapitre 2, Section 1, §1, A, n° 821.

⁴⁴⁴ H. TRAN, *Les obligations de vigilance des États parties à la CEDH – Essai sur la transposition en droit européen des droits de l'homme d'un concept de droit international général*, Th. Strasbourg, dact., 2011, §54.

⁴⁴⁵ N. ROHT-ARRIAZA, « State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law », *California Law Review*, 78 (1990), 449.

⁴⁴⁶ Voir par exemple Commission générale des réclamations États-Unis – Panama, 22 mai 1933, **W. A. Noyes**, États-Unis c. Panama, *RSA*, vol. VI, p. 311 ; Commission générale des réclamations États-Unis – Mexique, 16 novembre 1925, **Laura Janes**, États-Unis c. Mexique, *RSA*, vol. IV, p. 86 et s.

⁴⁴⁷ V. *supra* Partie 1, Chapitre 1, Section 1, §3, A, 1, n° 113.

⁴⁴⁸ J. SALMON, « Le fait étatique complexe : une notion contestable », *AFDI*, 1982, p. 729.

d'engager sa responsabilité au titre de l'obligation de répression, même en l'absence de poursuites engagées contre les responsables⁴⁴⁹.

151. En droit international des droits de l'homme et en droit international humanitaire, et tout comme pour ce qui est des obligations de prévention, l'obligation d'enquête ne vise plus seulement les faits commis par des personnes privées, mais également ceux commis par des personnes publiques.

Textuellement, les Conventions de Genève de 1949 imposent des obligations d'enquête à la charge de la puissance détentrice lorsque survient « *tout décès ou toute blessure grave d'un prisonnier de guerre* » ou d'une personne civile « *internée* », « *causés ou suspects d'avoir été causés par une sentinelle, par un autre prisonnier (...) ou par toute autre personne, ainsi que tout décès dont la cause est inconnue* »⁴⁵⁰. Plus largement elles imposent aux États contractants de « *rechercher les personnes prévenues d'avoir commis, ou d'avoir ordonné de commettre* » l'une des « *infractions graves* » aux Conventions de Genève⁴⁵¹. Doit être également cité l'article 12 de la Convention contre la torture et autres peines et traitements inhumains et dégradants du 10 décembre 1984 qui dispose que « *tout État Partie veille à ce que les autorités compétentes procèdent à une enquête impartiale chaque fois qu'il y a des motifs raisonnables de croire qu'un acte de torture a été commis sur tout territoire de sa juridiction* »⁴⁵². Ensuite, les « *Principes de l'ONU sur le recours à la force* », prévoient que « *les pouvoirs publics et les autorités de police doivent s'assurer qu'une procédure d'enquête effective puisse être engagée* »⁴⁵³.

152. En outre, de telles obligations ont été développées de manière prétorienne par le

⁴⁴⁹ « *The claim is also based upon the failure of the Panamanian authorities to prosecute the perpetrators of the aggressions upon the claimant. It is a fact that no prosecutions were instituted. Taking into account however the conditions under which the events had taken place, the Commission cannot conclude to a liability of the Panamanian Government in this respect* » Commission générale des réclamations États-Unis – Panama, 22 mai 1933, **W. A. Noyes**, États-Unis c. Panama, *RSA*, vol. VI, p. 311.

⁴⁵⁰ Article 121 Convention (III) de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre et article 131 Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949.

⁴⁵¹ Articles 49 et 50 Convention (I) de Genève ; articles 50 et 51 Convention (II) de Genève ; articles 129 et 130 Convention (III) de Genève ; articles 146 et 147 Convention (IV) de Genève, 12 août 1949.

⁴⁵² E. DUBOUT, « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2007, p. 39.

⁴⁵³ Principe 22 des Principes de base sur le recours à la force et l'utilisation des armes à feu par les responsables de l'application des lois, adoptés lors du huitième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants le 7 septembre 1990. Ces principes étaient invoqués par les requérants dans l'arrêt *McCann*. La Cour n'y a cependant pas fait référence au moment de découvrir cette nouvelle obligation (Cour EDH, GC, 27 septembre 1995, **McCann et al.** c. Royaume-Uni, *préc.*, §138-139 et 161).

Comité DH dès le début des années 1980⁴⁵⁴ puis ont été reprises par la Cour IADH dès sa première affaire en 1988⁴⁵⁵. Il est possible que la Cour de Strasbourg se soit inspirée de ces précédents. Cette dernière a découvert pour la première fois une telle obligation sur le fondement de l'article 2 CEDH dans l'affaire *McCann* en 1995⁴⁵⁶. Elle a ensuite consacré une même obligation de « mener une enquête officielle et effective » devant « mener à l'identification et à la punition des responsables » sur le fondement de l'article 3⁴⁵⁷ ou encore sur le fondement de l'article 5 en cas de disparition forcée⁴⁵⁸. De telles obligations sont également exigées en cas d'allégation de commission d'actes de violence par des personnes privées contre une communauté de témoins de Jéhova (article 9)⁴⁵⁹, contre un journal (article 10)⁴⁶⁰, contre un parti politique défendant les intérêts de la minorité macédonienne (article 11)⁴⁶¹, ou par des agents de l'État contre des membres de la minorité rom⁴⁶², contre une femme d'origine africaine⁴⁶³, ou encore contre des personnes d'origine tchétchène⁴⁶⁴ (article 3 combiné avec l'article 14). Lorsque la Cour considère que les actes de violence n'atteignent pas un seuil de gravité suffisant pour entrer dans le champ d'application de l'article 3, des obligations d'enquête peuvent être imposées sur le fondement de l'article 8⁴⁶⁵. Des obligations

⁴⁵⁴ Comité DH, Const., 29 juillet 1980, **Motta et al.** c. Uruguay, comm. n° 11/1977, §14 et 16.

⁴⁵⁵ Cour IADH, Fond, 29 juillet 1988, **Velásquez Rodríguez** c. Honduras, C 4, §176 ; *RGDIP*, 1990, 455, obs. G. Cohen-Jonathan. Voir *infra* Partie 1, Chapitre 2, Section 1, B, 1, b, n° 277 et s. À cet égard voir L. BURGORGUE-LARSEN, « La Corte europea y el derecho penal », *Anuario de derecho internacional*, 2005, p. 355 et s.

⁴⁵⁶ Cour EDH, GC, 27 septembre 1995, **McCann et al.** c. Royaume-Uni, A 324, §161 ; *AFDI*, 1995, 485, chron. V Coussirat- Coustère ; *Rev. sc. Crim.*, 1996, 462, obs. R. Koering-Joulin ; *RUDH*, 1996, 9, chron. F. Sudre.

⁴⁵⁷ Cour EDH, 28 octobre 1998, **Assenov et al.** c. Bulgarie, *Rec.* 1998-VIII, §102 ; *RTDH* 1999, p. 383, obs. D. Rosenberg ; *JCP G*, 1999, I, 105, n° 12, 13 et 17, obs. F. Sudre. J. F. AKANDJI-KOMBÉ, « L'obligation positive d'enquête sur le terrain de l'article 3 CEDH », in C.-A. CHASSIN (dir.), *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 123-140.

⁴⁵⁸ Cour EDH, 25 mai 1998, **Kurt** c. Turquie, *Rec.* 1998-III, §124. Cour EDH, GC, 10 mai 2001, **Chypre c. Turquie**, *Rec.* 2001-IV, §150 ; *RTDH* 2002, 807, obs. P. Tavernier ; *JCP* 2001, I, 342, n° 7, obs. F. Sudre 2789 ; *JDI* 2002, 289, obs. E. Delaplace.

⁴⁵⁹ Implicite : Cour EDH, 3 mai 2007, **Membres de la Congrégation des témoins de Jéhovah de Gldani et al.** c. Géorgie, req. 71156/01, §133 ; *RQDI* 2007, 20-2, 292, obs. A. Mirentxu, G. David.

⁴⁶⁰ Cour EDH, 16 mars 2000, **Özgür Gündem** c. Turquie, *Rec.* 2000-III, §42-43 ; *RTDH* 2001, 95, obs. P. de Fontbressin ; *JCP G*, 2001, I, 291, n° 38, obs. F. Sudre.

⁴⁶¹ Cour EDH, 20 octobre 2005, **Ouranio Toxo et al.** c. Grèce, *Rec.* 2005-X, §43 ; *JDI* 2006, 1154, obs. P. Tavernier.

⁴⁶² Cour EDH, GC, 6 juillet 2005, **Natchova et al.** c. Bulgarie, *Rec.* 2005-VII, §160 et s. ; *RTDH*, 2005, 171, obs. D. Rosenberg.

⁴⁶³ Cour EDH, 24 juillet 2012, **B.S.** c. Espagne, req. 47159/08, §67-72.

⁴⁶⁴ Cour EDH, 31 juillet 2012, **Makhashevy** c. Russie, req. 20546/07, §144-145.

⁴⁶⁵ Cour EDH, 2 décembre 2008, **K.U.** c. Finlande, *Rec.* 2008-..., §46 ; *JCP G*, 2009, I, 104, chron. F. Sudre.

d'enquête sont également imposées en cas d'invocation d'atteinte au droit au respect du domicile (article 8)⁴⁶⁶, au droit à la protection de la propriété⁴⁶⁷, ou encore en présence de traite potentielle d'êtres humains (article 4)⁴⁶⁸.

153. Lorsque l'importance du droit en jeu l'exige, la Cour impose de mener des enquêtes devant mener à l'identification et à la punition pénale des responsables. Dans d'autres cas cependant, une telle mise en branle de la procédure pénale n'est pas exigée, et la Cour impose seulement que des procédures existent afin que les individus puissent obtenir réparation d'une violation alléguée⁴⁶⁹. Par exemple, la Cour exige sur le fondement de l'article 3 du Protocole 1, la mise en place de procédures nationales afin d'examiner des allégations d'irrégularités électorales⁴⁷⁰ et, sur le fondement des articles 11 et 14 combinés, des allégations de discrimination syndicale⁴⁷¹.

2. Le recours explicite au droit international public

154. Si la référence explicite au droit international sert généralement d'élément confortatif au raisonnement de la Cour, elle n'est jamais l'unique argument employé par les juges européens. Elle semble alors avant tout avoir un rôle persuasif visant un objectif de légitimation de la solution retenue et plus largement de la jurisprudence européenne.

Le juge européen fait en outre de l'utilisation explicite des sources du droit international un instrument d'opportunité. Ces références servent aussi bien à justifier une interprétation extensive que restrictive des obligations étatiques.

155. Concernant la première hypothèse, la Cour s'est par exemple référée à la Charte sociale européenne pour motiver son refus de mettre à la charge des États l'obligation positive de

⁴⁶⁶ Cour EDH, 8 août 2006, **H.M.** c. Turquie, req. 34494/97, §26.

⁴⁶⁷ Cour EDH, 22 février 2005, **Novosseletski** c. Ukraine, req. 47148/99, § 103.

⁴⁶⁸ Cour EDH, 7 janvier 2010, **Rantsev** c. Chypre et Russie, *Rec.* 2010-..., §215 ; *JCP G*, act. 132, F. Sudre ; *HRLR*, 10-3 (2010), 546, note J. Allain ; *AJDA* 2010, 997, chron. J.- F. Flauss ; *Rev. sc. crim.* 2010, 675, chron. J.-P. Marguénaud et D. Roets ; Cour EDH, **M. et al.** c. Italie et Bulgarie, req. 40020/03, §157.

⁴⁶⁹ Voir *infra* Partie 3, Chapitre 2, Section 1, §2, B, 2, n° 849 et s.

⁴⁷⁰ Cour EDH, 8 avril 2010, **Namat Aliyev** c. Azerbaïdjan, req. 18705/06, §81 ; *JCPA*, 2011, 9, 33, note S. Teweleit ; Cour EDH, 19 juin 2012, **Parti Communiste de Russie et al.** c. Russie, req. 29400/05, §124.

⁴⁷¹ Cour EDH, 30 juillet 2009, **Danilenkov et al.** c. Russie, req. 67336/01, §124 ; *JCP G* 2010, doct. 70, obs. F. Sudre.

garantir aux syndicats et à leurs membres un droit à être consultés lors de l'élaboration d'une législation sociale. Elle a invoqué « *la prudence des termes utilisés* » par l'article 6§1 de cet instrument qui oblige seulement les États contractants « *à favoriser la consultation paritaire entre travailleurs et employeurs* » et le fait que d'après l'article 20 de la Charte « *un État la ratifiant peut du reste ne pas assumer l'engagement qui résulte* » de cet article. La Cour a alors conclu qu'il n'était pas possible qu'une telle obligation de consultation découle de l'article 11§1, ce qui implique d'« *admettre que la Charte de 1961 marque à cet égard un recul* »⁴⁷².

156. La référence à la Charte a également justifié de refuser de déduire de l'article 11§1 CEDH le droit de grève ainsi qu'un « *droit au bénéfice de la rétroactivité d'avantages, par exemple des augmentations de salaire, découlant d'une nouvelle convention collective* »⁴⁷³. Pour ce faire, elle avait argumenté que de tels droits n'étaient pas consacrés dans la Charte. Cependant, l'interprétation de la Charte opérée par le juge européen a pu sembler bien opportuniste dans cette affaire. Selon C. Nivard « *le raisonnement apparaît, dans ce cas, un peu obscur, car l'article 6§4 CSE reconnaît explicitement le droit de grève, les limitations de son usage ne remettant pas en cause son existence* »⁴⁷⁴.

157. Par ailleurs, la Cour a fait référence à la Recommandation 1418 (1999) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe pour conforter son refus de « *déduire de l'article 2 de la Convention un droit à mourir, que ce soit de la main d'un tiers ou avec l'assistance d'une autorité publique* »⁴⁷⁵.

158. *A contrario*, elle a également exercé une interprétation restrictive malgré l'évolution constatée du droit international vers une plus grande protection des droits concernés. Ainsi, dans l'affaire *Chapman*, elle a estimé « *que, en dépit de l'évolution qui s'est indéniablement fait jour dans le domaine de la protection des minorités tant en droit international, comme en témoigne la convention-cadre, que dans les législations nationales, on puisse considérer que l'article 8 implique pour les États une obligation positive (...) de mettre à la disposition de la*

⁴⁷² Cour EDH, Plén., 27 octobre 1975, **Syndicat national de la police belge** c. Belgique, A 21, §38. Cour EDH, 6 février 1976, **Syndicat suédois des conducteurs de locomotives** c. Suède, A 20, §39. La Commission, se fondant sur de nombreux instruments internationaux était parvenue à la conclusion opposée (ComEDH, Rapp., 27 mars 1974, **Syndicat national de la police belge** c. Belgique, B 14, req. 4464/70, p. 48, § 76.

⁴⁷³ Cour EDH, 6 février 1976, **Schmidt et Dahlström** c. Suède, A 21, §34.

⁴⁷⁴ C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux, étude de droit conventionnel européen*, Bruylant, coll. « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », 2012, p. 327.

⁴⁷⁵ Cour EDH, 29 avril 2002, **Pretty**, préc., §40.

communauté tsigane un nombre adéquat de sites convenablement équipés »⁴⁷⁶.

159. Quant à la seconde hypothèse, celle du recours au droit international servant à justifier une interprétation extensive, il est possible de distinguer schématiquement deux temps dans la démarche de la Cour. Dans un premier temps, le recours au droit international a été timide voire implicite⁴⁷⁷. Dans un second temps, dont le point de départ est constitué par l'arrêt *Siliadin*⁴⁷⁸, ces références sont devenues beaucoup plus larges et explicites.

160. Une manifestation de cette première phase est l'arrêt *A c. Royaume-Uni*. La Cour établissant que « *les enfants et autres personnes vulnérables, en particulier, ont droit à la protection de l'État, sous la forme d'une prévention efficace, les mettant à l'abri de formes aussi graves d'atteinte à l'intégrité de la personne* »⁴⁷⁹, a fait référence entre parenthèses aux articles 19 et 37 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989⁴⁸⁰. Ces articles consacrent justement des obligations d'action à la charge des États signataires et notamment celles de prendre « *toutes les mesures législatives, administratives, sociales et éducatives appropriées pour protéger l'enfant contre toutes formes de violence* » (article 19§1), ou encore de veiller à ce que « *Nul enfant ne soit soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* » (article 37 a). De manière plus explicite, la Cour a estimé « *que les obligations positives que l'article 8 de la Convention fait peser sur les États contractants en matière de réunion d'un parent à ses enfants doivent s'interpréter à la lumière de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international des enfants* »⁴⁸¹. Dans une autre

⁴⁷⁶ Cour EDH, GC, 18 janvier 2001, *Chapman*, préc., § 98.

⁴⁷⁷ Dans l'affaire *McCann* de 1995, première affaire dans laquelle la Cour a dégagé une obligation de mener une enquête effective de l'article 2 CEDH, les requérants avaient fait référence aux Principes de base sur le recours à la force et l'utilisation des armes à feu par les responsables de l'application des lois (« *Principes de l'ONU sur le recours à la force* »), dont le principe 22 prévoit que « *les pouvoirs publics et les autorités de police doivent s'assurer qu'une procédure d'enquête effective puisse être engagée* ». La Cour n'y a cependant pas fait référence au moment de découvrir cette nouvelle obligation (Cour EDH, GC, 27 septembre 1995, *McCann et al.* c. Royaume-Uni, préc., §138-139 et 161). Il peut cependant être considéré que l'apport de cette source est ici implicite.

⁴⁷⁸ Cour EDH, 26 juillet 2005, *Siliadin* c. France, préc.

⁴⁷⁹ Cour EDH, 23 septembre 1998, *A.* c. Royaume-Uni, préc., §22.

⁴⁸⁰ A noter que ces dispositions n'étaient cependant pas mentionnées dans la Partie « droit pertinent » au sein de la partie « en fait » de l'arrêt. La Cour interaméricaine fait fréquemment référence à cette Convention pour dégager et préciser les obligations d'action à la charge des États (Cour IADH, Fond, 19 novembre 1999, *Villagrán Morales et al.* (« *Les enfants des rues* ») c. Guatemala, C 63, §194 et s. ; Cour IADH, Fond, 2 septembre 2004, *Institut de rééducation des mineurs* c. Paraguay, C 112, §148).

⁴⁸¹ Cour EDH, 25 janvier 2000, *Ignaccolo-Zenide* c. Roumanie, Rec. 2000-I, §95. Elle ajoute au même paragraphe, « *Il en va d'autant plus ainsi en l'espèce que l'État défendeur est également partie à cet instrument, dont l'article 7*

affaire, elle a précisé que ces même obligations devaient « *s'interpréter à la lumière de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989* »⁴⁸².

161. Un autre exemple de ce cas de figure est l'affaire *Öneryıldız c. Turquie*, dans laquelle la Cour a fait référence à « *l'évolution normative des dispositions européennes* »⁴⁸³ en matière d'environnement et d'activités industrielles des pouvoirs publics. Elle a alors déduit de l'article 2 CEDH une obligation positive de mettre en place une incrimination et des poursuites « *dans les cas où il est établi que la faute imputable, (...) aux agents ou organes de l'État va au-delà d'une erreur de jugement ou d'une imprudence, en ce sens qu'ils n'ont pas pris, en toute connaissance de cause et conformément aux pouvoirs qui leur étaient conférés, les mesures nécessaires et suffisantes pour pallier les risques inhérents à une activité dangereuse* »⁴⁸⁴ (§93).

162. Enfin, peuvent être citées plusieurs affaires dans lesquelles le juge européen a fait appel à la Charte sociale européenne, mettant ainsi fin au processus décrit plus tôt par lequel le recours à cette dernière permettait de restreindre les obligations issues de la Convention EDH. Ces arrêts concernant la liberté syndicale démontrent par ailleurs une attitude plus ouverte vis-à-vis du droit international. Ainsi, pour consacrer le droit à la négociation collective, la Cour a constaté que celui-ci était « *reconnu par plusieurs instruments internationaux, en particulier l'article 6 de la Charte sociale européenne, l'article 8 du Pacte international de 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, et les Conventions n° 87 et 98 de l'Organisation internationale du Travail* »⁴⁸⁵. De même, la Cour a accepté pour la première fois de reconnaître une obligation de

dresse une liste de mesures à prendre par les États pour assurer le retour immédiat des enfants ». Voir également Cour EDH, 29 avril 2003, *Iglesias Gil et A.U.I. c. Espagne*, Rec. 2003-V, §51 ; *AFDI*, 2003, 666, note G. Cohen-Jonathan et J.-F. Flauss.

⁴⁸² Cour EDH, 28 juin 2007, *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, req. 76240/01, §120 ; *D* 2007, 2700, note F. Marchadier.

⁴⁸³ Cour EDH, GC, 30 novembre 2004, *Öneryıldız c. Turquie*, Rec. 2004-XII, §93 ; *GACEDH*, n° 64 ; *AJDA*, 2005, 550, obs. J.-F. Flauss. Pour savoir à quels textes la Cour fait référence, il s'agit de se reporter au § 61 de l'arrêt, situé dans sa partie « *Textes pertinents du Conseil de l'Europe* », c'est-à-dire dans sa Partie « *En Fait* » et non « *En droit* » de l'arrêt. Y est notamment mentionnée la Convention sur la protection de l'environnement par le droit pénal signée à Strasbourg le 4 novembre 1998 qui bien que non « *encore entrée en vigueur, (...) s'inscrit bien dans la tendance actuelle à réprimer plus sévèrement les atteintes à l'environnement, question indissociable de celle des atteintes à la vie humaine* (voir, par exemple, la décision-cadre n° 2003/80 du 27 janvier 2003 du Conseil de l'Union européenne ainsi que la proposition de directive de la Commission de l'Union européenne du 13 mars 2001, modifiée le 30 septembre 2002, relative à la protection de l'environnement par le droit pénal) » (§61).

⁴⁸⁴ Cour EDH, GC, 30 novembre 2004, *Öneryıldız*, préc., §93.

⁴⁸⁵ Cour EDH, GC, 25 avril 1996, *Gustafsson c. Suède*, préc. §53.

protection du droit d'association négatif⁴⁸⁶ en se référant entre autres⁴⁸⁷ à l'interprétation faite par le Comité d'experts de l'article 5 de la Charte sociale⁴⁸⁸.

163. Depuis quelques années, et en particulier à partir de son arrêt *Siliadin*, le juge européen a recours de plus en plus largement au droit international dans le but de déclarer l'existence d'une obligation positive. Dans cette affaire, il a déduit pour la première fois de l'article 4 CEDH l'obligation « *d'adopter des dispositions en matière pénale qui sanctionnent les pratiques visées* » par cet article ainsi que celle « *de les appliquer concrètement* »⁴⁸⁹. Il s'est référé pour ce faire à de nombreux instruments internationaux : l'article 4§1 de Convention sur le travail forcé⁴⁹⁰, l'article 1^{er} de la Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage⁴⁹¹, les articles 19§1 et 32⁴⁹² de la

⁴⁸⁶ Cour EDH, 30 juin 1993, **Sigurdur A. Sigurjónsson** c. Islande, A 264, §345. La Cour a adopté une démarche similaire dans Cour EDH, GC, 11 janvier 2006, **Sørensen et Rasmussen** c. Danemark, *préc.*, § 72-75.

⁴⁸⁷ La Cour cite en outre l'article 20§2 de la Déclaration Universelle, l'article 11§2 de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, une recommandation de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 24 septembre 1991, préconisant notamment d'insérer une phrase en ce sens à l'article 5 de la Charte sociale européenne de 1961, et « *la doctrine du Comité de la liberté d'association du Conseil d'administration du Bureau international du Travail* » (Cour EDH, 30 juin 1993, **Sigurdur A. Sigurjónsson** c. Islande, A 264, §35).

⁴⁸⁸ « *Malgré l'absence de clause expresse, le Comité d'experts indépendants chargé de surveiller la mise en œuvre de la Charte estime que cet instrument englobe un droit négatif; il a désapprouvé plusieurs fois des pratiques de closed shop constatées dans certains États parties, dont l'Islande. Quant à cette dernière, il a pris en compte, entre autres, les faits de la présente espèce (conclusions XII-1, 1988-1989, pp. 112-113, dudit comité). Sur quoi le Comité gouvernemental de la Charte sociale a adressé à l'Islande un avertissement, par dix voix contre quatre et deux abstentions (voir son 12^e rapport, du 22 mars 1993, au Comité des Ministres, paragraphe 113)* » Ibid.

⁴⁸⁹ Cour EDH, 26 juillet 2005, **Siliadin** c. France, *préc.*, §89.

⁴⁹⁰ Cette Convention a été adoptée par l'Organisation internationale du travail (OIT) le 28 juin 1930 et ratifiée par la France le 24 juin 1937. L'article 4 § 1 dispose que : « *les autorités compétentes ne devront pas imposer ou laisser imposer le travail forcé ou obligatoire au profit de particuliers, de compagnies ou de personnes morales privées* ».

⁴⁹¹ Cette Convention a été adoptée le 30 avril 1956 et est entrée en vigueur en France le 26 mai 1964. Elle prévoit à son article 1^{er} que : « *Chacun des États parties à la présente Convention prendra toutes les mesures, législatives et autres, qui seront réalisables et nécessaires pour obtenir progressivement et aussitôt que possible l'abolition complète ou l'abandon des institutions et pratiques suivantes, là où elles subsistent encore, qu'elles rentrent ou non dans la définition de l'esclavage qui figure à l'article premier de la Convention relative à l'esclavage signée à Genève le 25 septembre 1926 : (...), le servage, (...), toute institution ou pratique en vertu de laquelle un enfant ou un adolescent de moins de dix-huit ans est remis, soit par ses parents ou par l'un d'eux, soit par son tuteur, à un tiers, contre paiement ou non, en vue de l'exploitation de la personne, ou du travail dudit enfant ou adolescent* ».

⁴⁹² « *1. Les États parties reconnaissent le droit de l'enfant d'être protégé contre l'exploitation économique et de n'être astreint à aucun travail comportant des risques ou susceptible de compromettre son éducation ou de nuire à son développement physique, mental, spirituel, moral ou social. 2. Les États parties prennent des mesures législatives, administratives, sociales et éducatives pour assurer l'application du présent article. A cette fin, et compte tenu des dispositions pertinentes des autres instruments internationaux, les États parties, en particulier : a) Fixent un âge minimum ou des âges minimums d'admission à l'emploi ; b) Prévoient une réglementation appropriée des horaires de travail et des conditions d'emploi ; c) Prévoient des peines ou autres sanctions appropriées pour assurer l'application effective du présent article.* »

Convention relative aux droits de l'enfant et enfin à des constatations de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe. Au vu de ces textes, le juge européen a conclu « *que limiter le respect de l'article 4 de la Convention aux seuls agissements directs des autorités de l'État irait à l'encontre des instruments internationaux spécifiquement consacrés à ce problème et reviendrait à vider celui-ci de sa substance* »⁴⁹³.

La Cour a pris soin de préciser dans cette affaire que ces conventions étaient toutes entrées en vigueur en France. Elle ne prend cependant pas toujours cette précaution, ce qui l'a déjà amenée à imposer aux États des obligations internationales qu'ils n'avaient pas contractées⁴⁹⁴. Dans l'affaire *Siliadin* cependant, une telle interprétation contextuelle permet d'assurer une certaine cohérence et d'éviter un potentiel conflit entre les différentes obligations internationales contractées par un État. Elle permet d'interpréter l'article 4 CEDH en harmonie avec ces Conventions afin de gommer toutes potentielles contradictions entre les différents textes.

164. En outre, grâce à la technique des obligations positives, le juge européen absorbe le contenu matériel des sources internationales pour les intégrer au sein des dispositions conventionnelles. La Cour devient alors un relais, un renfort de l'effectivité du droit international, en assurant un contrôle juridictionnel de son contenu matériel. La substance des normes internationales, que ce soit des normes conventionnelles⁴⁹⁵, de la *soft law*⁴⁹⁶, ou encore du droit dérivé de l'Union Européenne⁴⁹⁷, est ainsi intégrée par voie d'interprétation au droit de la Convention EDH et acquiert donc un caractère obligatoire entre les parties à la décision et une « *autorité de la*

⁴⁹³ Cour EDH, 26 juillet 2005, **Siliadin** c. France, *Rec.* 2005-VII, §89.

⁴⁹⁴ Dans son arrêt **Demir et Baykara**, la Cour, afin de reconnaître pour la première fois de manière explicite le droit à la négociation collective comme élément inhérent à l'article 11, a fait notamment référence à la Charte Sociale européenne malgré le fait qu'elle n'avait pas été ratifiée par la Turquie (Cour EDH, GC, 12 novembre 2008, **Demir et Baykara**, *préc.* §78 et 149).

⁴⁹⁵ Par exemple la Convention internationale sur les substances psychotropes (Cour EDH, 20 janvier 2011, **Haas** c. Suisse, req. 31322/07, §58), ou encore la Convention internationale sur les droits de l'enfant « *Bearing in mind the positive obligations that the Respondent State has assumed under the various international instruments protecting the rights of child, this cannot be considered to constitute an adequate measure for "recovery and reintegration"* » (Cour EDH, 20 mars 2012, **C.A.S. et C.S.** c. Roumanie, req. 26692/05, §82).

⁴⁹⁶ Par exemple, concernant des Recommandations du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe : Cour EDH, 11 juillet 2006, **Riviere** c. France, req. 33834/03, §72 ; *RTDH* 2007, 541, obs. M. Moliner-Dubost ; *RTDH* 2007, 261, obs. J.-P. Céré. Cour EDH, 17 septembre 2009, **Manole et al.** c. Moldavie, *Rec.* 2009-..., §102 ; Cour EDH, 17 avril 2012, **J.L.** c. Lettonie, req. 23893/06, §50 et 68.

⁴⁹⁷ Directive 2003/9 du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres (Cour EDH, GC, 21 janvier 2011, **M.S.S.** c. Belgique et Grèce, req. 30696/09, sélectionné pour publication, §250).

chose interprétée »⁴⁹⁸ en ce qui concerne les autres États parties à la Convention. Comme le soulignent les professeurs G. Cohen-Jonathan et J.-F. Flauss, la Cour devient alors « *toutes proportions gardées, le juge international ordinaire de l'application des conventions internationales dépourvues de mécanisme international de contrôle, a fortiori de caractère juridictionnel* »⁴⁹⁹.

165. Par ailleurs, elle vient compléter le rôle de certains organes juridictionnels, comme la CJUE⁵⁰⁰, mais également d'organes non juridictionnels chargés de l'application de conventions internationales en matière de droit de l'homme, aussi bien au sein du Conseil de l'Europe, tel que le Comité européen des droits sociaux⁵⁰¹, qu'au niveau de l'Organisation des Nations Unies, comme le Comité des droits de l'enfant⁵⁰², le Comité des droits de l'homme⁵⁰³ ou le Comité des droits économiques et sociaux⁵⁰⁴.

166. De plus, cette interprétation contextuelle est un facteur d'extension des obligations conventionnelles. À cet égard, la Cour a suivi une démarche similaire à celle de son arrêt *Siliadin* dans l'affaire *Rantsev*⁵⁰⁵. Elle a procédé à une interprétation dynamique et évolutive de l'article 4 pour y intégrer, en plus de l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé, celle de la traite d'êtres humains. Le juge a ensuite eu recours à la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains⁵⁰⁶, ainsi qu'au Protocole additionnel à la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée, dit Protocole de Palerme, visant à prévenir, réprimer

⁴⁹⁸ L'autorité de la chose interprétée est « *l'autorité propre de la jurisprudence de la Cour en tant que celle-ci interprète les dispositions de la Convention* » (J. VELU et R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1990, p. 1078). Elle est également définie comme l'« *autorité propre de la jurisprudence d'une juridiction en tant que cette juridiction interprète authentiquement les dispositions d'une norme constitutive d'un ordre juridique* » (J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français : Conseil constitutionnel, Cour de justice des communautés européennes et Cour européenne des droits de l'homme*, LGDJ, 1998, p. 370).

⁴⁹⁹ G. COHEN-JONATHAN, J.-F. FLAUSS, « Convention européenne des droits de l'homme et droit international général », *AFDI*, 2008, p. 536.

⁵⁰⁰ Cour EDH, GC, 21 janvier 2011, **M.S.S. c. Belgique et Grèce**, req. 30696/09, sélectionné pour publication, §250.

⁵⁰¹ Cour EDH, GC, 25 avril 1996, **Gustafsson**, *préc.* §53 ; Cour EDH, 30 juin 1993, **Sigurdur A. Sigurjónsson**, *préc.*, §35.

⁵⁰² Cour EDH, 23 septembre 1998, **A.**, *préc.*, §22 ; Cour EDH, 26 juillet 2005, **Siliadin**, *préc.*, §89. Elle fait ainsi explicitement référence à des Observations Générales du Comité des droits de l'enfant des Nations Unies au sein de la partie « en droit » de son arrêt (Cour EDH, 20 mars 2012, **C.A.S. et C.S. c. Roumanie**, req. 26692/05, §72).

⁵⁰³ Cour EDH, GC, 20 décembre 2004, **Makaratzis c. Grèce**, *Rec.* 2004-XI, §58 ; *RDP* 2005, 768, obs. M. Levinet ; *JDI* 2005, 509, note M. Eudes ; *JT* 2005, 116, 39, chron. P. Lambert ; *AJDA* 2005, 541, chron. J.-F. Flauss.

⁵⁰⁴ Cour EDH, GC, 25 avril 1996, **Gustafsson c. Suède**, *préc.* §53.

⁵⁰⁵ Cour EDH, 7 janvier 2010, **Rantsev**, *préc.*, §273.

⁵⁰⁶ Signée à Varsovie le 16 mai 2005 et entrée en vigueur le 1^{er} février 2008. Vingt-six États l'ont ratifiée à ce jour.

et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants⁵⁰⁷, pour étendre les obligations positives issues de l'article 4. L'arrêt *Siliadin* se contentait d'exiger de l'État l'instauration d'une législation pénale qui réprime effectivement les actes d'esclavage. Désormais, le juge européen, en référence aux instruments internationaux précités, exige que l'État adopte en plus des mesures de prévention du trafic d'être humain et de protection des victimes⁵⁰⁸. Ainsi, la Cour estime que, du fait que ces deux instruments incluent presque tous les États membres du Conseil de l'Europe, un consensus s'est formé⁵⁰⁹ selon lequel seule une combinaison de ces trois types de mesures peut être effective dans le combat contre la traite d'êtres humains⁵¹⁰.

167. Pour le juge européen, le recours au droit international représente enfin plusieurs intérêts. La multiplicité et la richesse des sources qui s'offrent à lui, lui confèrent une grande liberté de choix. Ainsi « *cette "globalisation" des sources, au service de la motivation de son arrêt, révèle la grande latitude de la Cour européenne des droits de l'homme dans son interprétation de la Convention* »⁵¹¹. En outre, le recours à des normes extra conventionnelles peut servir de « *facteur d'objectivisation de la mise en œuvre des interprétations évolutives et consensuelles* »⁵¹², pour une plus grande légitimité de son action.

168. Ces avantages que représente le recours au droit international ne sont pas étrangers au fait que cette source est de plus en plus employée par le juge de Strasbourg en matière d'obligations positives. En effet, dans ce domaine, le juge européen veille à conserver sa marge de liberté afin de déterminer les limites de ces obligations. Il peut en outre ressentir le besoin de légitimer sa jurisprudence lorsqu'il étend par voie prétorienne les obligations étatiques. Or, le recours au droit international permet de répondre à ces deux préoccupations.

Le droit international n'est pas l'unique source matérielle utilisée par la Cour. Cette dernière fait également référence au principe de prééminence du droit en matière d'obligations positives.

⁵⁰⁷ Le protocole fut adopté par l'Assemblée Générale des Nations Unies la résolution A/RES/55/25 du 15 Novembre 2000. Il est entré en vigueur le 25 décembre 2003.

⁵⁰⁸ Cour EDH, 7 janvier 2010, **Rantsev**, *préc.*, §285.

⁵⁰⁹ La Cour utilise le terme « *the view* », qui peut se traduire par « intention » ou « opinion » et qui n'est pas sans faire penser à l'*opinio juris* nécessaire à l'existence d'une coutume internationale.

⁵¹⁰ Cour EDH, 7 janvier 2010, **Rantsev**, *préc.*, §285.

⁵¹¹ F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, coll. « Droit fondamental », 10^{ème} éd., 2011, § 160, p. 248.

⁵¹² S. VAN DROOGHENBROECK, « Les frontières du droit et le temps juridique : la Cour européenne des droits de l'homme repousse les limites », *RTDH*, 2009, p. 829.

§2. Une référence émergente au principe de prééminence du droit

169. Le principe de prééminence du droit figure dans le Préambule et à l'article 3 du Statut du Conseil de l'Europe⁵¹³. Quant au Préambule de la Convention, il énonce que les Hautes Parties Contractantes sont résolues, « *en tant que gouvernements d'États européens animés d'un même esprit et possédant un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit, à prendre les premières mesures propres à assurer la garantie collective de certains des droits énoncés dans la Déclaration universelle* ». La version anglaise de ces textes emploie le terme « *rule of law* », qu'il est possible de traduire par « prééminence du droit » mais aussi par « État de droit »⁵¹⁴.

170. Ces deux derniers principes sont en effet intimement liés. Comme le souligne le professeur P. Wachsmann, le principe de prééminence du droit, tel qu'utilisé par la Cour, est assimilable au concept d'État de droit, plus précisément sous son volet matériel, qui correspond à la conception britannique de la *rule of law*⁵¹⁵. Selon le professeur J. Chevallier, il existe en effet plusieurs conceptions de l'État de droit : une conception formelle, selon laquelle l'État « *agit au moyen du droit, en la forme juridique* », une conception matérielle qui considère que « *l'État est assujetti au droit* » et qui exige le respect de la hiérarchie des normes et la mise en place de contrôles juridictionnels pour ce faire et enfin une conception substantielle, qui exige que le droit « *comporte certains attributs intrinsèques* »⁵¹⁶.

171. Le juge européen a tenu compte de la prégnance du principe de prééminence du

⁵¹³ Le préambule énonce que les États membres sont « *inébranlablement attachés aux valeurs spirituelles et morales qui sont le patrimoine commun de leurs peuples et qui sont à l'origine des principes de liberté individuelle, de liberté politique et de prééminence du droit, sur lesquels se fonde toute démocratie véritable* ». Selon l'article 3 du Statut « *tout membre (...) reconnaît le principe de la prééminence du droit et le principe en vertu duquel toute personne placée sous sa juridiction doit jouir des droits de l'homme et des libertés fondamentales* » (Statut du Conseil de l'Europe, signé à Londres le 5 mai 1949, Série des traités européens, n° 1/6/7/8/11).

⁵¹⁴ J.-Y. MORIN, « La "prééminence du droit" dans l'ordre juridique européen, in *Theory of international law at the threshold of the 21st century. Essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*, Kluwer Law International, 1996, p. 643.

⁵¹⁵ L'expression *rule of law* « renvoie à la conception britannique du libéralisme juridique, laquelle postule la soumission des gouvernants au droit et la consécration par celui-ci de certaines règles de fond » (P. WACHSMANN, « La prééminence du droit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Recueil d'études à la mémoire de J. SCHWOB, Le droit des organisations internationales*, Bruylant, 1997, p. 244).

⁵¹⁶ J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, Montchrestien, 1999, 3^{ème} éd., p. 13. Sur l'évolution du concept d'État de droit voir aussi C. GREWE, H. RUIZ-FABRI, *Droit Constitutionnel européen*, PUF, 1995, p. 21-29 ; L. MILANO, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, collection « Nouvelle bibliothèque de Thèses », Dalloz, 2006, p. 64 et s.

droit dans les textes fondateurs précités pour considérer « *que le préambule n'inclut pas la prééminence du droit dans l'objet et le but de la Convention, mais la désigne comme l'un des éléments du patrimoine spirituel commun aux États membres du Conseil de l'Europe* »⁵¹⁷. Le classant parmi les « *"principes fondamentaux" d'une "société démocratique"* »⁵¹⁸, « *inhérent à l'ensemble des articles de la Convention* »⁵¹⁹, la Cour a en outre jugé qu'il était un « *principe (...) que les États contractants se sont engagés à respecter en ratifiant la Convention* »⁵²⁰.

172. La doctrine a ainsi pu le qualifier de « *principe-synthèse dont peut être déduit, selon une interprétation téléologique ou "finaliste" de la Convention, une série de règles ou de principes "non écrits" obligatoires pour les Parties* »⁵²¹. Selon K. Grabarczyk, il s'agit d'un « *principe général* », c'est à dire « *une technique propre du juge de Strasbourg, distincte de celle connue dans d'autres ordres juridiques* », qui constitue « *un outil d'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme* » et qui ne peut donc pas être assimilé à « *une catégorie des sources non écrites autonomes qui serait élaborée par la Cour de Strasbourg* »⁵²². Cet auteur expose en outre les différents emplois de ce principe⁵²³. Entre autres exemples, la Cour l'a exploité en combinaison avec l'article 6§1 aux fins du développement du droit d'accès à un Tribunal⁵²⁴, du principe d'impartialité⁵²⁵, de la présomption d'innocence⁵²⁶, ou encore de l'obligation d'exécution des décisions de justice⁵²⁷. Mais l'article 6§1 ne représente pas le champ d'exercice exclusif de ce principe. Le principe de prééminence du droit entre en jeu par ailleurs sur le terrain des articles 8, 9,

⁵¹⁷ Cour EDH, Plén., 21 février 1975, **Golder** c. Royaume-Uni, *préc.*, §34.

⁵¹⁸ Cour EDH, Plén., 6 septembre 1978, **Klass et al.** c. Allemagne, *préc.*, § 55.

⁵¹⁹ Cour EDH, 25 juin 1996, **Amuur** c. France, *Rec.* 1996-III, §50 ; *JCP G* 1997, I, 4000, n° 11, chron. F. Sudre ; *JDI* 1997, 223, obs. P. Tavernier.

⁵²⁰ Cour EDH, 19 mars 1997, **Hornsby** c. Grèce, *Rec.* 1997-I, § 40 ; *GACEDH*, n° 32, *AFDI* 1997, 571, obs. V. Coussirat-Coustère ; *JCP G* 1997, II, 22949, obs. O. Dugrip et F. Sudre.

⁵²¹ J.-Y. MORIN, « L'État de droit : émergence d'un principe du droit international », *RCADI* 1995, t. 254, p. 229.

⁵²² K. GRABARCZYK, *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUAM, 2008, § 68 et 70. Voir aussi X. SOUVIGNET, *La prééminence du droit dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, coll. « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », 2012, p. 123 et s.

⁵²³ *Ibid.* §559 et 560

⁵²⁴ Cour EDH, Plén., 21 février 1975, **Golder** c. Royaume-Uni, *préc.*, §34.

⁵²⁵ Cour EDH, 10 juin 1996, **Pullar** c. Royaume-Uni, *Rec.* 1996-III, § 32.

⁵²⁶ Cour EDH, 7 octobre 1988, **Salabiaku** c. France, A 141-A, § 28 ; *JDI* 1989, 829, obs. P. Rolland.

⁵²⁷ Cour EDH, 19 mars 1997, **Hornsby** c. Grèce, *préc.* § 40.

10 et 1 du Protocole 1 afin d'apprécier les exigences de prévisibilité et de qualité de la loi⁵²⁸.

173. Ce principe au fort potentiel normatif n'a cependant déployé ses effets que tardivement en matière d'obligations positives⁵²⁹. Les premières utilisations du principe de prééminence du droit dans ce domaine ont permis de déduire de l'article 1 du Protocole 1 une obligation d'exécution des décisions de justice. Cette dernière avait été initialement rattachée par la Cour à l'article 6§1 « *comme faisant partie intégrante du "procès"* »⁵³⁰ au sens de cet article. Une solution contraire aurait, au sens de la Cour, créé « *des situations incompatibles avec le principe de la prééminence du droit* » et rendu « *illusoire* »⁵³¹ le droit à un procès équitable.

174. La Cour a transposé ce raisonnement afin d'absorber cette obligation au sein de dispositions substantielles. Interprétant l'article 1 du Protocole 1 à la lumière du principe de prééminence du droit, elle en a déduit dans un premier temps « *le devoir de l'État ou d'une autorité publique de se plier à un jugement ou un arrêt rendus à leur rencontre* »⁵³². Puis, dans l'affaire *Matheus*, elle a adopté une démarche plus explicite en affirmant « *que l'exercice réel et efficace du droit que l'article 1 du Protocole 1 garantit ne saurait dépendre uniquement du devoir de l'État de s'abstenir de toute ingérence et peut exiger des mesures positives de protection, (...). Par ailleurs, combiné avec la première phrase de l'article 1 du Protocole N° 1, la prééminence du droit, l'un des principe fondamentaux d'une société démocratique, inhérente à l'ensemble des articles de la Convention, justifie la sanction d'un État en raison du refus de celui-ci d'exécuter ou de faire exécuter une décision de justice* »⁵³³. Cet arrêt offre ainsi une synergie des interprétations. Afin de

⁵²⁸ Sur l'article 8 voir par exemple : Cour EDH, GC, 4 mai 2000, **Rotaru** c. Roumanie, *Rec.* 2000-V, § 55 ; *RTDH* 2001, 137, obs. O de Schutter ; *JDI* 2001, 203, obs. D. Leclercq-Delapierre ; *JCP G* 2001, I, 291, chron. F. Sudre. Sur l'article 9 : Cour EDH, GC, 26 octobre 2000, **Hassan et Tchaouch**, *Rec.* 2000-XI, § 85 ; *JCP G* 2001, I, 291, chron. F. Sudre ; *JDI* 2001, 211, obs. P. Tavernier . Sur l'article 10 : Cour EDH, Plén., 26 avril 1979, **Sunday Times** c. Royaume-Uni, A 30, § 55 ; *CDE*, 1980, 481, chron. G. Cohen-Jonathan ; *JDI* 1980, 471, chron. P. Rolland. Sur l'article 1 du Protocole 1 Cour EDH, 20 juillet 2004, **I.R.S. et al.** c. Turquie, req. 26338/95, § 48.

⁵²⁹ Le professeur J.-F. Akandji-Kombé signalait en 2006 « *une tendance plus récente encore de la jurisprudence, qui est de déduire des obligations positives de la combinaison des dispositions normatives avec le principe général de « prééminence du droit » ou de « l'État de droit »* » (J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, *Les obligations positives en vertu de la CEDH. Un guide pour la mise en œuvre de la CEDH*, Ed. du Conseil de l'Europe, Précis sur les droits de l'homme, n° 7, 2006, p. 9).

⁵³⁰ Cour EDH, 19 mars 1997, **Hornsby** c. Grèce, *préc.* § 40.

⁵³¹ *Ibid.*

⁵³² Cour EDH, GC, 25 mars 1999, **Iatridis** c. Grèce, *Rec.* 1999-II §58 ; *JCP G* 2000, I, 203, n° 30, chron. F. Sudre. Cour EDH, 28 mars 2000, **Dimitrios Georgiadis** c. Grèce, req. 41209/98, §31.

⁵³³ Cour EDH, 31 mars 2005, **Matheus** c. France, req. 62740/00, §69-70 ; *RDP* 2006, 801, obs. G. Gonzalez. La même formule fut reprise dans Cour EDH, 21 janvier 2010, **Barret et Sirjean** c. France, req. 13829/03, § 40-41 ; Cour

rattacher une obligation positive à l'article 1 du Protocole 1, la Cour mobilise une interprétation téléologique et dynamique, en mentionnant à la fois la nécessité de garantir « *la jouissance effective* »⁵³⁴ des droits et celle de garantir le principe de prééminence du droit⁵³⁵. Cette utilisation du principe de prééminence du droit reste encore confidentielle. Le transfert de l'obligation d'exécution des décisions de justice a été opéré sur le fondement d'autres articles⁵³⁶, mais ce, rarement accompagné d'une référence au principe sus-dit⁵³⁷.

175. Ce principe comporte cependant un grand potentiel, notamment dans le cadre du processus de « procéduralisation »⁵³⁸ des droits substantiels opéré par le biais de la technique des obligations positives. Ces obligations, qui viennent insérer des « garanties procédurales » au sein des droits dits substantiels, visent à assurer l'effectivité des droits et traduisent également une volonté de mise en œuvre du principe de prééminence du droit. En effet, ce dernier suppose, sous son volet matériel, c'est-à-dire dans sa conception inspirée de la *rule of law*, la mise en place d'outils de défense des droits individuels contre les entraves du pouvoir⁵³⁹. Or, les obligations positives

EDH, 21 janvier 2010, **Fernandez et al.** c. France, req. 28440/05, §31.

⁵³⁴ Cour EDH, 31 mars 2005, **Matheus** c. France, *préc.*, §70.

⁵³⁵ Ceci vient confirmer la démonstration du professeur P. Wachsmann selon laquelle le principe de prééminence du droit permet d'« *écarter une interprétation restrictive de la Convention au profit d'une interprétation qui fait produire aux droits qu'elle énonce les conséquences les plus étendues* », P. WACHSMANN, « La prééminence du droit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 249.

⁵³⁶ Par exemple sur le terrain de l'article 8, en matière de garde d'enfant, la Cour recherche « *si les autorités nationales ont pris, pour faciliter l'exécution de l'ordonnance du 14 décembre 1994, toutes les mesures que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elles* » (Cour EDH, 25 janvier 2000, **Ignaccolo-Zenide** c. Roumanie, *Rec.* 2000-I, §96; *JCP G*, 2001, I, 291, chron. F. Sudre). Voir également l'arrêt *Fourchon* qui concerne l'obligation d'exécution d'une décision de justice octroyant un droit de visite à un parent (Cour EDH, 28 juin 2005, **Fourchon** c. France, req. 60145/00). En matière de protection du domicile (article 8 CEDH) : Cour EDH, 26 février 2004, **Cvijetić** c. Croatie, req. 71549/01, §51. Concernant l'article 10 : Cour EDH, 26 mai 2009, **Kenedi** c. Hongrie, req. 31475/05, §45.

⁵³⁷ Peut être cité l'arrêt *Taşkın* qui absorbe l'obligation d'exécution des décisions de justice au sein de l'article 8 en matière environnementale. L'affirmation de l'arrêt *Matheus* n'y figure pas mais la Cour y note que « *l'administration constitue un élément de l'État de droit, dont l'intérêt s'identifie avec celui d'une bonne administration de la justice, et que, si l'administration refuse ou omet de s'exécuter ou tarde à le faire, les garanties dont a bénéficié le justiciable pendant la phase judiciaire de la procédure perdent toute raison d'être (...). Les autorités ont ainsi privé de tout effet utile les garanties procédurales dont les requérants disposaient.* » (Cour EDH, 10 novembre 2004, **Taşkın et al.** c. Turquie, *Rec.* 2004-X, § 124-125. Voir également Cour EDH, 2 novembre 2006, **Giacomelli** c. Italie, *Rec.* 2006-XII, §93 ; *D* 2007, 1324, note J.-P. Marguénaud ; Cour EDH, 28 mars 2006, **Öçkan et al.** c. Turquie, req. 46771/99, §48 ; Cour EDH, 5 juin 2007, **Lemke** c. Turquie, req. 17381/02, §42). En matière de protection du domicile (article 8 CEDH) : Cour EDH, 20 avril 2004, **Surugiu** c. Roumanie, req. 48995/99, §65. En outre il peut être fait référence au principe de « *bonne administration de la justice* » Cour EDH, 10 mai 2012, **Frasila et Ciocirlan** c. Roumanie, req. 25329/03, §60 (article 10).

⁵³⁸ V. *supra* Partie 1, Chapitre 1, Section 1, §3, A, 1, n° 109 et s.

⁵³⁹ Cette conception a été théorisée par Dicey à la fin du XIX^{ème} siècle (A. V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 1^{ère} éd. 1885, 10^{ème} éd., MacMillan, St Martin's Press, 1961, 535 p.). Elle implique « *d'abord que l'exécutif doit agir selon la loi et non de manière arbitraire. Tout abus peut être sanctionné par un recours.*

procédurales ouvrent des recours juridictionnels et non juridictionnels équitables et effectifs aux individus afin de faire valoir leurs droits. Elles créent ainsi un contrôle et un encadrement des actions et omissions étatiques qui permettent d'assurer l'effectivité des droits. Droits de l'homme et État de droit sont en effet étroitement liés : « *les droits de l'homme sont une dimension de l'État de droit, tandis que les droits de l'homme ne peuvent se concevoir ni avoir de réalité en dehors de l'État de droit* »⁵⁴⁰.

176. Si les références au principe de prééminence du droit restent peu fréquentes en matière d'obligations positives, elles n'en sont pas moins révélatrices de la philosophie sous-jacente des obligations dites procédurales et dénotent les liens étroits entre garantie de l'effectivité des droits et État de droit. Il est donc possible de considérer que le principe de la prééminence du droit est le fondement théorique des obligations procédurales bien que la Cour ait développé la majeure partie des ces dernières sans y avoir recours. Certaines affaires montrent cependant le lien entre ce principe et les obligations procédurales.

177. En matière d'obligation procédurales de réparation⁵⁴¹, la Cour a dans quelques affaires fait référence au principe de prééminence du droit. Elle a ainsi jugé que le défaut d'enquête sur les circonstances d'un assassinat avait « *permis ou favorisé l'impunité des agents des forces de l'ordre pour leurs actes, ce qui, comme le constate la Commission dans son rapport, n'est pas compatible avec la prééminence du droit dans une société démocratique respectant les libertés et droits fondamentaux garantis par la Convention* »⁵⁴². Elle a ensuite affirmé plus largement que « *les juridictions nationales ne doivent en aucun cas s'avérer disposées à laisser impunies des atteintes à la vie. Cela est indispensable pour maintenir la confiance du public et assurer son adhésion à l'État de droit ainsi que pour prévenir toute apparence de tolérance d'actes illégaux, ou de collusion dans leur perpétration* »⁵⁴³.

L'interdiction de l'arbitraire emporte des conséquences judiciaires, à savoir la possibilité de faire appel à une juridiction indépendante et de se faire entendre dans un procès équitable. Il signifie ensuite que tout le monde, individus comme pouvoirs publics, est de la même manière soumis aux lois et aux juridictions. Le rule of law implique donc tant le respect du principe d'égalité que celui de la légalité » (C. GREWE, H. RUIZ-FABRI, *Droit Constitutionnel européen*, PUF, 1995, 661 p.).

⁵⁴⁰ *Ibid.*, p. 58.

⁵⁴¹ Sur la distinction entre obligations procédurales de réparation et de conciliation V. *supra* Partie 1, Chapitre 1, Section 1, §3, A, 2, n° 116 et s.

⁵⁴² Cour EDH, 28 mars 2000, **Kılıç** c. Turquie, *Rec.* 2000-III, §75 ; Cour EDH, 28 mars 2000, **Mahmut Kaya** c. Turquie, *Rec.* 2000-III, §98 ; *JDE*, 2001, 76, 34, chron. P. Lambert ; Cour EDH, 10 octobre 2000, **Akkoç** c. Turquie, *Rec.* 2000-X, §56.

⁵⁴³ Cour EDH, GC, 30 novembre 2004, **Öneryildiz** c. Turquie, *Rec.* 2004-XII, §96 ; *GACEDH*, n° 66 ; *AJDA*, 2005,

178. Pour ce qui est des obligations procédurales de conciliation, la Cour fait fréquemment référence au principe de prééminence du droit lorsqu'elle les dégage sans avoir recours à la technique des obligations positives⁵⁴⁴. Deux arrêts récents faisant application de cette dernière ont plus récemment affirmé les liens entre prééminence du droit et obligations procédurales. Dans l'affaire *Tysiāc*, juste après avoir rappelé les principes applicables en matière d'obligations positives dans le domaine de l'article 8, la Cour a affirmé que « *la compatibilité avec les exigences de la prééminence du droit implique que le droit interne doit offrir une certaine protection contre des atteintes arbitraires de la puissance publique aux droits garantis par la Convention* »⁵⁴⁵. Elle a souligné ensuite « *que les notions de légalité et de prééminence du droit dans une société démocratique exigent que les mesures touchant les droits fondamentaux soient dans certains cas soumises à une forme de procédure devant un organe indépendant, compétent pour contrôler les motifs de ces mesures et les éléments de preuve pertinents* »⁵⁴⁶. La consécration de principe du lien entre obligations positives et principe de prééminence du droit a été opérée dans une affaire *R. R. c. Pologne*, de 2011. La Cour y a déclaré pour la première fois que « *pour déterminer les obligations positives incombant à l'État, il doit être gardé à l'esprit que le principe de prééminence du droit, un des principes fondamentaux d'une société démocratique, est inhérent à l'ensemble des articles de la Convention* »⁵⁴⁷. Elle a rappelé que ce principe impliquait également « *que le droit interne doit offrir une certaine protection contre des atteintes arbitraires de la puissance publique aux droits garantis* »

550, obs. J.-F. Flauss ; *JDE*, 2006, 116, 39, chron. P. Lambert ; *Europe*, 2005, 3, 28, note N. Deffains ; *JDI*, 2005, 506, obs. P. Tavernier. Voir aussi Cour EDH, 4 mai 2001, **Kelly et al.** c. Royaume-Uni, req. 30054/96, §97 et 118. Voir D. SPIELMANN, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'État de droit », in S.F.D.I., *L'État de droit en droit international*, Pedone, 2009, p. 181 et X. SOUVIGNET, *La prééminence du droit dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, coll. « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », 2012, p. 179 et s.

⁵⁴⁴ Lorsqu'elle les dégage au stade de l'examen de la nécessité de l'ingérence (Cour EDH, Plén., 6 septembre 1978, **Klass et al.** c. Allemagne, A 28, §55 ; *JDI*, 1980, 463, obs. P. Rolland) ou au stade de l'examen de la légalité de l'ingérence (Cour EDH, GC, 4 mai 2000, **Rotaru** c. Roumanie, *Rec.* 2000-V, §59 ; *RTDH*, 2001, 137, obs. O. de Schutter ; *JDI*, 2001, 203, obs. D. Leclercq-Delapierre ; *JCP G*, 2001, I, 291, chron. F. Sudre). Sur les différentes voies empruntées afin de mettre au jour des obligations procédurales voir *supra* Partie 1, Chapitre 1, Section 1, §3, B, n° 125 et s.

⁵⁴⁵ Cour EDH, 20 mars 2007, **Tysiāc** c. Pologne, *Rec.* 2007-I, §112 ; *RDSS*, 2007, 643, note D. Roman ; *RTDH*, 2007, 855, note J.-M. Larralde.

⁵⁴⁶ Cour EDH, 20 mars 2007, **Tysiāc** c. Pologne, *Rec.* 2007-I, §117 ; *RDSS*, 2007, 643, note D. Roman ; *RTDH*, 2007, 855, note J.-M. Larralde.

⁵⁴⁷ « *Nonetheless, in assessing the positive obligations of the State it must be borne in mind that the rule of law, one of the fundamental principles of a democratic society, is inherent in all the Articles of the Convention (...). Compliance with requirements imposed by the rule of law presupposes that the rules of domestic law must provide a measure of legal protection against arbitrary interferences by public authorities with the rights safeguarded by the Convention* » (Cour EDH, 25 mai 2011, **R.R.** c. Pologne, req. 27617/04, §190).

par la Convention »⁵⁴⁸.

179. La Cour fait donc un usage de plus en plus fréquent des sources matérielles comme sources des obligations positives prétoriennes. Après avoir implicitement eu recours au droit international général afin de dégager des obligations positives de prévention et de répression, elle a effectué des références explicites de plus en plus nombreuses au droit international afin de mettre au jour des obligations positives. De plus, le principe de prééminence du droit apparaît désormais comme le fondement des obligations procédurales. Les obligations positives prétoriennes sont toutefois systématiquement rattachées aux dispositions conventionnelles, sources formelles.

⁵⁴⁸ *Ibid.* Dans une affaire récente elle a également affirmé qu'« au titre des obligations découlant de l'article 1 du Protocole n° 1, l'État doit à tout le moins instaurer un cadre législatif minimum, prévoyant notamment une instance adéquate permettant aux personnes se trouvant dans une situation telle que celle du requérant en l'espèce de se prévaloir effectivement de leurs droits et d'en obtenir la sanction. Un État qui n'agirait pas ainsi manquerait en effet gravement à son obligation de protéger la prééminence du droit et de prévenir l'arbitraire. La Cour va donc examiner si, en l'espèce, l'État défendeur a respecté cette obligation en mettant à la disposition du requérant des voies de droit propres à lui permettre de faire réellement valoir ses droits et en créant une instance de règlement appropriée à cette fin » (Cour EDH, GC, 3 avril 2012, **Kotov** c. Russie, req. 54522/00, §117).

SECTION 3 : Le rattachement automatique aux dispositions Conventionnelles

180. La Cour rattache toujours les obligations positives à un droit conventionnel (§1), parfois combiné avec l'article 1 CEDH (§2).

§1. Un rattachement systématique à un droit conventionnel

181. Comment les interprètes de la Convention ont-ils procédé pour fonder des obligations positives sur des dispositions dont le texte ne semblait pas initialement prévoir de telles obligations ? Divers moyens ont été employés, souvent combinés entre eux en fonction des affaires. Trois voies principales ont été empruntées, la technique de l'inhérence au droit (A), l'interprétation constructive du texte de l'article (B) et l'interprétation systématique (C).

Ces trois voies permettent à l'interprète de la Convention de conserver une grande marge de manœuvre. Une même technique lui permet tantôt d'accepter de consacrer une obligation positive, tantôt de refuser, en fonction de ce qu'elle estime nécessaire ou non à l'effectivité des droits dans une société démocratique.

A. L'inhérence au droit

182. La technique de l'inhérence au droit a été employée pour la première fois par la Commission dans des affaires n'impliquant pas directement des obligations positives. Dans son Rapport dans l'affaire *Delcourt*, elle a estimé que « *l'égalité des armes est un élément inhérent à tout procès équitable* »⁵⁴⁹. La Cour a repris la même démarche dans l'arrêt *Golder* pour faire du droit d'accès à un tribunal « *un élément inhérent au droit qu'énonce l'article 6 par. 1* »⁵⁵⁰. Dicté par

⁵⁴⁹ ComEDH, Rapp., 1^{er} octobre 1968, **Delcourt** c. Belgique, req. 2689/65, B 9, p. 54.

⁵⁵⁰ Cour EDH, Plén., 21 février 1975, **Golder**, *préc.* §76. La Cour y a par ailleurs eu recours afin de découvrir le

une interprétation finaliste, l'appel à « l'inhérence au droit » a permis aux organes de contrôle de la Convention d'étendre le contenu matériel des droits en dégagant des garanties qui, n'étant pas explicitement énumérées au sein des articles de la Convention, furent néanmoins jugées implicites car nécessaires à l'effectivité des droits⁵⁵¹.

183. Ce que le professeur F. Sudre a dénommé la « *théorie de l'inhérence* » a été l'une des voies privilégiées afin de dégager des obligations positives à partir des droits conventionnels⁵⁵². La technique de l'inhérence au droit a été utilisée pour la première fois de manière explicite en matière d'obligations positives dans l'arrêt *Marckx*⁵⁵³. Il est cependant possible d'en déceler les premières traces dès l'*Affaire linguistique belge*. Dans cet arrêt la question se posait de savoir si la formulation négative du droit à l'instruction protégé par l'article 2 du Protocole 1⁵⁵⁴ pouvait impliquer des obligations positives. La Cour a constaté que « *malgré sa formulation négative, cette disposition utilise le terme "droit" et parle d'un "droit à l'instruction"* ». Elle a poursuivi en énonçant qu'« *on ne saurait pourtant (...) déduire* » de la formulation négative du droit « *que l'État n'ait aucune obligation positive d'assurer le respect de ce droit, tel que le protège l'article 2 du Protocole (P1-2). Puisque "droit" il y a, celui-ci est garanti, en vertu de l'article 1^{er} (art. 1) de la Convention, à toute personne relevant de la juridiction d'un État contractant* »⁵⁵⁵.

184. La pertinence de l'affirmation a pu être contestée⁵⁵⁶, justement en ce qu'elle avait

principe de proportionnalité (Cour EDH, Plén., 7 décembre 1976, **Handyside** c. Royaume-Uni, A24, §58, *GACEDH*, n° 7, *CDE*, 1978, 350, chron. G. Cohen-Jonathan ; *JDI* 1978, 706, chron. P. Rolland.), ainsi que certains principes généraux tels que le principe de sécurité juridique (Cour EDH, **Marckx**, *préc.*, §58) ou encore la prééminence du droit (Cour EDH, GC, 23 novembre 2000, **Ex-Roi de Grèce et al.** c. Grèce, *Rec.* 2000-XII, §79 ; *JCP G*, 2001, I, 291, chron. F. Sudre).

⁵⁵¹ F. SUDRE, « A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP G* 2001, I, 335, p. 1367.

⁵⁵² Elle a été identifiée comme telle par le professeur F. Sudre dans le premier article venu systématiser la jurisprudence de la Cour en matière d'obligations positives (F. SUDRE, « Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1995, p. 366).

⁵⁵³ Cour EDH, Plén., 13 juin 1979, **Marckx**, *préc.*, §31.

⁵⁵⁴ « *Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction. L'État, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques* ».

⁵⁵⁵ Cour EDH, Plén., 23 juillet 1968, **Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »** c. Belgique, *préc.*, §3.

⁵⁵⁶ Le juge T. Wold remarquait ainsi dans son opinion en partie dissidente jointe à l'arrêt : « *plusieurs articles de la Convention emploient le mot "droit" (article 9 (art. 9): droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion; article 10 (art. 10): droit à la liberté d'expression, etc.). Il est évident que ces droits n'imposent aux États membres aucune obligation positive de garantir à chaque citoyen le "droit" de faire usage, par exemple, des églises existantes, dont l'État peut être le propriétaire, ou de se servir des moyens d'expression appartenant à l'État: imprimeries,*

d'important. Elle postulait que l'existence d'un droit suffit pour impliquer celle d'obligations positives⁵⁵⁷. Elle rejetait d'un bloc qu'un droit puisse être assimilable à « *une liberté individuelle à contenu classique* »⁵⁵⁸ et n'exiger de l'État qu'une obligation d'abstention. À partir du moment où l'État s'est engagé en signant la Convention, il a contracté toutes les obligations nécessaires à l'accomplissement effectif des droits conventionnels, quelle que soit la nature de ces obligations. La technique de l'inhérence relève des mêmes présupposés. Si un droit a été reconnu, cela suppose que ce droit génère implicitement toutes les obligations nécessaires à son accomplissement effectif.

185. Ainsi, dans son arrêt *Marckx*, la Cour a estimé que l'article 8§1, qui proclame le droit au respect de la vie familiale, s'il « *a "essentiellement" pour objet de prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics (...) ne se contente pourtant pas d'astreindre l'État à s'abstenir de pareilles ingérences: à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un "respect" effectif de la vie familiale* »⁵⁵⁹.

186. Selon la Cour, les obligations positives peuvent donc être « inhérentes » aux droits conventionnels. Cette affirmation permet de légitimer, de justifier son interprétation. Elle ne crée pas ces obligations positives puisqu'elles sont « inhérentes » au texte conventionnel. Selon les termes des juges européens, le recours à l'inhérence ne constitue d'ailleurs pas « *une interprétation extensive de nature à imposer aux États contractants de nouvelles obligations : elle se fonde sur les termes mêmes* » de la Convention « *lue dans son contexte et à la lumière de l'objet et du but de ce traité normatif* »⁵⁶⁰.

187. Le grief d'outrepasser son pouvoir interprétatif en créant de nouveaux droits non

journaux ou entreprises de radiodiffusion, de télévision ou de cinéma, etc. Le "droit à l'instruction" a la même portée et la même signification; il n'implique aucune obligation positive de l'État » (Cour EDH, Plén., 23 juillet 1968, **Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »** c. Belgique, *préc.*, opinion en partie dissidente du juge T. Wold, p. 121).

⁵⁵⁷ A noter la démarche identique suivie par le Comité des droits de l'homme afin de déduire des obligations positives de l'article 27 du PIDCP (droit des minorités) : « *L'article 27, même s'il est formulé en termes négatifs, reconnaît l'existence d'un "droit" et interdit de dénier celui-ci. En conséquence, les États parties sont tenus de veiller à ce que l'existence et l'exercice de ce droit soient protégés et à ce que ce droit ne soit ni refusé ni violé. C'est pourquoi, il faut prendre des mesures positives de protection, non seulement contre les actes commis par l'État partie lui-même, par l'entremise de ses autorités législatives judiciaires ou administratives, mais également contre les actes commis par d'autres personnes se trouvant sur le territoire de l'État partie* » (Comité DH, Observation générale n° 23, 8 avril 1994, **Droit des minorités (article 27)**, CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, §6.1).

⁵⁵⁸ J. VERHOEVEN, « L'arrêt du 23 juillet 1968 dans l'affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique », *RBDI*, 1970, p. 357.

⁵⁵⁹ Cour EDH, Plén., 13 juin 1979, **Marckx**, *préc.*, §31.

⁵⁶⁰ Cour EDH, **Golder**, *préc.*, §76.

initialement prévus par le texte conventionnel lui fut pourtant adressé. En réaction à son arrêt *Marckx*, le professeur P. Pelloux notait que « *l'interprétation extensive est admissible, mais à condition de se rattacher au texte par un lien logique et si l'on peut dire, grammatical. Par exemple dans l'arrêt Golder, la Cour a eu tout à fait raison de décider que le droit au procès équitable implique le droit d'accès à un tribunal. Nous rencontrons ici la notion de droits implicites ou inhérents, c'est-à-dire ceux sans lesquels les droits garantis par la Convention perdraient toute valeur, ou tout au moins une grande partie de leur portée pratique. Ce n'est pas le cas pour l'interprétation de l'article 8 donnée dans l'affaire Marckx : nous craignons qu'elle ne s'éloigne trop du texte et de son sens évident et aboutisse à la reconnaissance d'un ou même plusieurs droits nouveaux* »⁵⁶¹. Cependant, l'appréciation de ce qui doit être ou non « *consubstantiel* » à un droit, c'est-à-dire nécessaire pour lui conférer un minimum de « *portée pratique* », paraît hautement subjective et contingente de l'époque et la technique de l'inhérence permet de dispenser les organes de contrôle de la Convention de toute motivation afin de justifier qu'une obligation est inhérente ou non à un droit. Elle a ainsi pu servir aussi bien à justifier une interprétation restrictive qu'extensive des droits conventionnels.

Dans le premier cas, la technique de l'inhérence a par exemple permis à la Commission de refuser de dégager des obligations positives afin de déclarer des requêtes irrecevables *ratione materiae*⁵⁶². Dans le second cas, elle a servi à enrichir « *sensiblement le contenu* » des droits⁵⁶³. Elle a ainsi été utilisée afin de dégager des obligations positives procédurales à partir de droits pourtant considérés comme matériels⁵⁶⁴. La Cour a estimé dans un arrêt *Olsson* de 1988 que « *l'article 8 renferme certaines exigences implicites de procédure* »⁵⁶⁵. Puis dans l'affaire *McMichael* de 1995

⁵⁶¹ *AFDI*, 1980, p.322, obs. P. PELLOUX.

⁵⁶² La Commission a estimé qu'un détenu travaillant en semi-liberté et licencié en raison de ses activités syndicales ne pouvait exiger une intervention des autorités pénitentiaires auprès de son employeur afin de protéger son droit à la liberté syndicale, dans la mesure où une telle action n'était pas « *un élément nécessairement inhérent à la notion de liberté de former un syndicat ou d'y adhérer pour la protection de ses intérêts, ni un élément indispensable à la protection effective de cette liberté* » (ComEDH, Déc., 11 mai 1981, *Gallogly c. Royaume-Uni*, req. 7990/77, D.R. 24, p. 70). De même, elle a rejeté la requête d'une association qui s'était vue refuser la qualité pour agir dans une action intentée devant un tribunal administratif contre une décision portant choix d'un site déterminé pour y construire une centrale nucléaire au motif que « *la possibilité d'agir en justice sans posséder un intérêt légitime n'est pas un élément nécessairement inhérent à la notion de liberté d'association* » (ComEDH, Déc., 14 juillet 1981, *X. c. RFA*, req. 9234/81, D.R. 26, p. 273).

⁵⁶³ F. SUDRE, « A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP G* 2001, I, 335, p. 1367.

⁵⁶⁴ V. *supra* Partie 1, Chapitre 1, Section 1, §3, A, 1, n° 109 et s.

⁵⁶⁵ Cour EDH, Plén., 24 mars 1988, *Olsson c. Suède* (n° 1), A 130, §71 ; *GACEDH*, n° 50 ; *JDI*, 1989, 789, obs. P.

elle a considéré que les « *exigences procédurales* » qui encadrent le processus décisionnel pouvant mener à prendre une mesure de placement d'un enfant étaient « *inhérentes à l'article 8* » et « *non seulement couvrent les procédures administratives aussi bien que judiciaires, mais vont de pair avec l'objectif plus large consistant à assurer le juste respect, entre autres, de la vie familiale* »⁵⁶⁶.

188. En outre, la formule de l'arrêt *Marckx* est devenue récurrente dans les affaires concernant l'article 8⁵⁶⁷. Elle s'est peu étendue sur le terrain d'autres articles⁵⁶⁸, mais la Cour a par la suite adopté une formule générale selon laquelle « *si de nombreuses dispositions de la Convention ont essentiellement pour objet de protéger l'individu contre toute ingérence arbitraire des autorités publiques, il peut en outre exister des obligations positives inhérentes à un respect effectif des droits concernés* »⁵⁶⁹, signifiant ainsi qu'il y aurait des obligations positives « inhérentes » à toute disposition de la Convention.

189. Par ailleurs, une démarche peu formaliste est adoptée. La Cour réfléchit tantôt en termes de droits, tantôt en termes d'obligations. Particulièrement dans des affaires touchant à l'article 6, telles que l'arrêt *Golder* précité, ou encore à l'article 11, la Cour recherche non quelles

Tavernier ; *Rev. sc. crim.*, 1988, 573, obs. L.-E. Pettiti. Ces exigences procédurales consistent, en matière d'assistance à enfant, à ce que « *les parents doivent avoir "pu jouer dans le processus décisionnel, considéré comme un tout, un rôle assez grand pour leur accorder la protection requise de leurs intérêts"* ». Ces garanties avaient déjà été dégagées dans des arrêts antérieurs (Cour EDH, Plén., 8 juillet 1987, **B.** c. Royaume-Uni, A 121, §63 ; Cour EDH, Plén., 8 juillet 1987, **W.** c. Royaume-Uni, A 121, §64).

⁵⁶⁶ Cour EDH, 24 février 1995, **McMichael**, *préc.*, §91. Le Comité des droits de l'homme a pour sa part affirmé qu'« *un élément inhérent à la protection des droits expressément déclarés non susceptibles de dérogation (...) est qu'ils doivent s'accompagner de garanties de procédure, qui sont souvent judiciaires* » (Comité DH, Observation générale n° 29, 31 août 2001, **Dérogations en période d'état d'urgence, (article 4)**, §15). Voir *infra* Partie 1, Chapitre 2, Section 1, B, 1, b, n° 282.

⁵⁶⁷ La Cour l'a reprise dès l'affaire *Airey* (Cour EDH, 9 octobre 1979, **Airey**, *préc.*, §32). Et parmi de nombreuses autres affaires : Cour EDH, 26 mars 1985, **X et Y**, *préc.* §23 ; Cour EDH, Plén., 28 mai 1985, **Abdulaziz, Cabales et Balkandali** c. Royaume-Uni, A 94, §67, *JDI*, 1986, 1081, obs. P. Rolland ; Cour EDH, Plén., 18 décembre 1986, **Johnston et al.** c. Irlande, A 112, §55, *GACEDH*, n° 48 ; *AFDI*, 1987, 239, obs. C. Coussirat-Coustère ; *JDI*, 1987, 812, obs. P. Rolland. ; Cour EDH, Plén., 8 juillet 1987, **W.**, *préc.*, §60 ; Cour EDH, GC, 11 juillet 2002, **Christine Goodwin** c. Royaume-Uni, *Rec.* 2002-VI, §72, *GACEDH*, n° 43, *RTD civ.* 2002, 862, chron. J.-P. Marguénaud ; *D* 2003, 2032, note A.-S. Chavent-Leclère ; *RTDH* 2003, 1157, note A. Marienburg-Wachsmann et P. Wachsmann ; *JCP G* 2003, I, 109, n° 16 et 22, chron. F. Sudre).

⁵⁶⁸ Il est possible de recenser une affaire de la Commission à propos de l'article 9 (Com. EDH, Déc., 12 mars 1981, **X.** c/ Royaume-Uni, req. 8160/78, *D.R.* 22, p. 39). La Cour a par ailleurs fait référence à l'« *obligation procédurale inhérente à l'article 2* » (Cour EDH, 18 juin 2002, **Öneryildiz** c. Turquie, req. n° 18/06/2002, §89, *RTDH* 2003, 279, obs. C. Laurent ; *JCP G* 2002, I, 157, n° 23, obs. F. Sudre ; *D* 2002, somm. 2568, obs. C. Bisan ; *AJDA* 2002, 1281, obs. J.-F. Flauss.), ou encore à l'article 3 (Cour EDH, 24 janvier 2012, **P.M.** c. Bulgarie, req. 49669/07, §63).

⁵⁶⁹ Cour EDH, 16 mars 2000, **Özgür Gündem** c. Turquie, *Rec.* 2000-III, §42 ; *RTDH* 2001, 95, obs. P. de Fontbressin ; *JCP G* 2001, I, 291, n° 38, obs. F. Sudre. Voir également, rattaché à l'article 1 (Cour EDH, 28 juin 2001, **Vgt Verein Gegen Tierfabriken** c. Suisse, *Rec.* 2001-VI, §45 ; *RTDH* 2002, 1035, obs. P.-F. Docquir).

obligations mais quels droits sont « inhérents » au droit à un procès équitable ou à la liberté d'association, alors même que ces potentiels droits impliqueraient des obligations positives à la charge des États. Tel est le cas pour le droit à la négociation collective qui, jugé par la Cour non « *indispensable à l'exercice efficace de la liberté syndicale* », a été considéré comme ne constituant pas « *un élément nécessairement inhérent à un droit garanti par la Convention* »⁵⁷⁰. Le juge européen est revenu sur cette interprétation dans son arrêt *Demir et Baykara*⁵⁷¹. Ainsi, ce qui n'était pas « inhérent à un droit » en 1975 l'est devenu en 2008.

190. La technique de l'inhérence permet ainsi sans plus de justification à la Commission et à la Cour tout aussi bien de déclarer des griefs irrecevables comme incompatibles *ratione materiae* que de justifier l'existence de droits et de leurs obligations corrélatives, pourtant absents du texte initial de la Convention. Cette technique au « *fort potentiel rhétorique* »⁵⁷² les dispense de dégager des critères objectifs difficiles à établir pour déterminer les limites du contenu du droit tout en légitimant leur interprétation en la rattachant au texte de la Convention. Elle leur offre ainsi à la fois la possibilité de conserver leur liberté d'appréciation pour l'avenir et d'occulter « *les présupposés idéologiques sur lesquels elle se fonde pour interpréter la Convention* »⁵⁷³. Ainsi, il est possible de constater avec le professeur F. Sudre que « *la théorie de l'inhérence vise à prémunir la Cour de l'éventuelle accusation de "gouvernement des juges", mais ne saurait masquer que la découverte des obligations "inhérentes" relève du seul pouvoir discrétionnaire du juge* »⁵⁷⁴.

191. Cette technique de l'inhérence est par ailleurs la marque des choix interprétatifs opérés par la Commission et la Cour européenne consistant à s'éloigner des canons du droit international classique. Loin du principe proclamé par l'affaire du *Lotus*, selon lequel « *les*

⁵⁷⁰ Cour EDH, Plén., 27 octobre 1975, **Syndicat national de la police belge** c. Belgique, A 21, §38 (*JDI* 1978, 685, obs. P. Rolland ; *AFDI* 1976, 121, chron. R. Pelloux ; *RDH*, 1976, 71, note G. Sperduti). Cour EDH, 6 février 1976, **Syndicat suédois des conducteurs de locomotives** c. Suède, A 20, §39 (*JDI*, 1978, 685, note P. Rolland), Cour EDH, 6 février 1976, **Schmidt et Dahlström** c. Suède, A 21, §34. Voir la différence avec les rapports de la Commission dans les mêmes affaires, formulés en terme d'obligation (par ex. ComEDH, Rapp., 27 mars 1974, **Syndicat national de la police belge** c. Belgique, req. 4464/70, B 14, §59 et 60).

⁵⁷¹ Cour EDH, GC, 12 novembre 2008, **Demir et Baykara** c. Turquie, req. 34503/97, sélectionné pour publication, §153 (*D*, 2009, 739, note J.- P. Marguénaud et J. Mouly ; *JCP G*, 2009, II 10018, note F. Sudre ; *RTDH*, 2009, 811, note S. Van Drooghenbroeck).

⁵⁷² B. DELZANGLES, *Activisme et Autolimitation de la Cour européenne des droits de l'homme*, LGDJ, Fondation Varenne, 2009, p. 356.

⁵⁷³ *Ibid.*, p. 356.

⁵⁷⁴ F. SUDRE, « Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1995, p. 369.

limitations à l'indépendance ne se présument (...) pas »⁵⁷⁵, la Commission et la Cour ont choisi au contraire dans ces exemples une interprétation qui étend visiblement les obligations étatiques au delà de celles auxquelles les États s'étaient engagés initialement en signant la Convention. Cette dernière n'est pas qu'un simple traité international instaurant des obligations réciproques entre États, elle prévoit des droits au profit des individus. Le changement de perspective tient au fait que désormais c'est le contour du droit, et ce qui est nécessaire pour en assurer l'effectivité, qui conditionne l'obligation étatique et non plus les strictes limites de l'engagement étatique initial.

La technique de l'inhérence n'est pas la seule voie employée par la Commission et par la Cour afin de rattacher des obligations positives aux dispositions conventionnelles. Ces dernières ont également utilisé le biais de l'interprétation constructive du texte des articles.

B. L'interprétation constructive du texte des articles

192. Dans le cas de certaines dispositions, les termes même de ceux-ci supposent à priori des « *obligations positives stricto sensu conventionnelles* »⁵⁷⁶. C'est ainsi le cas concernant l'article 3 du Protocole 1 en vertu duquel les « *Hautes Parties contractantes s'engagent à organiser (...) des élections libres* ». Partant, la Cour a pu estimer « *que dans le domaine considéré se trouve au premier plan non une obligation d'abstention ou de non-ingérence, comme pour la majorité des droits civils et politiques, mais celle, à la charge de l'État, d'adopter des mesures positives pour "organiser" des élections démocratiques* »⁵⁷⁷. De la même manière, la Cour a considéré que « *combiné avec le paragraphe 3, le paragraphe 1 de l'article 6 (...) oblige en outre les États contractants à des mesures positives* »⁵⁷⁸.

193. La démarche a été nécessairement tout autre concernant des articles dont la

⁵⁷⁵ CPIJ, Arrêt, 7 septembre 1927, **Affaire du Lotus**, A 10, p. 18.

⁵⁷⁶ F. SUDRE, « Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1995, p. 364.

⁵⁷⁷ Cour EDH, Plén., 2 mars 1987, **Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique**, A 113, §50. La Cour peut cependant utiliser la technique des obligations positives et la rhétorique de l'effectivité afin d'étendre les obligations issues de l'article 3 du Protocole 1 (Cour EDH, 8 juillet 2010, **Sitaropoulos et Giakoumopoulos c. Grèce**, req. 42202/07, §39 et s. ; *AJDA* 2010, 2362, chron. J.-F. Flauss).

⁵⁷⁸ Cour EDH, Plén., 6 décembre 1988, **Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne**, A146, § 78. Du fait de la formulation de l'article 6, la Cour fait peu usage de la technique des obligations positives dans ce domaine.

formulation ne laissait pas présager de telles obligations. La Cour a alors du effectuer une interprétation constructive des termes de ceux-ci afin d'en déduire des obligations positives. Tout d'abord, les organes de contrôle de la Convention ont procédé à la « *transformation d'une formulation négative d'un droit en une obligation positive* »⁵⁷⁹. Comme le note le professeur F. Sudre, cette démarche a été suivie par la Cour dans l'*Affaire l'inguistique Belge* et par la Commission dans son rapport dans l'affaire *Hurtado*.

Dans la première affaire, la Commission a estimé que « *pareille obligation ne découle pas du texte. Celui-ci emploie une formule négative : "Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction"* »⁵⁸⁰. La structure « négative » du droit a donc justifié pour la Commission l'absence d'obligation positive découlant de cet article. En revanche, la Cour, à partir du même argument, est parvenue à la conclusion opposée. Elle a estimé que l'on ne saurait déduire de la « *formulation négative* » de l'article 2 du Protocole 2, « *que l'État n'ait aucune obligation positive d'assurer le respect de ce droit* »⁵⁸¹.

Dans la seconde affaire, la Commission a découvert au sein de l'article 3 CEDH, une « *obligation positive spécifique* », en vertu de laquelle « *les autorités de l'État doivent adopter des mesures visant à garantir l'intégrité physique de la personne qui se trouve sous la responsabilité des autorités policières, judiciaires ou pénitentiaires* »⁵⁸².

194. Ensuite, l'imprécision de certains termes, tels que celui de « respect », présent à la fois dans les articles 8§1 et 1 et 2 du Protocole 1, a favorisé une certaine « *construction jurisprudentielle* »⁵⁸³ de la part des juges européens. Dans l'arrêt *Campbell et Cosans*, la Cour a noté que « *"Respecter", ainsi que le confirme la substitution de ce mot à "tiendra compte" pendant la genèse de l'article 2 (P1-2) (...)* »⁵⁸⁴, signifie plus que "reconnaître" ou "prendra en considération";

⁵⁷⁹ F. SUDRE, « Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1995, p. 366.

⁵⁸⁰ ComEDH, Rapp., 24 juin 1965, **Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »** c. Belgique, B 3 et 4, p. 341. Ce raisonnement était contesté par l'un des membres de la Commission, M. Balta (*Ibid.*, p. 349).

⁵⁸¹ Cour EDH, Plén., 23 juillet 1968, **Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »**, *préc.*, §3. Voir la démarche identique du Comité des droits de l'homme : Comité DH, Observation générale n° 23, 8 avril 1994, **Droit des minorités (article 27)**, CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, §6.1.

⁵⁸² ComEDH, Rapp., 8 juillet 1993, **Hurtado** c. Suisse, req. 17549/90, §79. Cette affaire n'a pas donné lieu à un arrêt de la Cour sur le fond, du fait qu'elle a été rayée du rôle à la suite de la conclusion d'un règlement amiable.

⁵⁸³ F. SUDRE, « Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1995, p. 367.

⁵⁸⁴ Cet arrêt constitue un des rares exemples dans lequel le juge européen a recours aux travaux préparatoires pour

en sus d'un engagement plutôt négatif, ce verbe implique à la charge de l'État une certaine obligation positive⁵⁸⁵. Cette ambiguïté du terme « respecter » présent dans l'article 8§1 a également conféré une grande liberté d'interprétation aux organes de contrôle de la Convention afin de déterminer le contenu de ce droit. Comme le note la Cour, surtout quand des obligations positives sont en cause, « la notion de "respect" manque (...) de netteté, (...) ; ses exigences varient beaucoup d'un cas à l'autre vu la diversité des pratiques suivies et des conditions existant dans les États contractants »⁵⁸⁶. Ainsi, il n'est pas anodin que le terrain privilégié de la technique de l'inhérence au droit ait principalement été l'article 8⁵⁸⁷ « qui utilise la notion assez vague de "respect" de la vie familiale » et « pourrait sembler se prêter mieux que l'article 12 à une interprétation évolutive »⁵⁸⁸.

195. En outre, la connotation active que comporte le terme « protéger », a pu être exploitée. La Commission a estimé « que la première phrase de l'article 2 impose à l'État une obligation plus large que celle que contient la deuxième phrase. L'idée que "le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi" enjoint à l'État non seulement de s'abstenir de donner la mort "intentionnellement", mais aussi de prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie »⁵⁸⁹. La Cour a repris cette démarche de manière moins explicite et sans plus de justification, dans son arrêt *L.C.B.* afin de déduire de la première phrase de l'article 2§1 l'obligation pour l'État non seulement de « s'abstenir de provoquer la mort de manière volontaire et irrégulière » mais également celle de « prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction »⁵⁹⁰.

consacrer des obligations positives.

⁵⁸⁵ Cour EDH, 25 février 1982, **Campbell et Cosans** c. Royaume-Uni, A 48, §37 ; *JDI* 1985, 191, obs. P. Tavernier .

⁵⁸⁶ Cour EDH, Plén., 28 mai 1985, **Abdulaziz, Cabales et Balkandali**, *préc.*, §67.

⁵⁸⁷ F. SUDRE, « Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1995, p. 367. Sur la technique de l'inhérence voir *supra* Partie 1, Chapitre 1, Section 3, §1, A, n° 182 et s.

⁵⁸⁸ Cour EDH, Plén., 18 décembre 1986, **Johnston et al.**, *préc.* §57.

⁵⁸⁹ ComEDH, Déc., 12 juillet 1978, **Association of parents** c. Royaume-Uni, req. 7154/75, *D.R.* 14, p. 35. L'association requérante, invoquant l'article 2 CEDH, estimait que le décès de nombreux enfants était dû à une campagne de vaccination. La Commission après avoir estimé ne pouvoir admettre « que les campagnes de vaccination sont mal organisées et que les mesures adéquates ne sont pas prises pour éviter que les risques ne se réalisent » (p. 37) a conclu que « le système de contrôle et de surveillance instauré par l'État est suffisant pour permettre de dire que celui-ci a satisfait à l'obligation de protéger la vie, que lui impose l'article 2 de la Convention » (p. 38) et rejeté ce grief comme manifestement mal fondé.

⁵⁹⁰ Cour EDH, 9 juin 1998, **L.C.B.** c. Royaume-Uni, *Rec.* 1998-III, §36 ; *JCP G*, 1999, I 105, chron. F. Sudre. La requérante se plaignait de ce que l'État défendeur n'avait pas informé et conseillé ses parents ni surveillé sa santé avant qu'une leucémie ne lui soit diagnostiqué en octobre 1970, alors que son père avait servi dans les unités de ravitaillement sur l'île Christmas à l'époque où le Royaume-Uni y avait effectué ses essais nucléaires. Si le terme d'obligation positive était absent dans ses premiers arrêts en la matière, la Cour a ensuite utilisé le terme d'« obligation positive de protéger par la loi le droit à la vie » (Cour EDH, GC, 20 décembre 2004, **Makaratzis** c.

196. Enfin, la Cour a également refusé de procéder à une interprétation constructive du texte d'un article conventionnel afin de refuser de dégager une obligation positive. Tel est le cas dans l'arrêt *Guerra*. La Cour a estimé que « *la liberté de recevoir des informations* » garantie à l'article 10§2, « *ne saurait se comprendre comme imposant à un État, dans des circonstances telles que celles de l'espèce, des obligations positives de collecte et de diffusion, motu proprio, des informations* »⁵⁹¹.

197. Le choix d'exercer une interprétation constructive du texte conventionnel afin de dégager des obligations positives demeure entièrement entre les mains du juge européen. La décision de mobiliser ce type d'interprétation est déterminée par la volonté ou non de dégager une obligation positive, en fonction de ce qui est estimé nécessaire à l'effectivité des droits. L'interprétation contextuelle ou systématique constitue une autre voie employée par la Cour afin de rattacher des obligations positives à une disposition de la Convention.

C. La mise en œuvre d'une interprétation systématique

198. L'interprétation systématique est définie à l'article 31 de la Convention de Vienne comme le fait de lire une disposition « *dans son contexte* ». La Cour estime ainsi que la Convention doit « *se lire comme un tout et s'interpréter de manière à promouvoir sa cohérence interne et l'harmonie entre ses diverses dispositions* »⁵⁹².

Les interprètes de la Convention y ont eu recours pour justifier l'existence d'obligations positives sur le fondement de certains articles de la Convention. La Commission, faisant référence à l'arrêt *Marckx*, a ainsi considéré que l'article 2 pouvait « *à l'instar des autres articles de la Convention (...), imposer à l'État des obligations positives* »⁵⁹³. Quant à la Cour, elle a jugé que « *tout comme l'article 8* », l'article 11 « *appelle parfois des mesures positives, au besoin jusque*

Grèce, *Rec.* 2004-XI, §50 et 55 ; *RDP* 2005, 768, obs. M. Levinet).

⁵⁹¹ Cour EDH, GC, 19 février 1998, **Guerra et al.**, *préc.*, §53.

⁵⁹² Cour EDH, GC, déc., 6 juillet 2005, **Stec et al.** c. Royaume-Uni, *Rec.*, 2005-X, §47-48 ; *JCP G*, 2006, I 109, chron. F. Sudre. Voir également, Cour EDH, Plén., 6 septembre 1978, **Klass et al.** c. Allemagne, A 82 § 68 ; *JDI*, 1980, 463, obs. P. Rolland.

⁵⁹³ ComEDH, Déc., 28 février 1983, **W.**, *préc.*, p. 201, §12.

dans les relations interindividuelles »⁵⁹⁴. Ou encore, pour mettre au jour « l'obligation positive de protéger la liberté de ses ressortissants » en vertu de l'article 5§1, elle a estimé entre autres, que « conclure que tel n'est pas le cas serait (...) en contradiction avec la jurisprudence de la Cour, en particulier sous l'angle des articles 2, 3 et 8 de la Convention »⁵⁹⁵. De même elle a affirmé que « tout comme les articles 2 et 3, l'article 4 comporte également des obligations procédurales d'enquête sur des situations de potentielle traite d'êtres humains »⁵⁹⁶.

Faisant référence à leur propre jurisprudence, les organes de contrôle de la Convention estiment donc que les dispositions conventionnelles ne doivent pas être interprétées isolément ou en contradiction avec le reste du texte. L'argumentation est alors fondée sur l'analogie. À partir du moment où a été émise la possibilité qu'un droit puisse avoir des effets positifs, cette affirmation doit être vraie pour d'autres droits conventionnels.

199. Cette interprétation systématique n'agit cependant pas toujours dans le sens de l'effectivité des droits, en particulier, dans certaines affaires dans lesquelles elle est combinée à une interprétation téléologique⁵⁹⁷. Dans la jurisprudence de la Cour, comme le note le professeur F. Ost, cette méthode s'articule souvent avec la méthode téléologique, « les articles sont reliés les uns aux autres selon une logique qu'éclairent l'objet et le but de la Convention »⁵⁹⁸. Il s'agit dès lors d'une interprétation téléosystématique, c'est à dire l'« opération par laquelle l'interprète tient compte de l'objet et du but d'une norme pour dégager la signification d'une autre norme appartenant au même système juridique »⁵⁹⁹. Dans les exemples qui suivent, cette interprétation sert de limite à l'interprétation dynamique et constructive du texte des articles pour refuser de dégager une obligation positive.

La Commission, considérant que l'article 2 du Protocole 1 devait « être interprété comme

⁵⁹⁴ Cour EDH, 21 juin 1988, **Plattform « Ärzte für das Leben »**, préc. §32.

⁵⁹⁵ Cour EDH, 16 juin 2005, **Storck**, préc., §102.

⁵⁹⁶ Notre traduction de « *Like Articles 2 and 3, Article 4 also entails a procedural obligation to investigate situations of potential trafficking.* » (Cour EDH, 7 janvier 2010, **Rantsev c. Chypre et Russie**, req. 25965/04, sélectionné pour publication, §288 ; *JCP G*, act. 132, F. Sudre ; *HRLR*, 10-3 (2010), 546, note J. Allain) Dans le même arrêt la Cour énonce « *As with Articles 2 and 3 of the Convention, Article 4 may, in certain circumstances, require a State to take operational measures to protect victims, or potential victims, of trafficking* » (*ibid.* §286).

⁵⁹⁷ E. DUBOUT, « Interprétation téléologique et politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2008, p. 391.

⁵⁹⁸ F. OST, « Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme », in M. DELMAS-MARTY, *Raisonnement la raison d'Etat*, PUF, Paris, 1989, p. 419.

⁵⁹⁹ E. DUBOUT, « Interprétation téléologique et politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 395.

un tout », a estimé que nulle obligation positive ne devait être imposée aux États « à teneur de la deuxième phrase de l'article 2, de subventionner une forme particulière d'enseignement pour respecter les convictions religieuses et philosophiques des parents »⁶⁰⁰, étant donné que la Cour dans son arrêt *Affaire linguistique belge* avait interprété la première phrase de cet article comme n'obligeant pas les États « à organiser à leurs frais, ou à subventionner, un enseignement d'une forme ou à un échelon déterminés »⁶⁰¹. L'absence d'obligation positive de ce type issue de la première phrase de cet article justifie le même refus sur le fondement de la deuxième phrase.

200. La Cour a justifié de même d'autres interprétations restrictives. Estimant que « la Convention doit se lire comme un tout »⁶⁰², elle a par exemple refusé de « déduire de l'article 8, texte de but et de portée plus généraux, un droit au divorce exclu (...) de l'article 12 ». Ou encore, dans un souci de préserver « la cohérence » que le traité « doit avoir en tant que système de protection des droits de l'homme », a été jugé dans l'arrêt *Pretty*, que « l'article 3 doit être interprété en harmonie avec l'article 2, qui lui a toujours jusqu'ici été associé comme reflétant des valeurs fondamentales respectées par les sociétés démocratiques ». Dans la mesure où « l'article 2 de la Convention consacre d'abord et avant tout une prohibition du recours à la force ou de tout autre comportement susceptible de provoquer le décès d'un être humain, (...) il ne confère nullement à l'individu un droit à exiger de l'État qu'il permette ou facilite son décès » et en conséquence « pareille obligation ne peut être déduite de l'article 3 de la Convention »⁶⁰³.

Il s'agit dès lors de ne pas dépasser les limites posées aux obligations issues de dispositions particulières, dans les exemples précités, les articles 12 et 2, en déduisant des obligations positives spécifiques à partir d'autres dispositions, ici les articles 8 et 3.

201. L'argument de la cohérence visée par l'interprétation contextuelle a par ailleurs ses limites. Dans ces cas, l'interprétation téléologique visant l'effectivité des droits prend le dessus sur cette dernière. Dans l'affaire *Airey*, la Cour a volontairement cloisonné l'interprétation des articles 6§1 et 6§3 c). Alors que cette dernière disposition ne prévoit d'aide juridictionnelle qu'en matière pénale et que l'Irlande avait émis une réserve à cet article pour réduire ses obligations dans ce

⁶⁰⁰ ComEDH, Déc., 2 mai 1978, X. c. Royaume-Uni, req. 7782/77, D.R. 14, p. 183-184.

⁶⁰¹ Cour EDH, Plén., 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »*, préc., §3.

⁶⁰² Cour EDH, Plén., 18 décembre 1986, *Johnston et al.*, préc., §57.

⁶⁰³ Cour EDH, 29 avril 2002, *Pretty* c. Royaume-Uni, Rec. 2002-III, §54-55 ; *GACEDH*, n° 44 ; *JCP G*, 2002, I 157, chron. F. Sudre ; *RJPF*, 2002, 7.8/11, 11, obs. E. Garaud ; *Defrénois*, 2002, 1131, obs. Ph. Malaurie ; *RTDciv.*, 2002, 858, obs. J.-P. Marguénaud ; *RTDH*, 2003, 71, note O. De Schutter.

domaine, la Cour a pourtant estimé qu'incombait à l'Irlande en vertu de l'article 6§1 l'obligation de fournir un avocat à Mme Airey pour l'assister lors de sa procédure de séparation de corps. La Cour a jugé en ce sens, « *malgré l'absence d'un texte analogue* » à l'article 6§1 c) « *pour les procès civils* », et a estimé que « *la réserve irlandaise à l'article 6 par. 3 c)* » ne saurait être interprétée « *de telle sorte qu'elle influerait sur les engagements résultant de l'article 6 par. 1* »⁶⁰⁴.

202. L'analyse des techniques employées par le juge européen pour rattacher des obligations positives à des droits conventionnels marquent bien la marge de manœuvre que se réserve le juge pour déterminer l'existence de celles-ci.

Si les obligations positives sont systématiquement rattachées à des dispositions conventionnelles, elles peuvent être également fondées sur l'article 1 de la Convention. En effet, les organes de contrôle de la Convention procèdent parfois à une combinaison entre l'article 1 et une autre disposition conventionnelle afin de dégager une obligation positive.

§2. Un recours sélectif à l'article 1 de la Convention

203. L'article 1 de la Convention EDH dispose que « *les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention* ». Un titre, « *Obligation de respecter les droits de l'homme* », lui fut adjoint par le Protocole 11⁶⁰⁵.

Au sein du texte de la Convention, cette disposition est placée en dehors des différents titres⁶⁰⁶ et se trouve directement à la suite du Préambule. Elle sert ainsi d'article introductif, de directive générale définissant la responsabilité des États au titre de la Convention. La question centrale est alors de savoir si le terme « *reconnaissent* » met à la charge de l'État uniquement des obligations négatives ou également des obligations positives. En effet, à la différence d'autres instruments de protection internationale et régionale des droits de l'homme, plus explicites à cet

⁶⁰⁴ Cour EDH, 9 octobre 1979, *Airey*, préc., §26.

⁶⁰⁵ Article 2§4a) du protocole 11 « *les articles sont présentés avec les intitulés énumérés à l'annexe du présent Protocole* », entré en vigueur le 1^{er} novembre 1998.

⁶⁰⁶ Titre I « *Droits et libertés* », Titre II « *Cour européenne des droits de l'homme* », Titre III « *Dispositions diverses* ».

égard⁶⁰⁷, l'article 1 de la Convention EDH « *se limite (...) à la simple reconnaissance des droits sans faire allusion aux obligations exactes qui pèsent sur les États pour atteindre cet objectif* »⁶⁰⁸.

204. De l'article 1 CEDH ont été déduites à la fois une obligation positive générale et, pour reprendre les termes de B. Moutel, des « *obligations positives spéciales* »⁶⁰⁹. Une obligation positive spéciale est une obligation d'action à la charge des États déduite d'une disposition de la Convention non initialement prévue comme devant générer de telles obligations étatiques. Son fondement juridique est l'un des droits conventionnels, combiné éventuellement avec l'article liminaire. L'obligation positive générale impose aux États une obligation d'assurer l'effectivité des droits conventionnels. Elle n'est en réalité que l'obligation contractée par les États en signant et ratifiant la convention EDH. Elle est une obligation de moyen⁶¹⁰, qui oblige les États à s'efforcer de mettre en œuvre les moyens nécessaires pour assurer l'effectivité des droits. L'ajout du terme « positif » n'a alors qu'un caractère rhétorique. Il sert à marquer le caractère obligatoire des engagements étatiques et la nécessité pour l'État d'agir en tant que promoteur de l'effectivité des droits.

Dans ces développements sera utilisé le terme d'obligation positive pour désigner les obligations positives spéciales. L'obligation positive générale déduite de l'article 1 pourra également être nommée obligation générale ou devoir général, le terme de « technique des obligations positives » désignant le procédé utilisé par les juges européens pour développer ces deux types d'obligations positives.

Ainsi, l'article 1 est le fondement d'une obligation positive générale de garantir l'exercice effectif des droits (A) dont il s'agira de souligner le potentiel normatif (B). Cette disposition est

⁶⁰⁷ L'article 2§1 du PIDCP prévoit que « *les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte* ». L'article 1 de la CIADH dispose que « *les États parties s'engagent à respecter les droits et libertés reconnus dans la présente Convention et à en garantir le libre et plein exercice à toute personne relevant de leur compétence sans aucune distinction* » et l'article 1 de la Charte africaine « *les États membres de l'Organisation de l'Unité Africaine, parties à la présente Charte, reconnaissent les droits, devoirs et libertés énoncés dans cette Charte et s'engagent à adopter des mesures législatives ou autres pour les appliquer* ».

⁶⁰⁸ I. PANOUSSIS, « L'obligation générale de protection des droits de l'homme dans la jurisprudence des organes internationaux », *RTDH*, 2007, p. 427. De même voir P. VAN DIJK, « "Positive Obligations" implied in the European Convention on Human Rights : are the States still the "Masters" of the Convention ? », *Essays in Honour of P. BAEHR, The rôle of the nation State in the 21th century, international organisation and foreign policy*, Kluwer Law International, 1998, p. 18.

⁶⁰⁹ B. MOUTEL, *L'« effet horizontal » de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français. Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, Th. Limoges, 2006, dact., § 83.

⁶¹⁰ Sur la distinction obligation de moyen / obligation de résultat, voir *infra* Partie 2, Chapitre 2, Section 3, n° 555 et s.

parallèlement devenue le fondement d'obligations positives spéciales (C).

A. L 'article 1, fondement d'une « obligation générale de garantir l'exercice effectif des droits »

205. Afin de comprendre la genèse de l'article 1 CEDH et de démontrer ses liens avec l'exigence d'effectivité des droits, il s'agit de rechercher quelle était l'intention des rédacteurs de cette dernière. Les travaux préparatoires de la Convention nous en donnent un aperçu. Il est alors possible de constater que l'obligation de garantir l'exercice effectif des droits était présente en filigrane dans les travaux préparatoires (1). Mais ce sont la Commission et la Cour qui ont véritablement consacré l'existence de cette obligation positive générale issue de l'article 1 en usant d'une interprétation constructive et dynamique, (2).

1. Une obligation présente en filigrane dans les travaux préparatoires

206. À la lecture des travaux préparatoires, il apparaît que le choix du terme « *reconnaissent* » ne s'est fait qu'au terme de longues discussions et hésitations. Cependant, ces dernières n'ont pas porté sur la question de savoir si le texte de cet article devait impliquer ou non des obligations positives à la charge des États.

207. Le premier projet, présenté par Teitgen et adopté par l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe lors de sa séance du 5 septembre 1949, comportait le terme « *assurer* »⁶¹¹. Il est devenu « *garantir* » dans le projet de Convention issu des travaux de l'assemblée consultative⁶¹². Par la suite, deux variantes du texte, correspondant à deux conceptions distinctes de la manière dont les droits et libertés devaient être énoncés, ont été proposées⁶¹³.

D'un côté, les français, irlandais, italiens et turcs estimaient qu'il ne fallait pas établir de définition précise et détaillée des droits et libertés, dont l'élaboration aurait pu tarder des années

⁶¹¹ *Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme*, Conseil de l'Europe, Vol.1., La Haye, Martinus Nijhoff, 1975, p. 193 et 217.

⁶¹² *Ibid.*, Vol. 3, p. 223.

⁶¹³ J. VELU, R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1990, p. 64.

avant de pouvoir réunir un consensus entre les différents États. Il s'agissait avant tout de se mettre d'accord sur le principe d'une garantie collective des droits de l'homme à travers l'institution d'une Cour européenne et de déterminer les sept ou huit libertés fondamentales dans toute démocratie qu'il serait nécessaire d'intégrer dans la Convention.

De l'autre, les britanniques, les hollandais, les norvégiens et les grecs avançaient qu'il fallait au contraire définir précisément les droits et libertés. Les britanniques craignaient qu'une liberté trop grande soit conférée au futur juge européen pour définir le contenu de ces droits⁶¹⁴. Les hollandais redoutaient au contraire qu'une trop grande imprécision emporte l'ineffectivité des droits, en faisant de la Convention une simple déclaration de principe équivalente à la Déclaration universelle des droits de l'homme.

208. Ainsi, l'avant projet de Convention du 9 mars 1950 proposait deux variantes. La variante A contenait le terme « *s'engagent à garantir* »⁶¹⁵, variante traduisant le système de la définition précise des droits et libertés reconnus, défendue notamment par le Royaume-Uni et les Pays-Bas. La variante B reposant sur le choix de la simple énumération et dont étaient partisans notamment la France et l'Italie, contenait le terme « *s'engagent à reconnaître* »⁶¹⁶. Les États sont parvenus finalement à un compromis en procédant à un amalgame des deux systèmes et au choix de la variante B, pour l'article 1⁶¹⁷.

Enfin, le 24 juin 1950, le représentant belge à la Commission juridique de l'Assemblée consultative, M. Rolin, a proposé de substituer le terme « *reconnaissent* » à celui « *s'engagent à reconnaître* »⁶¹⁸. Pour reprendre ses termes, « *suivant le nouveau texte du Comité des Ministres, les Hautes Parties Contractantes ne s'engageront pas à reconnaître, elles reconnaîtront, de sorte*

⁶¹⁴ « La loi représente cette difficulté qu'elle requiert des définitions exactes et suffisamment détaillées pour être l'objet d'une application par des juges agissant conformément à une législation déterminée et non comme des hommes politiques agissant selon les convenances de la politique » (M. Unged-Thomas, *Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., Vol. 1, p. 81). Ou encore, « à défaut de définition nettes et précises, les États signataires de la Convention pourraient éprouver le plus grand embarras à trancher la question de savoir s'ils seraient à même d'adhérer à la Convention ; en effet comment un pays pourrait-il avoir la certitude que ses lois seraient en accord avec les obligations qu'il aurait à assumer en cas d'adhésion, s'il ne savait pas exactement quelles seraient les obligations auxquelles il souscrirait » (Ibid., Vol. 3, p. 255-257).

⁶¹⁵ Ibid., Vol. 3, p. 313.

⁶¹⁶ Ibid., Vol. 3, p. 321.

⁶¹⁷ Ibid., Vol. 3, p. 259 et 275.

⁶¹⁸ « Toutefois la Commission estime qu'il y aurait intérêt à prévoir, pour éviter toute équivoque quant à la portée juridique de la Convention, que les Hautes Parties Contractantes 'reconnaissent' par la Convention les droits et libertés énumérés au titre II au lieu de 's'engagent à les reconnaître' ce qui paraît impliquer de la part de chacun d'eux un acte différent de la seule acceptation de la convention », Ibid., Vol.5., 1979 p. 27.

*qu'une fois ratifié par nos États, le texte élaboré ne devra plus faire l'objet d'amendement ultérieurs à nos constitutions ou nos législations respectives ; il s'introduira massivement, de plein droit, dans la législation de nos quinze États »⁶¹⁹. Ainsi, comme l'a souligné la Cour EDH dans son arrêt *Irlande c. Royaume-Uni*, « en substituant le mot "reconnaissent" à "s'engagent à reconnaître" dans le libellé de l'article 1 (art. 1), les rédacteurs de la Convention ont voulu indiquer de surcroît que les droits et libertés du Titre I seraient directement reconnus à quiconque relèverait de la juridiction des États contractants ». La Cour a ajouté que cet article figure parmi les nombreux articles « qui marquent le caractère obligatoire de la Convention »⁶²⁰.*

209. D'après I. Panoussis, l'article 1 CEDH, et les dispositions analogues dans les autres instruments internationaux et régionaux de protection des droits de l'homme, viennent « transposer dans le cadre des droits de l'homme les obligations générales qui pèsent sur les États en vertu des articles 26 et 27 de la Convention de Vienne de 1969 » concernant le principe « *pacta sunt servanda* » et l'obligation d'exécuter de bonne foi ses obligations conventionnelles⁶²¹. Elles rappellent donc aux États « leur devoir d'exécuter leurs obligations conventionnelles de bonne foi et de rendre effectifs les droits de l'homme »⁶²², marquant ainsi le caractère juridiquement obligatoire de la Convention. En d'autres termes, l'article 1 consacre un principe de « *loyauté conventionnelle* »⁶²³.

210. L'intention des rédacteurs traduite dans cet article, était donc bien d'assurer l'effectivité des droits conventionnels dans le chef des individus⁶²⁴. En outre, même si rien ne laissait explicitement présager que le juge européen ferait interprétation de cet article comme fondement des obligations positives, cette interprétation n'est cependant pas surprenante, dans la mesure où le fondement des obligations positives est justement l'effectivité des droits.

⁶¹⁹ *Ibid.*, Vol. 6 p. 133.

⁶²⁰ Cour EDH, Plén., 18 janvier 1978, **Irlande c. Royaume-Uni**, A 25, §238 ; *JDI*, 1980, 449, obs. P. Rolland.

⁶²¹ I. PANOUSSIS, « L'obligation générale de protection des droits de l'homme dans la jurisprudence des organes internationaux », *op. cit.*, p. 429.

⁶²² *Ibid.*, p. 431.

⁶²³ F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, coll. « Droit fondamental », 10^{ème} éd., 2011, §451, p. 809.

⁶²⁴ Autre marque de ce constat, le terme « *relevant de leur juridiction* » a été préféré à celui, plus restrictif, de « *résidant sur leur territoire* », ouvrant ainsi la porte à un certain effet extra-territorial de la Convention (Cour EDH, GC, déc., **Bankovic et al. c. la Belgique, la République Tchèque, le Danemark, la France, l'Allemagne, la Grèce, la Hongrie, l'Islande, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, la Norvège, la Pologne, le Portugal, l'Espagne, la Turquie et le Royaume-Uni**, *Rec.* 2001-XII. §19 et 63 ; *Europe* 2002, comm. 208, V. Lechevallier ; *JCP G* 2002, I, 105, n° 1, chron. F. Sudre ; *RGDIP*, 2002, 437, obs. Ph. Weckel). Sur la notion de juridiction voir *infra* Partie 3, Chapitre 1, Section 1, §1, n°647 et s.

Ainsi, les organes conventionnels ont procédé à une certaine interprétation constructive, pour déduire de cet article une obligation générale de garantir l'exercice effectif des droits à la charge des États.

2. Une obligation issue d'une interprétation constructive de l'article 1

211. La Cour avait déjà consacré l'effectivité des droits comme but de la Convention et interprétait les droits conventionnels au regard de cet objectif. Une autre étape a été de transformer cette effectivité des droits en une obligation positive générale issue du texte conventionnel. Par une interprétation constructive, l'article 1 de la Convention est devenu la source formelle de cette effectivité des droits⁶²⁵, en mettant à la charge des États une nouvelle obligation positive : l'obligation générale de garantir l'exercice effectif des droits. Cette construction s'est opérée en plusieurs phases.

212. Dès le premier arrêt concernant les obligations positives, l'article 1 a tenu une place importante⁶²⁶. La Cour n'a pas encore procédé dans cette affaire à une combinaison explicite entre l'article 1 et la disposition substantielle, en l'espèce l'article 2 du Protocole 1, pour fonder des obligations positives. Toutefois, elle a déjà esquissé les liens entre obligations positives et article 1 et entamé une reformulation de ce dernier article, laissant présager l'existence de la future « obligation générale de garantir l'exercice effectif des droits ».

Après avoir constaté la formulation négative de la première phrase de l'article 2 du Protocole 1, la Cour a énoncé qu'« *on ne saurait pourtant en déduire que l'État n'ait aucune obligation positive d'assurer le respect de ce droit, tel que le protège l'article 2 du Protocole 1 (P1-2). Puisque "droit" il y a, celui-ci est garanti*⁶²⁷, en vertu de l'article 1^{er} (art. 1) de la Convention, à toute personne relevant de la juridiction d'un État contractant ».

⁶²⁵ A cet égard les termes utilisés par la Cour dans son arrêt *Z. c. Royaume-Uni*, en lien avec l'article 6 sont significatifs : « *la Cour souligne que, conformément à l'objet et au but sous-jacents à la Convention, tels qu'ils se dégagent de l'article 1 de celle-ci, chaque État contractant doit assurer dans son ordre juridique interne la jouissance des droits et libertés garantis* ». Cour EDH, GC, 10 mai 2001, **Z et al.** c. Royaume-Uni, *Rec.* 2001-V, §103 ; *JCP G*, 2001, I 342, chron. F. Sudre.

⁶²⁶ Cour EDH, Plén., 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »*, *préc.*, §3.

⁶²⁷ Souligné par nous.

Le terme « reconnaître », issu du texte conventionnel, qui signifie « *admettre comme vrai, réel* »⁶²⁸, suppose d'admettre, de concrétiser, de rendre effectifs une situation ou un droit préexistant. Il a été remplacé par les juges par le mot « *garantir* », qui veut dire « *assurer, sous sa responsabilité, le maintien ou l'exécution de quelque chose* »⁶²⁹ et dénote un aspect plus actif. La Cour, dès 1968, avait donc initié un processus de réécriture constructive de l'article 1 dont l'aboutissement est survenu quelques décennies plus tard.

213. Elle a poursuivi cette construction dans son arrêt *Irlande c. Royaume-Uni*. La Cour s'est appuyée sur la version anglaise de l'article 1, « *shall secure* »⁶³⁰, dont la traduction en français est « *garantir* », « *assurer* », ou encore « *protéger* »⁶³¹, et peut ainsi être considéré comme plus contraignant pour l'État que le terme « *respecter* » de la version française⁶³². Elle a ainsi estimé que « *la Convention ne se contente pas d'astreindre les autorités suprêmes des États contractants à respecter elles-mêmes les droits et libertés qu'elle consacre; ainsi que le montrent l'article 14 (...) et la version anglaise de l'article 1 (...) ("shall secure"), elle implique aussi qu'il leur faut, pour en assurer la jouissance, en empêcher ou corriger la violation aux niveaux inférieurs* »⁶³³.

214. En privilégiant le terme anglais, elle a appliqué les principes qu'elle avait dégagés dans son arrêt *Wemhoff* : « *placée ainsi devant deux textes d'un même traité faisant également foi et qui ne sont pas parfaitement semblables, la Cour doit, conformément à une jurisprudence internationale bien établie, leur donner le sens qui les concilie dans la mesure du possible. S'agissant d'un traité normatif, il y a lieu d'autre part de rechercher quelle est l'interprétation la plus propre à atteindre le but et à réaliser l'objet de ce traité et non celle qui donnerait l'étendue la plus limitée aux engagements des Parties* »⁶³⁴. Dans la mesure où l'objet et le but de la Convention

⁶²⁸ Nouveau Larousse encyclopédique, Larousse, 1994, p. 1313.

⁶²⁹ *Ibid.*, p. 666.

⁶³⁰ « *The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention* ».

⁶³¹ Dictionnaire français-anglais, anglais-français Senior, Robert Collins, 2005 p. 2017.

⁶³² La version anglaise de l'article 1 fut par ailleurs invoquée pour justifier l'effet horizontal de la Convention (*supra*). Et le caractère plus protecteur du terme anglais avait déjà été souligné par plusieurs auteurs (E. A. ALKEMA, « The Third-Party Applicability of "Drittwirkung" of the European Convention on Human Rights », *op. cit.*, 1995, p. 34).

⁶³³ Cour EDH, Plén., 18 janvier 1978, **Irlande c. Royaume-Uni**, *préc.*, §238.

⁶³⁴ Cour EDH, 27 juin 1968, *Wemhoff c. RFA*, A 7, §8. Cette règle d'interprétation a été codifiée à l'article 33 de la Convention de Vienne de 1969. D'après cette disposition et sauf indication contraire des parties, « *lorsqu'un traité a été authentifié en deux ou plusieurs langues, son texte fait foi dans chacune de ces langues* » (article 33§1). Dans ce cas, « *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* » (article 33§2).

visent à assurer l'effectivité des droits, il s'agissait de retenir le terme le plus protecteur pour les individus, en l'occurrence la version anglaise, pour justifier que l'État ne puisse se contenter d'une abstention pour remplir ses engagements au regard de la Convention. Il restait cependant un pas à franchir pour aller jusqu'à consacrer une obligation générale de garantir l'exercice effectif des droits fondée sur l'article 1 CEDH.

215. En 1986, dans un article paru à la Revue de Droit Public, M.-A. Eissen, Greffier en chef de la Cour européenne des droits de l'homme de 1968 à 1994, signalait l'existence d'une « *obligation générale de diligence pour assurer la jouissance effective des droits garantis par l'article 6* »⁶³⁵. Les arrêts auxquels il se référait à cet égard ne la mentionnait cependant pas expressément de cette manière⁶³⁶. Dans son arrêt *Buchholz* de 1981, la Cour a estimé que « *la Convention astreint les États contractants à organiser leurs juridictions de manière à leur permettre de répondre aux exigences de l'article 6§1 (...), notamment quant au "délai raisonnable"*. Néanmoins, un engorgement passager du rôle n'engage pas leur responsabilité s'ils prennent, avec une promptitude adéquate, des mesures propres à redresser pareille situation exceptionnelle »⁶³⁷. Un peu plus explicite, l'arrêt *Colozza* énonçait l'existence d'une obligation de « *diligence que les États contractants doivent déployer pour assurer la jouissance effective des droits garantis par l'article 6* »⁶³⁸. M.-A. Eissen ne citait pas dans cet article un autre arrêt qui reliait cette obligation à l'article 1. Dans son arrêt *Guincho c. Portugal* de 1984, la Cour énonçait en effet qu'« *en ratifiant la Convention, le Portugal a reconnu "à toute personne relevant de (sa) juridiction les droits et libertés définis au Titre I" (article 1). Il a, en particulier, contracté l'obligation d'agencer son système judiciaire de manière à lui permettre de répondre aux exigences de l'article 6 par. 1, notamment quant au "délai raisonnable"* »⁶³⁹.

216. L'État devait donc faire en sorte que ses organes respectent et appliquent la Convention. Ce principe est une extension de celui consacré à l'article 27 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités en vertu duquel « *une partie ne peut invoquer les dispositions*

⁶³⁵ M.-A. EISSEN, « La Cour européenne des droits de l'homme », *RDP*, 1986, p. 1780, Annexe IX, B., §1.

⁶³⁶ Les arrêts cités étaient Cour EDH, 6 mai 1981, **Buchholz** c. Allemagne, A 42, § 51 ; Cour EDH, 15 juillet 1982, **Eckle** c. Allemagne, A 51, §85 et 92 ; Cour EDH, 13 juillet 1983, **Zimmermann et Steiner** c. Suisse, A 66, §29 ; Cour EDH, 26 octobre 1984, **De Cubber** c. Belgique, §35 ; Cour EDH, 12 février 1985, **Colozza** c. Italie, A 85, §28.

⁶³⁷ Cour EDH, **Buchholz** c. Allemagne, *préc.*, § 51.

⁶³⁸ Cour EDH, 12 février 1985, **Colozza** c. Italie, A 85, §28.

⁶³⁹ Cour EDH, 10 juillet 1984, **Guincho** c. Portugal, A 81, §38 ; *JDI*, 1986, 1062, obs P. Tavernier.

de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité ». Ainsi, « un État ne saurait exciper de sa structure ou de son ordre juridique interne pour se soustraire à ses obligations internationales »⁶⁴⁰. Il doit donc prendre toutes les mesures nécessaires pour appliquer la Convention et assurer son effectivité.

Il apparaît donc que l'obligation générale existait déjà de manière latente. En outre, bien que non formulée explicitement, elle produisait déjà ses effets en permettant au juge de développer une interprétation très dynamique de la Convention. Elle servait déjà à créer certaines obligations nouvelles, en étant par exemple utilement employée comme fondement au développement de l'effet horizontal indirect de la Convention⁶⁴¹.

217. Il n'est d'ailleurs pas anodin que la première formulation explicite de l'obligation générale s'est trouvée dans une affaire en matière d'effet horizontal indirect de la Convention. En 1985, dans la décision *Plattform Ärzte für das Leben*, la Commission, elle a rappelé tout d'abord qu'elle avait « déclaré dans l'affaire *Irlande contre Royaume-Uni* » que « la Convention ne se contente pas d'astreindre les autorités des États contractants à respecter elles-mêmes les droits et libertés qu'elle consacre, mais [qu'] elle les oblige en outre à assurer la jouissance de ces droits et libertés en empêchant et en [remédiant]⁶⁴² à toute violation de ces droits et libertés (cf. l'expression *reconnaisent/shall secure* figurant à l'article I de la Convention) ». Elle a souligné ensuite que le but de la Convention « consiste à protéger des droits qui sont concrets et effectifs et non pas des droits théoriques ou illusoires » avant d'affirmer que « **l'obligation de garantir l'exercice effectif des droits proclamés par la Convention peut donc appeler des mesures positives de la part de l'État dans un certain nombre de domaines (...). Ces obligations peuvent impliquer l'adoption de mesures jusque dans les relations des individus entre eux** »⁶⁴³. Pour la première fois avait donc été exprimé

⁶⁴⁰ J. VELU, R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1990, p. 66.

⁶⁴¹ Par exemple pour conférer un effet horizontal indirect à la Convention : Cour EDH, Plén., 13 août 1981, **Young, James et Webster**, préc., §168 (v. *supra* Partie 1, Chapitre 1, Section 1, §2, B, 2, n° 97 et s.).

⁶⁴² Il manque un mot dans la version française qui se contente d'indiquer « en empêchant et en à toute violation de ces droits et liberté ». En s'appuyant sur la version anglaise « *by preventing and remedying any breach thereof* », a donc été ajouté le terme « *remédiant* » en traduction du terme « *remedying* ».

⁶⁴³ ComEDH, Déc., 17 octobre 1985, **Plattform Ärzte für das Leben** c. Autriche, req. 10126/82, *D. R.*, 44, p. 81, §4. La Commission reprit la même formule dans deux décisions d'irrecevabilité afin de dégager un obligation positive d'adopter des mesures dans les relations interindividuelles sur le fondement des articles 8 (ComEDH, Déc., 16 octobre 1986, **N.** c. Suède, req. 11366/85, *D.R.* 50, p. 177, diffamation du fait de la publication d'un article dans le journal local) et 10 (ComEDH, Déc., 6 septembre 1989, **Rommelfanger** c. R.F.A., req. 12242/86, *D.R.* 62, p. 170, licenciement d'un médecin employé dans un hôpital catholique à la suite de ses propos en faveur de l'avortement. La Commission rejeta sa requête du fait que n'existait « aucune obligation positive d'offrir une protection supérieure » à celle dont le requérant avait bénéficié en l'espèce (*Ibid.* p. 171).

le lien entre l'article 1 fondant une « obligation de garantir l'exercice effectif des droits » et la nécessité d'adopter des mesures positives.

Cependant la systématisation de l'obligation générale a tardé plusieurs années. Une décision d'irrecevabilité de la Commission de 1994 a établi « que l'obligation inscrite à l'article 1 de la Convention de garantir l'exercice effectif des droits définis par cet instrument peut entraîner pour l'État des obligations positives pouvant impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux »⁶⁴⁴.

218. Quant à la Cour, si des traces de l'obligation générale étaient visibles dans l'affaire *McCann* en 1995, lorsqu'elle faisait mention du « devoir général incombant à l'État en vertu de l'article 1 »⁶⁴⁵, elle n'a lié explicitement l'article 1 et l'obligation générale de garantir l'exercice effectif des droits qu'à partir de son arrêt *Osman* en 1998⁶⁴⁶. Enfin, l'arrêt *Sovtransavto Holding* de 2002 a repris la construction opérée par la Commission consistant à établir le lien entre obligation générale de garantir l'exercice effectif des droits déduite de l'article 1 et obligations positives « spéciales », c'est-à-dire celles déduites de chaque disposition conventionnelle⁶⁴⁷. La Cour a fait ainsi expressément découler les secondes de la première, en estimant « qu'en vertu de l'article 1 de la Convention chaque État contractant "reconna[ît] à toute personne relevant de [sa] juridiction les droits et libertés définis [dans] la (...) Convention". Cette obligation de garantir l'exercice effectif des droits définis par cet instrument peut entraîner pour l'État des obligations positives (...). En pareil cas, l'État ne saurait se borner à demeurer passif et "il n'y a (...) pas lieu de distinguer entre actes et omissions" »⁶⁴⁸. Cet arrêt, tout comme la décision de la Commission *Plattform Ärzte für das*

⁶⁴⁴ ComEDH, Déc., 7 mars 1994, **Whiteside** c. Royaume-Uni, req. 20357/92, D.R. 76-B, p. 86. La requête de Mme Whiteside, qui se plaignait d'être harcelée par son ex-concubin, et invoquait la violation des articles 8 et 1 du Protocole 1 du fait de l'inaction de l'État, fut finalement rejetée pour non épuisement des voies de recours internes.

⁶⁴⁵ Cour EDH, GC, 27 septembre 1995, **McCann et al.** c. Royaume-Uni, A 324, §161 ; *AFDI*, 1995, 485, chron. V Coussirat- Coustère ; *Rev. sc. Crim.*, 1996, 462, obs. R. Koering-Joulin ; *RUDH*, 1996, 9, chron. F. Sudre. Il lui arrive de reprendre cette expression de « devoir général » (Cour EDH, GC, 8 avril 2004, **Assanidzé** c. Géorgie, *Rec.* 2004-II, §147 ; *RGDIP*, 2004, 742, chron. Ph. Weckel ; *JDI* 2005, 469, obs. M. Eudes).

⁶⁴⁶ « En effet, un critère aussi rigoureux serait incompatible avec les exigences de l'article 1 de la Convention et avec l'obligation pour les États contractants au regard de cet article d'assurer une protection concrète et effective des droits et libertés consacrés par cet instrument, y compris par l'article 2 ». Cour EDH, GC, 28 octobre 1998, **Osman** c. Royaume-Uni, *Rec.* 1998-VIII, §116 ; *GACEDH*, n° 11 ; *JCP G*, 1999, I 105, chron. F. Sudre ; *JDI* 1999, 269, obs. P. Tavernier.

⁶⁴⁷ Pour la définition voir *supra* Partie 1, Chapitre 1, Section 3, §2, n° 204.

⁶⁴⁸ Cour EDH, 25 juillet 2002, **Sovtransavto Holding** c. Ukraine, *Rec.* 2002-VII, §96 ; *JCP G* 2003, I, 109, n° 24, obs. F. Sudre. Cette formule fut par la suite reprise dans les arrêts suivants : Cour EDH, GC, 22 juin 2004, **Broniowski** c. Pologne, *Rec.* 2004-V, §143 ; *GACEDH*, n° 72 ; *RTDH*, 2005, 203, obs. E. Lambert-Abdelgawad ; *JDI*, 2005, 544, obs. P. Tavernier ; *RDP*, 2005, 758 et 809, obs. F. Sudre et H. Surret ; Cour EDH, GC, 11 janvier 2006, **Sørensen et**

Leben bien avant lui, a ainsi établi que l'article 1, du fait qu'il prévoit une obligation générale de garantir l'exercice effectif des droits, constitue le fondement général des obligations positives. La Cour a systématisé sa jurisprudence dans l'affaire *Ilascu* en établissant que « *les engagements pris par une Partie contractante en vertu de l'article 1 de la Convention comportent, outre le devoir de s'abstenir de toute ingérence dans la jouissance des droits et libertés garantis, des obligations positives de prendre les mesures appropriées pour assurer le respect de ces droits et libertés sur son territoire* »⁶⁴⁹.

219. La Cour a donc procédé à une interprétation constructive de l'article 1 afin d'en déduire une « obligation générale de garantir l'exercice effectif des droits ». Selon les termes du professeur J.-F. Akandji-Kombé, l'article 1 devient « *une source autonome d'obligations générales qui sont aussi des obligations positives* »⁶⁵⁰. La Cour ne distingue cependant pas toujours les obligations positives « générales », des obligations positives « spéciales »⁶⁵¹ déduites de cette dernière, créant dans certains arrêts une confusion sémantique et conceptuelle concernant deux catégories d'obligations positives pourtant distinctes. La Cour a en outre conféré à cette obligation générale un fort potentiel normatif.

B. Le potentiel normatif de l'obligation générale de l'article 1

220. Le professeur J.-F. Akandji-Kombé a qualifié l'obligation générale de « *quasi-*

Rasmussen c. Danemark, *Rec.* 2006-I, §57 ; *Dr. soc.*, 2006, 1022, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly ; *RTDH*, 2006, 787, obs. F. Krenc.. Voir également pour une application aux articles 2 et 3, l'arrêt Cour EDH, 11 septembre 2007, **Teren Aksakal** c. Turquie, req. 51967/99, sélectionné pour publication, §68. Par la suite la Cour a repris le *dictum* selon lequel « *l'obligation de garantir l'exercice effectif des droits (...) peut entraîner pour l'État des obligations positives* », sans nécessairement le citer en lien avec l'article 1 (Cour EDH, Déc., 13 novembre 2003, **Novak** c. République Tchèque, req. 56525/00).

⁶⁴⁹ Cour EDH, GC, 8 juillet 2004, **Ilascu et al.** c. Moldavie et Russie, *Rec.* 2004-VII, §313 ; *GACEDH*, n° 70, *JDI*, 2005, 472, obs. O. de Frouville ; *RDP*, 2005, 759, obs. F. Sudre ; *RGDIP*, 2004, 1036, obs. Ph. Weckel ; *JDE*, 2005, 120, 168, obs. F. Krenc ; *RTDH*, 2005, 767, note G. Cohen-Jonathan ; *EDL*, 2005, n° 15, 5, obs. F. Benoît-Rohmer ; *RGDIP*, 2005, 581, note I. Petculescu. Cet arrêt constitue en outre une des applications les plus spectaculaires de l'obligation générale issue de l'article 1 CEDH en permettant à la Cour d'étendre la notion de juridiction (voir *infra* Partie 3, Chapitre 1, Section 1, §1, B, n°657 et s.).

⁶⁵⁰ J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, *Les obligations positives en vertu de la CEDH. Un guide pour la mise en œuvre de la CEDH*, Ed. du Conseil de l'Europe, Précis sur les droits de l'homme, n° 7, 2006, p. 9.

⁶⁵¹ Sur la distinction entre obligation positive générale et obligations positives spéciales : voir *supra* Partie 1, Chapitre 1, Section 3, §2, n° 204.

autonome ». Elle est « autonome dans la mesure où elle s'impose en vertu du seul article 1^{er} de la Convention. Mais elle ne l'est pas totalement car le contrôle de leur respect ne pourra s'effectuer qu'à l'occasion d'une requête alléguant de la violation de l'un des droits substantiels reconnus par le texte européen. Elle se présente ainsi comme contextualisée, vu qu'elle devra nécessairement être appréciée à travers le prisme d'une norme particulière »⁶⁵². Cette obligation est une obligation générale de respecter et de mettre en œuvre la Convention découlant de l'engagement que les États ont contracté en signant et ratifiant cette dernière. En ce sens, elle pourrait être considérée comme violée dès lors qu'est constaté le non respect d'une disposition conventionnelle, comme le fait par exemple la Cour interaméricaine concernant la disposition équivalente de son texte de référence⁶⁵³.

221. Pour reprendre l'expression du juge D. Evrigenis dans un article paru à la *Human Rights Law Review* en 1982, cette obligation générale vient imposer une « responsabilité écologique » à l'État⁶⁵⁴. Cette dernière, qu'il soutenait devoir incomber à tout État moderne consiste à assurer, par des mesures positives, le meilleur environnement possible pour que les individus exercent leurs droits de manière effective. L'article 1, qui n'était pas prévu comme tel initialement, développe ainsi des effets normatifs. Devenu le fondement textuel et objectif de l'obligation positive générale de garantir l'exercice effectif des droits, il encadre et définit l'étendue de la responsabilité de l'État au regard de la Convention. De cette obligation générale sont déduites une pluralité d'obligations étatiques.

222. L'obligation générale comprend tout d'abord, en termes de moyens à mettre en œuvre, l'obligation d'adapter son ordre juridique interne aux exigences de la Convention⁶⁵⁵ et

⁶⁵² J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, *Les obligations positives en vertu de la CEDH. Un guide pour la mise en œuvre de la CEDH*, op. cit., p. 9.

⁶⁵³ La Cour interaméricaine affirme que l'article 1§1 de la CADH « contient l'obligation pour les États parties de respecter et garantir chacun des droits protégés de telle manière que toute atteinte à l'un de ces droits implique nécessairement que l'article 1§1 ait été violé » Cour ADH, Fond, 29 juillet 1988, **Velásquez Rodríguez c. Honduras**, C 4, §162 ; *RGDIP*, 1990, 145, obs. G. Cohen-Jonathan.

⁶⁵⁴ D. EVRIGENIS, « Recent case-law of the European Court of human rights on article 8 and 10 of the European Convention on human rights », *HRLJ*, 1982, p. 137. Il y souligne que dans l'arrêt *Young, James et Webster*, (Cour EDH, Plén., 13 août 1981, **Young, James et Webster**, préc.) dont il faisait partie de la formation de jugement, la Cour avait suggéré l'existence d'une telle obligation.

⁶⁵⁵ « La Cour souligne que, conformément à l'objet et au but sous-jacents à la Convention, tels qu'ils se dégagent de l'article 1 de celle-ci, chaque État contractant doit assurer dans son ordre juridique interne la jouissance des droits et libertés garantis », (Cour EDH, GC, 10 mai 2001, **Z et al.**, préc., §103). « Il résulte de la Convention, et notamment de son article 1, qu'en ratifiant la Convention les États contractants s'engagent à faire en sorte que leur droit interne soit compatible avec celle-ci » (Cour EDH, GC, 17 février 2004, **Maestri c. Italie**, Rec. 2004-I, §47). Voir également l'opinion dissidente du juge J.-M. Morenilla, approuvée par le juge C. Russo, jointe à l'arrêt Cour EDH, 20 avril 1993, **Sibson c. Royaume-Uni**, A258-A. Il y considère que « la cessation du contrat de travail du requérant, consécutive à son refus d'adhérer à un syndicat contre son gré, a porté aux droits que lui garantissait

« implique et exige la mise en œuvre d'un système étatique de nature à garantir le système de la Convention sur tout son territoire et à l'égard de chaque individu »⁶⁵⁶.

Cette obligation s'impose naturellement en premier lieu au législateur, « partant, quand la violation de l'un (...) [des droits conventionnels] dérive d'un manquement du législateur national à cette obligation, la responsabilité en incombe à l'État »⁶⁵⁷, mais également aux juridictions internes⁶⁵⁸ et plus généralement à tous les organes de l'État. En outre, cette obligation « ne fait aucune distinction quant au type de normes ou de mesures en cause et ne soustrait aucune partie de la "juridiction" des États membres à l'empire de la Convention. C'est donc par l'ensemble de leur "juridiction" – laquelle, souvent, s'exerce d'abord à travers la Constitution – que lesdits États répondent de leur respect de la Convention. (...) Aussi l'organisation institutionnelle et politique des États membres doit-elle respecter les droits et principes inscrits dans la Convention. Il importe peu, à cet égard, que se trouvent en cause des dispositions constitutionnelles »⁶⁵⁹.

En outre, des obligations qui répondent à un objectif de prévention aussi bien que de réparation des violations découlent de l'article 1. Ces obligations s'inscrivent dans une logique de subsidiarité du contrôle de la Cour. Ainsi, « conformément à l'objet et au but sous-jacents à la Convention, tels qu'ils se dégagent de l'article 1 de celle-ci, chaque État contractant doit assurer dans son ordre juridique interne la jouissance des droits et libertés garantis. Il est fondamental pour le mécanisme de protection établi par la Convention que les systèmes nationaux eux-mêmes permettent de redresser les violations commises, la Cour exerçant son contrôle dans le respect du principe de subsidiarité »⁶⁶⁰. Cette obligation s'étend donc également sur le terrain de la réparation. En conséquence, « il appartient à l'État défendeur d'éliminer, dans son ordre juridique interne, tout

l'article 11 (art. 11) une atteinte injustifiée engageant la responsabilité du Royaume-Uni conformément à l'article 1 (art. 1) de la Convention, car elle résultait d'un manquement de cet État à l'obligation positive d'adapter son système juridique afin d'assurer la jouissance de cette liberté ».

⁶⁵⁶ Cour EDH, GC, 8 avril 2004, **Assanidzé**, préc., §147. Exprimé de manière moins générale, la Commission dans son rapport dans l'affaire **Costello-Roberts** avait dégagé à partir des articles 1, 3 et 8, l'« obligation positive (...) de créer un système de droit qui sauvegarde suffisamment l'intégrité physique et affective des enfants » (ComEDH, Rapp., 8 octobre 1991, **Costello-Roberts** c. Royaume-Uni, § 37, req. 13134/87).

⁶⁵⁷ Cour EDH, Plén., 13 août 1981, **Young, James et Webster**, préc. §49 ; Cour EDH, 28 juin 2001, **Vgt Verein Gegen Tierfabriken** c. Suisse, Rec. 2001-VI, §45 ; *RTDH* 2002, 1035, obs. P-F. Docquir.

⁶⁵⁸ Cour EDH, GC, 10 mai 2001, **Z et al.**, préc., §103.

⁶⁵⁹ Cour EDH, GC, 30 janvier 1998, **Parti communiste unifié de Turquie et al.** c. Turquie, Rec. 1998-I, §29-30 ; *GACEDH*, n° 6 et 61, *JCP G*, 1999, I, 105, n° 53, chron. F. Sudre ; *RFDC* 2000, 876, chron. J.-F. Flauss ; *RTDH* 1999, 301, note B. Duarté.

⁶⁶⁰ Cour EDH, GC, 10 mai 2001, **Z et al.**, préc., §103 ; Cour EDH, GC, 19 février 2009, **A. et al.** c. Royaume-Uni, req. 3455/05, sélectionné pour publication, §174, *JCP G*, 2009, n° 29-30, n° 143, p. 36, obs. F. Sudre.

obstacle éventuel à un redressement adéquat de la situation du requérant »⁶⁶¹.

223. Cette obligation positive générale déduite de l'article 1 implique en outre, en terme d'objet, une obligation générale de protection effective des droits. Cette obligation exige donc la sauvegarde des droits individuels contre tous les actes relevant de la « juridiction » de l'État et qui peuvent aussi bien venir de personnes publiques⁶⁶², que de personnes privées⁶⁶³. La délimitation de la responsabilité de l'État est établie à l'aune de ce qui relève ou non de la « juridiction » de l'État au sens de l'article 1. Or, la technique des obligations positives est une source d'extension considérable de la notion de juridiction. L'État, en vertu de l'obligation positive générale, doit ainsi s'efforcer de conserver le contrôle de son territoire pour y garantir les droits conventionnels⁶⁶⁴. Cette obligation générale implique par ailleurs pour les États de faire prévaloir leurs obligations issues de la Convention par rapport à d'autres obligations internationales contractées postérieurement⁶⁶⁵.

224. Quant à son contenu matériel, l'obligation positive générale suppose de concilier les intérêts de chaque individu à se voir assurer la jouissance effective de leurs droits. Cette question est d'autant plus prégnante dans un contexte d'inflation générale des droits, à laquelle la technique des obligations positives, en tant que vecteur d'extension du contenu des droits et de développement de l'effet horizontal de la Convention, n'est pas étrangère. En cas de conflit entre différents droits,

⁶⁶¹ Cour EDH, GC, 17 février 2004, **Maestri**, *préc.*, §47. La Cour peut ainsi juger qu'une réparation n'a pas été suffisante au niveau national et que le requérant peut toujours se prévaloir de la qualité de victime (Cour EDH, 20 juillet 2010, **Ciorap c. Moldavie** (n° 2), req. 7481/06, §22 et s.).

⁶⁶² Cour EDH, GC, 27 septembre 1995, **McCann et al. c. Royaume-Uni**, A 324, §161.

⁶⁶³ Cour EDH, GC, 10 mai 2001, **Chypre c. Turquie**, Rec. 2001-IV, §81 ; *RTDH* 2002, 807, obs. P. Tavernier ; *JCP* 2001, I, 342, n° 7, obs. F. Sudre 2789 ; *JDI* 2002, 289, obs. E. Delaplace.

⁶⁶⁴ « *Les engagements pris par une Partie contractante en vertu de l'article 1 de la Convention comportent, outre le devoir de s'abstenir de toute ingérence dans la jouissance des droits et libertés garantis, des obligations positives de prendre les mesures appropriées pour assurer le respect de ces droits et libertés sur son territoire (...). Ces obligations subsistent même dans le cas d'une limitation de l'exercice de son autorité sur une partie de son territoire, de sorte qu'il incombe à l'État de prendre toutes les mesures appropriées qui restent en son pouvoir* ». (Cour EDH, GC, 8 juillet 2004, **Ilascu et al. c. Moldavie et Russie**, Rec. 2004-VII, §313, voir également §333 ; *GACEDH*, n° 68, *JDI* 2005, 472, obs. O. de Frouville ; *RDP* 2005, 759, obs. F. Sudre ; *RGDIP*, 2004, 1036, obs. Ph. Weckel). Dans l'affaire *Assanidzé*, elle avait déjà affirmé que « *le devoir général incombant à l'État en vertu de l'article 1 de la Convention implique et exige la mise en œuvre d'un système étatique de nature à garantir le respect de la Convention sur tout son territoire et à l'égard de chaque individu* » (Cour EDH, GC, 8 avril 2004, **Assanidzé c. Géorgie**, Rec. 2004-II, §147 ; *RGDIP*, 2004, 742, chron. Ph. Weckel ; *JDI* 2005, 469, obs. M. Eudes ; *Europe* 2004, 10, 32, obs. I. Kitsou-Milounas ; *JDE* 2005, 120, 168, obs. F. Krenc ; *RTDH* 2005, 767, note G. Cohen-Jonathan). Voir *infra* Partie 3, Chapitre 1, Section 1, §1, B, n°657 et s.

⁶⁶⁵ Cour EDH, 2 mars 2010, **Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni**, req. 61498/08, § 128 ; *JCP G*, 2010, act. 327, note K. Grabarczyk ; pour des obligations contractées antérieurement à la ratification de la Convention : ComEDH, Déc., 9 février 1990, **M & Co c. RFA**, req. 13258/87. G. COHEN-JONATHAN, J.-F. FLAUSS, « Convention européenne des droits de l'homme et droit international général », *AFDI*, 2002, p. 679 et s.

une limitation de certains d'entre eux peut donc se justifier sur le fondement de l'article 1, afin d'assurer la jouissance d'autres droits que l'État a en charge d'assurer⁶⁶⁶.

À titre d'exemple, des mesures préventives d'interdiction d'un parti politique peuvent alors être jugées « *en conformité avec les obligations positives pesant sur les Parties contractantes dans le cadre de l'article 1 de la Convention pour le respect des droits et libertés des personnes relevant de leur juridiction* »⁶⁶⁷. La Cour a pu également estimer que « *la liberté d'association n'est toutefois pas absolue et il faut admettre que lorsqu'une association, par ses activités ou les intentions qu'elle déclare expressément ou implicitement dans son programme, met en danger les institutions de l'État ou les droits et libertés d'autrui, l'article 11 ne prive pas les autorités d'un État du pouvoir de protéger ces institutions et personnes. Cela découle à la fois du paragraphe 2 de l'article 11 et des obligations positives qui incombent à l'État en vertu de l'article 1 de la Convention de reconnaître les droits et libertés des personnes relevant de sa juridiction* »⁶⁶⁸. La Cour a jugé dans le même sens concernant la limitation de la liberté de religion⁶⁶⁹. Ces exemples montrent également l'utilisation du terme « obligation positive » pour désigner l'obligation positive générale. La Cour ne distingue donc pas entre obligations positives spéciales et générales, en utilisant indistinctement le terme d'obligation positive là où il s'agit pourtant de catégories d'obligations distinctes.

225. L'obligation positive générale implique également des limitations aux obligations positives spéciales à la charge de l'État afin de ne pas aller à l'encontre d'autres droits. Le juge européen a établi dans l'affaire *Osman* que les obligations positives spéciales de protéger le droit à la vie, et plus particulièrement celles de « *prendre des mesures concrètes pour (...) prévenir la réalisation* » des atteintes à la vie, ne doivent pas « *imposer aux autorités un fardeau insupportable* ».

⁶⁶⁶ Une mention de cette obligation était présente dans l'arrêt *Kokkinakis*, sans référence à l'article 1 de la Convention. Concernant l'article 9, « *il peut se révéler nécessaire d'assortir cette liberté de limitations propres à concilier les intérêts des divers groupes et à assurer le respect des convictions de chacun* » (Cour EDH, 25 mai 1993, **Kokkinakis** c. Grèce, A 260-A, §33 ; *GACEDH*, n° 54, *RUDH* 1993, 223, chron. M. Levinet ; *AJDA* 1994, 31, chron. J.-F. Flauss ; *RTDH* 1994, 144, note F. Rigaux ; *RFDA* 1995, 573, note H. Surrel).

⁶⁶⁷ Cour EDH, GC, 13 février 2003, **Refah Partisi (Parti de la Prospérité) et al.** c. Turquie, *Rec.* 2003-II, §103 ; *GACEDH*, n° 55, *RFDC* 2004, 207, note M. Levinet. Elle ajoute qu'un « *État contractant à la Convention, en se fondant sur ses obligations positives, peut imposer aux partis politiques, formations destinées à accéder au pouvoir et à diriger une part importante de l'appareil étatique, le devoir de respecter et de sauvegarder les droits et libertés garantis par la Convention ainsi que l'obligation de ne pas proposer un programme politique en contradiction avec les principes fondamentaux de la démocratie* ».

⁶⁶⁸ Cour EDH, GC, 17 février 2004, **Gorzelik et al.** c. Pologne, *Rec.* 2004-I, § 94, *JCP G*, 2004, I, 161, n° 13, obs. F. Sudre ; *JDI* 2005, 538, obs. P. Tavernier.

⁶⁶⁹ Cour EDH, GC, 10 novembre 2005, **Leyla Şahin** c. Turquie, *Rec.* 2005-XI, § 106 ; *JCP G*, 2006, I, 109, n° 17, chron. F. Sudre. Cour EDH, 6 novembre 2008, **Leela Förderkreis E.V. et al.** c. Allemagne, req. 58911/00, §99 ; *RTDH* 2009, 553, obs. G. Gonzalez.

ou excessif »⁶⁷⁰. En effet une obligation trop rigoureuse « *serait incompatible avec les exigences de l'article 1 de la Convention et avec l'obligation pour les États contractants au regard de cet article d'assurer une protection concrète et effective des droits et libertés consacrés par cet instrument, y compris par l'article 2* »⁶⁷¹. La juge F. Tulkens a ainsi noté qu'une limite « *s'impose aux autorités et plus particulièrement à la police, dans sa fonction de prévention de la criminalité : il s'agit de la légalité et des droits et libertés de la Convention* »⁶⁷². Dans cette même logique, les États peuvent justifier une limitation des droits individuels en invoquant leurs obligations positives, comprises ici comme obligation positive générale d'assurer l'effectivité des droits⁶⁷³.

226. L'article 1, étant donné le rôle central qui lui a été conféré par les organes de contrôle de la Convention afin de déterminer la responsabilité des États au regard de la Convention, a été qualifié par certains auteurs de « *pierre angulaire du système européen* »⁶⁷⁴ ou encore de « *clef de voûte du système conventionnel* »⁶⁷⁵. La Cour le souligne elle-même en affirmant que « *la portée de l'article 1, (...) est déterminante pour celle des obligations positives pesant sur les Parties contractantes et, partant, pour la portée et l'étendue de tout le système de protection des droits de l'homme mis en place par la Convention* »⁶⁷⁶. L'article 1 CEDH incarne l'engagement des États à garantir les valeurs de la société démocratique. Ces valeurs s'imposent aux pouvoirs publics et sont vouées à irriguer toutes leurs activités. Elles justifient pour le juge de dégager tout type d'obligations qu'elles soient positives ou négatives afin d'assurer leur sauvegarde. Cette jurisprudence de la Cour

⁶⁷⁰ Cour EDH, GC, 28 octobre 1998, **Osman** c. Royaume-Uni, *Rec.* 1998-VIII, §116 ; *GACEDH*, n° 11 ; *JCP G*, 1999, I 105, chron. F. Sudre ; *JDI* 1999, 269, obs. P. Tavernier. Cour EDH, 11 janvier 2001, **Berü** c. Turquie, req. 47304/07, §48.

⁶⁷¹ *Ibid.*

⁶⁷² F. TULKENS, « Le droit à la vie et le champ des obligations des Etats dans la jurisprudence récente de la Cour EDH », in *Mélanges en l'honneur du Doyen Gérard Cohen Jonathan*, Bruylant, 2004, p. 1617.

⁶⁷³ Cour EDH, 1^{er} décembre 2011, **Schwabe et M.G.** c. Allemagne, req. 8080/08 et 8577/08, § 62 et 85.

⁶⁷⁴ J. A. CARRILLO- SALCEDO, « Article 1 », in L.-E. PETITI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Economica, 2^{ème} éd., 1999, p. 141 ; J.-P. COSTA, « Qui relève de la juridiction de quel(s) État(s) au sens de l'article 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. COHEN-JONATHAN, Libertés, justice, tolérance*, Bruylant, 2004, p. 500.

⁶⁷⁵ J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, *Les obligations positives en vertu de la CEDH. Un guide pour la mise en œuvre de la CEDH*, Ed. du Conseil de l'Europe, Précis sur les droits de l'homme, n° 7, 2006, p. 9.

⁶⁷⁶ Cour EDH, GC, Déc., 12 décembre 2001, **Bankovic et al.** c. Belgique, République Tchèque, Danemark, France, Allemagne, Grèce, Hongrie, Islande, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Norvège, Pologne, Portugal, Espagne, Turquie et Royaume-Uni, *Rec.* 2001-XII, §65 ; *Europe* 2002, comm. 208, V. Lechevallier ; *JCP G*, 2002, I, 105, n° 1, chron. F. Sudre ; *RGDIP*, 2002, 437, obs. Ph. Weckel.

relative à l'article 1 consacre ainsi implicitement le caractère objectif des droits de l'homme⁶⁷⁷. En outre elle implique un glissement vers un contrôle de plus en plus abstrait et non plus seulement concret de la part du juge européen.

227. Parallèlement à l'évolution de la formulation de l'obligation générale et de la définition de son contenu, la Commission et la Cour ont au fil des années multiplié les recours à l'article 1 comme fondement des obligations positives spéciales. Si l'utilisation de ce fondement a été dans un premier temps réduit, elle se généralise actuellement. En effet, la combinaison des différents droits garantis avec l'article 1, qui constitue désormais un fondement textuel et objectif de l'effectivité des droits, provoque une sorte de catalyse à obligations et vient justifier le renforcement des obligations positives spéciales des États⁶⁷⁸.

C. Les obligations positives spéciales déduites de l'obligation générale

228. La Cour a considérablement développé l'emploi de l'article 1 depuis le milieu des années 1990. Il n'en est pas pour autant devenu automatique en matière d'obligations positives spéciales. Les organes de contrôle de la Convention ont développé leur jurisprudence en la matière sans y avoir recours dans un premier temps et la référence à l'article 1 en tant que source d'obligations positives spéciales s'est multipliée et diversifiée sans se généraliser.

Afin de constituer un fondement des obligations positives, l'article 1 est combiné avec de nombreux articles ; il se déploie à la fois dans des hypothèses d'effet vertical qu'horizontal de la Convention et donne lieu à des obligations aussi bien d'ordre normatif que procédural ou pratique.

229. Il est cependant possible de suggérer que son exploitation témoigne d'un souci de renforcer l'argumentation des organes de contrôle de la Convention dans certaines affaires. Le recours à l'article 1 permet alors d'invoquer une nécessité de protection effective particulière des droits conventionnels dans un cas donné et corrélativement de justifier des obligations nouvelles à la

⁶⁷⁷ Voir *infra* Partie 1, Chapitre 2, Section 2, §1, n° 318 et s.

⁶⁷⁸ Selon B. Moutel, « l'obligation générale issue de l'article premier permet ainsi de renforcer l'injonction faite aux États » et « l'obligation positive reliée à l'article premier de la Convention permet d'amplifier la fermeté de la décision européenne imposant un comportement spécifique à l'État » (B. MOUTEL, *L'« effet horizontal » de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français. Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, Th. Limoges, 2006, dact., p. 110 et 111).

charge des autorités étatiques. Il a donc été employé dans trois hypothèses susceptibles de se recouper entre elles : afin de justifier l'effet horizontal de la Convention, pour dégager des obligations procédurales d'enquête et enfin pour assurer la protection de catégories vulnérables de la population, y compris contre l'État lui-même.

230. L'article 1 était cité dès l'arrêt *Affaire linguistique belge*. Il a fallu néanmoins attendre plusieurs années avant que cette référence se reproduise et surtout, que soient réellement systématisés les liens entre obligations positives spéciales et article 1.

La Commission a utilisé dans un premier temps l'article 1 afin d'imposer à l'État l'obligation d'adopter des mesures « *même en ce qui concerne les relations d'individus entre eux* » en application des articles 8 et 10⁶⁷⁹, concluant cependant à l'irrecevabilité des deux requêtes. Plus tard, dans un rapport de 1991, dans l'affaire *Costello-Roberts*⁶⁸⁰ qui concernait la pratique de châtiments corporels dans des écoles privées britanniques, elle a déduit de l'article 1 de la Convention, l'obligation positive de créer une législation qui sauvegarde suffisamment l'intégrité physique et affective des enfants et, plus précisément, de mettre en place une infrastructure appropriée à l'internement des mineurs. Cette référence à l'article 1 en combinaison avec les articles 3 et 8 a ensuite été reprise par la Cour dans son arrêt, mais de manière moins explicite⁶⁸¹.

Ces premières affaires concernaient toutes l'obligation de prendre des mesures s'appliquant à des relations inter-individuelles. La référence à l'article 1 a servi à fonder un effet horizontal de la Convention⁶⁸², alors même que ce type d'application n'avait pas été initialement prévu par les auteurs de la Convention. Le rattachement à l'article 1 a permis à la Commission de renforcer son argumentation en soulignant que ce type d'obligations, indispensable à la garantie de l'effectivité des droits, devait être déduit de l'engagement contracté par les États en signant et ratifiant la Convention.

231. En 1995 dans l'arrêt *McCann*, la Cour a procédé pour la première fois à une

⁶⁷⁹ ComEDH, Déc., 16 octobre 1986, *N. c. Suède*, req. 11366/85, *D.R.* 50, p. 177 ; ComEDH, Déc., 6 septembre 1989, *Rommelfanger c. R.F.A.*, *D.R.* 62, p. 170.

⁶⁸⁰ ComEDH. Rapp. 8 octobre 1991, *Costello-Roberts c. Royaume-Uni*, §37.

⁶⁸¹ Cour EDH, 25 mars 1993, *Costello-Roberts c. Royaume-Uni*, A 247-C, §26 ; *JCP G* 1994, I, 3742, n° 2, obs. F. Sudre ; *JDI* 1994, 775, chron. E. Decaux et P. Tavernier ; *RSC* 1994, 362, obs. R. Koerning-Joulin ; *JCP* 1994, II, 22262, note P. Mazière.

⁶⁸² B. MOUTEL, *L'« effet horizontal » de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français. Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, Th. Limoges, 2006, dact., p. 59 et suivantes.

combinaison entre l'article 1 et une autre disposition conventionnelle pour fonder une obligation positive⁶⁸³. Dans cette affaire concernant un strict effet vertical de la Convention, elle a employé l'article 1 afin de dégager une obligation d'enquête effective. La Cour a déduit de la combinaison entre le « *devoir général incombant à l'État en vertu de l'article 1* » et l'article 2, une obligation de « *mener une forme d'enquête efficace lorsque le recours à la force, notamment par des agents de l'État, a entraîné mort d'homme* »⁶⁸⁴. Dans cette affaire le droit à la vie était en cause, droit qui revêt une particulière importance aux yeux de la Cour. En outre, la référence à l'article 1 CEDH a servi d'appui à la découverte d'un nouveau type d'obligation positive procédurale, inspiré du droit international général et de la jurisprudence du Comité des droits de l'homme (Comité DH) et de la Cour interaméricaine (Cour IADH), l'obligation de mener une enquête effective⁶⁸⁵.

232. Dans ces premières affaires, l'utilisation de l'article 1 visait à garantir une protection particulièrement effective des droits, justifiant de dégager des obligations positives nouvelles, que ce soit dans les rapports interindividuels ou dans le cadre du droit à la vie par la mise en place d'enquêtes effectives. Par la suite, la Cour a multiplié le rattachement des obligations positives à l'article 1. Ces obligations positives se sont toutefois beaucoup moins développées en matière d'effet vertical que dans des configurations d'effet horizontal de la Convention.

233. L'usage de l'article 1 reste en effet beaucoup plus étendu dans le second cas de figure. Il couvre désormais tout le champ de l'effet horizontal de la Convention, d'une part car il est employé en combinaison avec pratiquement tous les droits conventionnels, d'autre part, du fait qu'il génère tout type de mesure de mise en œuvre.

La Commission a ainsi estimé que pouvaient être issues de l'article 1 combiné avec l'article 8, une obligation de prendre des mesures pour protéger la réputation d'un requérant contre l'exercice par d'autres individus de leur droit consacré à l'article 10⁶⁸⁶, et de protéger une femme contre les agissements de son ex-concubin⁶⁸⁷ et, combiné avec l'article 10, une obligation de

⁶⁸³ La Commission l'avait déjà fait dans son rapport dans l'affaire *Costello-Roberts* (ComEDH, Rapp., 8 octobre 1991, **Costello-Roberts** c. Royaume-Uni, req. 13134/87).

⁶⁸⁴ Cour EDH, GC, 27 septembre 1995, **McCann et al.** c. Royaume-Uni, A 324, §161.

⁶⁸⁵ V. *supra*, Partie 1, Chapitre 1, Section 2, §1, B, 1, b, ii, n° 149 et s. et *infra* Partie 1, Chapitre 2, Section 1, B, 1, b, n° 277 et s.

⁶⁸⁶ ComEDH, Déc., 16 octobre 1986, **N.** c. Suède, req. 11366/85, *D.R.* 50, p. 176 ; ComEDH, Déc., 16 janvier 1998, **Le Comte et la Comtesse Spencer** c. Royaume-Uni, *DR* 92-B, p. 67.

⁶⁸⁷ ComEDH, Déc., 7 mars 1994, **Whiteside** c. Royaume-Uni, *D.R.* 76-B, p. 86.

protection de la liberté d'expression d'un médecin employé par une fondation catholique, licencié pour avoir tenu des propos en faveur de l'avortement⁶⁸⁸.

La Cour a quant à elle estimé que combiné avec l'article 3, l'article 1 impliquait de « prendre les mesures propres à empêcher » que « les enfants et autres personnes vulnérables » et plus largement, toute personne relevant de la juridiction de l'État, ne « soient soumises à des tortures ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants, même administrés par des particuliers »⁶⁸⁹. Combiné avec l'article 1 du Protocole 1, l'article 1 peut en outre imposer « certaines mesures nécessaires pour protéger le droit de propriété (...), même dans les cas où il s'agit d'un litige entre des personnes physiques ou morales »⁶⁹⁰ et avec l'article 11, il justifie que l'État intervienne dans les relations entre particuliers en matière syndicale⁶⁹¹. De telles obligations existent également en application des articles 4, 5§1, 8 et 10⁶⁹². Par ailleurs, en combinant les article 1 et 2, la Cour a obligé l'État à mener les enquêtes nécessaires au sujet des circonstances du décès d'un détenu des suites d'actes de violence commis par un autre détenu⁶⁹³.

234. Quant aux types de mesures prescrites, elles sont très diversifiées. Il peut s'agir d'obligations procédurales, que ce soit celles de mener des enquêtes officielles et effectives⁶⁹⁴, ou celles d'établir des procédures judiciaires dotées des garanties procédurales nécessaires⁶⁹⁵. Peuvent

⁶⁸⁸ ComEDH, Déc., 6 septembre 1989, **Rommelfanger** c. R.F.A., *D.R.* 62, p. 162.

⁶⁸⁹ Cour EDH, 23 septembre 1998, **A.** c. Royaume-Uni, *Rec.* 1998-VI, § 22 ; *JCP G*, 1999, I, 105, n° 11, obs. F. Sudre ; Cour EDH, GC, 10 mai 2001, **Z et al.** c. Royaume-Uni, *Rec.* 2001-V, §73 ; *JCP G*, 2001, I 342, chron. F. Sudre ; Cour EDH, 26 novembre 2002, **E. et al.** c. Royaume-Uni, req. 33218/96, §88 ; *IJCL* 2004, 2(3), 525, obs. B. Hofstötter. Pour une protection des femmes : Cour EDH, 4 décembre 2003, **M.C.** c. Bulgarie, *Rec.* 2003-XII, §149 ; *RTD civ.* 2004, p. 364, obs. J.-P. Marguénaud ; *JCP G* 2004, I, 107, n° 1, obs. F. Sudre ; Cour EDH, 29 avril 2002, **Pretty** c. Royaume-Uni, *préc.*, §51 ; Cour EDH, 25 juin 2009, **Beganović** c. Croatie, req. 46423/06, §70 ; Cour EDH, 27 septembre 2011, **M. et C.** c. Roumanie, req. 29032/04, §107 ; Cour EDH, 20 mars 2012, **C.A.S. et C.S.** c. Roumanie, req. 26692/05, §68. Pour une transposition de cette obligation à l'article 2 : Cour EDH, 31 mai 2007, **Kontrová** c. Slovaquie, req. 7510/04, §51.

⁶⁹⁰ Cour EDH, 25 juillet 2002, **Sovtransavto Holding**, *préc.*, § 96.

⁶⁹¹ Article 11 : Cour EDH, GC, 11 janvier 2006, **Sørensen et Rasmussen**, *préc.* §57.

⁶⁹² Article 4 ; Cour EDH, 26 juillet 2005, **Siliadin** c. France, *préc.*, § 77. Article 5§1 : Cour EDH, 16 juin 2005, **Storck**, *préc.* §101 et 102. Article 8 (droit à l'image) : Cour EDH, Déc., 21 février 2002, **Schüssel** c. Autriche, req. 42409/98, p. 8. Article 10 : Cour EDH, 28 juin 2001, **Vgt Verein Gegen Tierfabriken**, *préc.* §45 ; Cour EDH, 16 décembre 2008, **Khurshid Mustafa et Tarzibachi** c. Suède, *Rec.* 2008-..., §31 ; *RDP* 2009, 918, obs. M. Levinet ; *AJDA* 2009, 872, chron. J.-F. Flauss ; *JCP G*, 2009, I, 104, obs. F. Sudre ; Cour EDH, GC, 12 septembre 2011, **Palomo Sánchez et al.** c. Espagne, *Rec.* 2011-..., §58-59.

⁶⁹³ Cour EDH, 14 mars 2002, **Paul et Audrey Edwards** c. Royaume-Uni, *Rec.*, 2002-II, §69 ; *JCP G*, 2002, I, 157, n° 2, obs. F. Sudre.

⁶⁹⁴ Article 2 : Cour EDH, 14 mars 2002, **Paul et Audrey Edwards**, *préc.* §69.

⁶⁹⁵ Cour EDH, 25 juillet 2002, **Sovtransavto Holding**, *préc.* § 96.

être également prescrites des mesures d'ordre pratique⁶⁹⁶, ou encore des mesures d'ordre normatif, consistant en l'édiction d'une législation interne⁶⁹⁷, y compris en matière pénale⁶⁹⁸ en exigeant « *un mécanisme d'application conçu pour (...) prévenir, réprimer et sanctionner les violations* »⁶⁹⁹.

235. L'obligation positive générale de garantir l'exercice effectif des droits déduite de l'article 1 semble donc être le fondement naturel de l'effet horizontal. Il ne faut cependant pas perdre de vue que cet effet horizontal indirect de la Convention a également été assuré par d'autres moyens et que la technique des obligations positives a pu être déployée dans ce domaine sans référence à cette disposition⁷⁰⁰.

Par exemple, en matière de droit à la vie, le terme de « *protection* » présent dans l'article 2§1, dispense bien souvent le juge européen de recourir à l'article 1 afin d'assurer l'application horizontale de cette disposition, le fondement textuel de l'article 2§1 étant suffisamment solide⁷⁰¹. Il y a cependant recours pour dégager une obligation d'enquête effective de cet article. L'utilisation de l'article 1 dans ce contexte sert alors de renfort à la motivation du juge dans la mesure où une telle obligation procédurale n'était pas requise initialement par cette disposition⁷⁰².

236. Dans le cas d'une application verticale, l'emploi de la disposition liminaire est resté plus restreint. L'article 1 a été employé en combinaison avec l'article 2 dans des hypothèses

⁶⁹⁶ Cour EDH, GC, 10 mai 2001, **Z et al.**, *préc.*, § 73.

⁶⁹⁷ Cour EDH, 28 juin 2001, **Vgt Verein Gegen Tierfabriken** c. Suisse, *Rec.* 2001-VI, §45 ; Cour EDH, 16 décembre 2008, **Khurshid Mustafa et Tarzibachi** c. Suède, *Rec.* 2008-..., §31 ; *RDP* 2009, 918, obs. M. Levinet ; *AJDA* 2009, 872, chron. J-F. Flauss ; *JCP G*, 2009, I, 104, obs. F. Sudre.

⁶⁹⁸ Cour EDH, 23 septembre 1998, **A.** c. Royaume-Uni, *Rec.* 1998-VI, § 22 et s. ; Cour EDH, 4 décembre 2003, **M.C.** c. Bulgarie, *Rec.* 2003-XII, §149 ; Cour EDH, 26 juillet 2005, **Siliadin** c. France, *préc.* ; Cour EDH, 1^{er} février 2011, **Ebcin** c. Turquie, req. 19506/05, §35. La Cour a cependant tout d'abord exigé une telle législation pénale sans avoir recours à l'article 1, sur le fondement de l'article 8 (Cour EDH, 26 mars 1985, **X et Y**, *préc.*, §27), ou encore sur le fondement de l'article 2 (Cour EDH, GC, 28 octobre 1998, **Osman**, *préc.* §115).

⁶⁹⁹ Cette formule a été établie sur le fondement de l'article 2 sans avoir recours à l'article 1 (Cour EDH, GC, 28 octobre 1998, **Osman**, *préc.* §115). Toutefois ce type d'obligation était déjà implicitement consacré sur le fondement de l'article 1 (Cour EDH, 23 septembre 1998, **A.** *préc.*, § 22 et s.). Mais cette obligations a été par la suite dégagée de la combinaison des articles 1 et 3 (Cour EDH, 1^{er} février 2011, **Ebcin**, *préc.*, §35).

⁷⁰⁰ V. *supra* Partie 1, Chapitre 1, Section 1, §2, B, 2, n° 97 et s.

⁷⁰¹ Cour EDH, GC, 28 octobre 1998, **Osman**, *préc.*, §155 ; ComEDH, Déc., 28 février 1983, **W.**, *préc.*, §4, p. 208. Le recours à l'article 1 peut cependant souvent être considéré comme implicite dans ce domaine, étant donné les références à la notion de juridiction ainsi qu'au « *devoir primordial* » de l'État « *d'assurer le droit à la vie* » (Cour EDH, 14 mars 2002, **Paul et Audrey Edwards**, *préc.*, §54).

⁷⁰² Cour EDH, 14 mars 2002, **Paul et Audrey Edwards**, *préc.*, §69. Le recours à l'article 1 dans ce cas n'est cependant pas systématique (Cour EDH, GC, 24 octobre 2002, **Mastromatteo** c. Italie, *Rec.* 2002-VIII, §89, ; *JCP G*, 2003, I, 109, n° 1, obs. F. Sudre).

d'utilisation de la force publique meurtrière⁷⁰³, dans des affaires de disparitions forcées⁷⁰⁴, d'exécution extra-judiciaires⁷⁰⁵, ou encore concernant une personne en rétention administrative décédée à la suite d'un malaise à défaut de soins adéquats⁷⁰⁶. En combinaison avec l'article 3, l'article 1 a été invoqué dans des affaires où des individus avaient été victimes de violences policières lors d'une garde à vue⁷⁰⁷ ou lors d'une détention⁷⁰⁸.

Dans ce domaine, les articles concernés sont uniquement les articles 2 et 3 et les mesures prescrites limitées à des obligations procédurales de mener des enquêtes officielles et effectives⁷⁰⁹. Le recours à l'article 1 vise, dans une configuration d'effet vertical, à montrer l'importance particulière du droit à la vie et de l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants et la nécessité de les protéger, en particulier lorsque ces droits sont violés par des autorités publiques. Il marque le souci de la Cour à la fois de lutter contre l'impunité, en s'assurant que les responsables soient poursuivis pour leurs actes⁷¹⁰, et de protéger des personnes en situation de particulière vulnérabilité lorsqu'elles sont entre les mains des autorités publiques.

237. L'article 1 CEDH sert donc à fonder l'obligation de mener des enquêtes effectives,

⁷⁰³ Outre l'arrêt **McCann** préc. §161, voir parmi beaucoup d'autres : Cour EDH, 19 février 1998, **Kaya** c. Turquie, *Rec.* 1998-I, §86 ; Cour EDH, 28 juillet 1998, **Ergi** c. Turquie, *Rec.* 1998-IV, §82 ; Cour EDH, GC, 20 décembre 2004, **Makaratzis** c. Grèce, *Rec.* 2004-XI, §73 ; *RDP* 2005, 768, obs. M. Levinet ; Cour EDH, GC, 6 juillet 2005, **Natchova et al.** c. Bulgarie, *Rec.* 2005-VII, §110 ; *RTDH*, 2005, 171, obs. D. Rosenberg ; Cour EDH, 12 juin 2007, **Bakan** c. Turquie, req. 50939/99, §57 ; Cour EDH, GC, 24 mars 2011, **Giuliani et Gaggio** c. Italie, req. 23458/02, §298 ; Cour EDH, 14 juin 2011, **Trévalec** c. Belgique, req. 30812/07, §88.

⁷⁰⁴ Cour EDH, 19 février 1998, **Kaya** c. Turquie, *Rec.* 1998-I, §86 ; Cour EDH, GC, 8 juillet 1999 **Çakıcı** c. Turquie, *Rec.* 1999-IV, §86 ; Cour EDH, 13 juin 2000, **Timurtas** c. Turquie, *Rec.* 2000-VI, §87 ; *RTDH* 2001, 983, obs. J. Benzimra-Hazan.

⁷⁰⁵ Cour EDH, 2 septembre 1998, **Yaşa** c. Turquie, *Rec.* 1998-VI, §98 ; *JCP G*, 1999, I, 105, n° 2, obs. F. Sudre ; Cour EDH, 28 mars 2000, **Kılıç** c. Turquie, *Rec.* 2000-III, §7 ; Cour EDH, 10 octobre 2000, **Akkoç** c. Turquie, *Rec.* 2000-X, §97.

⁷⁰⁶ Dans cette affaire, l'article 1 est combiné avec les articles 2 et 3 : Cour EDH, 27 juillet 2004, **Slimani** c. France, *Rec.* 2004-IX, §29 ; *JDI* 2005, 505, obs. M. Eudes ; *JCP G* 2005, I, 103, n° 2, chron. F. Sudre.

⁷⁰⁷ Cour EDH, 28 octobre 1998, **Assenov et al.** c. Bulgarie, *Rec.* 1998-VIII, §102 ; *RTDH* 1999, p. 383, obs. D. Rosenberg ; *JCP G*, 1999, I, 105, n° 12, 13 et 17, obs. F. Sudre.

⁷⁰⁸ Cour EDH, GC, 6 avril 2000, **Labita** c. Italie, *Rec.* 2000-IV, §131 ; *RTDH* 2001, 117, obs. M.-A. Beernaert ; *JDI* 2001, 198, obs. E. Delaplace ; *JCP G* 2001, I, 291, chron. F. Sudre.

⁷⁰⁹ Sur le fondement de l'article 2, voir outre les arrêts précités, Cour EDH, 2 septembre 1998, **Yaşa** c. Turquie, *Rec.* 1998-VI, §98 ; *JCP G*, 1999, I, 105, n° 2, obs. F. Sudre. En matière d'article 3 : Cour EDH, 11 juillet 2000, **Dikme** c. Turquie, *Rec.* 2000-VIII, §101 ; Cour EDH, 18 octobre 2001, **Indelicato** c. Italie, req. n° 31143/96, §36, *JCP G* 2002, I, 105, n° 2, chron. F. Sudre ; Cour EDH, 16 décembre 2003, **Kmetty** c. Hongrie, req. 57967/00, §38.

⁷¹⁰ La Cour l'a souligné : « S'il n'en allait pas ainsi, nonobstant son importance fondamentale (...), l'interdiction légale générale de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants serait inefficace en pratique (...), et il serait possible dans certains cas à des agents de l'État de fouler aux pieds, en jouissant d'une quasi-impunité, les droits de ceux soumis à leur contrôle. » Cour EDH, 28 octobre 1998, **Assenov**, préc., §102.

non explicitement exprimée dans ces articles. Toutefois, si la volonté de justification était forte en 1995, expliquant le recours à l'article 1 pour créer ce nouveau type d'obligation, elle l'est beaucoup moins aujourd'hui qu'elle s'est multipliée et banalisée sur le fondement d'autres dispositions⁷¹¹. La Cour ne fait en effet plus systématiquement référence à l'article 1 pour dégager ce genre d'obligation⁷¹².

Une affaire est venue étendre l'utilisation de l'article 1 à d'autres types de mesures dans un cas d'effet vertical de la Convention. Dans cet arrêt, il semble que le recours à l'article 1 a été motivé par la protection renforcée dont doivent bénéficier une catégorie particulièrement vulnérable d'individus, les enfants. Dans l'affaire *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga* de 2006, une fillette de 5 ans d'origine congolaise avait été incarcérée dans un centre de rétention pour adultes et séparée de ses parents durant une période de deux mois. La situation particulièrement intolérable dans laquelle elle avait été placée, alors qu'elle relevait « *incontestablement de la catégorie des personnes les plus vulnérables d'une société* »⁷¹³, a pu inciter la Cour à faire appel à l'article 1 combiné avec l'article 3, afin de rappeler à l'État son obligation de « *prendre des mesures propres à empêcher que lesdites personnes ne soient soumises à des tortures ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants* » et de « *permettre une protection efficace, notamment des enfants et autres personnes vulnérables* »⁷¹⁴. La Cour a alors été amenée à vérifier si la « *réglementation et la pratique incriminées, et surtout la manière dont elles ont été appliquées en l'espèce, ont été défailiantes au point d'emporter violation des obligations positives qui incombent à l'État défendeur en vertu de l'article 3 de la Convention* »⁷¹⁵. Cet emploi élargi de l'article 1 en matière d'effet vertical n'a cependant que rarement été réitéré⁷¹⁶. Elle a toutefois adopté une formulation générale dans une

⁷¹¹ Comme le souligne le professeur P. Wachsmann, « *lorsqu'une solution a déjà été dégagée par la Cour, il peut apparaître inutile de réitérer ultérieurement les raisons qui ont conduit à la retenir* » P. WACHSMANN, « La prééminence du droit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Recueil d'études à la mémoire de J. SCHWOB, Le droit des organisations internationales*, Bruylant, 1997, p. 256.

⁷¹² Cour EDH, GC, 8 juillet 1999 **Çakıcı** c. Turquie, *Rec.* 1999-IV §86.

⁷¹³ Cour EDH, 12 octobre 2006, **Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga** c. Belgique, *Rec.* 2006-XI, §55 ; *RTDH*, 2007, 823, note B. Masson.

⁷¹⁴ *Ibid.*, §53. Cette formule, développée à partir des arrêts *Stubbing* (Cour EDH, 22 octobre 1996, **Stubbings et al.** c. Royaume-Uni, *Rec.* 1996-IV, §64 ; *RTDH* 1998, p. 781, obs. J. Sace) et **A.** c. Royaume-Uni du 23 septembre 1998 (*préc.*) avait été jusqu'alors réservée à des cas d'application horizontal de la Convention.

⁷¹⁵ Cour EDH, 12 octobre 2006, **Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga**, *préc.*, §54.

⁷¹⁶ La même démarche a été adoptée par le Cour dans plusieurs affaires concernant des mineurs étrangers placés en centre de rétention : Cour EDH, 19 janvier 2010, **Muskhadzhiyeva et al.** c. Belgique, req. 41442/07, §55 et s. ; Voir aussi Cour EDH, 5 avril 2011, **Rahimi** c. Grèce, req. 8687/08, §62 ; Cour EDH, 13 décembre 2011, **Kanagaratnam et al.** c. Belgique, req. 15297/09, §61. L'article 1 n'est cependant pas cité dans l'affaire Cour EDH, 19 janvier 2012,

affaire relative à l'article 1 du Protocole 1, en affirmant que l'obligation issue de l'article 1 CEDH visant à « *garantir l'exercice effectif des droits définis par cet instrument peut entraîner pour l'État des obligations positives. En pareil cas, l'État ne saurait se borner à demeurer passif et "il n'y a (...) pas lieu de distinguer entre actes et omissions"* »⁷¹⁷.

238. Le recours à l'article 1 n'est donc pas généralisé en matière d'obligations positives spéciales ; le juge européen y a cependant recours afin de renforcer sa motivation, dans des hypothèses où l'exigence d'effectivité justifie d'imposer des obligations particulières à l'État, que ce soit pour assurer l'effet horizontal de la Convention, pour lutter contre l'impunité des autorités publiques ou pour assurer la protection de catégories vulnérables de la population.

Popov c. France, req. 39472/07 et 39474/07, §91 ; *D.*, 2012, 864, obs. S. Slama ; *JCP G*, 2012, 375, obs. F. Sudre ; *Gaz. Pal.*, 2012, 83-84, 29, obs. A. Gouttenoire.

⁷¹⁷ Cour EDH, 4 octobre 2011, **Zafran** c. Grèce, req. 4056/08, §35 (Exigences procédurales dans le cadre d'une procédure d'acquisition par voie d'usucapion ordinaire d'un terrain, dont l'État était le propriétaire officiel).

Conclusion du Chapitre 1

239. Les organes de contrôle de la Convention ont développé une jurisprudence pragmatique et casuistique pour consacrer des obligations positives. Pour ce faire, ils ont eu recours à une pluralité de sources.

La jurisprudence constitutionnelle et la doctrine allemandes, bien que la jurisprudence européenne n'y fasse pas référence, a pu constituer une source implicite en la matière. La Cour de Karlsruhe a ainsi considéré avant les organes de Strasbourg que des droits civils et politiques étaient susceptibles de générer des obligations d'action et non seulement d'abstention à la charge des autorités étatiques. Quant à la doctrine, elle a produit une riche réflexion sur l'application des droits fondamentaux entre personnes privées. Ces théories de la *Drittwirkung* ont été d'une grande influence sur les partisans de l'effet horizontal de la Convention EDH. Une telle application aux relations interindividuelles a été développée concurremment par la Cour constitutionnelle allemande et par la Commission EDH, entre autre par le moyen de deux techniques très similaires, l'obligation de protection du côté allemand, les obligations positives du côté européen. Enfin, des obligations procédurales ont été découvertes au sein de dispositions substantielles de la Loi Fondamentale allemande avant que la Commission puis la Cour développent également de telles obligations. La Cour a cependant adopté une démarche propre et originale, se détachant ainsi de son homologue allemande.

240. Les organes de contrôle de la Convention ont en outre multiplié les références à des sources matérielles aux fins de dégager des obligations positives. Le développement exponentiel du recours à ces sources est un facteur d'enrichissement des obligations dégagées et de renforcement de la motivation des arrêts. La Cour s'est tout d'abord inspirée implicitement de l'obligation de due diligence consacrée par la coutume internationale. Elle a ainsi consacré des obligations positives de prévention et de réparation. En outre les références explicites à des sources internationales se sont multipliées. Elles permettent à la Cour d'absorber le contenu de certaines normes de droit international dans la Convention par le biais de la technique des obligations positives. Quant au

principe de prééminence du droit, son utilisation, initialement cantonnée à l'obligation procédurale d'exécution des décisions de justice, semble depuis l'arrêt *Tysiqc* être vouée à potentiellement justifier toute obligation procédurale déduite d'un droit substantiel.

241. Ainsi, la Commission et la Cour ont déduit de la Convention et ses Protocoles, des obligations positives qui n'y étaient pas initialement prévues. Ces dernières ont été systématiquement rattachées aux dispositions conventionnelles au moyen de la technique de l'inhérence au droit et d'interprétations constructive et/ou systématique. Le principe d'effectivité des droits est en la matière omniprésent. Mis en œuvre par une interprétation téléologique, il permet au juge de créer de nouvelles obligations, tout en lui laissant la liberté de déterminer ce que doit recouvrir cette « effectivité ».

242. Une obligation positive générale de garantir l'exercice effectif des droits a par ailleurs été découverte au sein de l'article 1. L'exigence d'effectivité des droits trouve alors un fondement textuel et justifie l'imposition d'obligations accrues à la charge des États. En combinant les dispositions conventionnelles avec cette obligation générale issue de l'article 1, la Cour a multiplié les obligations positives spéciales de protection, en particulier pour justifier des obligations procédurales issues des articles 2 et 3 et pour fonder un effet horizontal de la Convention.

243. L'étude des sources des obligations positives dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour démontre la multiplicité des techniques interprétatives employées et la très grande liberté dont jouit le juge européen pour mettre au jour des obligations positives. Elle permet également d'identifier le fondement théorique des obligations positives, à savoir le principe d'effectivité des droits, fil rouge de l'utilisation de ces différentes sources. Ce même fondement a justifié la découverte d'obligations positives au sein de nombreux autres textes internationaux et nationaux, marquant ainsi la construction d'un droit international des droits de l'homme.

CHAPITRE 2 : Une technique inscrite dans le développement du droit international des droits de l'homme

244. Le droit international des droits de l'homme se définit comme l'« *ensemble des règles juridiques internationales qui reconnaissent sans discrimination aux individus des droits et facultés assurant la liberté et la dignité de la personne humaine et bénéficiant de garanties institutionnelles* »⁷¹⁸. La Cour EDH fut le premier organe de protection des droits civils et politiques établi au niveau international. De nombreux autres vinrent ensuite au niveau régional ou onusien. Cette multiplication des instances juridictionnelles ou quasi-juridictionnelles, manifestation parmi d'autres de la fragmentation du droit international⁷¹⁹, posait la question de l'unité d'interprétation des textes protecteurs des droits de l'homme, ou tout du moins de l'harmonisation de ces derniers grâce à l'adhésion à une conception commune des droits de l'homme. La place de l'État dans la garantie des droits constituait à cet égard un élément central à déterminer. Or l'étude de la jurisprudence des organes internationaux de protection des droits de l'homme démontre qu'ils ont tous exigé que l'État intervienne pour assurer la garantie de l'effectivité des droits et ne se contente pas de s'abstenir de violer les droits de l'homme. Ces organes ont procédé à une consécration unanime d'obligations positives prétorienne (Section 1). La reconnaissance de l'État en tant que promoteur des droits de l'homme marque ainsi la convergence vers une conception commune (Section 2), source d'un développement cohérent du droit international des droits de l'homme.

⁷¹⁸ F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, coll. « Droit fondamental », 10^{ème} éd., 2011, p. 14.

⁷¹⁹ Conclusions des travaux du Groupe d'étude de la Commission du droit international, « La fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international », *Annuaire de la Commission du droit international*, 2006, vol. II, 2^e partie, p. 419 et s. P.-M. DUPUY, « Fragmentation du droit international ou des perceptions qu'on en a ? », in R. HUESA VINAIXA et K. WELLENS (dir.), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Bruylant, 2006, p. V-XXII.

SECTION 1 : Une consécration unanime d'obligations positives prétoriennes par les organes de protection internationale et régionale des droits de l'homme

245. La technique des obligations positives a été définie comme un procédé interprétatif permettant de déduire d'une disposition conventionnelle des obligations étatiques d'action qui n'y sont pas prescrites expressément⁷²⁰. Son utilisation a été identifiée dans la jurisprudence européenne lorsqu'était utilisé le terme d'« obligation positive » ou de « mesure positive » afin de déduire une obligation d'agir prétorienne d'un droit spécifique ou d'une disposition générale. Il sera étudié si cette technique des obligations positives a pu être adoptée par d'autres organes de contrôle, qu'ils soient chargés de protéger des droits civils et politiques ou des droits économiques, sociaux et culturels. Si une utilisation formelle de la technique se vérifie, il faudra déterminer si l'emploi est identique à celui qu'en font les organes de Strasbourg. Dans le cas contraire, il sera recherché si les organes de contrôle ont développé des obligations positives prétoriennes au moyen d'autres procédés interprétatifs.

246. La réception de la technique des obligations positives par les organes de contrôle des droits civils et politiques s'avère limitée (§1). Le Comité des droits de l'homme (Comité DH) et la Cour interaméricaine des droits de l'homme⁷²¹ (Cour IADH) ont bien dégagé des obligations positives prétoriennes mais ont employé leurs propres techniques pour ce faire. Les organes de contrôle des droits économiques, sociaux et culturels, le Comité européen des droits sociaux et le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, ont quant à eux procédé à une réception inégale de la technique (§2). Enfin, la Commission africaine des droits de l'homme, organe de protection des deux catégories de droits, a effectué une réception intégrale de la technique européenne (§3).

§1. La réception limitée de la technique des obligations positives par les organes de contrôle des droits civils et politiques

247. Le Comité DH et la Cour IADH représentent un intérêt majeur en relation avec

⁷²⁰ V. *supra* Introduction, §2, C, n° 44.

⁷²¹ La Commission IADH a également développé une jurisprudence très riche. Dans un objectif de limitation du champ de recherche et dans la mesure où elle n'est pas la dernière instance du système, elle ne sera cependant pas étudiée.

l'étude de la technique des obligations positives. Tout comme la Convention européenne, leurs textes de référence énoncent principalement des droits civils et politiques. Les États, au moment de l'élaboration de ces textes, avaient en effet clairement exprimé le choix de voir consacrés les droits économiques, sociaux et culturels, considérés comme des droits positifs, à un niveau de contrainte moindre que les droits de « première génération »⁷²².

Le juge de San José et les membres du Comité, tout comme leur homologue de Strasbourg, on fait usage de leur pouvoir interprétatif afin d'imposer des obligations d'action aux États (B). Pour ce faire, ils ont été aidés par leurs textes de référence. En effet, à la différence de la Convention EDH, le Pacte international sur les droits civils et politiques et la Convention IADH sont beaucoup plus explicites quant à la nature des obligations imposées aux États. Bien davantage que la Convention de Rome, ces textes contiennent en effet des dispositions conventionnelles pouvant constituer des fondements textuels à d'éventuelles obligations d'agir (A).

A. Des dispositions conventionnelles pouvant constituer des fondements textuels à d'éventuelles obligations positives

248. L'article 1 de la Convention EDH prévoit simplement que « *les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention* ». Les dispositions équivalentes du PIDCP et de la Convention IADH prévoient en revanche que les États doivent en sus « *garantir* » les droits inscrits dans ces textes. La formulation de ces dispositions générales est donc plus large et plus impérative que celle de l'article 1 CEDH (1). Par ailleurs, ces textes contiennent davantage de dispositions spécifiques prévoyant explicitement des obligations d'action à la charge des États, c'est-à-dire des obligations positives textuelles, que le texte de la Convention EDH (2).

⁷²² Du côté interaméricain, un Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme traitant des droits économiques, sociaux et culturels (Protocole de San Salvador), adopté le 17 novembre 1988, est entré en vigueur le 16 novembre 1999. Il a établi un contrôle sur rapport et ouvert un droit de recours individuel devant la Commission interaméricaine des droits de l'homme et éventuellement devant la Cour interaméricaine, concernant le droit à la liberté syndicale et le droit à l'éducation (V. articles 18§1 à §5 et 19§6 du Protocole de San Salvador. Concernant le Comité DESC voir *infra* Partie 1, Chapitre 2, Section 1, §2, B, n° 305.

1. Des dispositions générales plus larges que l'article 1 CEDH

249. Le PIDCP engage les États à « *respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune (...)* » (article 2§1), ainsi qu'à prendre, « *en accord avec leurs procédures constitutionnelles et avec les dispositions du présent Pacte, les arrangements devant permettre l'adoption de telles mesures d'ordre législatif ou autre, propres à donner effet aux droits reconnus dans le présent Pacte qui ne seraient pas déjà en vigueur* » (article 2§2).

L'article 1§1 de la Convention IADH intitulé « *obligation de respecter les droits* » prévoit que « *les États parties s'engagent à respecter les droits et libertés reconnus dans la présente convention et à en garantir le libre et plein exercice à toute personne relevant de leur compétence, sans aucune distinction (...)* ». L'article 2 intitulé « *obligation d'adopter les mesures de droit interne* » prévoit que « *si l'exercice des droits et libertés visés à l'article 1 n'est pas déjà garanti par des dispositions législatives ou autres, les États parties s'engagent à adopter en accord avec leurs prescriptions constitutionnelles, et les dispositions de la présente Convention les mesures législatives ou autres nécessaires pour donner effet aux dits droits et libertés* ».

250. Là où la disposition liminaire de la Convention EDH implique une obligation de « *respecter* » les droits à la charge des États⁷²³ et présente une connotation plutôt passive, les dispositions équivalentes du PIDCP et de la Convention IADH prévoient en outre que les États « *garantissent* » les droits, ce qui implique une attitude beaucoup plus active⁷²⁴. Par ailleurs, ces deux textes viennent préciser que les États sont tenus d'adopter les mesures nécessaires afin de « *donner effet* » aux droits conventionnels, disposition qui n'a pas d'équivalent dans la Convention EDH. Cependant, si les États ayant participé à l'écriture de ces dispositions avaient l'intention visible d'assurer l'effectivité des droits contenus dans ces deux traités et de s'engager à transposer ces textes dans leur droit interne en adoptant des mesures « *législatives ou autres* », il est peu

⁷²³ V. *supra* Partie 1, Chapitre 1, Section 3, §2, A, n° 205 et s.

⁷²⁴ Cassin entendait le terme « *garantir* » de façon très large et qui correspond globalement à la manière dont il a été interprété par les organes de contrôle. Pour lui, il impliquait que les États « *doivent organiser des recours efficaces au profit des individus, victimes d'excès ou d'abus, mais également qu'ils assument la responsabilité internationale des actes commis par des particuliers, des groupes d'individus ou des collectivités publiques secondaires à l'encontre des droits reconnus. Par exemple, l'État ne s'engage pas seulement à s'abstenir de toute exécution capitale arbitraire, mais à assurer la sécurité des habitants de son territoire, à ne pas tolérer les assassinats individuels ou les lynchages collectifs, à réprimer les entreprises éventuelles de groupements terroristes, etc..* » (R. CASSIN, « La Déclaration universelle et la mise en œuvre des droits de l'homme », *RCADI*, 1951, t. 79, p. 306).

probable, à la lecture des travaux préparatoires, qu'ils aient entendu par ces clauses conférer un droit subjectif permettant à un individu d'exiger de l'État une obligation positive afin que soient garantis ses droits civils et politiques.

251. L'élaboration du PIDCP a débuté lors de la première session du Comité de rédaction constitué au sein de la Commission des droits de l'homme, du 9 au 25 juin 1947⁷²⁵. Au cours des discussions, un réel consensus s'est exprimé parmi les États autour de l'intention d'assurer l'effectivité des droits contenus dans le Pacte. L'article 2 a été présenté comme une disposition phare à cet égard. Le commentaire du texte des projets de Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme daté du 1^{er} juillet 1955, préparé par le secrétaire général, en témoigne. Il y est noté que l'article 2 « énonce les obligations générales qu'assume un État lorsqu'il devient partie au Pacte relatif aux droits civils et politiques » et que « l'importance de l'article 2 du point de vue de la mise en œuvre du pacte » a été soulignée lors de l'élaboration de ce dernier. En effet « dans sa résolution 421 (V), l'Assemblée générale a estimé qu'il était "indispensable que le pacte comprenne des dispositions qui obligent les États à promouvoir l'application des droits de l'homme et des libertés fondamentales proclamés dans le pacte et à prendre les mesures, notamment d'ordre législatif, qui sont nécessaires pour garantir à chaque individu la possibilité réelle de jouir de ces droits et libertés" »⁷²⁶.

252. Si le choix du terme « garantir » figurant à l'article 2§1 n'a pas porté à discussion⁷²⁷, l'insertion de l'article 2§2 au Pacte a été davantage controversée. La première question débattue a été celle de savoir si les mesures d'adaptation du droit national visant à donner effet aux droits inscrits dans le Pacte devaient être adoptées avant ou après l'adhésion à ce dernier⁷²⁸. A ensuite été discutée l'opportunité de fixer un délai pour que l'État se conforme à cette disposition⁷²⁹,

⁷²⁵ M. BOSSUYT, « Les travaux préparatoires », in E. DECAUX (dir.), *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Commentaire article par article*, Economica, 2011, p. 3.

⁷²⁶ A/2929, Chapitre V, §2, p. 17. M. BOSSUYT, *Guide to the "travaux préparatoires" of the International Covenant on Civil and Political Rights*, M. Nijhoff, 1987, p. 51.

⁷²⁷ Le terme « garantir » (« ensure ») figurait d'ailleurs initialement seul dans le projet. L'ajout du terme « respecter » est issu d'une proposition française et libanaise de 1950 (E/CN/4/SR.194, §45, cité par M. NOWAK, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Comentary*, Engel, 2005, 2^{ème} éd., p. 31).

⁷²⁸ Il a été convenu qu'elles pouvaient être adoptées postérieurement à l'engagement de l'État, et que « le paragraphe 2 était nécessaire parce qu'il était indispensable de laisser une certaine souplesse aux obligations que le Pacte impose aux États » A/2929, Chapitre V, §8 p. 18.

⁷²⁹ L'insertion d'une clause relative à un « délai raisonnable » tout comme celles établissant un délai précis furent rejetées (N. RODLEY, « Article 2 – Engagement des États parties », in E. DECAUX (dir.), *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Commentaire article par article*, Economica, 2011, p. 126). La mise en place de la procédure de contrôle sur rapport (article 49 devenu article 40 dans la version définitive) était censée alors

du fait que pour certains États « l'idée d'application progressive, implicite dans le paragraphe 2, (...) était incompatible avec les droits civils et politiques »⁷³⁰. Cet article 2§2 avait donc, dans l'esprit de ses rédacteurs, pour objet de déterminer dans quelle mesure les États devaient mettre en œuvre le traité au sein de leurs ordres juridiques internes⁷³¹. Ils ne l'avaient donc pas conçu comme permettant d'engager leur responsabilité pour violation d'un droit civil et politique du fait de leur inaction.

253. Quant à la Convention IADH⁷³², les termes « *respecter* » et « *garantir* » de l'article 1§1 figuraient déjà tels quels dans le projet rédigé par la Commission interaméricaine⁷³³ et qui a servi de base de discussion lors de la Conférence spécialisée interaméricaine sur les droits de l'homme, réunie du 7 au 22 novembre 1969 dans le but d'approuver et de signer une Convention sur les droits de l'homme⁷³⁴. Ainsi, tout comme pour le PIDCP, le choix du terme « *garantir* » n'a pas été discuté. Quant à l'article 2 dans sa forme actuelle, il n'avait pas d'équivalent dans le projet de la Commission. Il était issu d'une proposition du Chili⁷³⁵ d'intégrer à la Convention interaméricaine une disposition analogue à l'article 2§2 PIDCP⁷³⁶. Le Chili avait obtenu le soutien de la République

constituer un « *moyen de prévenir les délais excessifs ainsi que tous les abus auxquels le paragraphe 2 pourrait prêter* » (A/2929, Chapitre V, §11 p. 19).

⁷³⁰ A/2929, Chapitre V, §10 p. 18. Les britanniques se sont notamment fondés sur cet argument à l'appui de leur proposition de supprimer l'article 2§2 (M. BOSSUYT, *Guide to the "travaux préparatoires" of the International Covenant on Civil and Political Rights*, op. cit., p. 57). Cette proposition peut surprendre dans la mesure où une disposition analogue à l'article 2§2 figurait dans un projet britannique (« *chacun des États est tenu par le droit international de veiller à ce que : a) ses lois garantissent à tous les individus relevant de sa juridiction, qu'il s'agisse de ressortissants, d'étrangers ou d'apatrides, la jouissance de ces droits de l'homme et de ces libertés fondamentales* » E/CN.4/21, annexes B, p. 22) qui avait servi de base de discussion au comité de rédaction de la Commission des droits de l'homme, conjointement avec un projet de la Division des droits de l'homme du Secrétariat (E/CN.4/21, annexes A). Cette disposition était en effet vue comme pouvant être invoquée afin d'échapper aux obligations de respect et de garantie des droits, en justifiant la possibilité d'une application progressive des droits. Cet argument a également été mentionné du côté interaméricain afin de contester l'insertion d'une clause de ce type dans la Convention IADH (Cour IADH, Avis n° 7, 29 août 1986, **Droit de rectification ou de réponse**, A 7, opinion du juge R. E. Piza Escalante, §29).

⁷³¹ Le Comité n'a cependant pas interprété cet article comme impliquant une obligation d'incorporation du Pacte en droit interne (Comité DH, Observation générale n° 31, 29 mars 2004, **Nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte**, § 13).

⁷³² OEA/Ser.K/XVI/1.2, p. 55, p. 145 et s.

⁷³³ *Ibid.*, p. 14. Un premier projet avait auparavant été rédigé par le comité interaméricain de jurisconsultes à la suite de la demande qui lui en avait été faite en 1959 au cours de la « Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores ». Des projets avaient également été élaborés par le Chili et la Paraguay. Sur le processus d'élaboration de la Convention interaméricaine se reporter à S. GARCÍA RAMÍREZ, *Los Derechos Humanos y la Jurisdicción Interamericana*, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1^a ed., México, 2002, p. 57 et s.

⁷³⁴ OEA/Ser.K/XVI/1.2, p. 2.

⁷³⁵ *Ibid.*, p. 38.

⁷³⁶ « *Les États parties au présent Pacte s'engagent à prendre, en accord avec leurs procédures constitutionnelles et avec les dispositions du présent Pacte, les arrangements devant permettre l'adoption de telles mesures d'ordre législatif ou autre, propres à donner effet aux droits reconnus dans le présent Pacte qui ne seraient pas déjà en vigueur* ».

Dominicaine⁷³⁷, du Guatemala⁷³⁸, de l'Équateur⁷³⁹, et des États-Unis⁷⁴⁰, et sa proposition, intégrée dans un premier temps à l'article 1§2⁷⁴¹, était finalement devenue l'article 2 du projet final⁷⁴².

254. Des clauses similaires aux articles 2§2 PIDCP et 2 CIADH se retrouvent dans d'autres Conventions internationales et constituent un rappel du principe d'exécution de bonne foi des obligations conventionnelles. En tant que telles, elles peuvent donc être considérées comme « *superfétatoires* »⁷⁴³. Toutefois, pour les États qui ont milité pour leur insertion au sein de ces textes, elles visaient à permettre de « *pallier l'absence de caractère d'applicabilité directe et immédiate de certains droits inscrits au sein de la Convention* »⁷⁴⁴. Cependant, elles pouvaient également être interprétées comme indiquant que « *l'accord n'est pas self-executing dans l'esprit des signataires* »⁷⁴⁵. Les États-Unis avaient proposé un amendement, finalement rejeté, afin d'ajouter une clause explicite en ce sens au PIDCP⁷⁴⁶. En outre, lors de l'élaboration de la Convention IADH, ils avaient clairement exprimé que l'article 2 CIADH appelait une telle interprétation de leur part⁷⁴⁷. Or cette interprétation n'allait pas dans le sens de l'effectivité du texte. Elle empêchait en effet toute invocation des droits consacrés dans ces textes devant le juge national en l'absence de mesures nationales d'application.

255. En définitive, il ne ressortait d'aucune de ces deux interprétations initiales, que cette clause pouvait générer dans le chef des individus un droit à exiger devant les organes

⁷³⁷ OEA/Ser.K/XVI/1.2, p. 55.

⁷³⁸ *Ibid.*, p. 107.

⁷³⁹ *Ibid.*, p. 145.

⁷⁴⁰ *Ibid.*, p. 146.

⁷⁴¹ OEA/Ser.K/XVI/1.2, p. 157.

⁷⁴² OEA/Ser.K/XVI/1.2, p. 295.

⁷⁴³ P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, N. QUOC DINH, *Droit international public*, LGDJ, 8^{ème} éd., 2009, p. 251. Dans le cadre interaméricain, l'ajout de cette clause a été critiqué, comme « *superfétatoire voire dangereux* » par rapport à l'article 1§1 jugé suffisant (L. BURGORGUE-LARSEN, A. ÚBEDA DE TORRES, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruylant, 2008, p. 281). Voir également Cour IADH, Avis n° 7, 29 août 1986, **Droit de rectification ou de réponse**, A 7, opinions des juges H. Gros Espiell, § 6 et s. et R. E. Piza Escalante, §23 et s.

⁷⁴⁴ L. BURGORGUE-LARSEN, A. ÚBEDA DE TORRES, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 284.

⁷⁴⁵ P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, N. QUOC DINH, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 251.

⁷⁴⁶ Cet amendement précisait que « *les dispositions du présent pacte ne prendront pas d'elles-mêmes effet comme loi intérieure* » (E/CN.4/224 ; E/CN.4/SR.125, p. 17 ; M. BOSSUYT, *Guide to the "travaux préparatoires" of the International Covenant on Civil and Political Rights*, *op. cit.*, p. 62).

⁷⁴⁷ OEA/Ser.K/XVI/1.2, p. 148-149.

internationaux une obligation d'action des États. Un tel constat s'impose également quant au choix du terme garantir. Il n'apparaît pas que les États aient conçu ces dispositions autrement que s'adressant uniquement à eux mêmes. En les insérant dans ces deux textes, ils n'imaginaient sans doute pas qu'elles pourraient avoir un potentiel normatif et générer un droit subjectif à obtenir une action étatique. La localisation de ces dispositions au sein de leurs textes respectifs plaide également en ce sens. L'article 2 PIDCP se situe dans la deuxième partie, alors que les droits sont consacrés dans la troisième partie. Les articles 1§1 et 2 CIADH se trouvent dans le chapitre 1, intitulé « *énumération des obligations* », le chapitre 2 intitulé « *des droits civils et politiques* » énumérant ces derniers⁷⁴⁸.

Pourtant, sans égard aux intentions des États, ces deux types de disposition ont été exploités par les organes de contrôle afin de dégager des obligations d'action étatiques justiciables. Par leur formulation, ces dispositions étaient vouées à offrir un fondement textuel beaucoup plus solide aux obligations positives que dans le cadre européen. De plus, au sein de ces textes figurent des droits dont la formulation implique par elle-même des obligations positives textuelles.

2. Des dispositions spécifiques prévoyant des obligations d'action des États

256. Au sein de la Convention IADH et du PIDCP, certains droits, de par leur formulation, impliquent des obligations positives que l'on peut qualifier de textuelles⁷⁴⁹.

Parmi eux, quelques-uns trouvent leur équivalent dans la Convention EDH laquelle compte également ce que le professeur F. Sudre a qualifié d'« *obligations positives stricto sensu conventionnelles* », par opposition aux « *obligations positives prétoriennes* » développées par le juge européen⁷⁵⁰. Peut être cité à cet égard le droit à la vie qui dans les trois textes est « *protégé par la loi* » (article 2§1 CEDH, article 6§1 PIDCP, article 4§1 CIADH), prescrivant ainsi à l'État de

⁷⁴⁸ Selon le professeur M. Nowak à propos du PIDCP, « *the wording of article 2 and its location in Part II of the Covenant make it perfectly clear that the provision does not establish independent, subjective rights but rather duties of States parties based on "the rights recognised in the present Covenant"* » M. NOWAK, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary, op. cit.*, p. 34, §13.

⁷⁴⁹ S. JOSEPH, J. SCHULTZ, M. CASTAN, *The international covenant on civil and political rights, cases, materials and commentary*, Oxford University Press, 2nd éd., 2004, p. 34.

⁷⁵⁰ F. SUDRE, « Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1995, p. 354.

prendre des mesures législatives. Il en est de même pour le droit à la liberté : l'article 5§3 CEDH dispose que toute personne détenue doit être « *aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat* », dont le droit correspondant est consacré aux articles 9§3 du PIDCP, et 7§5 CIADH. Les articles 5§4 CEDH, 9§3 PIDCP et 7§6 CIADH prévoient en outre que « *toute personne privée de liberté a le droit d'introduire un recours devant un juge* » pour qu'il soit statué sur la légalité de sa détention. Ces droits, tout comme le droit à un procès équitable (article 6§1 CEDH, article 14 PIDCP, article 8 CIADH), et le droit à un recours effectif (article 13 CEDH, article 2§3 a) et b) PIDCP, article 25 CIADH), emportent implicitement mais nécessairement la mise en place par les autorités étatiques de tribunaux indépendants et impartiaux. Il faut ajouter à cette liste le droit pour tout accusé à l'assistance gratuite d'un interprète (article 6§3 e) CEDH, article 14§3 f) PIDCP, article 8§2 a) CIADH) et d'un avocat lorsque « *l'intérêt de la justice l'exige* » (article 6§3 c) CEDH, article 14§3 d) PIDCP). Enfin, le droit à des élections libres (article 3 protocole 1 CEDH, article 25 PIDCP, article 23 CIADH) exige que l'État mette en œuvre les moyens nécessaires afin d'organiser régulièrement des élections.

257. Le PIDCP et la CIADH contiennent par ailleurs des obligations positives textuelles beaucoup plus détaillées que leur équivalente européenne. D'une part, ils insistent sur le fait que les individus doivent bénéficier de la « *protection de la loi* » (article 17 PIDCP, article 11 CIADH), là où la Convention EDH précise simplement que « *toute personne a droit au respect de sa vie privée, de son domicile et de sa correspondance* » (article 8§1 CEDH). De manière plus générale, ces deux traités internationaux garantissent l'égalité devant la loi (article 26 PIDCP, article 24 CIADH)⁷⁵¹. D'autre part, ils consacrent des obligations de protection des droits de catégories particulières d'individus : les détenus, la famille, les enfants. Concernant les premiers, ces textes prévoient que « *toute personne privée de sa liberté* » est « *traitée avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine* », le PIDCP ajoutant qu'elle doit également être traitée « *avec*

⁷⁵¹ Le Protocole 12 à la Convention EDH, entré en vigueur le 1^{er} avril 2005, et qui garantit l'interdiction générale de la discrimination, vient remédier à l'absence d'un tel texte au niveau européen. Il prévoit que « *la jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune* ». Le rapport explicatif, souligne que l'article 1 « *ne vise pas à imposer aux Parties une obligation positive générale de prendre des mesures pour éviter tout cas de discrimination dans les relations entre particuliers ou pour y remédier* » (§25) mais que l'« *on ne peut exclure totalement que le devoir d' "assurer", figurant au premier paragraphe de l'article 1, entraîne des obligations positives* » (§26), bien que « *la portée de toute obligation positive découlant de l'article 1 sera probablement limitée* » (§27). Partant, « *toute obligation positive dans le domaine des relations entre particuliers concernerait, au mieux, les relations dans la sphère publique normalement régie par la loi, pour laquelle l'État a une certaine responsabilité* » (§28). La Cour aura à le déterminer mais elle n'a jusqu'à présent que très peu appliqué cet article. (Sur le protocole 12 voir G. GONZALEZ, « Le protocole additionnel n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme portant interdiction générale de discriminer », *RFDA* 2002, p. 113-123).

humanité » (article 10§1 PIDCP, article 5§2 CIADH). Les organes de contrôle en déduiront que l'État doit prendre les mesures nécessaires afin que soient garanties des conditions de détention respectant la dignité humaine. En outre, est indiqué expressément que les prévenus devront être séparés des condamnés, de même que les mineurs des adultes (article 10§4-5 PIDCP, article 5§4-5 CIADH). Pour ce qui est de la famille, elle doit être protégée par la société et par l'État (article 23§1 PIDCP article 17§1 CIADH) et l'État doit prendre les « *mesures appropriées pour assurer l'égalité de droits et de responsabilités des époux*⁷⁵² au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution » (article 23§4 PIDCP et 17§4 CIADH). Enfin, il est prévu que tout enfant a droit aux « *mesures de protection* » exigées par « *sa condition de mineur* » de la part de « *sa famille, de la société et de l'État* » (article 24§1 PIDCP, article 19 CIADH)⁷⁵³.

258. Il faut ajouter que la Cour de San José s'est reconnue compétente pour appliquer d'autres Conventions adoptées dans le cadre de l'Organisation des États Américains, sous condition de la ratification de ces dernières par l'État en cause. Elle a pour ce faire procédé à des interprétations plus ou moins audacieuses des clauses compromissaires de ces Conventions⁷⁵⁴. Or ces Conventions contiennent des dispositions garantissant expressément des obligations positives afin que soient garantis des droits civils et politiques⁷⁵⁵, fournissant ainsi de nombreuses bases

⁷⁵² La version française du texte interaméricain utilise les termes d' « *équivalence judiciaire des responsabilités des époux* ».

⁷⁵³ Le PIDCP contient en outre une disposition spécifique selon laquelle « *les États parties au présent Pacte s'engagent à assurer le droit égal des hommes et des femmes de jouir de tous les droits civils et politiques énoncés dans le présent Pacte* » (article 3 PIDCP).

⁷⁵⁴ Pour la Convention interaméricaine contre la torture et les peines et traitements cruels, inhumains et dégradants du 9 décembre 1985 : Cour IADH, Fond, 8 mars 1998, **Paniagua Morales et al.** c. Guatemala, C 37 ; Cour IADH, Fond, 19 novembre 1999, **Villagrán Morales et al.** (« *Les enfants des rues* ») c. Guatemala, C 63. Pour la Conventions interaméricaine pour la prévention, la sanction et l'éradication de la violence contre les femmes signée à Belém do Pará le 9 juin 1994 : Cour IADH, Fond et réparations, 25 novembre 2006, **Prison Miguel Castro Castro** c. Pérou, C 160 ; *RTDH*, 2008, 1029, chron. L. Hennebel et H. Tigroudja. La Cour de San José n'est pas allée aussi loin concernant les Conventions de Genève, mais les utilise pour interpréter la Convention et renforcer potentiellement les obligations étatiques (v. Cour IADH, Fond, 25 novembre 2000, **Bámaca Velásquez** c. Guatemala, C 70, §208). H. TIGROUDJA, « L'autonomie du droit applicable par la Cour interaméricaine des droits de l'homme : en marge des arrêts et avis consultatifs récents », *RTDH*, 2002, p. 86 et s. ; L. HENNEBEL, *La Convention américaine des droits de l'homme, mécanismes de protection et étendue des droits et libertés*, Bruylant, 2007, p. 115 et s. ; L. BURGORGUE-LARSEN, A. ÚBEDA DE TORRES, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, op. cit., p. 73 et s.

⁷⁵⁵ La Convention interaméricaine sur les disparitions forcées impose que ces dernières soient interdites par la loi et que les responsables soient sanctionnés (articles I et III). Selon l'article 6 de la Convention interaméricaine contre la torture les États doivent prendre « *des mesures efficaces pour prévenir et réprimer la torture dans leur juridiction* », s'assurer « *que tout acte ou tentative de torture constituent des crimes selon leur droit pénal* » et établir « *pour les punir des sanctions sévères tenant compte de leur gravité* », et enfin « *s'engagent également à prendre des mesures efficaces pour prévenir et punir en outre d'autres traitements ou peines cruels, inhumains ou dégradants dans leur juridiction* ». L'article 7 impose des obligations de formation des forces de l'ordre à cet égard et l'article 8 prévoit des obligations d'enquête. Enfin l'article 7 de la Convention interaméricaine pour la prévention, la sanction et

textuelles pour le juge interaméricain afin d'imposer des obligations d'action aux États.

259. Leur apport matériel est toutefois à minimiser. En effet, les obligations positives inscrites dans ces textes sont en réalité équivalentes à des obligations positives prétoriennes que la Cour IADH avait préalablement dégagées à partir de la Convention IADH. Cependant, « *ces instruments ont le mérite d'être soit plus détaillés, soit destinés à des situations particulières que la Cour est amenée à connaître* »⁷⁵⁶. En offrant au juge interaméricain une base textuelle, le recours à ces conventions permet de légitimer l'interprétation des droits conventionnels opérée préalablement par la Cour. Il faut en outre noter que le juge procède toujours à un examen des faits à la fois au regard de la norme « *endogène* » et de la norme « *exogène* »⁷⁵⁷. Un même fait pourra donc être constitutif d'une violation d'une obligation positive prétorienne tirée de la Convention de San José et d'une obligation positive textuelle issue de la Convention contre la torture ou de la Convention de Belém.

260. Le corpus textuel que sont chargés de contrôler le Comité DH et la Cour IADH offrent donc des bases juridiques solides afin d'imposer des obligations d'action aux États. À la différence du juge européen, qui à partir d'un texte pauvre à cet égard, a dû développer une interprétation particulièrement dynamique et constructive afin de dégager de telles obligations, la démarche de ses homologues a été facilitée par la richesse de leur texte de référence. Là où la Cour européenne a eu à construire une véritable « technique » des obligations positives, c'est-à-dire l'utilisation de la notion d'obligation positive comme procédé interprétatif permettant de déduire des obligations étatiques d'action d'une disposition conventionnelle ne prévoyant pas expressément une telle obligation⁷⁵⁸, un tel besoin ne s'est pas fait sentir dans un premier temps côté interaméricain et onusien. Le Comité DH et la Cour IADH ont mis au jour des obligations positives prétoriennes en développant leurs propres techniques.

l'élimination de la violence contre la femme prévoit de nombreuses obligations positives, parmi lesquelles, celles de « *mener les enquêtes nécessaires et sanctionner les actes de violence exercés contre* » les femmes (article 7b)) et d'« *incorporer dans leur législation nationale des normes pénales, civiles et administratives ainsi que toute autre norme qui s'avère nécessaire pour prévenir, sanctionner, éliminer la violence contre les femmes, et à arrêter les mesures administratives pertinentes* ».

⁷⁵⁶ H. TIGROUDJA, I. K. PANOUSIS, *La Cour interaméricaine des droits de l'homme – Analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse*, Bruylant, 2003, p. 161.

⁷⁵⁷ L. BURGORGUE-LARSEN, « La prohibition de la torture et ses équivalents dans le système interaméricain des droits de l'homme », in C.-A. CHASSIN, *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2006, p. 34.

⁷⁵⁸ Sur la définition de la technique des obligations positives : v. *supra* Introduction, §2, C, n° 44.

B. Des obligations d'action étatiques développées par la jurisprudence

261. Les Comité DH, la Cour IADH et la Cour EDH ont été confrontés à des contentieux différents. Ils ont donc chacun développé des obligations positives prétorienes adaptées aux requêtes qui leur étaient soumises. Les deux premiers, saisis des violations massives des droits de l'homme, ont d'abord mis au jour des obligations de prévention et de répression des atteintes au droit à la vie ou à l'interdiction de la torture. La Cour EDH n'a connu ce type d'affaires qu'à partir du milieu des années 1990. Elle s'est alors inspirée des précédents dégagés par ses homologues⁷⁵⁹. Du côté de Strasbourg, les premières obligations positives prétorienes ont été principalement découvertes sur le fondement du droit à la vie privée et familiale, contentieux alors peu développé devant le Comité et la Cour IADH. Il semble donc que les obligations positives prétorienes issues du droit international des droits de l'homme sont le fruit d'influences croisées entre ces différents organes.

262. Initialement, nulle preuve n'existait d'une exploitation de la jurisprudence européenne en matière d'obligation positive par les organes onusiens et interaméricains, du fait de la quasi inexistence de traces d'une réception formelle de la technique des obligations positives. Usant de leurs techniques propres ils utilisaient le même fondement, l'effectivité des droits, afin de déduire des obligations d'action étatiques similaires aux obligations positives imposées antérieurement ou postérieurement par le juge européen, c'est-à-dire des obligations aussi bien substantielles que procédurales et pouvant également se déployer jusque dans les relations des individus entre eux. En ce sens, les obligations positives prétorienes dégagées par le Comité DH et la Cour IADH sont matériellement identiques aux obligations européennes (1). Ainsi, dans un premier temps, l'emploi par ces organes de la technique des obligations positives telle que construite par le juge européen est restée confidentielle. Ce n'est que depuis une petite dizaine d'années que la Cour interaméricaine l'emploie dans certains cas, alors que le Comité est quant à lui resté réservé à cet égard. La réception formelle de la technique des obligations positives est donc limitée mais en progression (2).

⁷⁵⁹ V. *supra*, Partie 1, Chapitre 1, Section 2, §1, B, 1, b, ii, n° 149 et s.

1. Des obligations matériellement identiques aux obligations européennes

263. La Cour IADH et le Comité des droits de l'homme ont déduit de leur texte de référence des obligations d'action matériellement équivalentes aux obligations positives européennes (b). Là où la Cour de Strasbourg a utilisé la technique des obligations positives, ces deux organes ont directement déduit une telle obligation de la disposition générale prévoyant l'obligation de garantir les droits (article 2§1 PIDCP, article 1 CIADH) (a). Il est possible que cette démarche ait eu une certaine influence sur le juge européen qui, à partir du milieu des années 1990, a déduit des obligations positives d'une combinaison entre une disposition substantielle et l'article 1 CEDH⁷⁶⁰.

a. Des obligations d'action déduites des dispositions générales

264. Aidée par la formulation explicite de l'article 1 CIADH, la Cour interaméricaine en a déduit une obligation générale d'assurer l'effectivité des droits, dont elle a précisé petit à petit la portée, se détachant ainsi des intentions des États qui n'avaient sans doute pas conçu cette disposition comme telle. Dès son deuxième arrêt sur les exceptions préliminaires, elle a découvert au sein de cette disposition « *l'obligation générale (...) de garantir le libre et plein exercice des droits reconnus par la Convention à toute personne se trouvant sous sa juridiction* »⁷⁶¹. Puis dans son deuxième arrêt au fond, elle l'a qualifié de « *devoir fondamental de respect et de garantie* »⁷⁶². Quant au Comité, il a rebaptisé les obligations issues de l'article 2 PIDCP d'« *obligation juridique*

⁷⁶⁰ Voir *supra* Partie 1, Chapitre 1, Section 3, §2, C, n° 231 et s.

⁷⁶¹ Notre traduction de « *la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (art. 1).* » Cour IADH, Exceptions préliminaires, 26 juin 1987, **Fairén Garbi et Solís Corrales** c. Honduras, C 2, §90 (L. SEMINARA, *Les effets des arrêts de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruylant, coll. « Droit et justice », 2009, p. 45).

⁷⁶² Notre traduction de « *dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y garantía* » (Cour IADH, Fond, 20 janvier 1989, **Godínez Cruz** c. Honduras, C 5, §173). Pour une critique de cette interprétation voir J. A. BARBERIS, « Una reflexión sobre el artículo 1, inciso 1, de la Convención americana sobre derechos humanos », in Amicorum Liber H. GROS ESPIELL, Bruylant, 1997, vol. 1, p. 77-92. L'auteur estime que cette disposition aurait dû être interprétée tel que la Cour l'a fait dans son avis consultatif n° 4, à savoir uniquement comme une obligation de ne pas discriminer (p. 92).

générale »⁷⁶³. Le parachèvement de cette construction a été la qualification, opérée par le Comité DH et la Cour de San José, de cette obligation d'« *erga omnes* »⁷⁶⁴.

265. Ces dispositions, grâce à l'interprétation dynamique opérée par les organes de contrôle, ont donc servi de fondement textuel afin d'imposer des obligations d'action aux États parties. En 1987, dans l'avis consultatif n° 8, le juge interaméricain a estimé que les États ont non seulement « *l'obligation de reconnaître et respecter les droits et libertés de la personne, mais également celle de protéger et assurer son exercice à travers des garanties adéquates, c'est-à-dire des moyens idoines pour que les droits et libertés soient effectifs en toutes circonstances* »⁷⁶⁵. Si le juge n'a pas explicité la règle d'interprétation choisie pour parvenir à cette affirmation, l'interprétation téléologique est visible dans la mention de l'objectif d'assurer l'effectivité des droits « *en toute circonstances* ».

266. La Cour de San José a développé et explicité cette analyse dans son premier arrêt contentieux au fond, l'arrêt *Velásquez Rodríguez*⁷⁶⁶. Selon le juge, l'obligation de garantir « *implique le devoir pour les États parties d'organiser leur appareil gouvernemental et, plus généralement, toutes les structures à travers lesquelles s'exerce la puissance publique, de telle manière qu'ils soient aptes à assurer juridiquement le libre et plein exercice des droits de l'homme. En conséquence de cette obligation, les États parties doivent prévenir, rechercher et sanctionner toute*

⁷⁶³ Comité DH, Observation générale n° 31, 29 mars 2004, **Nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte**.

⁷⁶⁴ Cour IADH, Avis n° 18, 17 septembre 2003, **Statut juridique et droits des travailleurs migrants illégaux**, A 18, §140 ; *RTDH*, 2004, 747, note L. Hennebel ; *RTDH*, 2005, p. 464, chron. C. Laly-Chevalier, F. Da Poïan et H. Tigroudja ; *EDL*, n° 12, chron. A. Úbeda de Torres. Elle a également qualifié comme telle l'article 2 CIADH (Cour IADH, Fond, 15 septembre 2005, **Massacre de Mapiripán** c. Colombie, C 134, §111 ; *RTDH*, 2006, 289, chron H. Tigroudja ; *EDL*, n° 19, chron. A. Úbeda de Torres). Pour le Comité, cette qualification ressort de Comité DH, Observation générale n° 31, 29 mars 2004, **Nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte**, §2.

⁷⁶⁵ Notre traduction de « *como los Estados Partes tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona, también tienen la de proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (art. 1.I), vale decir, de los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia* » (Cour IADH, Avis n° 8, 30 janvier 1987, **L'habeas corpus en période de suspension des garanties**, A 8, §25).

⁷⁶⁶ Concernant le terme « *respecter* », la Cour a indiqué que « *l'exercice de la puissance publique a des limites qui proviennent de ce que les droits de l'homme sont des attributs inhérents à la dignité humaine et sont, par conséquent, supérieurs aux pouvoirs de l'État* », puis citant un extrait de son avis n° 6, elle a affirmé que « *la protection des droits de l'homme et, en particulier des droits civils et politiques énumérés dans la Convention part de l'affirmation de l'existence d'attributs inviolables de la personne humaine, que ne peut légitimement réduire l'exercice de la puissance publique. Il s'agit de sphères individuelles auxquelles l'État ne peut porter atteinte ou dans lesquelles il ne peut pénétrer que de manière limitée. Ainsi la notion de protection des droits implique nécessairement celle de restriction de l'exercice du pouvoir de l'État* » Cour IADH, Fond, 29 juillet 1988, **Velásquez Rodríguez** c. Honduras, C 4., §165 ; *RGDIP*, 1990, 455, obs. G. Cohen-Jonathan. La traduction française de l'arrêt est issue de la note précitée.

violation des droits reconnus par la Convention, tenter de rétablir dans la mesure du possible le droit lésé et, le cas échéant, réparer les dommages causés par la violation des droits de l'homme » (§166). De plus, « l'obligation de garantie du libre et plein exercice des droits de l'homme n'est pas remplie avec l'existence de normes destinées à rendre possible son accomplissement ; elle comporte aussi la nécessité d'une action gouvernementale assurant dans les faits une garantie efficace du libre et plein exercice des droits de l'homme » (§167). L'objectif d'effectivité des droits était omniprésent. Il est tout comme dans le système européen, le fondement des obligations d'action des États.

267. Cet objectif est également implicitement présent dans la jurisprudence du Comité des droits de l'homme, dans laquelle les obligations positives déduites du texte sont justifiées par la nécessité « d'assurer la jouissance » des droits. Il a ainsi affirmé dans son Observation générale n° 3 en 1981, que les obligations qu'impose le Pacte aux États « ne se limitent pas au respect des droits de l'homme, et qu'ils se sont également engagés à assurer la jouissance de ces droits à toutes les personnes relevant de leur juridiction. Cela exige des États parties qu'ils prennent des mesures spécifiques pour permettre aux particuliers de jouir de leurs droits. (...) cette obligation vaut pour tous les droits énoncés dans le Pacte »⁷⁶⁷.

268. L'Observation générale n° 31, qui « reprend et développe les principes »⁷⁶⁸ de l'observation générale n° 3, est venue apporter des éléments de précision. Selon le Comité, « l'obligation juridique énoncée au paragraphe 1 de l'article 2 est à la fois négative et positive. Les États parties doivent s'abstenir de violer les droits reconnus par le Pacte, et toute restriction à leur exercice doit être autorisée par les dispositions pertinentes du Pacte »⁷⁶⁹, et « en vertu de l'article 2, les États parties doivent prendre des mesures d'ordre législatif, judiciaire, administratif, éducatif et autres appropriées pour s'acquitter de leurs obligations juridiques »⁷⁷⁰. Néanmoins, dans un premier temps, le Comité n'a pas fait référence à ces articles afin de dégager des obligations positives prétoriennes. Il a tout d'abord déduit des obligations d'action étatiques directement de l'article 6 PIDCP (droit à la vie) et ce, sans se justifier et sans faire référence à l'article 2 PIDCP⁷⁷¹.

⁷⁶⁷ Comité DH, Observation générale n° 3, 20 juillet 1981, **Mise en œuvre du Pacte dans le cadre national**, §1.

⁷⁶⁸ Comité DH, Observation générale n° 31, 29 mars 2004, **Nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte**, §1.

⁷⁶⁹ *Ibid.*, §6.

⁷⁷⁰ *Ibid.*, §7.

⁷⁷¹ W. SCHABAS, « Le droit à l'intégrité physique », in F. SUDRE (dir.), *La protection des droits de l'homme par le*

Dans une affaire *Dermit Barbato* de 1982, il a ainsi reconnu la responsabilité de l'Uruguay pour ne pas avoir pris les « *mesures adéquates pour protéger la vie* » d'un détenu décédé lors de sa détention⁷⁷². Il a jugé de même dans des affaires de disparitions forcées, estimant que « *les États parties doivent prendre des mesures spécifiques et efficaces pour empêcher les disparitions de personnes* »⁷⁷³, reprenant ainsi les termes de son Observation générale n° 6 de 1982 sur le droit à la vie⁷⁷⁴.

269. Quant aux articles concernant l'obligation d'adoption de mesures en droit interne (article 2§2 PIDCP, article 2 CIADH), ils ont également été exploités afin d'imposer des obligations d'action aux États. Ils ont également été interprétés comme imposant aux États d'abroger les normes contraires aux deux textes de protection des droits de l'homme et d'adopter les normes effectives et nécessaires à leur mise en œuvre⁷⁷⁵.

270. Ces clauses dites générales, qualifiées par le professeur M. Nowak de « *umbrella clause* », sont applicables à tous les droits du Pacte⁷⁷⁶ et ne sont pas autonomes. Elles ne peuvent être invoquées qu'en combinaison avec un droit protégé par le texte⁷⁷⁷. La pratique des deux organes n'est cependant pas identique à cet égard. La Cour interaméricaine accompagne tout constat de violation d'un droit de la violation de l'article 1 CIADH⁷⁷⁸, et le cas échéant de la violation de

Comité des droits de l'homme des nations unies – les communications individuelles-, IDEDH, 1995, p. 111.

⁷⁷² Comité DH, Const., 21 octobre 1982, **Dermit Barbato** c. Uruguay, comm. n° 84/1981, §9.2.

⁷⁷³ Comité DH, Const., 22 novembre 1989, **Sanjuán Arévalo** c. Colombie, comm. n° 181/1984, §10 ; avec une référence à l'article 2 : Comité DH, Const., 2 novembre 1987, **Herrera Rubio** c. Colombie, comm. n° 161/1983, §10.3.

⁷⁷⁴ Comité DH, Observation générale n° 6, 30 avril 1982, **Le droit à la vie (article 6)**, §4.

⁷⁷⁵ Cour IADH, Fond, 30 mai 1999, **Castillo Petruzzi et al.** c. Pérou, C 52, §207 ; Comité DH, Observation générale n° 31, 29 mars 2004, **Nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte**, §13. La Cour interaméricaine a ajouté une obligation de s'abstenir d'adopter des mesures en contradiction avec la CIADH (Cour IADH, Avis n° 14, 9 décembre 1994, **Responsabilité internationale pour l'exécution et l'application des lois contraires à la Convention**, A 14, cité par H. TIGROUDJA, I. K. PANOUSSIS, *La Cour interaméricaine des droits de l'homme – Analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse*, op. cit., p. 173).

⁷⁷⁶ M. NOWAK, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Comentary*, op. cit., p. 29.

⁷⁷⁷ Comité DH, Const., 27 mars 1981, **K. L.** c. Danemark, comm. n° 81/1980 ; Comité DH, Const., 28 novembre 1989, **H. G. B. et S. P.** c. Trinité-et-Tobago, comm. n° 268/1987 ; Comité DH, Const., 4 avril 1990, **S. E.** c. Argentine, comm. n° 275/1988 (M. NOWAK, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Comentary*, op. cit., p. 35 ; L. HENNEBEL, *La jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations Unies*, Bruylant, 2007, p. 44).

⁷⁷⁸ « *Cet article contient l'obligation pour les États parties de respecter et garantir chacun des droits protégés de telle manière que toute atteinte à l'un de ces droits implique nécessairement que l'article 1§1 ait été violé* » Cour IADH, Fond, 29 juillet 1988, **Velásquez Rodríguez, préc.**, §162. L. Hennebel, note que le juge A. Cançado Trindade a défendu au contraire le caractère autonome des articles 1§1 et 2 CIADH (Cour IADH, Fond, 15 septembre 2005, **Massacre de Mapiripán, préc.**, opinion du juge A. Cançado Trindade, §6 et s.

l'article 2 CIADH⁷⁷⁹. Quant au Comité DH, sa démarche est pour le moins aléatoire. Il peut ne faire aucune référence à l'article 2 PIDCP afin de dégager des obligations d'action étatique⁷⁸⁰, conclure à la violation de l'article 2 PIDCP, sans toutefois préciser quelle était la disposition en cause au sein de cet article et après avoir retenu la violation d'un droit garanti par le Pacte⁷⁸¹, ou encore procéder à une lecture conjointe de l'un des droits avec les articles 2§1 et 2§2 PIDCP afin d'en déduire des obligations d'action pour les États⁷⁸². Cependant les deux organes ont en commun d'employer largement ces dispositions au stade de la réparation, l'article 2 CIADH pour l'un⁷⁸³, l'article 2 PIDCP pour l'autre⁷⁸⁴.

271. En se fondant sur ces dispositions générales ou en s'appuyant directement sur un droit garanti, et afin de garantir l'effectivité des droits, ces deux organes ont imposé aux États à la fois des obligations d'abstention et des obligations d'action. Ces dernières ont en outre un contenu équivalent aux obligations positives européennes.

⁷⁷⁹ La relation entre ces deux articles et leur champ d'application respectif est très discuté par la doctrine et par les juges eux-mêmes. La pratique de la Cour a cet égard n'est pas des plus limpides. Il a ainsi été noté que « *le brouillage du *distingo** » entre les deux dispositions « *est aujourd'hui total et généralisé* » (L. BURGORGUE-LARSEN, A. ÚBEDA DE TORRES, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, op. cit., p. 284 ; H. TIGROUDJA, I. K. PANOUSSIS, *La Cour interaméricaine des droits de l'homme – Analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse*, op. cit., p. 162 et s.).

⁷⁸⁰ Comité DH, Const., 29 juillet 1980, **Motta et al.** c. Uruguay, comm. n° 11/1977 ; Comité DH, Const., 21 octobre 1982, **Dermitt Barbato**, préc. ; Comité DH, Const., 23 août 1990, **Delgado Paéz** c. Colombie, comm. n° 195/1985 (article 9 PIDCP, droit à la liberté et à la sécurité).

⁷⁸¹ Comité DH, Const., 2 novembre 1987, **Herrera Rubio**, préc., §10.3 ; Comité DH, Const., 18 avril 2000, **Carlos Dias** c. Angola, comm. n° 711/1996.

⁷⁸² « *Bien que les tribunaux aient maintes fois condamné l'épouse de l'auteur à une amende pour ne pas avoir respecté les ordonnances préliminaires accordant à l'auteur le droit de voir son fils, les amendes imposées n'ont été ni pleinement mises à exécution ni remplacées par d'autres mesures destinées à garantir les droits de l'auteur. Dans ces circonstances et compte tenu du retard considérable constaté dans différentes phases de la procédure, le Comité est d'avis que les droits de l'auteur consacrés par l'article 17 du Pacte, lu conjointement avec les paragraphes 1 et 2 de l'article 2, n'ont pas été protégés d'une manière effective. En conséquence, le Comité estime que les faits dont il est saisi font apparaître une violation de l'article 17, lu conjointement avec l'article 2 du Pacte* » Comité DH, Const., 19 août 2002, **L. P.** c. République Tchèque, comm. n° 946/2000, §7.4.

⁷⁸³ L. BURGORGUE-LARSEN, A. ÚBEDA DE TORRES, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, op. cit., p. 295 et s.

⁷⁸⁴ Comité DH, Const., 23 août 1990, **Delgado Paéz**, préc., §7.1.

b. Des obligations équivalentes aux obligations positives européennes

272. La Cour EDH a, grâce à la technique des obligations positives, d'une part conféré un effet horizontal indirect aux droits conventionnels, et d'autre part dégagé des obligations d'action aussi bien substantielles que procédurales⁷⁸⁵. Le Comité DH et la Cour IADH ont procédé de même, sans avoir nécessairement recours à la technique des obligations positives.

273. Tout comme la Cour EDH dès ses arrêts *Young James et Webster* de 1981 et *X. et Y.* de 1985⁷⁸⁶, ces organes ont conféré un effet horizontal aux droits garantis par leurs textes de référence. Ils ont imposé aux États de prendre des mesures pour prévenir ou sanctionner une violation d'un droit individuel commise par une personne privée. Cependant, il est probable que, pour ce faire, ils se soient davantage inspirés de la jurisprudence arbitrale relative à l'obligation de due diligence des États vis-à-vis des étrangers présents sur leur territoire que de la jurisprudence européenne⁷⁸⁷.

274. La Cour interaméricaine a reconnu une l'effet horizontal de la CIADH dès son premier arrêt au fond en 1988 dans l'affaire *Velásquez Rodríguez*. L'article 1§1 CIADH a tenu une place centrale à cet égard. La Cour a en effet établi que « *l'article 1§1 est fondamental pour déterminer si une violation des droits de l'homme reconnus par la Convention peut être imputée à un État partie* » (§164). Elle a estimé que « *ledit article oblige en effet les États parties à respecter et garantir ces droits de telle manière que tout manquement aux droits de l'homme reconnus pas la Convention qui peut être attribué, par application des règles du droit international, à l'action ou à l'inertie d'une autorité publique, constitue un fait imputable à l'État* »⁷⁸⁸. Plus loin, elle a précisé qu'« *un acte attentatoire aux droits de l'homme et qui initialement ne serait pas directement imputable à un État – par exemple s'il est l'œuvre d'un particulier ou si son auteur n'est pas identifié – peut néanmoins engager la responsabilité internationale de cet État, non en raison du fait lui-même, mais en raison du manque de diligence de l'État pour prévenir la violation des droits*

⁷⁸⁵ V. *supra* Partie 1, Chapitre 1, Section 1, §2, B, 2, n° 97 et s. et *supra* Partie 1, Chapitre 1, Section 1, §3, A, 1, n° 109 et s.

⁷⁸⁶ Cour EDH, Plén., 13 août 1981, **Young, James et Webster** c. Royaume-Uni, A 44 ; *CDE*, 1982, 226, chron. G. Cohen Jonathan ; *JDI*, 1982, 220, obs. P. Rolland ; Cour EDH, 26 mars 1985, **X et Y** c. Pays-Bas, A 91 ; *Rev. sc. crim.*, 1985, 629, obs. L.-E. Pettiti ; *JDI*, 1986, 1082, chron. P. Rolland et P. Tavernier ; *CDE*, 1988, 462, chron. G. Cohen-Jonathan.

⁷⁸⁷ V. *supra* Partie 1, Chapitre 1, Section 2, §1, B, 1, n°142 et s.

⁷⁸⁸ Cour IADH, Fond, 29 juillet 1988, **Velásquez Rodríguez**, *préc.*, §164.

de l'homme »⁷⁸⁹. Initialement, la Cour s'est donc fondée uniquement sur l'article 1 CIADH et sur les règles du droit international général concernant la responsabilité des États afin de reconnaître l'effet horizontal des dispositions conventionnelles. Ce n'est que plus tard, dans son avis consultatif n° 18 qu'elle a eu recours à la technique des obligations positives pour ce faire⁷⁹⁰.

275. Le Comité DH a quant à lui affirmé dans son Observation générale n° 31 que l'article 2§1 PIDCP impose que les individus soient « *protégés par l'État non seulement contre les violations de ces droits par ses agents, mais aussi contre des actes commis par des personnes privées, physiques ou morales, qui entraveraient l'exercice des droits énoncés dans le Pacte dans la mesure où ils se prêtent à une application entre personnes privées, physiques ou morales* ». Ainsi, « *dans certaines circonstances, il peut arriver qu'un manquement à l'obligation énoncée à l'article 2 de garantir les droits reconnus dans le Pacte se traduise par une violation de ces droits par un État partie si celui-ci tolère de tels actes ou s'abstient de prendre des mesures appropriées ou d'exercer la diligence nécessaire pour prévenir et punir de tels actes commis par des personnes privées, physiques ou morales, enquêter à leur sujet ou réparer le préjudice qui en résulte en sorte que lesdits actes sont imputables à l'État partie concerné* »⁷⁹¹. Il l'avait déjà reconnu de longue date dans sa jurisprudence, sans nécessairement le déduire de l'article 2§1 PIDCP. Ainsi, dès 1982, dans l'affaire *Dermit Barbato*, le Comité avait estimé que, dans l'impossibilité de déterminer si le cousin de l'auteur de la communication « *s'était suicidé, avait été poussé au suicide, ou avait été tué par d'autres lors de sa détention* », l'État uruguayen devait être reconnu responsable de son décès que ce soit du fait de son action ou de son omission à prendre les mesures adéquates afin de protéger sa vie tel que le requiert l'article 6 PIDCP⁷⁹². Il avait par ailleurs estimé dans d'autres affaires que « *l'État*

⁷⁸⁹ *Ibid.*, § 172. Dans cette affaire de disparition forcée, la responsabilité des agents de l'État n'ayant pu être démontrée, la Cour a conclu à la responsabilité de l'État non pour son action mais du fait que « *l'appareil d'État* » s'était « *abstenu d'agir* » (§182), et a retenu la violation des articles 7 (droit à la liberté), 5 (droit à l'intégrité de la personne) et 4 (droit à la vie) de la CIADH. Sur l'application horizontale de la Convention IADH se reporter à M. GARCÍA ELORRIO, « *Algunas consideraciones en torno a la naturaleza y alcance de la noción de diligencia debida en la jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos* », *Revista Electrónica Cordobesa de Derecho Internacional Público*, Vol. 1, No. 1 (2011).

⁷⁹⁰ Cour IADH, Avis n° 18, 17 septembre 2003, **Statut juridique et droits des travailleurs migrants illégaux**, *préc.*.

⁷⁹¹ Comité DH, Observation générale n° 31, 29 mars 2004, **Nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte**, §8. D'autres Comités des Nations Unies ont reconnu cette possibilité : Comité EDAW, Observation générale n° 19, 1992, **Violence à l'égard des femmes**, §9 ; Comité EDAW, Const., 16 juillet 2010, **Karen Tayag Vertido c. Philippines**, comm. n° 18/2008, §8.4.

⁷⁹² « *While the Committee cannot arrive at a definite conclusion as to whether Hugo Dermit committed suicide, was driven to suicide or was killed by others while in custody; yet, the inescapable conclusion is that in all the circumstances the Uruguayan authorities either by act or by omission were responsible for not taking adequate measures to protect his life, as required by article 6 (1) of the Covenant* » Comité DH, Const., 21 octobre 1982,

*partie n'est pas dégagé de ses obligations en vertu du Pacte lorsque certaines de ses fonctions sont déléguées à d'autres organes autonomes »*⁷⁹³.

276. Ensuite, tout comme la Cour de Strasbourg, ces deux organes imposent aux États qu'ils prennent tous types de mesures afin que soient garantis les droits, c'est-à-dire aussi bien substantielles que procédurales. Il s'agit cependant de s'attarder sur les obligations procédurales d'enquête, de poursuite et de sanction des responsables, dans la mesure où la jurisprudence du Comité DH et de la Cour IADH se caractérise en la matière par son caractère précurseur. En effet, la Cour EDH n'a consacré que plus tardivement de telles obligations. Si les premières traces d'obligations procédurales sont visibles dès son arrêt *Airey* de 1979, elle n'a dégagé des obligations procédurales d'enquête qu'à partir de son arrêt *McCann* de 1995⁷⁹⁴.

277. Les obligations d'enquête ont tout d'abord été découvertes par le Comité DH, dans des affaires dans lesquelles étaient en cause les articles 6 (droit à la vie), 7 (interdiction de la torture) et 10 (droit des détenus à être traités avec humanité) PIDCP. La première mention d'une telle obligation figure dans une affaire dans laquelle l'auteur avait été victime d'actes de tortures alors qu'il était détenu arbitrairement. Selon le Comité « *l'État partie aurait dû enquêter sur ces allégations en application de la loi et de ses obligations en vertu du Pacte et du protocole additionnel et juger les personnes responsables* ». Il conclut donc à la violation des articles 7 et 10

Dermit Barbato, *préc.*, §9.2. Il l'avait également reconnu dans plusieurs Observations générales : Comité DH, Observation générale n° 7, 30 mai 1982, **Article 7 (Interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants)**, §2 « *les pouvoirs publics ont également le devoir d'assurer une protection en vertu de la loi contre de tels traitements, même lorsqu'ils sont appliqués par des personnes agissant en dehors de leurs fonctions officielles ou sans aucune autorité officielle.* » ; Comité DH, Observation générale n° 16, 8 avril 1988, **Article 17 (Droit au respect de la vie privée)**, §1 « *De l'avis du Comité, la protection de ce droit doit être garantie contre toutes ces immixtions et atteintes, qu'elles émanent des pouvoirs publics ou de personnes physiques ou morales* » ; Comité DH, Observation générale n° 18, 10 novembre 1989, **non-discrimination**, §9 (F. SUDRE, « Le droit à la non-discrimination », in F. SUDRE (dir.), *La protection des droits de l'homme par le Comité des droits de l'homme des nations unies – les communications individuelles*-, *op. cit.*, p. 47) ; Comité DH, Observation générale n° 23, 8 avril 1994, **Droit des minorités (article 27)**, §6.1 (M. LEVINET, « Le droit des minorités », in F. SUDRE (dir.), *La protection des droits de l'homme par le Comité des droits de l'homme des nations unies – les communications individuelles*-, *op. cit.*, p. 91).

⁷⁹³ Dans une communication déclarée irrecevable : Comité DH, Const., 2 mai 1989, **B. d. B. et al.** c. Pays-Bas, comm. n° 273/1988, §6.6 ; puis dans une affaire dans laquelle le Comité a conclu à la violation des articles 7 et 10 PIDCP : Comité DH, Const., 19 septembre 2003, **Cabal et Pasini Bertran** c. Australie, comm. n° 1020/2001, §7.2, *EDL*, n° 12, chron. C. Husson.

⁷⁹⁴ V. *supra* Partie 1, Chapitre 1, Section 2, §1, B, 1, b, ii, n° 149 et s. Cour EDH, 9 octobre 1979, **Airey** c. Irlande, A 32 ; *GACEDH*, n° 2 ; *JDI*, 1982, 187, chron. P. Rolland ; *AFDI*, 1980, 323, chron. R. Pelloux. ; Cour EDH, GC, 27 septembre 1995, **McCann et al.** c. Royaume-Uni, A 324 ; *GACEDH*, n° 11 ; *AFDI*, 1995, 485, chron. V Coussirat-Coustère ; *Rev. sc. crim.*, 1996, 462, obs. R. Koering-Joulin ; *RUDH*, 1996, 9, chron. F. Sudre.

du PIDCP du fait des traitements subis en détention et du fait que l'État n'avait mené aucune enquête susceptible de le disculper⁷⁹⁵. Par la suite, la base juridique utilisée afin de dégager une telle obligation a été très aléatoire. La Comité a pu déduire de telles obligations de l'article 4§2 du premier Protocole facultatif⁷⁹⁶, directement de certains droits substantiels⁷⁹⁷, d'un droit substantiel « combiné avec l'article 2 »⁷⁹⁸ ou « lu conjointement » avec l'article 2§3⁷⁹⁹, ou enfin de l'article 2§3 pris isolément⁸⁰⁰.

278. Quant à la Cour interaméricaine, elle a reconnu l'existence d'une telle obligation procédurale dès son arrêt *Velásquez Rodríguez* qui concernait un cas de disparition forcée. Elle a initialement établi qu'en vertu de l'obligation de garantir les droits imposée par l'article 1§1, « l'État a l'obligation d'enquêter dans toute situation où les droits de l'homme protégés par la Convention

⁷⁹⁵ « The State party should have investigated the allegations in accordance with its laws and its obligations under the Covenant and the Optional Protocol and brought to justice those found to be responsible » (§14) « Articles 7 and 10 (1), on the basis of evidence of torture and inhuman treatment, which has not been duly investigated by the Uruguayan Government and which is therefore unrefuted » notre traduction (Comité DH, Const., 29 juillet 1980, *Motta et al.*, préc., §14 et 16). Voir également Comité DH, Const., 26 octobre 1979, *Santullo Valcada c. Uruguay*, comm. n° 9/1977, §11.

⁷⁹⁶ Comité DH, Const., 20 mars 1982, *Lewenhoff et de Bleier c. Uruguay*, comm. n° 30/1978, §13.3 (disparition forcée, constat de violation des articles 6, 7, 9 et 10 PIDCP) ; Comité DH, Const., 2 novembre 1987, *Herrera Rubio*, préc., §10.5. Article 4 du premier protocole facultatif au PIDCP : « 1. sous réserve des dispositions de l'article 3, le Comité porte toute communication qui lui est présentée en vertu du présent Protocole à l'attention de l'État partie audit Protocole qui a prétendument violé l'une quelconque des dispositions du Pacte. 2. Dans les six mois qui suivent, ledit État soumet par écrit au Comité des explications ou déclarations éclaircissant la question et indiquant, le cas échéant, les mesures qu'il pourrait avoir prises pour remédier à la situation ».

⁷⁹⁷ Sur le fondement de l'article 6 PIDCP : dans le cas spécifique des disparitions forcées, Comité DH, Observation générale n° 6, 30 avril 1982, *Le droit à la vie (article 6)*, §4 ; sanction d'une enquête jugée inadéquate : Comité DH, Const., 2 novembre 1987, *Herrera Rubio*, préc., § 10.3 et 12 (parents de l'auteur assassinés par des membres de l'armée) ; Comité DH, Const., 22 novembre 1989, *Sanjuán Arévalo*, préc., §10 (disparition forcée) ; Comité DH, Const. 29 avril 2004, *Yuliya Vasil'yena Telitsina c. Fédération de Russie*, comm. n° 888/1999, §7.6 (décès du fils de l'auteur en prison). Sur le fondement de l'article 7, Comité DH, Const., 9 août 1994, *Rodríguez c. Uruguay*, comm. n° 322/1988, §12.3 et 12.4 ; Comité DH, Const., 11 avril 2006, *Mariam Sankara et al. c. Burkina Faso*, comm. n° 1159/2003, §12.2 ; *EDL*, n° 14, chron. c. Husson.

⁷⁹⁸ Comité DH, Observation générale n° 7, 30 mai 1982, *Article 7 (Interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants)*, §1.

⁷⁹⁹ Comité DH, Observation générale n° 20, 10 mars 1992, Remplacement de l'observation générale n° 7 concernant l'*Article 7 (interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants)*, §14 ; Comité DH, Const., 9 août 1994, *Rodríguez*, préc., § 12.3 et 12.4. ; Comité DH, Const., 30 mars 2006, *Boucherf c. Algérie*, comm. n° 1196/2003 (violation conjointe des article 2§3, 7 et 9 PIDCP) ; Comité DH, Const., 24 octobre 2007, *El Hassy c. Jamahiriya arabe libyenne*, comm. n° 1422/2005 (violation conjointe des articles 2§3 et 7 PIDCP).

⁸⁰⁰ Comité DH, Observation générale n° 31, 29 mars 2004, *Nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte*, §15 ; Comité DH, Const., 11 juillet 2007, *Farag Mohamed El Alwani c. Libye*, comm. n° 1295/2004, §6.9.

ont été violés »⁸⁰¹. La déduction de cette obligation de l'article 1§1 a alors rendu possible son déploiement pour tout droit garanti par la Convention. De plus, tout comme le Comité des droits de l'homme, elle n'a pas mis en œuvre la technique européenne des obligations positives pour les consacrer. En outre, tout comme le Comité DH, sa démarche s'est ensuite caractérisée par un emploi aléatoire des différentes bases juridiques à sa disposition. Elle a ainsi recours aussi bien à des normes « *endogènes* » qu'« *exogènes* »⁸⁰².

279. Concernant l'utilisation des dispositions de la Convention IADH, son article 1§1, du fait de l'interprétation dynamique opérée par le juge de San José dans l'affaire *Velásquez Rodríguez*, a tenu une place centrale. La Cour de San José a donc régulièrement déduit des obligations d'enquête et de sanction de cet article combiné avec une disposition substantielle, que ce soit du droit à la vie⁸⁰³, de l'interdiction de la torture⁸⁰⁴, de la liberté d'association⁸⁰⁵, de la liberté d'expression⁸⁰⁶. En outre, tout comme le Comité a pu avoir recours à un droit procédural (article 2§3 PIDCP, droit à un recours utile) pour dégager de telles obligations, la Cour interaméricaine a exploité les articles 8 (garanties judiciaires) et 25 (protection judiciaire) de la Convention IADH. Elle a d'ailleurs souligné les liens entre ces articles et l'obligation générale de l'article 1§1⁸⁰⁷. En effet, bien souvent, si la Cour énonce ces obligations d'enquête et de poursuite et conclut à leur violation sur le fondement de l'article 1§1 combiné avec une disposition substantielle, l'examen véritable de l'obligation d'enquête se fait en réalité sur le terrain des articles 8, 25 et 1§1 combinés⁸⁰⁸. Elle peut également examiner l'obligation d'enquête et conclure à sa violation

⁸⁰¹ Cour IADH, Fond, 29 juillet 1988, **Velásquez Rodríguez**, *préc.*, §176.

⁸⁰² L. BURGORGUE-LARSEN, « La prohibition de la torture et ses équivalents dans le système interaméricain des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 34.

⁸⁰³ Cour IADH, Fond et réparations, 7 juin 2003, **Juan Humberto Sánchez** c. Honduras, C 99, §112-113; *EDL*, n° 12, chron. A. Úbeda de Torres.

⁸⁰⁴ Cour IADH, Fond, 12 septembre 2005, **Gutiérrez Soler** c. Colombie, C 132, §54.

⁸⁰⁵ « *Esta Corte resalta la obligación a cargo del Estado de investigar con debida diligencia y en forma efectiva los crímenes contra dirigentes sindicales* » Cour IADH, Fond et réparations, 10 juillet 2007, **Cantoral Huamaní et García Santa Cruz** c. Pérou, C 176, §146 ; *EDL*, n° 24, chron. A. Úbeda de Torres.

⁸⁰⁶ Cour IADH, Fond et réparations, 28 janvier 2009, **Perozo et al.** c. Venezuela, C 195, §297 et s. ; *RTDH*, 2010, 827, chron. L. Hennebel et H. Tigroudja.

⁸⁰⁷ Cour IADH, Fond, 3 novembre 1997, **Castillo Páez** c. Pérou, C 34, §82-83. H. TIGROUDJA, I. K. PANOUSIS, *La Cour interaméricaine des droits de l'homme – Analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse*, *op. cit.*, p. 167.

⁸⁰⁸ Cour IADH, Fond, 19 novembre 1999, **Villagrán Morales et al.** (« Les enfants des rues »), *préc.*, §225 ; Cour IADH, Fond et réparations, 25 novembre 2003, **Myrna Mack Chang** c. Guatemala, C 101, §157 et s. ; *RTDH*, 2005, 475, chron. C. Laly-Chevalier, F. Da Poïan et H. Tigroudja ; *EDL*, n° 13, chron. A. Úbeda de Torres ; Cour IADH,

uniquement sur le fondement des dispositions précitées⁸⁰⁹, ou procéder à une combinaison des articles 1§1, 8, 25 et du ou des droits substantiels en cause⁸¹⁰. Toutefois, l'exploitation de ces trois articles combinés a été critiquée par certains juges et il a été présagé un possible « *changement de cap* » vers une préférence pour « *constater la violation de l'aspect procédural des dispositions substantielles* » comme le fait la Cour EDH⁸¹¹.

280. La Cour de San José a par ailleurs recours à des sources exogènes, lorsque les États en cause ont signé et ratifié les Conventions en question⁸¹². Elle a ainsi conclu, dans les affaires guatémaltèques *Paniagua Morales* de 1998, *Villagrán Morales* de 1999 et *Bámaca Velásquez* de 2000⁸¹³, à la violation de l'article 8 de la Convention interaméricaine contre la torture prévoyant une obligation de mener une enquête en cas d'allégation de torture⁸¹⁴. Plus récemment, elle est parvenue au même constat concernant l'article 7b de la Convention interaméricaine pour la prévention, la sanction et l'éradication de la violence contre les femmes, qui prévoit l'obligation de « *mener les enquêtes nécessaires et sanctionner les actes de violence exercés contre* » les femmes, dans son arrêt *Prison Miguel Castro Castro* de 2006⁸¹⁵.

281. Ces obligations ont été développées dans un contexte de violations massives des droits de l'homme commises par des agents de l'État, et d'impunité totale des responsables. Dans le cadre d'un contentieux où les autorités étatiques étaient la principale source des violations, ces

Fond et réparations, 8 juillet 2004, **Gómez Paquiyauri** c. Pérou, C 110 ; *RTDH*, 2005, 475, chron. C. Laly-Chevalier, F. Da Poian et H. Tigroudja.

⁸⁰⁹ Cour IADH, Fond et réparations, 15 juillet 2004, **19 commerçants** c. Colombie, C 109, § 175 et s. (exécution extrajudiciaire); *EDL*, n° 15, chron. A. Úbeda de Torres ; Cour IADH, Fond et réparations, 3 mars 2005, **Huilca Tecse** c. Pérou, C 121, §83 ; *RTDH*, 2006, 290, 306, chron. H. Tigroudja ; *EDL*, n° 17, chron. A. Úbeda de Torres ; Cour IADH, Fond et réparations, 22 septembre 2006, **Goiburú et al.** c. Paraguay, C 153, §90 et 105 et s. ; *RTDH*, 2008, 1019, chron. L. Hennebel et H. Tigroudja ; *EDL*, n° 22, chron. A. Úbeda de Torres

⁸¹⁰ Cour IADH, Fond et réparations, 10 juillet 2007, **Cantoral Huamaní et García Santa Cruz**, *préc.*, §122.

⁸¹¹ L. BURGORGUE-LARSEN, A. ÚBEDA DE TORRES, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 750 et s.

⁸¹² V. *supra* Partie 1, Chapitre 2, Section 1, §1, A, 2, n°258.

⁸¹³ Cour IADH, Fond, 8 mars 1998, **Paniagua Morales et al.**, *préc.*, §136 ; Cour IADH, Fond, 19 novembre 1999, **Villagrán Morales et al.** (« Les enfants des rues »), *préc.*, §247-248 ; Cour IADH, Fond, 25 novembre 2000, **Bámaca Velásquez**, *préc.*, §218-223.

⁸¹⁴ « Les États parties garantissent à toute personne qui prétend avoir été soumise à la torture dans sa juridiction, le droit à un examen impartial de la plainte. Lorsqu'une plainte a été déposée ou qu'il existe des motifs bien fondés de croire qu'un acte de torture a été commis dans leur juridiction, les États parties garantissent que leurs autorités respectives ouvriront d'office et immédiatement une enquête sur la plainte et mettront en mouvement, s'il y a lieu, la procédure pénale appropriée ».

⁸¹⁵ Cour IADH, Fond et réparations, 25 novembre 2006, **Prison Miguel Castro Castro**, *préc.*, §266.

obligations présentait deux intérêts majeurs en lien avec le renforcement de l'effectivité des droits. D'une part, en l'absence de preuves que ces exactions étaient commises par des agents étatiques et à défaut de pouvoir engager la responsabilité de l'État du fait de son action, elles ont permis de conclure à la violation d'un droit garanti et d'engager la responsabilité des États du fait de leur inaction. D'autre part, elles visaient à instaurer les bases de l'État de droit, dans des pays où l'appareil étatique corrompu et les récentes dictatures constituaient la menace première contre les droits individuels. Leur importance majeure dans ce contexte a conduit la Cour interaméricaine des droits de l'homme à les qualifier de norme de *jus cogens*⁸¹⁶. Si une telle qualification peut être discutée, elle est cependant la marque de la volonté du juge interaméricain de démontrer la place centrale de ces obligations. Elles ont en outre un caractère autonome, tout comme les obligations procédurales d'enquête européennes qui peuvent « *en soi donner lieu à une violation distincte* »⁸¹⁷.

282. Par ailleurs, bien que plus tardivement et dans une moindre mesure, le Comité DH et la Cour IADH ont déduit des obligations similaires aux obligations procédurales de conciliation développées par la jurisprudence européenne. La démarche est ici intéressante car sans recourir à la technique des obligations positives proprement dite, ils sont néanmoins parvenus à déduire des obligations procédurales à partir de dispositions substantielles⁸¹⁸.

283. Le Comité des droits de l'homme et la Cour interaméricaine, ont consacré des obligations équivalentes à celles que la Cour de Strasbourg a dégagées en utilisant la technique des

⁸¹⁶ Cour IADH, Fond et réparations, 22 septembre 2006, **Goiburú et al.**, *préc.*, §84. Ces obligations procédurales font également partie intégrante du droit à la vérité (L. BURGORGUE-LARSEN, A. ÚBEDA DE TORRES, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 740 et s. Groupe de travail sur les disparitions forcées et involontaires, **Observation générale sur le droit à la vérité dans le contexte des disparitions forcées** (2010), §5, A/HRC/16/48, p. 16).

⁸¹⁷ Comité DH, Observation générale n° 31, 29 mars 2004, **Nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte**, §15 ; Comité DH, Const., 30 mars 2006, **Boucherf**, *préc.*, §9.9.

⁸¹⁸ Ils ont tous deux imposé le respect des garanties du procès équitable en cas de condamnation à la peine de mort (Comité DH, Const., 8 septembre 1977, **Daniel Mbenge** c. Zaïre, comm. n° 16/1977 ; Comité DH, Const., 20 juillet 1990, **Reid** c. Jamaïque, comm. n° 250/1987 ; Comité DH, Const., 27 juillet 1992, **Wright** c. Jamaïque, comm. n° 349/1989 ; Cour IADH, Avis n° 16, 1^{er} octobre 1999, **Le droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties du procès équitable**, A 16, §134-136 ; Cour IADH, Fond et réparations, 21 juin 2002, **Hilaire, Constantine et Benjamin et al.** c. Trinidad et Tobago, C 94, §148). Le Comité a en outre implicitement intégré le droit à l'exécution des décisions de justice à l'article 17 PIDCP (droit à la vie privée et familiale) (Comité DH, Const., 19 août 2002, **L. P.**, *préc.*, §7.4). La Cour interaméricaine a quant à elle exigé la mise en place de procédures effectives afin que soient délimitées les terres des autochtones (Cour IADH, Fond et réparations, 31 août 2001, **Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni** c. Nicaragua, C 79, §137 et s. ; Cour IADH, Fond et réparations, 17 juin 2005, **Communauté indigène Yakye Axa** c. Paraguay, C 125, §66 et s. ; *RTDH*, 2006, 295, chron. H. Tigroudja ; *EDL*, n° 18, chron. A. Úbeda de Torres). Sur les obligations procédurales de conciliation dans la jurisprudence européenne v. *supra* Partie 1, Chapitre 1, Section 1, §3, A, 2, a, n° 117 et s.

obligations positives. Pour ce faire, ils n'ont peu ou pas eu recours à cette dernière mais ont exploité leurs textes de références, contenant davantage d'obligations positives textuelles, et procédé à une interprétation dynamique de leurs dispositions générales (article 1 et 2 CIADH, article 2 PIDCP). La réception formelle de la technique des obligations positives n'est cependant pas inexistante et, bien que de manière inégale selon les organes, elle est globalement en progression.

2. Une réception formelle en progression de la technique des obligations positives

284. Initialement, la Cour interaméricaine et le Comité des droits de l'homme n'ont procédé à aucune réception formelle de la technique des obligations positives⁸¹⁹. Comme présenté plus haut, ils ont développé leurs propres techniques, essentiellement l'interprétation dynamique des dispositions générales pour dégager des effets positifs des droits.

Plusieurs hypothèses peuvent être avancées pour expliquer ce constat. L'une, est la différence de contenu entre les traités les plus jeunes, constituant des bases textuelles plus solides que leur aîné européen afin de dégager des obligations d'action étatique⁸²⁰. L'autre, concerne la différence de contentieux auxquels ont été confrontés les différents organes de contrôle. Là où la Cour interaméricaine et le Comité DH ont d'abord eu à se prononcer sur des affaires dans lesquelles étaient en cause des violations massives des droits de l'homme et des allégations de violation du droit à la vie, de l'interdiction de la torture, ou encore du droit à la liberté et à la sûreté (exécution extrajudiciaires, détentions arbitraires, disparitions forcées), la Cour EDH n'a eu l'occasion de dégager des obligations positives dans ces domaines qu'à partir du milieu des années 1990⁸²¹. Dans ce type de contentieux, il est donc logique que la Cour de Strasbourg se soit inspirée de la jurisprudence de ses homologues⁸²². De plus, la Cour européenne a dans un premier temps principalement déployé la technique des obligations positives sur le terrain du droit à la vie privée et

⁸¹⁹ En ce sens, concernant la Cour IADH, se reporter à T. J. MELISH, A. ALIVERTI, « Positive Obligations in the Inter-American Human Rights System », *Interights Bulletin*, 2006, 15-3, p. 120.

⁸²⁰ Voir supra Partie 1, Chapitre 2, Section 1, §1, A, n° 248 et s.

⁸²¹ Cour EDH, GC, 27 septembre 1995, **McCann et al.**, préc. ; Cour EDH, 28 octobre 1998, **Assenov et al.** c. Bulgarie, *Rec.* 1998-VIII ; *RTDH*, 1999, 383, obs. D. Rosenberg ; *JCP G*, 1999, I, 105, n° 12, 13 et 17, obs. F. Sudre.

⁸²² A. A. CANÇADO TRINDADE, « Approximations and Convergences in the Case-law of the European and Inter-American Courts of Human Rights », G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUSS (dir.), *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2005, p. 111.

familiale (article 8 CEDH), ou encore de la liberté syndicale (article 11), domaines dans lesquels la Cour interaméricaine et le Comité DH ne comptent encore aujourd'hui qu'un nombre réduit d'affaires. Ces derniers ont donc eu peu l'occasion de se référer à la jurisprudence de la Cour EDH en matière d'obligations positives, dans la mesure où ils n'étaient pas confrontés au type de contentieux à l'occasion desquelles la Cour de Strasbourg avait développé cette technique.

285. À ces différences avec la Cour EDH, communes au Comité DH et à la Cour interaméricaine, s'ajoutent des particularités propres à chaque organe. Elles peuvent être mises en avant pour justifier la différence d'approche entre les deux institutions quant à la réception formelle de la technique.

Du côté onusien, le Comité DH fut dans un premier temps réticent, « voire même franchement hostile »⁸²³, quant à la prise en compte de la jurisprudence de la Cour EDH. Cependant, faisant suite à cet « esprit d'imperméabilité », M. G. Schmidt a identifié le développement récent d'un « esprit d'ouverture »⁸²⁴. Le Comité des DH serait donc aujourd'hui plus ouvert à l'influence de la jurisprudence européenne. Par ailleurs, le Comité n'est pas une juridiction. À ce titre, il a un souci moindre de motiver et de justifier par une argumentation développée ses constatations ou ses observations générales⁸²⁵. En effet, selon le professeur H. Ascensio « le juge s'efforce de motiver sa décision, en recourant à une forme spécifique de rhétorique, le langage du droit, et en excluant en apparence les motifs d'opportunité. Cette contrainte argumentative reste un élément important du critère matériel » de qualification d'une juridiction⁸²⁶. Or, la technique des obligations positives, en tant que procédé interprétatif permettant de déduire d'une disposition conventionnelle des

⁸²³ Cette réticence s'expliquerait par la présence des délégués des pays d'Europe centrale et orientale au sein du Comité DH, se refusant « à envisager l'établissement d'un quelconque lien de dépendance entre le PIDCP et la CEDH » J.-F. FLAUSS, « La protection des droits de l'homme et les sources du droit international », in S.F.D.I., *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Pedone, 1998, p. 21. En ce sens voir également Ch. TOMUSCHAT, « The Interaction between Different Systems for the Protection of Human Rights », in R. BIEBER (dir.), *Au nom des peuples européens : un catalogue des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Nomos, 1995, p. 40 ; M. BOSSUYT et O. LINS, « La prise en considération de la jurisprudence de Strasbourg par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies », in G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUSS (dir.), *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 84.

⁸²⁴ Il constate le même phénomène du côté de la Cour EDH. M. G. SCHMIDT, « Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques », in E. DECAUX (dir.), *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Commentaire article par article*, Economica, 2011, p. 865-866.

⁸²⁵ En ce sens voir E. LAMBERT, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, Bruylant, 1999, p. 591.

⁸²⁶ H. ASCENSIO, « La notion de juridiction internationale en question », in S.F.D.I., *La juridictionnalisation du droit international*, Pedone, 2003, p. 173.

obligations étatiques d'action qui n'y sont pas prescrites expressément, peut constituer un moyen rhétorique de persuasion très utile à la motivation de la Cour EDH et de la Cour IADH, bien davantage qu'à celle, moins développée, du Comité DH.

286. Ainsi, le Comité, dans ses constatations, ne fait aucune mention de la notion d'obligation positive. Seules certaines références y sont visibles dans ses observations générales. Il a pu utiliser le terme pour désigner des obligations positives textuelles. Dans son observation générale n° 4, il a fait mention des « *obligations précises et positives imposées par l'article 3* »⁸²⁷. Dans son observation générale n° 21, il a estimé que l'article 10§1 PIDCP « *impose aux États parties une obligation positive en faveur des personnes particulièrement vulnérables du fait qu'elles sont privées de liberté* »⁸²⁸.

287. Dans quelques hypothèses, le Comité a cependant employé la technique pour mettre au jour des obligations positives prétoriennes, c'est-à-dire des obligations d'action non expressément prévues dans le Pacte. Dans l'observation générale n° 6 sur le droit à la vie, il a affirmé que « *la protection de ce droit exige que les États adoptent des mesures positives. À cet égard, le Comité estime qu'il serait souhaitable que les États parties prennent toutes les mesures possibles pour diminuer la mortalité infantile et pour accroître l'espérance de vie et, en particulier, des mesures permettant d'éliminer la malnutrition et les épidémies* »⁸²⁹. Ou encore, dans son observation générale n° 31, il a énoncé que « *l'obligation juridique énoncée au paragraphe 1 de l'article 2 est à la fois négative et positive* » et plus loin, que « *les États parties ne pourront pleinement s'acquitter de leurs obligations positives, (...) de garantir les droits reconnus dans le Pacte que si les individus sont protégés par l'État non seulement contre les violations de ces droits par ses agents, mais aussi contre des actes commis par des personnes privées, physiques ou morales, qui entraveraient l'exercice des droits énoncés dans le Pacte dans la mesure où ils se prêtent à une application entre personnes privées, physiques ou morales* »⁸³⁰.

288. Enfin, signe d'une éventuelle influence européenne, il a, dans certaines

⁸²⁷ Comité DH, Observation générale n° 4, 30 juillet 1981, **Égalité des droits entre hommes et femmes**, §2. L'article 3 PIDCP prévoit que « *Les États parties au présent Pacte s'engagent à assurer le droit égal des hommes et des femmes de jouir de tous les droits civils et politiques énoncés dans le présent Pacte* ».

⁸²⁸ Comité DH, Observation générale n° 21, 10 avril 1992, **Article 10 (Droit des personnes privées de liberté d'être traitées avec humanité)**, §3 ; L'article 10§1 PIDCP dispose que « *Toute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine* ».

⁸²⁹ Comité DH, Observation générale n° 6, 30 avril 1982, **Le droit à la vie (article 6)**, §5.

⁸³⁰ Comité DH, Observation générale n° 31, 29 mars 2004, **Nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte**, § 6 et 8.

observations générales, repris la technique de l'inhérence⁸³¹ sans toutefois utiliser le terme d'obligation positive. Il a ainsi estimé que certaines obligations étaient inhérentes à des droits garantis dans le Pacte, obligations qu'il avait déjà consacrées dans des constatations antérieures sans avoir recours à la technique de l'inhérence. Il a affirmé qu'« *il existe une obligation inhérente à l'article 2 de prendre des mesures pour prévenir la répétition d'une violation du Pacte* »⁸³², ou encore qu'« *un élément inhérent à la protection des droits expressément déclarés non susceptibles de dérogation (...) est qu'ils doivent s'accompagner de garanties de procédure, qui sont souvent judiciaires* »⁸³³.

289. Quant à la Cour interaméricaine, elle procède à une réception formelle de la technique beaucoup plus accrue que le Comité, et ce, dans trois cas de figures. Dans le premier cas, elle a pu mettre en œuvre la technique des obligations positives dans des domaines où elle avait déjà précédemment dégagé des obligations d'action sans y avoir recours.

290. Un premier exemple concerne les obligations d'action déduites du droit à la vie. La première référence à la notion d'obligation positive figure dans une opinion dissidente des juges S. Picado Sotela, A. Aguiar-Aranguren et A. A. Cançado Trindade, jointe à l'arrêt *Gangaram Panday* de 1994. Ils ont affirmé que le droit à la vie « *ne suppose pas seulement que personne ne peut être privé de sa vie arbitrairement (obligation négative). Il exige en outre que les États prennent toutes les mesures nécessaires pour la protéger et la préserver (obligation positive)* »⁸³⁴. Cette formule est d'autant plus intéressante qu'elle reprend la terminologie européenne, alors même que les juges de Strasbourg n'avaient pas encore eu l'occasion de déduire des obligations positives du droit à la vie⁸³⁵. La Commission interaméricaine a repris cette formule dans l'affaire *Villagrán Morales*⁸³⁶, et la Cour interaméricaine l'a affirmé pour la première fois dans une affaire concernant une exécution

⁸³¹ L'inhérence est l'une des techniques employées par la Cour EDH afin de dégager des obligations positives des droits conventionnels. Voir *supra* Partie 1, Chapitre 1, Section 3, §1, A, n° 182 et s.

⁸³² Comité DH, Observation générale n° 31, 29 mars 2004, **Nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte**, §17.

⁸³³ Comité DH, Observation générale n° 29, 31 août 2001, **Dérogations en période d'état d'urgence (article 4)**, §15.

⁸³⁴ « *El mismo, no sólo supone que a nadie se le puede privar arbitrariamente de la vida (obligación negativa). Exige de los Estados, todavía más, tomar todas las providencias apropiadas para protegerla y preservarla (obligación positiva)* » Cour IADH, Fond, 21 février 1994, **Gangaram Panday** c. Suriname, C 16, opinion dissidente des juges S. Picado Sotela, A. Aguiar-Aranguren et A. A. Cançado Trindade, §3 (notre traduction).

⁸³⁵ Une telle consécration n'a eu lieu qu'avec l'arrêt Cour EDH, GC, 27 septembre 1995, **McCann et al.**, préc., A 324.

⁸³⁶ Cour IADH, Fond, 19 novembre 1999, **Villagrán Morales et al.** (« **Les enfants des rues** »), préc., §139.

extrajudiciaire, l'affaire *Juan Humberto Sánchez* de 2003⁸³⁷. La formule est devenue récurrente dans ses arrêts suivants concernant des exécutions extrajudiciaires⁸³⁸.

291. Un second exemple concerne des applications horizontales de la Convention IADH. Alors qu'elle avait accepté d'appliquer la Convention aux relations interindividuelles dès son arrêt *Velásquez Rodríguez*⁸³⁹ par le biais d'une interprétation dynamique de l'article 1 CIADH, elle a ensuite procédé à une telle application grâce à la technique des obligations positives. Dans son avis consultatif n° 18, elle a estimé que « *de l'obligation positive à la charge de l'État de garantir l'effectivité de la protection des droits de l'homme protégés, se déduisent des effets à l'égard des tiers (erga omnes)* »⁸⁴⁰. Tout comme la Cour EDH⁸⁴¹, elle a donc consacré une obligation positive générale de garantir l'effectivité des droits déduite de l'article 1 CIADH. Le juge de San José avait de longue date consacré une « *obligation générale (...) de garantir le libre et plein exercice des droits reconnus par la Convention à toute personne se trouvant sous sa juridiction* »⁸⁴², mais l'influence européenne l'a amené à la reformuler en « *obligation positive* ». Elle en a ensuite fait des applications contentieuses en déduisant de l'obligation *erga omnes* issue de l'article 1 CIADH, « *l'obligation positive de l'État d'adopter les mesures nécessaires pour assurer la protection effective des droits de l'homme dans les relations interindividuelles* »⁸⁴³.

⁸³⁷ « *El cumplimiento del artículo 4, relacionado con el artículo 1.1 de la Convención Americana, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además requiere que los Estados tomen todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva)* » Cour IADH, Fond et réparations, 7 juin 2003, **Juan Humberto Sánchez**, *préc.*, §110. La Cour interaméricaine fait par ailleurs référence à la jurisprudence européenne à son §112.

⁸³⁸ Cour IADH, Fond et réparations 25 novembre 2003, **Myrna Mack Chang**, *préc.*, §153 ; Cour IADH, Fond et réparations, 8 juillet 2004, **Gómez Paquiyauri**, *préc.*, §129 ; Cour IADH, Fond et réparations, 25 novembre 2006, **Prison Miguel Castro Castro**, *préc.*, §237.

⁸³⁹ Cour IADH, Fond, 29 juillet 1988, **Velásquez Rodríguez**, *préc.*.

⁸⁴⁰ « *Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (erga omnes)* » Cour IADH, Avis n° 18, 17 septembre 2003, **Statut juridique et droits des travailleurs migrants illégaux**, *préc.*, §140.

⁸⁴¹ Cour EDH, 25 juillet 2002, **Sovtransavto Holding** c. Ukraine, *Rec.* 2002-VII, §96 ; *JCP G*, 2003, I, 109, n° 24, obs. F. Sudre. Voir *supra* Partie 1, Chapitre 1, Section 3, §2, A, 2, n° 211 et s.

⁸⁴² Notre traduction de « *la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (art. 1).* » Cour IADH, Exceptions préliminaires, 26 juin 1987, **Fairén Garbi et Solís Corrales**, *préc.*, §90. Cité par L. SEMINARA, *Les effets des arrêts de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 45.

⁸⁴³ « *Esas obligaciones del Estado proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales* » Cour IADH, Fond, 15 septembre 2005, **Massacre de Mapiripán**, *préc.*, §111 ; Cour IADH, Fond et réparations, 4 juillet 2006, **Ximenes Lopez** c. Brésil, C 149, §145 ; *RTDH*, 2008, 1021, chron. L. Hennebel et H.

292. Le deuxième cas de figure concerne l'emploi de la technique des obligations positives sur le terrain de droits à propos desquels la Cour EDH a produit une jurisprudence fournie depuis plusieurs décennies, alors que la jurisprudence de la Cour interaméricaine dans le domaine est très peu développée. Cette dernière s'est donc naturellement inspirée de la jurisprudence européenne à l'heure de rendre ses premiers arrêts en la matière. Ainsi, en matière de liberté d'association, dans son arrêt *Huilca Tecse* de 2005⁸⁴⁴, concernant l'assassinat d'un leader syndical, la Cour a fait directement référence aux passages concernant les obligations positives des arrêts *Plattform « Ärzte für das Leben »* et *Gustafsson* de la Cour de Strasbourg⁸⁴⁵. Puis en 2007, dans l'affaire *Cantoral Huamaní et García Santa Cruz*, elle a affirmé qu'en sus des « obligations négatives » devaient être également déduites de la liberté d'association des « obligations positives de prévenir les atteintes à cette liberté, de protéger ceux qui l'exercent, et d'enquêter sur ses violations. Ces obligations positives doivent être adoptées y compris dans la sphère des relations entre particuliers »⁸⁴⁶.

293. Le troisième cas de figure se présente lorsque la Cour IADH dégage une obligation d'action grâce à la technique des obligations positives, alors même que la Cour EDH a refusé de consacrer une telle obligation. Elle a ainsi affirmé que le droit à la liberté d'expression (article 13 CIADH) implique le droit de recevoir une information et « l'obligation positive de l'État de la fournir, de telle forme que la personne puisse connaître cette information ou recevoir une réponse motivée, quand, pour un motif permis par la Convention, l'État peut limiter cet accès dans

Tigroudja.

⁸⁴⁴ Cour IADH, Fond et réparations, 3 mars 2005, *Huilca Tecse*, préc., §76.

⁸⁴⁵ Cour EDH, 21 juin 1988, *Plattform « Ärzte für das Leben »* c. Autriche, A 139, §32 ; *JDI*, 1989, 824, chron. P. Tavernier ; Cour EDH, GC, 25 avril 1996, *Gustafsson* c. Suède, *Rec.* 1996-II, §45, *JCP G*, 1997, I, 4000, n° 40, obs. F. Sudre ; *D.*, 1997, jur., 363, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly.

⁸⁴⁶ « Al igual que estas obligaciones negativas, de la libertad de asociación también se derivan obligaciones positivas de prevenir los atentados contra la misma, proteger a quienes la ejercen e investigar las violaciones de dicha libertad. Estas obligaciones positivas deben adoptarse, incluso en la esfera de relaciones entre particulares, si el caso así lo amerita » Cour IADH, Fond et réparations, 10 juillet 2007, *Cantoral Huamaní et García Santa Cruz*, préc., §144. Voir également : Cour IADH, Fond et réparations, 3 avril 2009, *Kawas Fernández* c. Honduras, C 196, §144 ; *RTDH*, 2010, 838, chron. L. Hennebel et H. Tigroudja ; et Cour IADH, Fond et réparations, 23 novembre 2011, *Fleury et al.* c. Haïti, C 236, §100. Voir aussi concernant le droit à la vie privée et familiale : Cour IADH, Fond et réparations, 24 février 2012, *Atala Riffo y niñas* c. Chili, C 239, §171 : « Según la jurisprudencia del Tribunal Europeo, el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental de la vida de familia, y el artículo 8 del Convenio Europeo tiene como objetivo preservar al individuo contra las injerencias arbitrarias de las autoridades públicas y establecer obligaciones positivas a cargo del Estado a favor del respeto efectivo de la vida familiar ».

un cas concret »⁸⁴⁷. La Cour de Strasbourg a refusé de consacrer une telle obligation positive et a estimé quant à elle que « *ladite liberté ne saurait se comprendre comme imposant à un État, dans des circonstances telles que celles de l'espèce, des obligations positives de collecte et de diffusion, motu proprio, des informations* », préférant la consacrer sur le fondement restrictif de l'article 8⁸⁴⁸.

294. Le recours croissant à la technique des obligations positives n'est pas surprenant de la part de la Cour interaméricaine. Outre sa qualité de juridiction, qui peut l'inciter, tout comme la Cour européenne, à utiliser cette technique afin de renforcer sa motivation, elle a toujours été très ouverte vis-à-vis de la jurisprudence de la Cour européenne et y fait régulièrement référence⁸⁴⁹. Le potentiel rhétorique et persuasif que comporte la technique des obligations positives et la légitimation apportée par la référence à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg peut expliquer la réception formelle de plus en plus fréquente de cette technique de la part de la Cour de San José. Il est en outre probable que cette réception s'accroisse à mesure qu'elle aura à se prononcer sur des contentieux encore peu développés devant elle, par exemple concernant le droit à la vie privée et familiale, domaine dans lequel la Cour européenne a découvert nombre d'obligations positives.

295. La Cour interaméricaine et le Comité DH ont dégagé des effets positifs des droits civils et politiques. Ils ont cependant peu utilisé formellement la technique des obligations positives. Ils ont développé leurs propres techniques interprétatives, en particulier l'interprétation dynamique des dispositions générales de leur texte de référence, afin de dégager des effets normatifs équivalents à ceux que la Cour EDH déduit de la Convention EDH grâce à la technique des obligations positives. Reste à étudier dans quelle mesure les organes de contrôle des droits économiques, sociaux et culturels ont réceptionné la technique des obligations positives.

⁸⁴⁷ « *dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto* » Cour IADH, Fond et réparations, 19 septembre 2006, **Claude Reyes** c. Chili, C 151, §77 ; *RTDH*, 2008, 1035, chron. L. Hennebel et H. Tigroudja ; *EDL*, n° 22, chron. A. Úbeda de Torres.

⁸⁴⁸ Cour EDH, GC, 19 février 1998, **Guerra et al.** c. Italie, *Rec.* 1998-I, §53 et 60 ; *JJCP G*, 1999, I, 105, n° 43, obs. F. Sudre ; *D.*, 1998, Somm. 370, obs. J.-F. Renucci ; *Revue européenne de droit de l'environnement*, 1998, 318, note J.-P. Marguénaud ; *RTDciv.*, 1998, 517, note J.-P. Marguénaud ; Cour EDH, GC, 19 octobre 2005, **Roche** c. Royaume-Uni, *Rec.* 2005-X, §172 ; *JCP G*, 2006, 187, chron. F. Sudre ; *JDI*, 2006, 1098, obs. E. Decaux.

⁸⁴⁹ Voir E. LAMBERT, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 496 et s.

§2. La réception inégale de la technique par les organes de contrôle des droits économiques, sociaux et culturels

296. Sera examinée dans ce paragraphe, la jurisprudence du Comité européen des droits sociaux (Comité EDS) et du Comité des droits économiques, sociaux et culturels (Comité DESC). Alors que le premier a procédé à une véritable réappropriation de la technique (A), le second n'a pas effectué de réception de cette dernière, proposant une classification ternaire des obligations étatiques (B).

A. Une réappropriation de la technique par le Comité EDS

297. La Charte sociale européenne (CSE) a été adoptée en 1961 à Turin et est entrée en vigueur en 1965. Elle a été complétée par trois Protocoles. Celui de 1988 a ajouté de nouveaux droits à ceux garantis en 1961, celui de 1991 a modifié la procédure de contrôle sur rapports étatiques et celui de 1995 a instauré une procédure de réclamations collectives⁸⁵⁰. Enfin, la Charte sociale européenne révisée a été adoptée en 1996 (CSERev). Elle vise, dans un objectif de simplification, à remplacer la Charte initiale et ses protocoles. L'État qui la ratifie se voit soumis au régime de la Charte révisée qui se substitue alors à celui de la Charte initiale. La Charte sociale européenne révisée vient en outre ajouter de nouveaux droits⁸⁵¹.

298. Un Comité d'expert, rebaptisé Comité européen des droits sociaux, est chargé d'apprécier « *d'un point de vue juridique, la conformité des législations, réglementations et pratiques nationales avec le contenu des obligations découlant de la Charte* »⁸⁵². Il examine les rapports étatiques et, depuis 1998, date de l'entrée en vigueur du protocole additionnel de 1995, des réclamations collectives⁸⁵³. Ses décisions sont cependant dépourvues de caractère contraignant et ce

⁸⁵⁰ J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, « Charte sociale européenne », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, « Quadrige », 2008, p. 134.

⁸⁵¹ F. VANDAMME, « Les droits protégés par la Charte sociale, contenu et portée », in J.-F. AKANDJI-KOMBÉ et S. LECLERC (dir.), *La Charte sociale européenne*, Actes des premières Rencontres européennes organisées à Caen le 17 mars 2000, Bruylant, 2001, p. 11-43 ; Ch. PETTITI, « La Charte sociale révisée », *RTDH*, 1997, p. 3-16.

⁸⁵² Article 24§2 Charte sociale européenne tel que modifié par le protocole adopté le 21 octobre 1991 à Turin (STE n° 142).

⁸⁵³ F. SUDRE, « Le protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations

mécanisme de contrôle de la Charte, bien que renforcé par le processus de relance des années 1990, témoigne du moindre degré de garantie dont bénéficient les droits économiques et sociaux par rapport aux droits civils et politiques. Le Comité EDS s'est cependant efforcé de garantir une effectivité maximale à ces « *pauvres* »⁸⁵⁴ droits⁸⁵⁵. Une des voies employées a été, comme l'a écrit le professeur F. Benoît-Rohmer, de s'inspirer de « *la jurisprudence, de la procédure et des techniques de la Cour européenne des droits de l'homme afin de rapprocher le plus possible le mécanisme de contrôle de la Charte de celui de la Convention européenne et de garantir le continuum des droits de l'homme* ». Ainsi, « *le Comité entend pallier par là le défaut de caractère juridictionnel du mécanisme de suivi de la Charte et légitimer les décisions rendues dans le cadre des réclamations collectives pour leur donner une autorité accrue à l'égard des États* »⁸⁵⁶.

299. Parmi les nombreuses techniques et méthodes d'interprétation et de contrôle empruntées par le Comité EDS à la Cour EDH⁸⁵⁷ figure la technique des obligations positives. Cet emprunt peut surprendre dans la mesure où la Charte contenant des droits économiques et sociaux, elle impose par définition aux États des obligations d'action. Ainsi, comme le souligne C. Nivard, « *le Comité n'a évidemment pas découvert les obligations d'agir de l'État pour mettre en œuvre la Charte, les articles étant explicites en ce sens contrairement à ceux de la Convention européenne* »⁸⁵⁸.

300. Cependant, tout comme la Cour européenne, le Comité a utilisé la technique des

collectives », *RGDIP*, 1996, p. 715-739 ; R. BIRK, « The Collective Complaint. A New Procedure in the European Social Charter », in Liber amicorum in Honour of R. BLANPAIN, *Labour Law and Industrial Relations at the Turn of the Century*, Kluwer, 1998, p. 261-274 ; R. CHURCHILL, U. KHALIQ, « The Collective Complaints System of the European Social Charter : an Effective Mechanism for Ensuring Compliance with Economic and Social Rights ? », *EJIL*, 2004, vol. 15, n° 3, p. 417-456 ; C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux, étude de droit conventionnel européen*, Bruylant, coll. « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », 2012, p. 7 et s.

⁸⁵⁴ P.-H. IMBERT, « Droits des pauvres-pauvre(s) droit(s) ? Réflexions sur les droits économiques, sociaux et culturels », *RDP*, 1989, p. 747-754.

⁸⁵⁵ J.-M. BELORGEY, « La Charte sociale du Conseil de l'Europe et son organe de régulation (1961-2011), le Comité européen des droits sociaux : esquisse d'un bilan », *RTDH*, 2011, p. 791 et s.

⁸⁵⁶ F. BENOÎT-ROHMER, « De l'impact de la Convention européenne des droits de l'homme sur la juridictionnalisation du Comité européen des droits sociaux », in N. ALIPRANTIS, *Les droits sociaux dans les instruments européens et internationaux, défis à l'échelle mondiale*, Bruylant 2008, coll. « rencontres européennes », p. 237-238. Voir aussi G. MALINVERNI, « La Cour européenne des droits de l'homme et le Comité européen des droits sociaux : rapprochements et convergences », in *Colloque en l'honneur du professeur L. WILDHABER, Nouveaux défis et perspectives pour la protection des droits de l'homme*, Nomos, 2008, p. 3-13.

⁸⁵⁷ Le Comité utilise les notions autonomes, la protection par ricochet, l'interprétation dynamique et évolutive, la notion de marge nationale d'appréciation (F. BENOÎT-ROHMER, « De l'impact de la Convention européenne des droits de l'homme sur la juridictionnalisation du Comité européen des droits sociaux », *op. cit.*, p. 246 et s. ; C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux, étude de droit conventionnel européen*, *op. cit.*, p. 283 et s.).

⁸⁵⁸ C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux, étude de droit conventionnel européen*, *op. cit.*, p. 338.

obligations positives afin de développer son pouvoir normatif, c'est-à-dire de créer des obligations non expressément prévues dans le texte de la Charte. Le Comité aurait cependant pu parvenir à une même solution sans y avoir recours. La technique lui a cependant permis de renforcer sa motivation et, en faisant référence à la jurisprudence de la Cour, de légitimer la solution retenue. Le Comité y a fait référence pour la première fois dans ses conclusions sur le Portugal en 2000⁸⁵⁹. Par la suite, aussi bien dans ses conclusions que dans ses décisions, l'emploi de la technique s'est multiplié et s'est opéré selon deux modalités distinctes. Il l'a employée afin de procéder soit à une réception, soit, dans la majorité des cas, à un dépassement normatif de la jurisprudence de la Cour EDH.

301. Le Comité EDS peut donc avoir recours à la technique des obligations positives afin d'intégrer à un droit garanti par la Charte, des obligations développées par la Cour de Strasbourg. La technique des obligations positives lui permet alors de procéder à un enrichissement de la Charte par le biais d'une réception normative. Ce cas de figure s'est présenté dans des conclusions par lesquelles le Comité a conféré un effet horizontal à l'article 16 CSE (droit de la famille à une protection sociale, juridique et économique)⁸⁶⁰, alors même que, contrairement à de nombreuses autres dispositions de la Charte⁸⁶¹, une telle application ne ressortait pas de manière évidente du texte. Il a ainsi déclaré que l'article 16 CSE, comme l'article 8 CEDH, « *n'implique pas seulement un devoir d'abstention de la part de l'État mais aussi des obligations positives visant à assurer le respect effectif des droits garantis par l'article 8* »⁸⁶². Se référant à l'arrêt du juge européen, *X et Y c. Pays-Bas*, il a ajouté que « *ces obligations peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux* » (§26)⁸⁶³. À partir de ces constatations, il a déduit de l'article 16 une obligation de protection des femmes contre des actes de violences commis par des personnes privées, obligation pourtant non

⁸⁵⁹ Article 16 CSE « *Le Comité rappelle que l'obligation contenue dans l'article 12 par. 4 n'est pas subordonnée à une condition de réciprocité. Il s'agit donc d'une obligation positive incombant au Portugal qui peut être remplie par une mesure unilatérale* » Conclusions XV-1, Portugal, article 12§4, p. 515, en 2000. C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux, étude de droit conventionnel européen*, op. cit., §236.

⁸⁶⁰ « *En vue de réaliser les conditions de vie indispensables au plein épanouissement de la famille, cellule fondamentale de la société, les Parties s'engagent à promouvoir la protection économique, juridique et sociale de la vie de famille, notamment par le moyen de prestations sociales et familiales, de dispositions fiscales, d'encouragement à la construction de logements adaptés aux besoins des familles, d'aide aux jeunes foyers, ou de toutes autres mesures appropriées* ».

⁸⁶¹ Tous les droits de travailleurs (articles 1 à 6 CSE) impliquent par définition que l'État prenne des mesures dans des relations interindividuelles, celles entre les employeurs et les employés.

⁸⁶² Comité EDS, Conclusions XVIII-1, Observation interprétative, article 16, p. 13-14 ; Conclusions 2006, Observation interprétative, article 16, p. 14.

⁸⁶³ Cour EDH, 26 mars 1985, *X et Y*, préc., § 23.

expressément inscrite dans cet article⁸⁶⁴.

302. Ensuite, dans un second cas de figure, l'emploi de la technique des obligations positives permet au Comité de procéder à un dépassement normatif de la jurisprudence de la Cour EDH, signe d'« *une totale appropriation* » de la technique par le Comité⁸⁶⁵. Il vient ainsi dégager des obligations propres au droit de la Charte sociale européenne et inconnues du droit de la CEDH. Cette hypothèse s'est présentée lors de l'examen d'une réclamation portée par le *Centre européen des droits des Roms*. Ce dernier invoquait la violation de l'article 16 CSE du fait de « *l'insuffisance du nombre de logements permanents de qualité acceptable pour répondre aux besoins des Roms sédentarisés ; l'insuffisance des possibilités de campement pour les Roms ayant choisi un mode de vie itinérant ou contraints de le faire ; et l'expulsion systématique des Roms de sites ou logements qu'ils occupent illégalement* ». Au moment de déterminer la portée de l'article 16, le Comité a cité la jurisprudence de la Cour et en particulier l'arrêt *Chapman* selon lequel « *il pèse sur les États, en vertu de l'article 8, l'obligation positive de faciliter le mode de vie tsigane* »⁸⁶⁶. Il en a cependant tiré des conséquences beaucoup plus poussées que le juge européen⁸⁶⁷. Le Comité a intégré au sein de l'article 16, qui prévoit notamment que les Parties doivent encourager « *la construction de logements adaptés aux besoins des familles* », une obligation spécifique de protéger l'habitat Rom.

303. Le Comité a en outre estimé qu'en vertu de l'article 11 CSE (droit à la protection de la santé)⁸⁶⁸, l'État avait « *l'obligation positive de veiller à ce que les Roms aient un accès adéquat* »

⁸⁶⁴ « *Il en va de même sous l'angle de l'article 16. Partant, le Comité examine s'il existe à l'égard des femmes une protection en droit (mesures et sanctions appropriées à l'encontre des auteurs de ces actes y compris des mesures d'éloignement, juste réparation des préjudices matériel et moral causés aux victimes, possibilité d'ester en justice pour les victimes mais aussi pour les associations de défense de celles-ci, conditions particulières d'audition des victimes) et dans la pratique (collecte de données fiables et évaluation, formation notamment du personnel de police, services de prévention de risques de maltraitance, de soutien et de réadaptation pour les victimes de tels agissements)* » Comité EDS, Conclusions XVIII-1, Observation interprétative, article 16, p. 13-14, §27. La Cour a imposé de telles obligations en vertu de l'article 8 avec les arrêts Cour EDH, 4 décembre 2003, *M.C. c. Bulgarie*, Rec. 2003-XII ; RTDciv., 2004, p. 364, obs. J.-P. Marguénaud ; JCP G, 2004, I, 107, n° 1, obs. F. Sudre ; et Cour EDH, 15 septembre 2009, *E.S. et al. c. Slovaquie*, req. 8227/04.

⁸⁶⁵ C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux, étude de droit conventionnel européen*, op. cit., p. 339.

⁸⁶⁶ Comité EDS, 8 décembre 2004, *Centre européen des droits des Roms (CEDR) c. Grèce*, récl. 15/2003, §17 et 20 ; Cour EDH, GC, 18 janvier 2001, *Chapman c. Royaume-Uni*, Rec. 2001-I, §96 ; GACEDH, n° 48 ; RTDH, 2001, 887, obs. F. Sudre ; RTDH, 2001, 999, note F. Benoît-Rohmer ; RTDciv., 2001, 448, chron. J.-P. Marguénaud ; EDL, mai 2001, 2, note M. Levinet ; Cour EDH, 27 mai 2004, *Connors c. Royaume-Uni*, req. 66746/01, §84.

⁸⁶⁷ Voir l'arrêt Cour EDH, GC, 18 janvier 2001, *Chapman*, préc..

⁸⁶⁸ « *En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la protection de la santé, les Parties s'engagent à prendre, soit directement, soit en coopération avec les organisations publiques et privées, des mesures appropriées tendant notamment: 1. à éliminer, dans la mesure du possible, les causes d'une santé déficiente; 2. à prévoir des services de consultation et d'éducation pour ce qui concerne l'amélioration de la santé et le développement du sens de la responsabilité individuelle en matière de santé; 3. à prévenir, dans la mesure du possible, les maladies épidémiques,*

aux soins de santé », et « en particulier » de prendre des « mesures raisonnables pour aborder les problèmes spécifiques auxquels les communautés Roms doivent faire face du fait de leurs conditions de vie souvent insalubres et des difficultés qu'ils rencontrent pour accéder aux soins de santé »⁸⁶⁹. De plus, il a considéré que l'article 11§2 CSE impliquait l'« obligation positive de garantir l'exercice effectif du droit à la protection de la santé par une éducation sexuelle et génésique non discriminatoire qui ne perpétue pas ou ne renforce pas l'exclusion sociale et le déni de la dignité humaine »⁸⁷⁰, alors même que cette obligation avait été dégagée auparavant par le Comité sans avoir recours aux obligations positives⁸⁷¹. Il a également découvert au sein de l'article 30 CSERev (droit à la protection contre la pauvreté et l'exclusion sociale)⁸⁷², une « obligation positive d'encourager une participation citoyenne pour surmonter les obstacles résultant de l'absence de représentation des Roms et Sintis dans la culture, les médias et les différents niveaux de l'administration; il leur faut ainsi faire sentir à ces groupes que les mesures d'incitation et les possibilités de s'investir pour pallier cette absence de représentation sont bien réelles »⁸⁷³. Enfin, il a estimé que les États ont une « obligation positive, au titre de l'article 16, de prendre des mesures appropriées en vue de garantir un logement assorti d'une garantie de maintien dans les lieux - aux familles déplacées qui ont perdu leurs droits à un logement et ont clairement fait part de leur désir de retourner en Croatie ou qui en ont été dissuadés par l'absence de proposition de logement ou autres formes de protection »⁸⁷⁴.

304. Le transfert de la technique des obligations positives est facilité par le fait que Cour EDH et Comité ESD sont tous deux des organes du Conseil de l'Europe. Ils entretiennent donc des liens institutionnels forts et le Comité EDS puise facilement dans la jurisprudence de la Cour afin d'en retirer effectivité et légitimité de son contrôle. Tel n'est pas le cas du Comité DESC, qui a

endémiques et autres, ainsi que les accidents ».

⁸⁶⁹ Comité EDS, 3 décembre 2008, **Centre européen des droits des Roms (CEDR)** c. Bulgarie, récl. 46/2007, §49.

⁸⁷⁰ Comité EDS, 30 mars 2009, **Centre international pour la protection juridique des droits de l'homme (INTERIGHTS)** c. Croatie, récl. 45/2007, § 61-62 ; *RTDH*, 2010, 685, note T. Gründler et D. Roman.

⁸⁷¹ Comité EDS, conclusions 2003 – Slovaquie, article 11, p. 61.

⁸⁷² « En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la protection contre la pauvreté et l'exclusion sociale, les Parties s'engagent: a) à prendre des mesures dans le cadre d'une approche globale et coordonnée pour promouvoir l'accès effectif notamment à l'emploi, au logement, à la formation, à l'enseignement, à la culture, à l'assistance sociale et médicale des personnes se trouvant ou risquant de se trouver en situation d'exclusion sociale ou de pauvreté, et de leur famille; b) à réexaminer ces mesures en vue de leur adaptation si nécessaire ».

⁸⁷³ Comité EDS, 25 juin 2010, **Centre sur les droits au logement et les expulsions (COHRE)** c. Italie, récl. 58/2009, §107.

⁸⁷⁴ Comité EDS, 22 juin 2010, **Centre sur les droits au logement et les expulsions (COHRE)** c. Croatie, récl. 52/2008, § 62.

opté pour une classification ternaire des obligations étatiques.

B. Une absence de réception de la technique par le Comité DESC

305. Là où le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) engage les États à « *respecter et à garantir (...) les droits reconnus dans le présent Pacte* » (article 2§1), ainsi qu'à prendre « *les arrangements devant permettre l'adoption de telles mesures d'ordre législatif ou autre, propres à donner effet aux droits reconnus dans le présent Pacte* » (article 2§2), le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) se contente de prescrire à chaque État partie d' « *agir, au maximum de ses ressources disponibles, en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le présent Pacte* » (article 2§1)⁸⁷⁵. La nature des obligations étatiques induites par cet article a été très discutée. Au cœur de la controverse résidait la question de savoir si ces obligations étaient bien contraignantes et si, du fait de leur caractère progressif, elles ne constituaient pas de simples « *objectifs à atteindre* » ou « *déclarations d'aspirations* »⁸⁷⁶. Une fois affirmé le caractère contraignant des obligations issues du PIDESC et l'« *effet immédiat* » de certaines d'entre elles⁸⁷⁷, il revenait à son organe de contrôle de déterminer quelles étaient exactement ces obligations.

306. Initialement, il a seulement été établi un contrôle sur rapport, prévu par les articles 16 à 22 PIDESC. Ce contrôle a tout d'abord été assuré par un organe intergouvernemental et il incombe depuis 1985 au Comité des droits économiques, sociaux et culturels (Comité DESC), organe indépendant et subsidiaire du Conseil économique et social⁸⁷⁸. Il a fallu attendre le 10 décembre 2008 pour que soit adopté un Protocole facultatif au PIDESC créant une procédure de

⁸⁷⁵ Sur l'élaboration de cet article, se reporter à Ph. ALSTON, G. QUINN, « The nature and scope of states parties' obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights », *Human Rights Quarterly*, 1987, 9, p. 156-229.

⁸⁷⁶ M. SEPÚLVEDA, *The nature of the obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Intersentia, 2003, p. 2.

⁸⁷⁷ Comité DESC, Observation générale n° 3, 14 décembre 1990, **La nature des obligations des États parties** (article 2§1), §1.

⁸⁷⁸ Il a été créé par la Résolution 1985/17 du Conseil économique et social du 28 mai 1985 (Ph. ALSTON, « Out of the abyss : the challenges confronting the new U.N. Committee on economic, social and cultural rights », *HRQ*, 1997, 9, p. 332-381 ; M.C.R. CRAVEN, *The International Covenant of Economic, Social and Cultural Rights : a perspective on its development*, Oxford Clarendon Press, 1995, p. 30 et s.).

communication permettant aux individus victimes de violations de déposer des réclamations auprès du Comité DESC. Le Protocole n'est cependant toujours pas entré en vigueur à ce jour, le seuil de dix ratifications n'ayant pas encore été atteint⁸⁷⁹.

307. Le Comité DESC a adopté une typologie ternaire des obligations⁸⁸⁰. Dans son Observation générale n° 12 sur le droit à l'alimentation, il a énoncé que chaque droit de l'homme devait imposer aux États « *trois sortes ou niveaux d'obligation : les obligations de respecter et de protéger ce droit et de lui donner effet. (...) L'obligation qu'ont les États parties de respecter le droit de toute personne d'avoir accès à une nourriture suffisante leur impose de s'abstenir de prendre des mesures qui aient pour effet de priver quiconque de cet accès. Leur obligation de protéger ce droit leur impose de veiller à ce que des entreprises ou des particuliers ne privent pas des individus de l'accès à une nourriture suffisante. L'obligation qu'a l'État de donner effet à ce droit (en faciliter l'exercice) signifie qu'il doit prendre les devants de manière à renforcer l'accès de la population aux ressources et aux moyens d'assurer sa subsistance, y compris la sécurité alimentaire, ainsi que l'utilisation desdits ressources et moyens* »⁸⁸¹. Le Comité DESC n'utilise pas l'expression « obligation positive » et estime donc que chaque droit de l'homme génère trois types d'obligations, celle de les respecter, celle de les protéger et celle de leur donner effet, appelée également obligation de mise en œuvre⁸⁸². Il vient donc affirmer, tout comme le Comité EDS, que les droits économiques, sociaux et culturels ne sont pas voués à générer uniquement des obligations positives mais également des obligations négatives⁸⁸³. Cette classification n'était cependant pas nouvelle. Comme

⁸⁷⁹ Au 24 octobre 2012, huit États l'avaient ratifié, l'Équateur, la Mongolie, l'Espagne, l'Argentine, la Bolivie, la Bosnie-Herzégovine, le Salvador et la Slovaquie. La France ne l'a pas même signé. Sur ce sujet voir E. DECAUX, « La réforme du Pacte international de droits économiques, sociaux et culturels », in *Mélanges en l'honneur de Nicolas VALTICOS, Droit et Justice*, Pedone, 1999, p. 405-415 ; G. MALINVERNI, « Le projet de protocole additionnel au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels », in C. GREWE, F. BENOÎT-ROHMER (dir.), *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs*, Actes du colloque des 15 et 16 juin 2001 à Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2003, p. 95-115 ; Ph. ALSTON, « Establishing a right to petition under the Covenant on economic, social and cultural rights », *Collected Courses of the Academy of European Law*, vol. IV/2, Oxford University Press, p. 107-152.

⁸⁸⁰ L'expression est de D. ROMAN, « Introduction, la justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un État de droit social », in D. ROMAN (dir.), « *Droits des pauvres pauvres droits ?* », *Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, Mission de recherche droit et justice, 2010, p. 26.

⁸⁸¹ Comité DESC, Observation générale n° 12, 12 mai 1999, **Le droit à une nourriture suffisante** (article 11), §15. R. SODINI, *Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels*, Montchrestien, Cedin Paris X-Nanterre, Perspectives internationales n° 18, 2000, p. 79 et s.

⁸⁸² Comité DESC, Observation générale n° 13, 8 décembre 1999, **Le droit à l'éducation** (article 13), §46.

⁸⁸³ C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux, étude de droit conventionnel européen*, op.cit., §115.

le souligne la professeure D. Roman⁸⁸⁴, elle avait été préalablement établie par « *la doctrine internationaliste qu'elle soit académique⁸⁸⁵ ou institutionnelle⁸⁸⁶* ».

308. Cette classification a été reprise et approfondie dans les observations générales suivantes du Comité DESC. Selon ce dernier, tous les droits de l'homme sont voués à générer ces trois niveaux d'obligations. Il l'a entre autres affirmé en lien avec le droit à l'éducation, le droit à la santé, le droit à l'eau et l'égalité homme femme⁸⁸⁷. Cette typologie a en outre connu un certain succès dans la doctrine, certains auteurs la reprenant afin de systématiser la jurisprudence d'organes de protection des droits civils et politiques⁸⁸⁸. Cependant, le Comité DH, la Cour IADH, et le Comité EDS ont adopté la classification européenne, la Commission africaine ayant pour sa part procédé à une sorte de panachage des deux classifications.

309. Cette classification ternaire ne vient en rien contredire celle, binaire, diffusée par la technique des obligations positives. Elle y apporte simplement une précision supplémentaire. Elle

⁸⁸⁴ D. ROMAN, « Introduction, la justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un État de droit social », *op. cit.*, p. 30.

⁸⁸⁵ H. SHUE, *Basic Rights : Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy*, Princeton University Press, 2^{ème} éd, 1996, 236 p. ; H. SHUE, « The Interdependence of Duties », in Ph. ALSTON et K. TOMAŠEVSKI (dir.), *The right to food*, Utrecht, SIM, 1984, p. 83 ; G.J.H. VAN HOOFF, « The legal nature of economic, social and cultural rights : A rebuttal of some traditional views », in Ph. ALSTON et K. TOMAŠEVSKI (dir.), *The right to food*, Utrecht, SIM, 1984, p. 97.

⁸⁸⁶ A. EIDE, Rapporteur spécial, Rapport sur la sécurité alimentaire, 7 juillet 1987, E/CN.4/Sub2/1987/23, §67-69 et §113-115.

⁸⁸⁷ Comité DESC, Observation générale n° 13, 8 décembre 1999, **Le droit à l'éducation** (article 13), §46. Dans cette dernière le Comité distingue au sein de l'obligation de donner effet, deux obligations distinctes, « *celle d'en faciliter l'exercice et celle de l'assurer* ». Cette distinction provient d'un rapport de A. Eide qui distingue entre une « *obligation de faciliter la possibilité de jouir des droits en question* » et une « *obligation de donner effet aux droits de ceux qui, sans cela, sont dans l'impossibilité de jouir des droits en question* » (A. EIDE, Le droit à une alimentation suffisante et le droit d'être à l'abri de la faim. Mise à jour de l'étude sur le droit à l'alimentation. E/CN.4/Sub.2/1999/12, §52). Selon le professeur O. De Frouville, « *ces formulations manquent de clarté et l'on peut estimer, d'une manière générale, que l'obligation de "donner effet" signifie une obligation de rendre "effectifs" les droits garantis par les instruments internationaux. Cela comprend en tout cas l'obligation de "reconnaître" ces droits dans l'ordre juridique interne et l'obligation de mettre en place des recours et des garanties effectives contre les atteintes commises par les agents de l'État ou par des particuliers* » (O. de FROUVILLE, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international*, Pedone, 2004, p. 65). Dans son observation générale n° 14, il ajouta en plus l'obligation de promouvoir, comprise comme une obligation d'information (Comité DESC, Observation générale n° 14, 11 août 2000, **Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint** (article 12), §33). Ces trois sous-catégories de l'obligation de mettre en œuvre seront reprises par la suite (Comité DESC, Observation générale n° 15, 20 janvier 2003, **Le droit à l'eau** (articles 11 et 12), §25 ; Comité DESC, Observation générale n° 16, 11 août 2005, **Droit égal de l'homme et de la femme au bénéfice de tous les droits économiques, sociaux et culturels** (article 3), §17).

⁸⁸⁸ M. NOWAK, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Comentary*, *op. cit.*, p. XX, §3 ; H. DUMONT, I. HACHEZ, « Les obligations positives déduites du droit international des droits de l'homme, dans quelles limites ? », in Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruylant, Presses Universitaires de Saint Louis, Bruxelles, 2007, p. 45-73.

dédouble la catégorie des obligations positives en deux sous-catégories distinctes, celle de « protéger » et celle de « mettre en œuvre ». Matériellement, les deux classifications recouvrent donc les mêmes obligations. Le professeur O. De Schutter a dénoncé « *l'ambiguïté de la terminologie* » binaire, qui « *recouvre en réalité des hypothèses très différentes, selon qu'il s'agit pour l'État d'adopter une mesure législative ou réglementaire qui offre à l'individu la "protection" à laquelle il a droit vis-à-vis des atteintes à ses droits fondamentaux que d'autres particuliers pourraient lui apporter, ou selon qu'il s'impose plutôt à l'État de prendre des mesures assurant la progressive réalisation du droit en cause - la détermination de la violation de l'une ou l'autre obligation, selon l'hypothèse où l'on se trouve, étant appréciée très différemment* »⁸⁸⁹. Cependant, dans les faits, les organes de protection des droits de l'homme ayant opté pour la classification binaire distinguent bien entre les deux types d'obligations.

310. Néanmoins, si matériellement la coexistence des deux classifications ne pose pas problème, des dissonances peuvent survenir d'un point de vue terminologique. En effet, l'emploi du terme « protéger » peut être source de confusions. Dans la typologie ternaire elle ne désigne que les hypothèses d'effet horizontal indirect des textes de protection des droits de l'homme. Or les organes ayant adopté la technique des obligations positives utilisent le terme d'obligation de protection dans un sens beaucoup plus large. L'obligation de protection peut s'inscrire dans un contexte d'application verticale des droits, c'est-à-dire dans des hypothèses où un organe de l'État est directement l'auteur de l'atteinte au droit. Le Comité DH et la Cour interaméricaine utilisent ainsi souvent le terme « obligation de protection » dans des contextes où les violations sont commises par des agents de l'État, mais où, en l'absence d'enquête effective, il est impossible d'obtenir la preuve de l'implication des agents étatiques⁸⁹⁰. Quant à la Cour EDH, elle l'emploie majoritairement dans des contextes d'effet horizontal⁸⁹¹, mais a également pu mobiliser l'obligation de protection dans une configuration d'effet vertical⁸⁹². Cette classification ternaire a été reprise uniquement par la Commission africaine

⁸⁸⁹ O. DE SCHUTTER, « Les générations des droits de l'homme et l'interaction des systèmes de protection : les scénarios du système européen de protection des droits fondamentaux », in A. D. E. A. G. E. (dir.), *Juger les droits sociaux*, Pulim, 2004, p. 18-19.

⁸⁹⁰ Voir par exemple Comité DH, Const., 15 avril 2003, **Luis Asdrubal Jiménez Vaca** c. Colombie, comm. n° 859/1999, §7.2.

⁸⁹¹ Cour EDH, 16 mars 2000, **Özgür Gündem** c. Turquie, *Rec.* 2000-III, §43 ; *RTDH*, 2001, 95, obs. P. de Fontbressin ; *JCP G*, 2001, I, 291, n° 38, obs. F. Sudre.

⁸⁹² Du fait que l'article 2 CEDH dispose que « *le droit de toute personne est protégé par la loi* » (souligné par nous), la Cour utilise le terme d'« obligation de protéger » aussi bien dans le cadre d'une application horizontale que verticale de la Convention (Cour EDH, GC, 20 décembre 2004, **Makaratzis** c. Grèce, *Rec.* 2004-XI, §46 ; *RDP*, 2005, 768,

des droits de l'homme. Cette dernière a en outre également repris la technique des obligations positives.

§3. La réception intégrale de la technique par un organe de contrôle des deux catégories de droits, la Commission ADH

311. La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples⁸⁹³ garantit à la fois des droits civils et politiques et des droits économiques, sociaux et culturels⁸⁹⁴, ce qui signifie que les États se sont engagés en la signant à des obligations négatives aussi bien que positives. Cependant, il s'agit de savoir si l'organe de contrôle de ce texte a déduit des obligations d'action de dispositions textuelles n'en prévoyant initialement pas, en particulier de droits civils et politiques, et plus largement, s'il a procédé à une réception de la technique européenne des obligations positives.

312. La Cour africaine n'a pas encore eu à se prononcer sur la question. Entrée en fonction en novembre 2006⁸⁹⁵, elle n'a rendu à ce jour que des décisions rejetant les requêtes pour incompétence⁸⁹⁶. En revanche, la Commission africaine, malgré le peu d'affaires qui lui ont été

obs. M. Levinet ; *JDI*, 2005, 509, note M. Eudes ; *JT*, 2005, 116, 39, chron. P. Lambert ; *AJDA*, 2005, 541, chron. J.-F. Flauss.). Cet emploi de l'obligation de protéger dans un contexte d'effet vertical de la Convention n'est cependant pas circonscrit à l'article 2. La Cour l'a par exemple employé dans une affaire concernant la liberté d'expression : « *L'exercice réel et effectif de la liberté d'expression ne dépend pas simplement du devoir de l'État de s'abstenir de toute ingérence, mais peut exiger qu'il prenne, en droit ou en pratique, des mesures positives de protection* », absence d'impartialité de la chaîne télévisée publique (Cour EDH, 17 septembre 2009, **Manole et al.** c. Moldavie, *Rec.* 2009-..., §99).

⁸⁹³ La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples a été adoptée le 27 juin 1981 à Nairobi, Kenya, lors de la 18^e Conférence de l'Organisation de l'Unité Africaine (OUA), elle est entrée en vigueur le 21 octobre 1986, après ratification par 25 États. Son article 1 énonce l'obligation de respecter les droits contenus en son sein et son article 2 celle de les reconnaître à tous les individus relevant de la juridiction des États parties.

⁸⁹⁴ M. MUBIALA, « La typologie des droits de l'homme au sein du système africain », in E. Bribosia et L. Hennebel (dir.), *Classer les droits de l'homme*, Bruylant, 2004, p.369 ; F. OUGUERGOUZ, *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, une approche juridique des droits de l'homme entre tradition et modernité*, PUF, Publications de l'institut universitaire des hautes études internationales, Genève, 1993, 479 p.

⁸⁹⁵ La Cour africaine a été créée par le Protocole à la Charte africaine sur les droits de l'homme et des peuples, adopté en juin 1998 et entré en vigueur le 25 janvier 2004. La Cour africaine est entrée en fonction à Addis Abeba, Éthiopie, en novembre 2006, mais a été ensuite transférée à son siège permanent à Arusha, Tanzanie, en août 2007 (S. KOWORTH, « La cour africaine des droits de l'homme et des peuples : une rectification institutionnelle du concept de "spécificité africaine" en matière de droits de l'homme », *RTDH*, 2004, p. 757-790 ; F. OUGUERGOUZ, « La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples – Gros plan sur le premier organe judiciaire africain à vocation continentale », *AFDI*, 2006, p. 213-240 ; M. A. NAMOUNTOUGOU, « La saisine du juge international africain des droits de l'homme », *RTDH*, 2011, p. 261-294.

⁸⁹⁶ La Cour a pu se déclarer incompétente du fait que les différents pays contre lesquels étaient dirigées les requêtes,

soumises du fait du caractère très restrictif de la procédure de recours⁸⁹⁷, a dégagé des obligations d'actions étatiques à partir de droits civils et politiques garantis dans la Charte⁸⁹⁸. Elle a tout d'abord reconnu de telles obligations en vertu du droit à la liberté d'expression (article 9§2) et ce, sans référence à la technique des obligations positives. En 1995, dans l'affaire *Commission nationale des droits de l'homme et des libertés de la Fédération Nationale des Unions des Jeunes Avocats de France*, des journalistes alléguaient avoir été la cible de harcèlements de la part de personnes non identifiées. Sans plus de justification, la Commission avait estimé que l'impossibilité d'identifier ces personnes comme étant des agents du gouvernement n'exonérait pas le gouvernement tchadien de sa responsabilité, en jugeant qu'il appartenait à ce dernier d'« assurer les droits de ses citoyens », et ceci « même si le harcèlement des journalistes n'a pas été effectué par des agents du gouvernement »⁸⁹⁹. La Commission avait donc reconnu l'existence d'obligations d'action déduites d'un droit civil et politique, en l'espèce la liberté d'expression, et avait également conféré à cet article un effet horizontal. Elle a par la suite dégagé ce type d'obligations de l'article 5 de la Charte⁹⁰⁰. En 2000, dans l'affaire *Huri-Laws c. Nigeria*, elle a conclu à la violation de cette

n'avaient pas formulé de déclaration de reconnaissance de la compétence de la Cour (Cour ADH, 15 décembre 2009, **Michelot Yogogombaye** c. République du Sénégal, req. 001/2008 ; Cour ADH, 16 juin 2011, **Soufiane Ababou** c. République algérienne démocratique et populaire, req. 002/2011 ; Cour ADH, 16 juin 2011, **Daniel Amare et Mulugeta Amare** c. République de Mozambique, req. 005/2011 ; Cour ADH, 2 septembre 2011, **Youssef Ababou** c. Royaume du Maroc, req. 007/2011 ; Cour ADH, 23 septembre 2011, **Ekollo Moundi Alexandre** c. République du Cameroun et République Fédérale du Nigéria, req. 008/2011). Elle a également pu rejeter une requête du fait de l'absence de qualité d'observateur auprès de la Commission des droits de l'homme et des peuples de l'association requérante (Cour ADH, 16 juin 2011, **Association juristes d'Afrique pour la bonne gouvernance** c. République de Côte d'Ivoire, req. 006/2011), ou encore une requête dirigée contre le Parlement Panafricain (Cour ADH, 30 septembre 2011, **Efoua Mbozo'o Samuel** c. le Parlement Panafricain, req. 010/2011). Sur l'avenir de cette Cour se reporter à G. NIYUNGEKO, « La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples : défis et perspectives », *RTDH* 2009, p. 731-738.

⁸⁹⁷ L'existence de la Commission est prévue par l'article 30 de la Charte africaine. Elle est officiellement entrée en fonction le 2 novembre 1987 à Addis Abeba, Ethiopie. Elle peut être saisie de communications formulées par un État partie (article 47) ainsi que de « communications autres que celles des États parties à la présente Charte » (article 55). Sur ces questions se reporter à F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, op. cit., p. 173). Sur le caractère restrictif de la procédure, voir également H. GHERARI, « La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (bilan d'une jurisprudence) », in P. TAVERNIER, *Regards sur les droits de l'homme en Afrique*, L'Harmattan, coll. « Presses universitaires des Sceaux », 2008, p. 139.

⁸⁹⁸ O. DE FROUVILLE, « Article 9 § 2 », in M. KAMTO (dir.), *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Bruylant, 2011, p. 238-264 ; H. GHERARI, « La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (bilan d'une jurisprudence) », op. cit., p. 151 ; A.-D. OLINGA, « The African Charter on Human and Peoples' Rights and Positive Obligations », *Interights Bulletin*, 2006, 15-3, p. 117-119.

⁸⁹⁹ ComADH, octobre 1995, **Commission nationale des droits de l'homme et des libertés de la Fédération Nationale des Unions des Jeunes Avocats de France** c. Tchad, comm. 74/92, § 54.

⁹⁰⁰ « Tout individu a droit au respect de la dignité inhérente à la personne humaine et à la reconnaissance de sa personnalité juridique. Toutes formes d'exploitation et d'avilissement de l'homme notamment l'esclavage, la traite

disposition, entre autres du fait du « *déni de soins médicaux en cas de mauvaises conditions de santé* » opposé à un avocat lors de sa détention⁹⁰¹. La Commission venait donc bien exiger du gouvernement Nigérian une action, celle de fournir des soins aux personnes détenues.

313. En 2001, à l'occasion de deux affaires, elle a reconnu l'existence d'obligations d'action issues de droits civils et politiques de manière beaucoup plus généralisée et solennelle en affirmant la possibilité pour n'importe quel droit de la Charte de générer des effets positifs. Elle a en outre fait pour la première fois référence à la technique des obligations positives.

Dans l'affaire *Legal Ressource Fondation*, la Commission a mentionné l'existence d'« *obligations positives* » issues de l'article 1 de la Charte du fait que cet article mentionne non seulement l'obligation à la charge des États de reconnaître les droits garantis dans la Charte, mais également celle d'« *adopter des mesures législatives ou autres pour les appliquer* »⁹⁰². Comme le mentionne justement le professeur A.-D. Olinga « *by relying on Article 1, the Commission thus confers a general area of application upon the approach used by the European Court of Human Rights* »⁹⁰³.

Puis, dans l'affaire *Social and Economic Rights Action Center, Center for Economic and Social Rights*⁹⁰⁴, la Commission a procédé à une synthèse de la jurisprudence des différents organes de contrôle des droits de l'homme. Elle a affirmé tout d'abord que « *les idées acceptées au plan international concernant les diverses obligations créées par les droits de l'homme indiquent que tous les droits, civils et politiques, sociaux et économiques, créent au moins quatre niveaux d'obligations pour un État qui s'engage à adopter un régime de droits, notamment le devoir de respecter, de protéger, de promouvoir et de réaliser ces droits* » (§44). Ces « *quatre niveaux d'obligations* » auxquels elle fait référence, constituent une adaptation de la jurisprudence du Comité DESC. En effet, pour ce dernier n'existent que trois niveaux d'obligations, celles de

des personnes, la torture physique ou morale et les peines ou les traitements cruels inhumains ou dégradants sont interdites ».

⁹⁰¹ ComADH, 6 novembre 2000, **Huri-Laws** c. Nigeria, comm. 225/98, §41. La requérante, une ONG de défense des droits de l'homme, invoquait avoir fait l'objet de persécutions de toutes sortes de la part du gouvernement du Nigeria. Parmi d'autre griefs, elle soulevait qu'un de ses membres, avocat, avait fait l'objet d'une détention arbitraire, durant laquelle il aurait été soumis à des tortures, privé de soins et incarcéré dans des conditions d'hygiène déplorables.

⁹⁰² ComADH, 1^{er} mai 2001, **Legal Ressource Fondation** c. Zambie, comm. 211/98, §62.

⁹⁰³ A.-D. OLINGA, « The African Charter on Human and Peoples' Rights and Positive Obligations », *op. cit.*, p. 118.

⁹⁰⁴ ComADH, 13 octobre 2001, **Social and Economic Rights Action Center, Center for Economic and Social Rights** c. Nigeria, comm. 155/96. A.-D. OLINGA, « Les emprunts normatifs de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples aux systèmes européen et interaméricain de garantie des droits de l'homme », *RTDH*, 2005, p. 519 et s.

respecter, de protéger et de mettre en œuvre. L'obligation de promouvoir ne constitue qu'une sous-catégorie de l'obligation de mettre en œuvre aux côtés des obligations de faciliter l'exercice des droits et d'assurer l'exercice de ces derniers⁹⁰⁵. En outre, comme indiqué *supra*, seul le Comité DESC a opté pour cette classification ternaire et, bien que les organes ayant adopté la classification binaire reconnaissent matériellement ces mêmes différentes obligations, il peut paraître inexact de parler d'« *idées acceptées au plan international* » à propos de la classification quaternaire présentée ici par la Commission ADH.

314. Cependant, la Commission ADH a poursuivi son raisonnement en retranscrivant la rhétorique européenne. Elle a ajouté que « *ces obligations s'appliquent universellement à tous les droits et imposent une combinaison de devoirs négatifs et positifs* » (§44). Dans la suite de son raisonnement, faisant référence à sa décision *Commission nationale des droits de l'homme et des libertés de la Fédération Nationale des Unions des Jeunes Avocats de France*, elle a rappelé le « *devoir de protéger leurs citoyens, non seulement en adoptant des législations appropriées et en les appliquant effectivement, mais également en protégeant lesdits citoyens d'activités préjudiciables qui peuvent être perpétrées par les parties privées (...). Ce devoir requiert une action positive de la part des gouvernements lorsqu'ils doivent s'acquitter de leurs obligations aux termes des instruments des droits de l'homme* »⁹⁰⁶. Contrairement à l'affaire à laquelle elle se réfère dans cet extrait elle a pris cette fois-ci le temps de se justifier. Citant les affaires *Velásquez Rodríguez c. Honduras* de la Cour interaméricaine⁹⁰⁷ et *X et Y c. Pays-Bas* de la Cour européenne⁹⁰⁸, la Commission a souligné que « *les procédures engagées devant d'autres tribunaux permettent également de faire ressortir cette exigence* »⁹⁰⁹. Dans les deux passages précités de cette décision elle a donc justifié la mise au jour d'obligations positives prétorienne en faisant référence au consensus international sur la question. Le recours à la jurisprudence des organes de protection des

⁹⁰⁵ Comité DESC, Observation générale n° 14, 11 août 2000, **Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint** (article 12), §33. V. *supra* n°307 et s.

⁹⁰⁶ ComADH, 13 octobre 2001, **Social and Economic Rights Action Center, Center for Economic and Social Rights**, *préc.*, §57. Il s'agissait en l'espèce de conférer un effet horizontal à un droit collectif, le droit des peuples à la libre disposition de leurs richesses et de leurs ressources naturelles (article 21).

⁹⁰⁷ Cour IADH, Fond, 29 juillet 1988, **Velásquez Rodríguez**, *préc.*

⁹⁰⁸ Cour EDH, 26 mars 1985, **X et Y**, *préc.*

⁹⁰⁹ ComADH, 13 octobre 2001, **Social and Economic Rights Action Center, Center for Economic and Social Rights**, *préc.*, §57.

droits de l'homme a alors revêtu une « *fonction confortative* »⁹¹⁰.

315. Depuis cette décision, la Commission n'a pas eu souvent l'occasion de dégager de nouvelles obligations d'action⁹¹¹, mais les premiers jalons sont désormais posés et il est fort probable que la Cour, si elle décide de reprendre à son compte la jurisprudence de la Commission, vienne à son tour reconnaître des effets positifs aux droits civils et politiques, par le biais ou non, de la technique des obligations positives.

316. Au terme de l'examen de la question de la réception de la technique des obligations positives par les organes internationaux de protection des droits de l'homme, deux conclusions s'imposent.

D'une part, le Comité DH, la Cour IADH et le Comité EDS, et dans une moindre mesure la Commission IADH, ont procédé à une réception formelle contrastée de la technique. Cette réception comporte des traits communs. Ces organes ne l'ont initialement pas employée pour dégager des obligations d'agir, soit parce que leurs textes de références comportaient en soi des obligations positives (obligations positives textuelles), ce qui était bien sûr le cas des instruments garantissant des droits économiques, sociaux et culturels (Charte EDS et Charte ADH), mais également de certaines dispositions des instruments de protection des droits civils et politiques (PIDCP, CIADH) ; soit du fait qu'ils avaient développé leurs propres techniques afin de dégager de telles obligations d'action. La Cour IADH et le Comité DH ont ainsi procédé à une interprétation dynamique du terme « garantir » contenu dans les dispositions générales de leur texte de référence, dispositions qui n'avaient pas été prévues par les États comme pouvant produire des effets normatifs et générer un droit subjectif à exiger une action étatique. Ils ont cependant, bien que de manière non

⁹¹⁰ E. LAMBERT-ABDELGAWAD, « Le rayonnement de la jurisprudence européenne à l'égard de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, analyse empirique des références à la Cour européenne dans les communications de la Commission africaine », in G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUSS (dir.), *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 161.

⁹¹¹ Il faut cependant citer l'affaire ComADH, 15 mai 2003, **Purohit et Moore c. Gambie**, comm. 241/01 qui ne fait référence ni à la technique des obligations positives ni à la classification quaternaire dégagée dans sa décision précitée de 2001. Les requérants invoquaient entre autres que le traitement subi par les patients de l'unité psychiatrique d'un hôpital emportait violation de l'article 5 de la Charte du fait de leur surnombre et de l'absence de consentement au traitement. La Commission estime que « *Comme tout être humain, les handicapés ou malades mentaux ont le droit de vivre une vie décente, aussi normale et pleine que possible, droit qui est au cœur du droit à la dignité humaine. Ce droit devrait être défendu et protégé avec vigueur par tous les États parties à la Charte Africaine, conformément au principe bien établi selon lequel tous les êtres humains sont nés libres et égaux dans leur dignité et leur droits* » (§61). Voir aussi une autre affaire qui fait référence aux deux classifications (ComADH, 15 mai 2006, **Zimbabwe Human Rights NGO Forum c. Zimbabwe**, comm. 245/2002, §150).

généralisée et plus ou moins poussée selon les organes, repris la technique européenne, signe du « *rayonnement* » de la jurisprudence de Strasbourg⁹¹². Le recours à cette dernière permet d'apporter à la solution retenue une certaine autorité et légitimité. Le recours à la technique des obligations positives, tout comme lorsqu'elle est opérée par les organes européens, renforce la motivation.

D'autre part, bien que la réception formelle de la technique soit inégale voire absente pour certains organes (Comité DESC), la réception matérielle est complète. L'objectif de garantie d'effectivité a incité tous les organes internationaux de protection à consacrer que tous les droits de l'homme, quelle que soit la catégorie à laquelle ils appartiennent, génèrent à la fois des obligations d'abstention et des obligations d'action étatique, manifestation d'une conception commune des droits de l'homme.

⁹¹² COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUSS (dir.), *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., 276 p.

SECTION 2 : Une consécration signe d'une conception commune des droits de l'homme

317. Les différents organes de protection des droits de l'homme ont reconnu que ces derniers généraient tous les mêmes obligations, à la fois positives et négatives. Ces obligations se déduisent de la nature même des droits de l'homme, de leur caractère de droits objectifs (§1) et de droits universels et indivisibles (§2). Ces deux caractéristiques ont en effet façonné les droits de l'homme afin de faire évoluer leur définition traditionnelle qui, profondément influencée par les doctrines libérales, considérait les droits de l'homme comme de simples limites aux pouvoirs publics.

§1. Une conception objective des droits de l'homme

318. Les droits de l'homme et la conception libérale de l'État puisent leurs racines dans les déclarations américaines et françaises proclamant l'existence de droits naturels et inaliénables⁹¹³. En « déclarant » les droits de l'homme, ces textes ne devaient pas les créer mais uniquement les révéler en tant que droits préexistants à l'État. Ce dernier, tel que l'ont établi les théoriciens du contrat social, a alors été considéré comme une création artificielle issue de la volonté des individus. Les droits de l'homme devaient s'imposer à lui et devenir sa raison d'être⁹¹⁴ et la limite indépassable de l'exercice de son pouvoir⁹¹⁵. L'individu devait alors être placé au centre de l'organisation politique et le pouvoir étatique considéré comme légitime à l'unique condition qu'il

⁹¹³ La Constitution de l'État de Virginie (12 Juin 1776) dispose que « *tous les hommes sont nés également libres et indépendants, ils possèdent certains droits naturels, dont ils ne peuvent par aucun contrat priver ni dépouiller leur postérité : tels sont les droits de jouir de la vie et de la liberté, avec les moyens d'acquérir et de posséder des propriétés, de chercher et d'obtenir le bonheur et la sûreté* ». Quant à la Déclaration d'indépendance américaine (4 juillet 1776), elle énonce que « *tous les hommes sont créés égaux; ils sont doués par le Créateur de certains droits inaliénables; parmi ces droits se trouvent le droit à la vie, la liberté et la recherche du bonheur* ». Le Préambule de la DDHC énonce qu'elle a pour but d'exposer « *les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'individu* ».

⁹¹⁴ Article 2 DDHC « *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression* ».

⁹¹⁵ Le Préambule de la DDHC est très clair à cet égard : « *afin que cette déclaration, constamment présente à tous les membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs* ».

respecte ses droits⁹¹⁶. Cette conception de l'État proclamée dans les déclarations n'a cependant pas connu une consécration immédiate en droit positif et sa réalisation effective ne s'est faite que progressivement.

319. Ainsi, au cours des XIX^{ème} et XX^{ème} siècles, en Europe et aux États-Unis, l'État libéral s'est petit à petit construit, parallèlement à l'enracinement de la démocratie. Évolution non linéaire, elle se caractérise néanmoins par un aménagement progressif de l'appareil étatique dans l'objectif de respecter les droits individuels. Elle aboutit aujourd'hui à deux conceptions de l'État libéral et démocratique, selon les termes du professeur M. Levinet, « *celle à priori la plus en harmonie avec le credo libéral, qui conçoit l'intérêt général comme le libre jeu des intérêts privés et restreint le rôle de l'État à la protection des libertés* » et une autre « *qui ne répugne pas à une intervention de l'État - incarnation de l'intérêt général - afin de corriger les inégalités, de concrétiser les droits et libertés* »⁹¹⁷. Au delà de l'admission d'une intervention étatique afin de garantir les droits de l'homme, une autre question est celle du pouvoir du juge international ou national d'imposer, voire de créer, des obligations d'action étatiques afin que soit garantie l'effectivité des droits civils et politiques. Cette possibilité a été reconnue concomitamment à la consécration du caractère objectif des droits de l'homme, consécration née des cendres de la seconde guerre mondiale.

320. Devant le constat que la loi pouvait bafouer les libertés, est apparue la volonté de la limiter en lui imposant le respect des droits qualifiés alors de « fondamentaux ». Il s'agissait de donner toute sa dimension à leur caractère « *intangible* ». Selon les termes du professeur O. de Frouville, les droits de l'homme, « *en tant qu'expression et garantie de la liberté à l'état civil, possèdent (...) une position particulière dans l'ordre juridique : ni le législateur, ni d'ailleurs même le constituant ne peuvent y porter librement atteinte* »⁹¹⁸. Seulement, pour l'assurer, ils ne devaient plus seulement constituer de simples droits subjectifs, c'est-à-dire des prérogatives de l'individu contre l'État, il fallait désormais les élever au rang de droits objectifs, autrement dit les considérer comme un ensemble de valeurs s'imposant à l'État. Le terme objectif peut donc être également compris ici comme impliquant la « *référence à des valeurs transcendantes* »⁹¹⁹.

⁹¹⁶ L. FERRY, A. RENAUT, *Philosophie politique*, PUF, « Quadrige », 2007, p. 490.

⁹¹⁷ M. LEVINET, *Théorie générale des droits et Libertés*, Bruylant, 3^{ème} éd., 2010, p. 344.

⁹¹⁸ O. de FROUVILLE, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international*, *op. cit.*, p. 16-17.

⁹¹⁹ C. PICHERAL, *L'ordre public européen, Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, La documentation française, 2001, p. 183. Cette conception ne correspond cependant pas à celle de l'objectivisme

321. Ainsi, au delà d'un simple rôle limitatif des pouvoirs publics, cette conception objective des droits les amène à acquérir « *un rôle structurant, dans la mesure où c'est l'ensemble de l'ordre juridique dans lequel ils sont intégrés qui tend à se recomposer en fonction de leurs exigences* »⁹²⁰. Selon les termes des professeurs C. Grewe et H. Ruiz-Fabri, cette conception marque la « *prééminence des droits fondamentaux en tant que valeurs sociales, sur l'État. Ce dernier n'est plus perçu comme l'auteur des droits mais comme leur serviteur. Cela implique des changements substantiels. L'État, de frein, devient moteur ; l'ordre juridique d'une mosaïque de normes, devient un tout dominé par le noyau que sont les droits fondamentaux* »⁹²¹. Le juge acquiert alors une place centrale, gardien du respect des droits, il doit alors s'assurer que les pouvoirs publics prennent toutes les mesures nécessaires à leur réalisation.

Cette conception, bien qu'elle ne soit pas encore généralisée (A) est aujourd'hui en progression (B).

A. Une conception non généralisée

322. Les États-Unis incarnent l'exemple le plus poussé du rejet de la conception objective des droits. Les premiers colons se sont établis seuls et ont conquis leur liberté d'abord contre la nature et les peuples autochtones. Comme le souligne Burdeau, « *si la nation américaine doit être faite, c'est par le travail, l'ingéniosité, le loyalisme de ses membres et non par l'État. L'individu préexiste à l'État, sa liberté ne doit rien à l'État* »⁹²². L'organisation politique a alors pour but unique de préserver les « *droits antérieurs à la formation de l'État* »⁹²³, et on cherche à établir un État minimal dont on sera sûr qu'il ne remette pas en cause cette liberté chèrement acquise. À cet égard, le choix d'établir une Constitution fédérale (septembre 1787) dépourvue de catalogue de

juridique de G. Scelle (*ibid.*, p. 189).

⁹²⁰ O. de FROUVILLE, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international*, op. cit., p. 21-22.

⁹²¹ C. GREWE, H. RUIZ-FABRI, *Droit Constitutionnel européen*, PUF, 1995, p. 176.

⁹²² G. BURDEAU, *Le libéralisme*, Seuil, 1979, p. 38. Selon L. Ferry et A. Renaut, les « *Déclarations de 1776 reposent sur la conviction que le fonctionnement naturel de la société tend à réaliser spontanément les droits de l'homme pourvu qu'on l'abandonne à lui-même et que l'État limite le plus possible ses interventions : la « révolution américaine » vise donc uniquement, en émancipant l'Amérique de l'administration anglaise, à constituer un espace social dont l'autonomisation par rapport au pouvoir politique devrait permettre aux lois immanentes de la société une libre production de leurs effets* » (L. FERRY, A. RENAUT, *Philosophie politique*, op. cit., p. 454).

⁹²³ J. HABERMAS, *Théorie et pratique*, Payot et Rivages, 2006, p. 129.

droits, témoigne de la priorité des constituants de mettre en place un fonctionnement des institutions qui garantisse en soi une limitation de l'État fédéral, en ne déléguant à ce dernier « *que les pouvoirs strictement nécessaires* »⁹²⁴. Il a donc fallu attendre 1791 pour que les dix premiers amendements intègrent une Déclaration des droits, le *Bill of Rights*, à la Constitution⁹²⁵.

323. Ainsi, la conception américaine se caractérise d'un point de vue politique par une certaine réticence vis-à-vis de l'interventionnisme étatique et d'un point de vue juridique par une vision stricte de la répartition des compétences, entre les différents pouvoirs d'une part, et entre État fédéral et États fédérés d'autre part. Ces deux éléments expliquent pourquoi le juge suprême américain a toujours refusé de dégager des effets positifs des droits civils et politiques constitutionnels⁹²⁶, et rejetant par là même toute conception objective des droits⁹²⁷. Comme l'écrit K. Starmer « *the European Convention on Human Rights was drafted in different times and incorporates different values. Unlike the US Constitution, the purpose of the Convention is not primarily to safeguard individual freedom from over-mighty government. It is to safeguard human dignity* »⁹²⁸.

⁹²⁴ L'insertion d'une déclaration des droits dans la Constitution fédérale n'avait en outre pas été jugée nécessaire du fait que de telles déclarations existaient déjà au sein des Constitutions fédérées (L. FAVOREU et al., *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2009, p. 26). De plus, le Professeur O. Beaud explique cette « *indifférence à l'égard des droits de l'homme* » du fait de la structure fédérale de l'État. L'auteur présente l'existence d'une « *antinomie* » entre une « *charte des droits* » aux « *effets centralisateurs* » et « *le principe du fédéralisme* » (O. BEAUD, « Droits de l'homme et du citoyen et formes politiques / le cas particulier de la Fédération », *RUDH*, 2004 p. 16-26, spéc. p. 16). Sur le fédéralisme américain se reporter également à S. BREYER, *La Cour suprême, l'Amérique et son histoire*, trad. J. F. HEL GUEDJ, O. Jacob, 2011, p. 181 et s.

⁹²⁵ Selon le Professeur J. Habermas, les Déclarations américaines se différencient à de nombreux égards de la Déclaration française de 1789. Alors que les Déclarations américaines contiennent des « *droits prépolitiques et foncièrement négatifs* », la DDHC énonce « *les droits d'une société politiquement constituée* » et manifeste donc une vision du droit naturel « *conçu d'emblée comme un droit social* » c'est-à-dire comme un droit de l'homme en société (J. HABERMAS, *Théorie et pratique*, op. cit., p. 127-128). L'auteur présente les deux Déclarations comme impliquant « *deux formes différentes de sociétés civiles établies selon le droit naturel* » (*ibid.*, p. 118), ou encore deux interprétations distinctes des « *rapports entre l'État et la société* » (*ibid.*, p. 129).

⁹²⁶ Ainsi comme l'a affirmé le juge White, « *une fidélité mesurée à l'exigence d'une action d'État préserve une zone de liberté individuelle en limitant la portée du droit fédéral et du pouvoir judiciaire fédéral. L'une de ses principales conséquences est d'obliger les juges à respecter les limites de leur propre pouvoir vis-à-vis des gouvernements d'États et des intérêts privés, bonne ou mauvaise politique, le fait est qu'il s'agit là d'un trait fondamental de notre ordre politique* » (**Lugar v. Edmonson Oil and Co.**, 457 U.S. 922, 936 (1982). Cité par E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Dalloz, 2010, p. 138.

⁹²⁷ Cette conception est visible lorsque le juge S. Breyer écrit que « *la Constitution impose des limites au gouvernement afin de protéger les droits et les libertés des individus* » (S. BREYER, *La Cour suprême, l'Amérique et son histoire*, op. cit., p. 227).

⁹²⁸ K. STARMER, « Positive Obligations under the Convention », in J. COOPER (ed.), *Understanding Human Rights principles*, Hart, 2001, p. 144.

324. La conception américaine se manifeste tout d'abord par le refus d'appliquer le *Bill of Rights* aux relations entre personnes privées. La Cour suprême américaine a développé dès la fin du XIX^{ème} siècle la doctrine de l'action d'État (*State action*). En vertu de cette dernière, seule une action de l'État est susceptible d'emporter violation d'un droit constitutionnel. Dans l'affaire *The Civil Rights Case*, la Cour suprême a ainsi jugé inconstitutionnelle la loi pénalisant les discriminations raciales commises par les personnes privées gérant des lieux pouvant accueillir du public. S'appuyant sur la formulation du quatorzième amendement⁹²⁹, elle a estimé que « *c'est une action d'État présentant certains caractères qui est ici prohibée. L'action individuelle qui empiète sur les droits individuels n'est pas l'objet de l'amendement* ». Par conséquent, cet amendement ne pouvait donner compétence à l'État fédéral de « *légiférer sur des matières qui sont du ressort des législatures des États* »⁹³⁰. Cette solution n'empêchait donc pas qu'une Constitution fédérée puisse prévoir un effet horizontal de certaines de ses dispositions, et que certains juges suprêmes d'États fédérés admettent une telle application⁹³¹, mais rejetait en bloc que l'État fédéral puisse trouver dans le *Bill of Rights* une autorisation à intervenir dans les relations privées.

325. Cette même doctrine a justifié la solution de la Cour dans l'affaire *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services*⁹³². Joshua DeShaney, âgé de 4 ans, frappé par son père jusqu'à tomber dans le coma, avait subi des dommages irréparables au cerveau. Les services sociaux alors même qu'ils avaient connaissance des sévices répétés à son encontre n'étaient pas intervenus afin de le protéger en le retirant de la garde de son père.

Il s'agit de rapprocher cette affaire de l'arrêt *Z. et al. c. Royaume-Uni* jugé par la Cour de

⁹²⁹ Cet amendement consacre le *due process of law* : « *Section 1. (...) Aucun État ne fera ou n'appliquera de loi qui restreindrait les privilèges ou immunités des citoyens des États-Unis ; ni ne privera aucune personne de vie, de liberté ou de propriété sans procédure régulière de droit ; ni ne refusera à quiconque relève de sa juridiction l'égle protection des lois* ». Il offre des garanties aussi bien matérielles que procédurales (E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, op. cit., p. 97 et s.

⁹³⁰ **The Civil Rights Case**, 109 U.S. 3 (1883), traduction de E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, op. cit., p. 124. Le professeur E. Zoller note l'existence de deux exceptions au principe, « *l'exception des fonctions publiques (l'acte de la personne privée qui exécute une fonction publique est toujours regardée comme une action de l'État), et celle de l'imbrication (entanglement) (hypothèse dans laquelle l'État couvre, ou si l'on préfère, protège par ses lois, l'action privée inconstitutionnelle)* » (Ibid. p. 139).

⁹³¹ Tel est le cas de la Cour suprême Californienne concernant le droit au respect de la vie privée (**Hill v. NCAA**, 865 P.2d 633 (Californie, 1994)). C. FERCOT, *La protection des droits fondamentaux dans l'État fédéral, Étude de droit comparé allemand, américain et suisse*, Fondation Varenne, 2011, p. 389.

⁹³² **DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services**, 489 U.S. 189 (1989) ; E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, op. cit., n° 43 ; AIJC, VI, 1990, p. 613, chron. G. Scoffoni.

Strasbourg en 2001⁹³³. Dans l'affaire *DeShaney*, le père avait été condamné pour avoir battu Joshua mais l'action en responsabilité formée par l'enfant et sa mère contre les services sociaux du fait de leur carence n'avait pu aboutir. Dans l'affaire *Z.* les quatre enfants requérants, élevés dans des conditions d'hygiène déplorables et malnutris, n'avaient pas été retirés de la garde de leurs parents bien que les services sociaux avaient connaissance de ces faits. Ils avaient été déboutés par la Chambre des Lords qui avait estimé « *qu'aucune action pour négligence ou manquement à une obligation légale ne pouvait être engagée à l'encontre de l'autorité locale dans le cadre de l'accomplissement de ses devoirs en matière de protection de l'enfance au sens de la loi de 1989 sur les enfants* »⁹³⁴.

326. Dans l'affaire américaine, les requérants avaient invoqué le quatorzième amendement, estimant que l'enfant maltraité n'avait pu, du fait de l'absence d'intervention des services sociaux, bénéficier de la clause de *due process of law*⁹³⁵. La Cour suprême, confirmant la solution des juges du fond, avait conclu que le but du quatorzième amendement « *est de protéger les hommes contre l'État, non de faire en sorte que l'État les protège les uns des autres. Pour ce qui est d'une éventuelle obligation de l'État dans ce domaine, les constituants se contentèrent de laisser aux processus politiques démocratiques le soin d'en fixer l'étendue* »⁹³⁶. Cette conclusion offre un solution diamétralement opposée à celle adoptée par la Cour EDH dans l'arrêt *Z.*, dans lequel le juge de Strasbourg a établi que les États devaient « *prendre des mesures propres à empêcher que lesdites personnes ne soient soumises à des tortures ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants, même administrés par des particuliers* », avant de conclure à la violation de l'article 3 CEDH, du fait « *que le système a failli à protéger les enfants requérants de la négligence et des abus graves qu'ils ont subis sur une longue période* »⁹³⁷.

⁹³³ K. Starmer, dans un article de 2001 comparait cette affaire *DeShaney* avec l'affaire *A.* (Cour EDH, 23 septembre 1998, *A. c. Royaume-Uni*, *Rec.* 1998-VI ; *JCP G*, 1999, I, 105, n° 11, obs. F. Sudre), en notant que bien que les faits des deux espèces comportaient quelques différences, l'approche adoptée par les deux cours n'en révélait pas moins une conception fondamentalement différente des droits de l'homme. Dans l'affaire *A.*, seule était en cause l'effectivité des mécanismes de droit pénal afin de protéger l'enfant, non l'éventuelle carence des services sociaux. L'affaire *Z.* postérieure à cet article, présente des faits similaires à l'affaire *DeShaney* et sera donc préférée ici aux fins de comparaison. (K. STARMER, « Positive Obligations under the Convention », *op. cit.*, p. 143 et s.).

⁹³⁴ Cour EDH, GC, 10 mai 2001, *Z et al. c. Royaume-Uni*, *Rec.* 2001-V §44 ; *JCP G*, 2001, I, 342, chron. F. Sudre.

⁹³⁵ Le *due process of law*, est consacré par le quatorzième amendement (voir *supra* n° 324).

⁹³⁶ *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services*, 489 U.S. 189 (1989), *op. cit.*. Pour d'autres exemples de l'application de la doctrine de *State action*, se reporter à M. TUSHNET, *Weak Courts, Strong Rights, Judicial Review and Social Welfare in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press, 2008, p. 161 et s.

⁹³⁷ Cour EDH, GC, 10 mai 2001, *Z et al.*, *préc.*, §73-74.

327. L'arrêt *DeShaney* mentionne cependant des exemples dans lesquels la Cour suprême a consacré des obligations positives en dehors de l'hypothèse de l'application du *Bill of Rights* aux relations entre personnes privées. Un devoir positif de soin et de protection vis-à-vis de certains individus (« *affirmative duties of care and protection with respect to particular individual* ») peut être imposé par la Constitution aux autorités publiques en vertu du Huitième amendement⁹³⁸ lorsque l'État « *dans l'exercice de ses pouvoirs* » restreint « *la liberté de l'individu de telle sorte que celui-ci n'est plus capable de subvenir à ses besoins* ». L'État a ainsi une obligation de fournir protection et soins médicaux aux détenus ou aux « *malades mentaux qui sont placés d'autorité dans des établissements de soin* »⁹³⁹. Seule une « *privation de liberté* » peut donc déclencher l'obligation de protection. Or le juge a considéré que le cas de l'affaire *DeShaney*, qui ne concernait que « *la carence de l'État à agir pour protéger cette liberté contre des maux qui seraient infligés par d'autres moyens* », ne pouvait correspondre aux cas de figure précités.

328. La Cour suprême ne s'est pas départie de cette conception en dehors de l'hypothèse de l'application du *Bill of Rights* aux relations entre personnes privées. Bien qu'ayant admis que la Constitution devait protéger le droit des femmes à avorter⁹⁴⁰, elle a refusé de dégager un droit au financement public des avortements non thérapeutiques⁹⁴¹. Elle a estimé que la Constitution protégeait uniquement les femmes « *contre des ingérences excessives dans leur liberté de décider de mettre un terme à leur grossesse* »⁹⁴² et que la réglementation du Connecticut ne plaçait « *aucun obstacle* » à cette liberté. La Cour suprême reste donc dans une conception très classique des droits civils et politiques et refuse d'envisager que ces derniers impliquent que l'État

⁹³⁸ « *Des cautions excessives ne seront pas exigées, ni des amendes excessives imposées, ni des châtiments cruels et inhabituels infligés* ».

⁹³⁹ Obligation de fournir des soins médicaux aux détenus : **Estelle v. Gamble**, 429 U.S. 97 (1976), aux personnes gardées à vue qui ont été blessées au moment de leur arrestation par la police : **Revere v. Massachusetts General Hospital**, 463 U.S. 239 (1983). Obligation de « *fournir aux malades mentaux placés d'autorité en établissements de soin les services qui sont de nature à garantir une 'raisonnable sûreté' dans leurs rapports entre eux et vis-à-vis des autres* » ainsi que « *de la nourriture, un abri, des vêtements et des soins médicaux* » **Youngberg v. Romeo**, 457 U.S. 307 (1982).

⁹⁴⁰ **Roe v. Wade**, 410 U.S. 113 (1973), E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, op. cit., n° 29.

⁹⁴¹ **Maher v. Roe**, 432 U.S. 462 (1977). Voir S. HOLMES, C. R. SUNSTEIN, *The cost of rights*, W. W. Norton & Company, 1999, p 36 et s.

⁹⁴² « *the right protects the woman from unduly burdensome interference with her freedom to decide whether to terminate her pregnancy. It implies no limitation on the authority of a State to make a value judgment favoring childbirth over abortion, and to implement that judgment by the allocation of public funds* ».

intervienne par des mesures positives afin de garantir l'effectivité des libertés⁹⁴³.

329. Une exception existe, selon le professeur E. Zoller, « *lorsque l'abstention de l'État aboutit à priver un individu du service effectif et efficace de la justice* »⁹⁴⁴. Cet auteur cite plusieurs exemples : obligation de « *fournir gratuitement à deux condamnés la copie du compte rendu intégral en sténotypie des débats de leur procès de manière à ce qu'ils puissent faire utilement appel* »⁹⁴⁵, obligation d'assurer l'assistance d'un conseil à un inculpé sans ressources⁹⁴⁶, de « *dispenser de frais de justice un époux trop pauvre pour les payer et qui veut divorcer* »⁹⁴⁷, ou encore d'aménager les salles d'audiences afin de les rendre accessibles à des justiciables handicapés moteurs⁹⁴⁸. Hors ces hypothèses, la Cour suprême estime qu'il appartient au Congrès de décider s'il doit adopter ou non des lois afin de garantir l'effectivité des droits⁹⁴⁹. Ces obligations positives doivent être consacrées par le législateur et non déduites par le juge de la Constitution⁹⁵⁰, manifestation d'une conception stricte de la séparation des pouvoirs.

Si la conception objective des droits menant à admettre que les droits civils et politiques doivent impliquer des obligations positives à la charge de l'État n'a pas connu de réception aux

⁹⁴³ « *The Connecticut regulation before us is different in kind from the laws invalidated in our previous abortion decisions. The Connecticut regulation places no obstacles - absolute or otherwise - in the pregnant woman's path to an abortion. An indigent woman who desires an abortion suffers no disadvantage as a consequence of Connecticut's decision to fund childbirth; she continues as before to be dependent on private sources for the service she desires. The State may have made childbirth a more attractive alternative, thereby influencing the woman's decision, but it has imposed no restriction on access to abortions that was not already there. The indigency that may make it difficult - and in some cases, perhaps, impossible - for some women to have abortions is neither created nor in any way affected by the Connecticut regulation. We conclude that the Connecticut regulation does not impinge upon the fundamental right recognized in Roe* ». Elle ajoute « *there is a basic difference between direct state interference with a protected activity and State encouragement of an alternative* ».

⁹⁴⁴ E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, op. cit., p. 674.

⁹⁴⁵ **Griffin v. Illinois**, 351 U.S. 12 (1956).

⁹⁴⁶ **Gideon v. Wainwright**, 372 U.S. 335 (1963).

⁹⁴⁷ **Boddie v. Connecticut**, 401 U.S. 371 (1971).

⁹⁴⁸ **Tennessee v. Lane**, 541 U.S. 509 (2004).

⁹⁴⁹ Comme le souligne K. Stramer, « *The purpose of the Bill of Rights provisions in the Constitution is to protect individuals from the State and hence only negative obligations can be derived from them. Positive obligations are for the democratically-elected legislature.(...) It is not that the US Supreme Court takes the view that the legislature, not the judges, should make decisions with resource implications.* » (K. STARMER, « Positive Obligations under the Convention », op. cit., 2001, p. 144).

⁹⁵⁰ La politique du *New Deal* a ainsi amené le Congrès américain à adopter une législation protectrice des droits économiques et sociaux, en rupture avec la tradition libérale américaine. Selon le professeur Ch. Tomuschat « *The United State is perhaps the country which most resolutely rejects economic and social benefits as constitutional entitlements while providing such benefits without any hesitation at the level of ordinary legislation* » (Ch. TOMUSCHAT, « Human Rights between Idealism and Realism », 2^d ed., *The Collected Courses of the Academy of European Law*, Vol. XIII/1, Oxford University Press, 2008, p. 29).

États-Unis, elle est par ailleurs en constante progression.

B. Une conception en constante progression

330. La nature objective des droits de l'homme connaît aujourd'hui une reconnaissance de plus en plus large en droit positif. Elle connaît des implications différentes au niveau international et au niveau interne mais relève de mêmes traits communs. Ainsi, « *ce sont les organes jurislateurs - constituants, législateurs, juges - qui chacun à leur manière et par la façon dont ils posent ou disent le droit, agissent comme si ces droits existaient réellement sans être nécessairement posés et comme s'ils étaient susceptibles de s'imposer à l'encontre de toute autre considération, droit ou pouvoir, quand bien même le droit formellement légiféré ne le permettait pas, voire s'y opposerait* »⁹⁵¹.

331. Le juge qui invoque la nature objective des droits pourra ainsi justifier que tout organe étatique doit y être soumis et devienne l'instrument de leur réalisation. En tant qu'il est chargé d'assurer la traduction en droit positif de ces valeurs objectives incarnées par les droits de l'homme, le juge devient créateur de droit. Y-a-il alors un risque de gouvernement des juges ? La pratique le contredit. Au niveau national, le constituant aura toujours le dernier mot sur le juge constitutionnel. Au niveau international, la complexité des procédures de révision des traités rend certes difficile une remise en cause par les États d'une interprétation du juge, mais ce dernier, ayant besoin des États afin que ses arrêts soient exécutés, ne pourra courir le risque d'adopter des interprétations trop déraisonnables.

La conception objective des droits s'impose aussi bien au niveau national (1) qu'international (2).

⁹⁵¹ E. PICARD, « Droits fondamentaux », in D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 548. Le professeur S. Pierré-Caps dénonce tout amalgame entre recours aux valeurs et jusnaturalisme. Il estime ainsi que « *les valeurs sont, en effet, des concepts historiques, produits d'une culture juridique et politique nationale singulière, qui même si elle peut participer de la propension à l'universalité de l'héritage de la philosophie des Lumières, n'a rien à voir avec des concepts abstraits et à priori caractéristiques du droit naturel; Autrement dit, l'inscription constitutionnelle des valeurs procède d'une démarche culturelle qui les fait apparaître comme l'expression normative d'une éthique socialement acceptée à un moment donné de l'histoire d'une communauté politique.* » (S. PIERRÉ-CAPS, « La Constitution comme ordre de valeurs », in *Mélanges en l'honneur de Dimitri Georges LAVROFF, La Constitution et les valeurs*, Dalloz, 2005, p. 288).

1. Au niveau national

332. La conception objective des droits de l'homme est née dans les États ayant connu des régimes totalitaires avant de s'exporter dans d'autres pays. De ces expériences douloureuses est ressortie la nécessité de placer les droits de l'homme hors d'atteinte des pouvoirs publics. Les droits de l'homme considérés dès lors comme des droits fondamentaux ont été consacrés au niveau constitutionnel voire supraconstitutionnel ; un juge a été chargé d'assurer le contrôle de constitutionnalité des lois, et toutes les composantes de l'État ont désormais été vouées à y être assujettis⁹⁵².

333. En Allemagne, berceau de la consécration du caractère objectif des droits, « *la Cour a considéré la Loi Fondamentale comme incorporant des valeurs qu'elle a qualifiées d' "objectives" pour bien souligner qu'elles avaient une réalité indépendante de la Constitution elle-même. Elle en a déduit non seulement que les organes fédéraux devaient tout faire pour les réaliser, mais encore que toutes les dispositions de la Constitution devaient être interprétées de telle manière qu'elles soient compatibles avec l'ordre de valeur posé par ce texte* »⁹⁵³. La construction prétorienne des droits objectifs établie à partir de l'arrêt *Lüth* de 1958 a permis de déduire de la Loi Fondamentale de nouveaux effets positifs de droits⁹⁵⁴.

334. Une telle consécration a également été opérée par le juge constitutionnel suisse⁹⁵⁵ ou encore espagnol. Ce dernier a affirmé en 1981 que « *les droits et libertés fondamentaux (...) figurent dans des normes juridiques objectives qui participent d'un système axiologique positif reconnu par la Constitution et qui représentent les fondements matériels de l'ordre juridique entier* »⁹⁵⁶. Puis dans une affaire de 1985 le juge espagnol a estimé que « *de l'obligation de*

⁹⁵² E. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA* 20 juillet - 20 août 1998, n°spécial, p. 6-42 .

⁹⁵³ E. ZOLLER, *Droit constitutionnel*, PUF, coll. « droit fondamental », 2^{ème} éd., 1999, p. 175.

⁹⁵⁴ CCFA, 15 janvier 1958, *Lüth*, BVerfGE 7, 198, p. 205 ; *RIDC*, 1981, p. 501, H. G. Rupp ; *Pouvoirs*, 1982, n° 22, p. 140, J.-C. Béguin ; Ch. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, PUF, coll. « Droit fondamental », 1997, p. 119 et s. ; P. BON, D. MAUS, *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Dalloz, 2008, n° 24. V. *supra* Partie 1, Chapitre 1, Section 1, §2, A, 2, n° 88 et s.

⁹⁵⁵ S. BESSON, « Les obligations positives de protection des droits fondamentaux : un essai de dogmatique comparative », *Revue de droit suisse*, 122 (2003), p. 49-96.

⁹⁵⁶ « *Los derechos y libertades fundamentales son elementos del ordenamiento, están contenidos en normas jurídicas objetivas que forman parte de un sistema axiológico positivizado por la Constitución y que constituyen los fundamentos materiales del ordenamiento jurídico entero* » STC, 13 février 1981, 5/1981, BOE 24 février 1981, §19. Voir également la décision STC, 14 juillet 1981, 25/1981, BOE 13 août 1981, §8 « *Los derechos fundamentales tienen*

soumission de tous les pouvoirs publics à la Constitution ne se déduit pas seulement l'obligation négative pour l'État de ne pas s'ingérer dans la sphère individuelle ou institutionnelle protégée par les droits fondamentaux, mais aussi l'obligation positive de contribuer à l'effectivité de tels droits et des valeurs qu'ils représentent, même quand il n'existe pas de prétention subjective au profit du citoyen »⁹⁵⁷. La démarche du Tribunal constitutionnel espagnol est d'autant plus intéressante qu'elle reprend ici la terminologie des organes de contrôle de la Convention EDH, obligation négative/positive, tout en déduisant les deux types d'effets de la nature objective des droits, adaptant ainsi la jurisprudence allemande⁹⁵⁸.

335. En France, la situation est tout autre. La persistance de l'influence rousseauiste menant au culte de la loi, doublée d'une certaine méfiance historique vis-à-vis de la figure du juge, a retardé l'instauration d'un véritable juge constitutionnel. Sous la V^e République, un contrôle *a priori* de la loi a été établi et la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 instaurant la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) a enfin mis en place une voie de recours, bien qu'indirecte, pour que le justiciable puisse contester la constitutionnalité d'une loi qui porterait « *atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit* »⁹⁵⁹. Ainsi, de manière prévisible, le Conseil Constitutionnel n'a pas développé de jurisprudence relative à la nature objective des droits. Cependant, en accord avec une tradition politique favorisant l'interventionnisme étatique, et après avoir reconnu la valeur constitutionnelle du Préambule de la Constitution, il a consacré le rôle actif

un doble carácter. En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un «status» jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1) ».

⁹⁵⁷ « *De la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales «los impulsos y líneas directivas», obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa.* » STC, 11 avril 1985, 53/1985, BOE 18 mai 1985, §5. Le Tribunal constitutionnel espagnol a également imposé une obligation de protéger les droits des individus contre des actes commis par des tiers, conférant un effet horizontal indirect aux droits fondamentaux (STC, 27 mars 1985, 47/1985, BOE 19 avril 1985 ; P. BON, D. MAUS, *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Dalloz, 2008, n° 26. Licenciement portant atteinte à la liberté de pensée).

⁹⁵⁸ V. *supra* Partie 1, Chapitre 1, Section 1, §1, n° 67 et s.

⁹⁵⁹ Article 61-1 de la Constitution du 4 octobre 1958. Les modalités d'application de la QPC sont définies par la loi organique du 10 décembre 2000, entrée en vigueur le 1^{er} mars 2010.

du législateur dans la garantie des droits et libertés.

336. Il est ainsi possible de voir dans la jurisprudence constitutionnelle française des aspects équivalents, bien que beaucoup plus limités, par rapport à celle de la Cour EDH en matière d'obligations positives prétoriennes. Le type de saisine du Conseil et sa compétence circonscrite à l'examen de la loi suffit à expliquer ces différences. En effet contrairement, à la Cour EDH, et malgré la récente mise en place de la question prioritaire de constitutionnalité, un individu ne peut le saisir directement. En outre, alors que la Cour EDH peut être amenée à sanctionner le manquement à une obligation positive de tout agent de l'État, qu'il relève du pouvoir législatif, exécutif ou judiciaire, le Conseil constitutionnel est uniquement chargé d'examiner la constitutionnalité de la loi, et donc l'action du législateur.

337. Pour trouver d'éventuels points communs dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et celle de la Cour de Strasbourg, il s'agit de comparer des éléments comparables. Il faudra donc s'attacher uniquement aux affaires où la Cour EDH a eu l'occasion d'imposer une obligation positive en direction du législateur. Le premier exemple en la matière est l'arrêt *Marckx* de 1979. Dans cette affaire, la loi belge sur la filiation a été jugée contraire à l'article 8 CEDH. La Cour a estimé qu'il résultait des obligations positives déduites du droit à la vie familiale « *que l'État, en fixant dans son ordre juridique interne le régime applicable à certains liens de famille comme ceux de la mère célibataire avec son enfant, doit agir de manière à permettre aux intéressés de mener une vie familiale normale. Tel que le conçoit l'article 8 (art. 8), le respect de la vie familiale implique en particulier, aux yeux de la Cour, l'existence en droit national d'une protection juridique rendant possible dès la naissance l'intégration de l'enfant dans sa famille. Divers moyens s'offrent en la matière au choix de l'État, mais une législation ne répondant pas à cet impératif enfreint le paragraphe 1 de l'article 8* »⁹⁶⁰. Comme l'écrit justement le professeur O. de Schutter, « *l'affirmation n'est spectaculaire qu'en apparence, car elle consiste seulement à affirmer que l'état du droit interne d'un État partie à la Convention peut constituer une violation de la Convention* »⁹⁶¹.

⁹⁶⁰ Cour EDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx* c. Belgique, *préc.*, §31. Pour un autre exemple, l'arrêt *Gustafsson* « *Les mesures que le requérant dénonce, même si la loi interne les tolère, ne concernaient pas une intervention directe de l'État. La responsabilité de la Suède se trouverait néanmoins engagée si ces mesures résultaient d'un manquement de sa part à l'obligation d'assurer à l'intéressé, dans sa législation interne, les droits garantis par l'article 11 (art. 11) de la Convention (...). Même si l'article 11 (art. 11) a pour objectif essentiel de protéger l'individu contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics dans l'exercice des droits qui y sont énoncés, il peut en outre impliquer l'obligation positive d'assurer le respect effectif de ces droits* » (Cour EDH, GC, 25 avril 1996, *Gustafsson*, *préc.*, §45).

⁹⁶¹ O. de SCHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américains et européens*, Bruylant, 1999, p. 310.

La technique des obligations positives ne sert donc dans ce cas de figure qu'à obliger l'État à adapter son droit aux exigences de la Convention. Dans cette configuration précise elle se rapproche de certaines techniques développées par le Conseil constitutionnel français⁹⁶².

338. Selon le professeur C. Grewe, la technique des objectifs de valeur constitutionnelle⁹⁶³ s'apparente tant à celle « *des obligations positives* » qu'à celle « *de l'effet rayonnant* » consacré en droit allemand. Les objectifs de valeur constitutionnelle⁹⁶⁴, notion aux contours mal définis, ont cependant certains points commun : « *l'indication par la norme considérée d'une direction à suivre, d'un but à atteindre, se traduisant par une action à accomplir; le caractère limité des destinataires de la norme, qui ne s'adresse qu'au législateur et plus généralement aux pouvoirs publics; l'existence d'un fondement textuel; le fait que la norme constitue une condition d'effectivité de droits ou libertés constitutionnels et enfin le caractère essentiel ou fondamental de l'objectif considéré* »⁹⁶⁵. Peuvent être cités au nombre de ces objectifs « *la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui, le pluralisme, la transparence financière des entreprises de presse, la protection de la santé publique, la recherche des auteurs d'infractions, la lutte contre la fraude fiscale, la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent, l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi, l'équilibre financier de la sécurité sociale, l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives ainsi que l'égalité entre les collectivités territoriales* »⁹⁶⁶.

339. Ainsi, le juge constitutionnel français a estimé dans sa décision *Entreprise de presse* que la « *loi ne peut réglementer l'exercice* » d'« *une liberté fondamentale* » telle que la libre

⁹⁶² Il a été défendu par S. Platon que le Conseil constitutionnel ne connaîtrait pas de technique équivalente à celle des obligations positives. Cette affirmation est à contester. Il s'agit de ne pas confondre la technique prétorienne qui du côté du droit de la CEDH permet d'engager la responsabilité de l'État du fait de son inaction et du côté du juge constitutionnel français pourrait emporter la sanction de la carence du législateur, avec la question de l'exécution des arrêts et décisions de ces juges, ou encore la possibilité pour le juge ordinaire d'écarter la loi inconstitutionnelle ou inconstitutionnelle. Ces trois questions sont distinctes et indépendantes les unes des autres. Le fait que le juge constitutionnel français ne peut contraindre le législateur à adopter ou modifier une loi dans un sens donné n'est pas pertinente ici, la Cour EDH ne le peut pas davantage (S. PLATON, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, Fondation Varenne, 2008, p. 137 et s.).

⁹⁶³ C. GREWE, « Les influences du droit allemand des droits fondamentaux sur le droit français : le rôle médiateur de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RUDH*, 2004, p. 29.

⁹⁶⁴ J.-B. AUBY, « Le recours aux objectifs des textes dans leur application en droit public », *RDP*, 1991, p. 327-337 ; B. FAURE, « Les objectifs à valeur constitutionnelle, une nouvelle catégorie juridique ? », *RFDC*, 1995, p. 47-77 ; P. de MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Dalloz, 2006, 680 p.

⁹⁶⁵ P. DE MONTALIVET, « Les objectifs de valeur constitutionnelle », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 20, Juin 2006, p. 171.

⁹⁶⁶ *Ibid.*, p. 171-172.

communication des pensées et des opinions garantie à l'article 11 DDHC « *qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec celui d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle* »⁹⁶⁷. Puis qualifiant « *le pluralisme des quotidiens d'information politique et générale* » d'« *objectif de valeur constitutionnelle* », il a affirmé que la liberté précitée « *ne serait pas effective si le public auquel s'adressent ces quotidiens n'était pas à même de disposer d'un nombre suffisant de publications de tendances et de caractères différents ; qu'en définitive l'objectif à réaliser est que les lecteurs qui sont au nombre des destinataires essentiels de la liberté proclamée par l'article 11 de la Déclaration de 1789 soient à même d'exercer leur libre choix sans que ni les intérêts privés ni les pouvoirs publics puissent y substituer leurs propres décisions ni qu'on puisse en faire l'objet d'un marché* »⁹⁶⁸. Dans sa décision *Liberté de communication*, il a ainsi pu conclure à l'inconstitutionnalité de certaines dispositions ne satisfaisant pas « *à l'exigence constitutionnelle de préservation du pluralisme* »⁹⁶⁹.

340. Pour le professeur P. de Montalivet, « *les objectifs ne se contentent pas d'ordonner l'abstention du législateur mais lui commandent d'agir dans un sens déterminé. Ils déterminent non seulement négativement mais encore positivement sa "conduite". (...) Par les obligations qu'ils font peser à la charge des pouvoirs publics, les objectifs permettent aux droits fondamentaux constitutionnels de bénéficier d'effets positifs. Ainsi, ils constituent un moyen privilégié d'importer dans l'ordre juridique français la notion de garanties objectives des droits fondamentaux, que l'on trouve en Allemagne ou dans le droit issu de la Convention européenne des droits de l'homme* »⁹⁷⁰. Ce même auteur identifie ensuite deux voies par lesquelles le Conseil contrôle « *la réalisation des objectifs de valeur constitutionnelle* »⁹⁷¹. Il s'agit des « *deux types de raisonnement permettant au Conseil de censurer les omissions du législateur* », c'est-à-dire « *la sanction des incompétences* »

⁹⁶⁷ CC, 11 octobre 1984, déc. n° 84-181 DC, **Entreprises de presse**, Rec. p. 78, cons. n° 37.

⁹⁶⁸ *Ibid.*, cons. n° 37 et 38. Cette référence à l'effectivité a cependant été depuis abandonnée (L. GAY, *Les « droits-créances » constitutionnels*, Bruylant, coll. « Droit public comparé et européen », 2007, p. 165). Dans une décision de 1985, le Conseil a en effet adopté, selon le professeur D. Rousseau, une formulation « *moins exigeante (...) laissant la voie ouverte à un "effet descendant" de la législation* » (« *il est à tout moment loisible au législateur, (...) d'adopter, pour la réalisation ou la conciliation d'objectifs de nature constitutionnelle, des modalités nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité (...)* ; que, cependant, l'exercice de ce pouvoir ne saurait aboutir à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel » (CC, 29 juillet 1986, déc. n° 86-210 DC, **Loi portant réforme du régime juridique de la presse**, Rec. p. 110, cons. n° 2).

⁹⁶⁹ CC, 18 septembre 1986, déc. n° 86-217 DC, **Loi relative à la liberté de communication**, Rec. p. 141, cons. 36.

⁹⁷⁰ P. DE MONTALIVET, « Les objectifs de valeur constitutionnelle », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 171-172.

⁹⁷¹ *Ibid.*, p. 171.

*négatives du législateur » et le « contrôle de l'abrogation des lois antérieurement promulguées »*⁹⁷².

341. Ces deux derniers mécanismes comportent également des points communs avec la technique des obligations positives. En cas d'examen d'une incompétence négative, le contrôle du juge porte sur la compétence du législateur, qui n'a pas été pleinement exercée telle qu'elle est prévue par la Constitution⁹⁷³. En outre, lorsque le législateur abroge une loi, le Conseil peut contrôler le respect « des garanties légales des exigences constitutionnelles ». Ainsi, tel que l'a observé un auteur, en application de ces garanties « *une disposition législative a pour fonction, non plus seulement de se conformer à la loi fondamentale, mais aussi de la servir en tant qu'instrument de garantie et d'effectivité* »⁹⁷⁴.

342. Ainsi, la technique des obligations positives, les objectifs de valeur constitutionnelle, l'incompétence négative et les garanties légales des exigences constitutionnelles permettent de déclarer inconstitutionnelle ou inconventionnelle une loi insuffisamment protectrice des droits⁹⁷⁵. Ils poursuivent ainsi le même objectif de garantie d'effectivité de ces derniers en incitant le législateur à intervenir pour les garantir. Les trois notions comportent toutefois des différences. Le contrôle du Conseil porte toujours sur une loi. Le législateur est donc déjà intervenu. Le Conseil ne peut donc exiger du législateur qu'il adopte une nouvelle loi mais simplement qu'il modifie les lois en vigueur afin d'assurer une plus grande effectivité des droits. Le juge de Strasbourg peut en revanche réellement sanctionner la carence du législateur en imposant l'adoption d'une législation nouvelle⁹⁷⁶.

343. Si au niveau national, la consécration du caractère objectif des droits de l'homme n'est pas encore unanime, au niveau international en revanche, tous les organes de protection des droits de l'homme ont consacré ces droits en tant que droits objectifs.

⁹⁷² *Ibid.*, p. 171.

⁹⁷³ Voir P. RRAPI, « "L'incompétence négative" dans la QPC : de la double négation à la double incompréhension », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 34, janvier 2012, p. 163-171.

⁹⁷⁴ G. MOLLION, « Les garanties légales des exigences constitutionnelles », *RFDC*, 2005/2, n° 62, p. 261. Voir aussi : A. VIDAL NAQUET, *Les garanties légales des exigences constitutionnelles dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Éd. Panthéon-Assas, 2007, 671 p.

⁹⁷⁵ Ils trouvent également des points communs en ce que les objectifs à valeur constitutionnelle servent également à justifier la limitation d'un droit. En effet la technique des obligations positives peut également être utilisée comme tel par le juge de Strasbourg (v. *supra* Partie 1, Chapitre 1, Section 3, §1, B, n° 224).

⁹⁷⁶ V. *infra* Partie 3, Chapitre 1, Section 2, §2, A, 1, n° 764 et s.

2. Au niveau international

344. En droit international, le caractère objectif des droits de l'homme revient à les considérer comme « *inhérents, c'est-à-dire attachés par principe à la seule qualité de personne humaine ou dans certains cas, à l'appartenance à un groupe bien défini, et non à la dévolution révocable aux individus d'un statut particulier, institué par la seule voie d'un instrument juridique spécial* »⁹⁷⁷. Certains auteurs ont ainsi défendu l'existence d'une « *obligation internationale générale de respecter les droits de l'homme* » qui serait un principe général du droit international⁹⁷⁸ et s'imposerait ainsi aux États en dehors de tout lien conventionnel. Selon le professeur G. Cohen- Jonathan, la Cour Internationale de Justice (CIJ) l'a implicitement consacrée comme telle dans son arrêt de 1986, *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*⁹⁷⁹. Elle trouve en outre « *son expression la plus ferme et la plus large* » dans la Résolution adoptée par l'Institut du droit international le 13 septembre 1989⁹⁸⁰. Cette obligation peut de plus être qualifiée d'obligation *erga omnes*⁹⁸¹.

345. Les organes internationaux et régionaux de protection des droits de l'homme ont également affirmé le caractère objectif des obligations contractées par les États en adhérant à des

⁹⁷⁷ P.-M. DUPUY, « La protection internationale des droits de l'homme » in Ch. ROUSSEAU, *Droit international public*, Dalloz, 11^e éd., 1987, p. 407 ; F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, op. cit., p. 58. K. VASAK, « Vers un droit international spécifique des droits de l'homme », in K. VASAK (dir.), *Les dimensions internationales des droits de l'homme, manuel destiné à l'enseignement des droits de l'homme dans les universités*, Unesco, 1978, p. 711.

⁹⁷⁸ O. de FROUVILLE, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international*, op. cit., p. 498.

⁹⁷⁹ Au moment d'examiner la responsabilité internationale du Nicaragua du fait d'une éventuelle violation des droits de l'homme, elle estima que « *ce point particulier doit être approfondi, indépendamment de l'existence d'un « engagement juridique » pris par le Nicaragua envers l'organisation des États américains de respecter ces droits. L'inexistence d'un tel engagement ne signifierait pas que le Nicaragua puisse violer impunément les droits de l'homme* » CIJ, Arrêt, 27 juin 1986, **Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (fond)**, Nicaragua c. États-Unis, Rec. 1986, p. 134, §267.

⁹⁸⁰ Article 1^{er} « *Les droits de l'homme sont l'expression directe de la dignité de la personne humaine. L'obligation pour les États d'en assurer le respect découle de la reconnaissance même de cette dignité que proclament déjà la Charte des Nations Unies et la Déclaration Universelle des droits de l'homme* » (« La protection des droits de l'homme et le principe de non-intervention dans les affaires intérieures de l'État », session de Saint-Jacques de Compostelle). G. COHEN-JONATHAN, « Responsabilité pour atteinte aux droits de l'homme », in S.F.D.I., *La Responsabilité dans le système international*, Pedone, 1991, p. 120-122.

⁹⁸¹ La Cour internationale de Justice a ainsi pu estimer que « *vu l'importance des droits en cause, tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés* » (CIJ, Arrêt, 5 février 1970, **Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (fond)**, Belgique c. Espagne, Rec. 1970, p. 32, §34). G. COHEN-JONATHAN, « Responsabilité pour atteinte aux droits de l'homme », op. cit., p. 120 et s. ; L.-A. SICILIANOS, « L'influence des droits de l'homme sur la structure du droit international. Première partie : la hiérarchisation de l'ordre juridique international », *RGDIP*, 2012, p. 18 et s.

traités de protection des droits de l'homme. La Commission EDH a estimé que ces obligations « *ont essentiellement un caractère objectif, du fait qu'elles visent à protéger les droits fondamentaux des particuliers contre les empiétements des États contractants plutôt qu'à créer des droits subjectifs et réciproques entre ces derniers* »⁹⁸². Le Comité des droits de l'homme a quant à lui énoncé que « *chacun des États parties possède un intérêt juridique dans l'exécution par chacun des autres États parties de ses obligations. Ceci découle du fait que les « règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine » sont des obligations erga omnes et que, comme indiqué au quatrième alinéa du préambule du Pacte, la Charte des Nations Unies impose aux États l'obligation de promouvoir le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales* »⁹⁸³. Quant à la Cour interaméricaine, elle a établi qu'« *en adoptant ces traités relatifs aux droits de l'homme, les États se soumettent à un ordre légal au sein duquel ils assument, pour le bien commun, diverses obligations, non pas à l'égard d'autres États, mais à l'encontre de toute personne relevant de leur juridiction* »⁹⁸⁴.

346. La qualification d'obligation objective a surtout été employée par ces organes en matière de réserves et afin d'affirmer que le principe de réciprocité ne pouvait s'appliquer à une obligation conventionnelle relative aux droits de l'homme⁹⁸⁵. Contrairement aux Cours constitutionnelles allemandes et espagnoles⁹⁸⁶, la référence à la nature objective des obligations en matière de droits de l'homme n'a pas été explicitement effectuée afin de dégager des obligations positives. Il semble cependant que ces dernières relèvent de cette inspiration. Une fois les droits de l'homme considérés comme étant des droits objectifs, ils impliquent la protection de valeurs supérieures aux États et qui s'imposent à ces derniers. La réalisation des objectifs de « *l'ordre public* »⁹⁸⁷ qu'incarnent ces normes objectives, implique la mise en œuvre de toutes les mesures

⁹⁸² ComEDH, Déc., 11 janvier 1961, **Autriche c. Italie**, req. 788/60, *Rec.* 7, p. 23-74. Voir également Cour EDH, Plén., 18 janvier 1978, **Irlande c. Royaume-Uni**, A 25, §239 ; *JDI*, 1980, 449, obs. P. Rolland.

⁹⁸³ Comité DH, Observation générale n° 31, 29 mars 2004, **Nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte**, §2.

⁹⁸⁴ Cour IADH, Avis n° 2, 24 septembre 1992, **Effet des réserves sur l'entrée en vigueur de la Convention américaine des droits de l'homme**, A 2, §29.

⁹⁸⁵ F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 60 et s. Elle revient dans ce cas à leur reconnaissance en tant qu'obligations intégrales (O. de FROUVILLE, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international*, *op. cit.*, p. 50).

⁹⁸⁶ V. *supra* n° 333 et s.

⁹⁸⁷ Cour EDH, GC, 23 mars 1995, **Loizidou c. Turquie** (exceptions préliminaires), A 310, §75 ; *GACEDH*, n° 1 ; *RUDH*, 1996, 6, obs. F. Sudre ; *RGDIP*, 1998, 123, obs. G. Cohen-Jonathan. C. PICHERAL, *L'ordre public européen, Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, *op. cit.*, 426 p.

nécessaires pour ce faire.

347. Il n'est ainsi pas anodin que le Comité DH et la Cour IADH déduisent des obligations d'action des dispositions générales de leur texte de référence. Les articles 1 CIADH et CEDH, et 2 PIDCP, consacrant l'obligation de respect et de garantie des droits, incarnent en quelque sorte la nature objective des obligations contractées par les États. En déduisant des obligations d'action de ces dispositions générales, les organes de contrôle ne font que les subsumer de l'engagement des États à assurer l'effectivité des droits, obligation objective. La Cour EDH l'a à son tour systématisé dans son arrêt *Ilascu* de 2004, en affirmant que les États sont tenus, « *en vertu de l'article 1 de la Convention, par l'obligation positive de prendre les mesures qui sont en son pouvoir et en conformité avec le droit international – qu'elles soient d'ordre diplomatique, économique, judiciaire ou autre – afin d'assurer dans le chef des requérants le respect des droits garantis par la Convention* »⁹⁸⁸.

348. La consécration du caractère objectif des droits de l'homme vient donc justifier que le juge dégage les obligations étatiques nécessaires afin de garantir l'effectivité des droits conventionnels. Cette consécration vient modifier en profondeur la nature de l'obligation internationale, et ce dans deux directions. Tout d'abord, comme l'explique le professeur P.-M. Dupuy, l'obligation internationale, de « *consentie* », devient de plus en plus « *assumée* »⁹⁸⁹. Cette dernière « *se distingue de la précédente par le fait que le contrat y cède la place à la reconnaissance par le sujet de droit du caractère unilatéralement obligatoire de l'obligation* », mais elle n'en est pas pour autant « *subie* » car, « *pour être concrètement obéie, il reste en effet nécessaire que les sujets qu'elle oblige se reconnaissent liés par elle* »⁹⁹⁰. Ensuite, la jurisprudence des organes de protection des droits de l'homme menant à imposer des obligations positives aux États afin d'assurer l'effectivité des droits civils et politiques s'inscrit dans un contexte plus global de consécration croissante d'obligations positives internationales, que ce soit en matière de droits de l'homme ou non⁹⁹¹. En effet comme le souligne le professeur R. Pisillo Mazzeschi, « *l'importance*

⁹⁸⁸ Cour EDH, GC, 8 juillet 2004, *Ilascu et al.* c. Moldavie et Russie, *Rec.* 2004-VII, §331 ; *GACEDH*, n° 70, *JDI*, 2005, 472, obs. O. de Frouville ; *RDP*, 2005, 759, obs. F. Sudre ; *RGDIP*, 2004, 1036, obs. Ph. Weckel ; *JDE*, 2005, 120, 168, obs. F. Krenc ; *RTDH*, 2005, 767, note G. Cohen-Jonathan ; *EDL*, 2005, n° 15, 5, obs. F. Benoît-Rohmer ; *RGDIP*, 2005, 581, note I. Petculescu.

⁹⁸⁹ P.-M. DUPUY, « L'obligation en droit international », *APD*, t. 44, 2000, p. 224. *V. supra*. Introduction, §2, A, n° 34.

⁹⁹⁰ *Ibid.*

⁹⁹¹ R. PISILLO MAZZESCHI, « Responsabilité de l'État pour violation des obligations positives relatives aux droits de

accrue des obligations positives relatives aux droits de l'homme n'est qu'un aspect particulier d'un phénomène général, qui concerne le système du droit international dans son ensemble, et qui a parfois été décrit comme le passage du droit international de la coexistence au droit international de la coopération. En fait, dans plusieurs secteurs du droit international, l'importance des obligations positives des États s'est accrue par rapport aux obligations négatives. Cela confirme (...) que l'évolution de la protection des droits de l'homme s'accompagne d'une évolution parallèle du système global contemporain »⁹⁹².

Cette évolution des finalités du droit international se traduit en outre concrètement dans l'évolution du contentieux traité par la Cour internationale de justice. Initialement confrontée à des litiges concernant la préservation d'intérêts strictement étatiques, elle est amenée de plus en plus à examiner des questions concernant les droits de l'homme.

349. La CIJ a de longue date eu l'occasion de constater un manquement à des obligations d'action issues du droit international général⁹⁹³. Cependant, elle n'a été saisie que récemment d'affaires visant à engager la responsabilité d'un État du fait d'un manquement à une obligation positive issue d'un instrument de droit international des droits de l'homme ou de droit humanitaire. En 2004, dans son Avis sur le Mur⁹⁹⁴, elle a ainsi estimé que de l'article 1 des quatre Conventions de Genève en vertu duquel les États ont l'obligation de « *respecter* » et « *faire respecter* » ces Conventions, implique « *l'obligation de chaque État partie à cette Convention, qu'il soit ou non partie à un conflit déterminé, de faire respecter les prescriptions des instruments*

l'homme », *RCADI*, 2008, t. 333, p. 188-189 ; M. T. KAMMINGA, « Final Report on the Impact of International Human Rights Law », in M. T. KAMMINGA, M. SCHENIN, *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, Oxford University Press, 2009, p. 19. R. McCORQUODALE, « Impact on State Responsibility », in M. T. KAMMINGA, M. SCHENIN, *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, *op. cit.*, p. 249 et s ; H. DUFFY, « Towards Global Responsibility for Human Rights Protection : A Sketch of International Legal Developments », *Interights Bulletin*, 2006, 15-3, p. 104-107.

⁹⁹² R. PISILLO MAZZESCHI, « Responsabilité de l'État pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme », *op. cit.*, p. 188 et s.

⁹⁹³ CIJ, Arrêt, 9 avril 1949, **Détroit de Corfou (fond)**, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Albanie, *Rec.* 1949, p. 4. La responsabilité de l'Albanie avait été engagée pour avoir omis de notifier la présence de mines dans les eaux du-dit détroit. Voir aussi CIJ, Arrêt, 24 mai 1980, **Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran**, États-Unis d'Amérique c. Iran, *Rec.* 1980, p. 3. V. F. LATTY, « Actions and Omissions » in J. CRAWFORD, A. PELLET, S. OLLESON, *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, 2010, p. 355-369, spéc. p. 358.

⁹⁹⁴ CIJ, Avis, 9 juillet 2004, **Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé**, *Rec.* 2004, p. 136.

concernés »⁹⁹⁵, puis que « *vu la nature et l'importance des droits et obligations en cause* », il appartient notamment à « *tous les États de veiller, dans le respect de la Charte des Nations Unies et du droit international, à ce qu'il soit mis fin aux entraves, résultant de la construction du mur, à l'exercice par le peuple palestinien de son droit à l'autodétermination* » et à « *tous les États parties à la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, du 12 août 1949, (...) dans le respect de la Charte des Nations Unies et du droit international, de faire respecter par Israël le droit international humanitaire incorporé dans cette convention* »⁹⁹⁶.

350. Dans l'affaire *Bosnie c. Serbie*, la Cour a conclu à la responsabilité de la Serbie en violation de l'article 1 de la Convention contre le Génocide de 1948 prévoyant que les États doivent à la fois « *prévenir* » et « *punir* » le crime de génocide⁹⁹⁷. Elle a estimé que « *la violation de l'obligation de prévention résulte de la simple abstention de prendre et de mettre en œuvre les mesures adéquates pour empêcher la commission du génocide* », autrement dit que « *le devoir de prévention met à la charge des États des obligations positives - faire de leur mieux pour que ces actes ne se produisent pas* »⁹⁹⁸. Elle a conclu à la violation de cette obligation de prévention, selon une méthode de contrôle identique à celle adoptée par la Cour EDH en la matière⁹⁹⁹, du fait que la Serbie n'avait entrepris aucune action afin d'empêcher le génocide de Srebrenica alors même que les autorités serbes avaient « *connaissance de l'existence d'un risque sérieux de commission d'un génocide* »¹⁰⁰⁰. Quant à l'obligation de réprimer le crime de génocide, la Cour a estimé qu'elle impliquait une « *obligation de coopération* » avec le TPIY et que la Serbie y avait manqué pour ne pas avoir livré le général R. Mladić à ce dernier¹⁰⁰¹.

Dans ces affaires, la CIJ a fait application d'obligations positives textuelles, inscrites dans

⁹⁹⁵ *Ibid.*, §158.

⁹⁹⁶ *Ibid.*, §159.

⁹⁹⁷ En revanche, elle a refusé de conclure à la responsabilité de la Serbie pour avoir commis le génocide, estimant que les actes commis ne pouvaient lui être attribuables. Elle a jugé qu'il n'avait « *pas été établi que les massacres de Srebrenica aient été commis par des personnes ou des entités ayant la qualité d'organes du défendeur* » ou « *selon les instructions ou les directives d'organes de l'État défendeur, ni que ce dernier ait exercé un contrôle effectif sur les opérations au cours desquelles ces massacres, qui, (...) sont constitutifs du crime de génocide, ont été perpétrés* » (CIJ, Arrêt, 26 février 2007, **Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide**, Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro, *Rec.* 2007, p. 43, §413 ; *RGDIP*, 2007, 305, note Ph. Weckel ; *AFDI*, 2007, 279, obs. O. Corten ; *AFDI*, 2007, 280, obs. E. Savarese).

⁹⁹⁸ *Ibid.*, §432.

⁹⁹⁹ Ce critère de la connaissance vient du droit international général, voir *infra* Partie 2, Chapitre 2, Section 2, §2, A, n° 514 et s.

¹⁰⁰⁰ *Ibid.*, §431 et 438.

¹⁰⁰¹ *Ibid.*, §433 et s.

les Conventions de Genève et dans la Convention contre le génocide. Pourrait-elle être amenée à appliquer des obligations positives prétorienne développées par les organes de protection des droits civils et politiques ou dégager elle même de telles obligations ?

351. Concernant la première interrogation, la jurisprudence récente de la CIJ laisse entrevoir une possibilité. Depuis une dizaine d'années, la CIJ procède à une utilisation croissante de sources conventionnelles en matière de droits de l'homme¹⁰⁰². L'arrêt au fond dans l'affaire *Diallo* de 2010¹⁰⁰³, constitue un tournant majeur à cet égard, en ce que la Cour affirme solennellement pour la première fois que lorsqu'elle appliquera des conventions relatives aux droits de l'homme, elle accordera « *une grande considération* » et tiendra « *dûment compte* » de l'interprétation qui en a été faite par les organes chargés de les contrôler¹⁰⁰⁴. « *Bien que la Cour ne soit aucunement tenue* » de procéder comme tel, elle estime qu'« *il en va de la nécessaire clarté et de l'indispensable cohérence du droit international* » ainsi que « *de la sécurité juridique, qui est un droit pour les personnes privées bénéficiaires des droits garantis comme pour les États tenus au respect des obligations conventionnelles* ». Elle pourra ainsi prendre en compte les interprétations opérées par le Comité des droits de l'homme, qui a, « *depuis sa création, développé une jurisprudence interprétative considérable* », ainsi que celles des organes régionaux de protection des droits de l'homme, Commission ADH, la Cour EDH et la Cour IADH.

352. Dans cette affaire étaient en cause des obligations négatives, le ressortissant Guinéen, M. Diallo ayant été arrêté et détenu arbitrairement avant d'être expulsé. Cependant il n'est pas impossible que se présentent devant la Cour d'autres affaires dans lesquelles seraient en cause un manquement à des obligations positives, par exemple dans des hypothèses où un État se serait abstenu de protéger un ressortissant étranger contre des actes commis par des personnes privées ou

¹⁰⁰² CIJ, Arrêt, 19 décembre 2005, **Activités armées sur le territoire du Congo, République démocratique du Congo c. Ouganda**, *Rec.* 2005, p. 168, §217 et 219 (violation de l'article 6§1 et 6§7 PIDCP, de l'article 4 et 5 Charte africaine des droits de l'homme, de l'article 38 de la Convention relative aux droits de l'enfant). Les droits de l'homme n'étaient cependant pas absents auparavant de la jurisprudence de la CIJ (M. BEDJAOUI, « A propos de la place des droits de la personne humaine dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice », in *Mélanges en l'honneur de R. RYSSDAL, Protection des droits de l'homme : la perspective européenne*, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, p. 87-93 ; R. GOY, *La Cour internationale de justice et les droits de l'homme*, Bruylant, Nemesis, coll. « Droit et justice », 2002, 222 p ; T. MERON, *The Humanization of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 425 et s.).

¹⁰⁰³ CIJ, Arrêt, 30 novembre 2010, **Ahmadou Sadio Diallo (fond)**, République de Guinée c. République démocratique du Congo, *Rec. à paraître*, §66-68 ; *AFDI*, 2010, 277, obs. S. El Boudouhi.

¹⁰⁰⁴ Elle avait déjà eu l'occasion de faire référence à la « *pratique constante du Comité des droits de l'homme* » (CIJ, Avis, 9 juillet 2004, **Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé**, *op. cit.*, p. 179, §109).

encore n'aurait pas enquêté sur des allégations de mauvais traitements commis par des agents de l'État. L'hypothèse reste en pratique peu probable. Elle exige la réunion de nombreuses conditions ; un État, par le mécanisme de la protection diplomatique, doit prendre fait et cause pour l'un de ses ressortissants dont les droits auraient été violés par l'omission d'un autre État ; ces deux États doivent en outre accepter la compétence de la CIJ. Cette possibilité n'en reste pas moins, depuis cet arrêt remarquable, théoriquement possible. La CIJ devient un vecteur de l'application du droit international des droits de l'homme, c'est-à-dire des différents instruments de protection des droits de l'homme, tels qu'interprétés par leurs organes. En outre, « *consciente du risque de fragmentation du droit international* »¹⁰⁰⁵, elle s'ouvre au dialogue des juges et se positionne potentiellement en tant qu'arbitre des éventuelles dissonances entre les interprétations opérées par les différents organes de protection des droits de l'homme.

353. Concernant la seconde interrogation, la réponse ne peut être aujourd'hui que négative. La Cour, du fait de sa compétence facultative, a développé une jurisprudence très respectueuse des souverainetés étatiques, ce qui rend peu probable qu'elle procède elle-même à une interprétation dynamique de ces textes afin de dégager des obligations positives prétorienes. A titre d'exemple, dans l'affaire *Serbie c. Bosnie*, elle a surtout pris soin de limiter la portée de l'obligation de prévention textuelle appliquée en l'espèce, en affirmant qu'elle n'entendait pas dans cette affaire « *établir par sa décision une jurisprudence générale qui serait applicable à tous les cas où un instrument conventionnel, ou toute autre norme obligatoire, comporte, à la charge des États, une obligation de prévenir certains actes. Encore moins entend-elle déterminer s'il existe, au-delà des textes applicables à des domaines spécifiques, une obligation générale, à la charge des États, de prévenir la commission par d'autres personnes ou entités qu'eux-mêmes des actes contraires à certaines normes du droit international général* »¹⁰⁰⁶.

354. La reconnaissance du caractère objectif des droits de l'homme provoque un changement de perspective : de limites des pouvoirs publics ils deviennent désormais directive d'action de ces derniers. L'État doit devenir l'instrument de leur réalisation. Cette conception, adoptée de manière unanime par les organes internationaux et régionaux de protection des droits de

¹⁰⁰⁵ S. EL BOUDOUHI, « Affaire Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République Démocratique du Congo), Fond : La CIJ est-elle devenue une juridiction de protection des droits de l'homme ? », *AFDI*, 2010, p. 282.

¹⁰⁰⁶ CIJ, Arrêt, 26 février 2007, **Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide**, *préc.*, §429.

l'homme et en progression au niveau national, mène à imposer des obligations d'action aux États, afin d'assurer la garantie effective des droits. La technique des obligations positives, construite par le juge européen et réceptionnée matériellement ou formellement par les autres juges et quasi juges internationaux de protection des droits de l'homme, est donc le produit de cette conception objective des droits. Elle est en outre une consécration du caractère indivisible des droits, en ce qu'elle remet en cause la distinction juridique traditionnelle entre droits civils et politiques d'une part, et droits économiques, sociaux et culturels d'autre part.

§2. Une adhésion au caractère indivisible des droits de l'homme

355. La notion d'« obligation positive » est apparue pour la première fois dans le rapport de la Commission EDH dans l'*Affaire linguistique Belge*¹⁰⁰⁷. À l'occasion de cette affaire, cette dernière avait déclaré que « *les droits reconnus par la Convention ne sont pas tous "négatifs": "il faut examiner chaque matière" et "chaque disposition d'une manière indépendante, sans se laisser égarer" par une doctrine "d'un certain âge" - la doctrine classique des libertés individuelles qui "peut conserver une certaine valeur philosophique" mais "n'a aucun caractère normatif"* »¹⁰⁰⁸.

La Commission faisait ici référence à la doctrine libérale des droits de l'homme selon laquelle ces derniers, en tant que droits naturels et préexistants à l'État ne pouvaient être considérés que comme des droits négatifs, imposant une abstention à l'État. Seuls les droits civils et politiques, droits consacrés dans la DDHC, seraient donc de « vrais » droits. Les droits économiques, sociaux et culturels, pourtant consacrés en France dès la Déclaration de 1793, ne sauraient être des droits naturels et *a fortiori* des droits de l'homme. En effet, il ne peut « *y avoir de créance là où n'existe pas de créancier. Antérieurs à la société, les droits « naturels » ne peuvent consister en créance de l'homme sur elle* »¹⁰⁰⁹.

356. La Déclaration universelle des droits de l'homme, en réaction aux atrocités

¹⁰⁰⁷ ComEDH, Rapp., 24 juin 1965, **Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »** c. Belgique, req. 1474/62 et *al.*, B 3 et 4.

¹⁰⁰⁸ Cité dans Cour EDH, Plén., 23 juillet 1968, **Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »** c. Belgique, A 6, §1 ; *GACEDH*, n° 9 ; *AFDI*, 1968, 201, obs. R. Pelloux ; *RBDI*, 1970, 353, obs. J. Verhoeven.

¹⁰⁰⁹ J. RIVERO et H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, t. 1, PUF, coll. « Thémis », 2003, 9^{ème} éd., p. 41. V. *supra* Introduction, §1, B, n° 9 et s.

commises durant la seconde guerre mondiale, est cependant venue établir les fondements d'une autre conception des droits de l'homme, celle consacrant leur indivisibilité. Proclamant « *la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine* », la Déclaration visait à garantir côte à côte les deux catégories de droits. Elle proclamait ainsi que droits civils et politiques et droits économiques, sociaux et culturels étaient indispensables à la réalisation de la dignité de l'homme, et que l'une des catégories ne saurait se concevoir sans l'autre. Toutefois, fruit des débuts de la guerre froide et des réticences des États à contracter des obligations positives internationales, jugées plus contraignantes et attentatoires à leur souveraineté que des obligations négatives, la DUDH ne devait pas avoir de valeur juridique contraignante¹⁰¹⁰ et a établi un régime différencié entre les deux types de droits. En particulier, les américains et leurs alliés libanais et chinois ont agi en vue d'obtenir « *la suppression de toute mention d'obligation pour les États d'observer* » les droits de la seconde génération¹⁰¹¹. Cette différence de régime a été confirmée tant au niveau régional qu'au niveau international par l'adoption d'instruments séparés pour consacrer à part chacune des catégories. La justification juridique invoquée, aujourd'hui largement remise en cause, était que les droits civils et politiques, générant des obligations négatives, étaient susceptibles d'application immédiate là où les droits économiques, sociaux et culturels impliquant des obligations positives seraient d'application progressive. Ajouté au fait que ces derniers impliqueraient des obligations trop imprécises, elles ne pourraient être justiciables. Ils ont donc été systématiquement consacrés à un moindre degré de juridicité et aucun juge ne fut mis en place afin d'en assurer le respect.

357. L'affirmation de la Commission, selon laquelle « *la doctrine classique des libertés individuelles* » qui défend le caractère « *négatif* » des droits civils et politiques était désormais « *d'un certain âge* », avait donc plus valeur militante qu'elle ne reflétait un réel consensus des États en la matière. Datée de 1965, elle précédait d'un an l'adoption des Pactes en 1966 consacrant au niveau international la fracture entre les deux catégories de droits, fracture justifiée

¹⁰¹⁰ Sur l'autorité acquise par la suite par la DUDH, se reporter à E. DECAUX, « Les droits fondamentaux en droit international », *AJDA*, 1998, n°spécial, p. 69 et s.

¹⁰¹¹ Ch. FAURÉ, *Ce que déclarer des droits veut dire : histoires*, PUF, 1997, p. 196. A. Eide, Rapporteur de la sous-commission des droits de l'homme des Nations Unies avait procédé au même constat dans un rapport de 1987 « *The drafters of the Universal Declaration concentrated on the formulation of rights, avoiding the inclusion of corresponding obligations by States. This was not uncontroversial. Reference has been made above to the initial, preparatory texts presented by Latin American countries. These included extensive obligations, but the majority of the Commission decided to eliminate most references to obligations in the text. This turned out to be of particular significance for economic and social rights, since such duties of States that would flow from civil and political rights are often (though not always) self-evident* » (A. EIDE, *Rapport sur la sécurité alimentaire*, 7 juillet 1987, E/CN.4/Sub2/1987/23, § 95).

par le fait qu'ils génèreraient des obligations distinctes et inégalement justiciables. La voie conventionnelle ayant échoué¹⁰¹², la voie déclaratoire a été, après la DUDH, de nouveau empruntée¹⁰¹³, mais c'est à la voie juridictionnelle que revient la réelle consécration de l'indivisibilité des droits.

358. L'utilisation de la technique de l'inhérence, implicitement dans l'*Affaire linguistique Belge*, puis explicitement dans l'arrêt *Marckx*, a constitué les prémices de cette consécration, en établissant que devaient être imposées aux États, les obligations inhérentes au respect effectif des droits conventionnels, qu'elles soient positives ou négatives¹⁰¹⁴. L'affirmation de principe a été opérée par la Cour dans l'arrêt *Airey* de 1979¹⁰¹⁵. Dans cette affaire, le gouvernement contestait l'interprétation de la Commission menant à imposer aux États sur le fondement de l'article 6§1 l'obligation de fournir une aide juridictionnelle gratuite dans le cadre d'une procédure de séparation de corps, en invoquant qu'il ne faudrait pas « *d'après lui interpréter la Convention de manière à réaliser dans un État contractant des progrès économiques et sociaux; ils ne peuvent être que graduels* »¹⁰¹⁶. La Cour, confirmant l'interprétation de la Commission avait estimé que « *l'exécution d'un engagement assumé en vertu de la Convention appelle parfois des mesures positives de l'État; en pareil cas, celui-ci ne saurait se borner à demeurer passif et "il n'y a (...) pas lieu de distinguer entre actes et omissions" (...). Or l'obligation d'assurer un droit effectif d'accès à la justice se range dans cette catégorie d'engagements* »¹⁰¹⁷. Puis elle avait affirmé que « *la Convention doit se lire à la lumière des conditions de vie d'aujourd'hui (...), et à l'intérieur de son champ d'application elle tend à une protection réelle et concrète de l'individu (...). Or si elle énonce pour l'essentiel des droits civils et politiques, nombre d'entre eux ont des prolongements*

¹⁰¹² Des Conventions comprenant les deux catégories de droits ont toutefois été adoptées (Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965, Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979, Convention internationale sur les droits de l'enfant du 20 novembre 1989). Voir A. EIDE, « Economic social and cultural rights as Human rights », in A. EIDE, C. KRAUSE, A. ROSAS (éd.), *Economic, social and cultural rights : a textbook*, Martinus Nijhoff, 1995, p. 24).

¹⁰¹³ Proclamation de Téhéran, Conférence internationale des droits de l'homme, 22 avril-13 mai 1968 U.N. Doc. A/CONF.32/41 (1968) ; Déclaration de Vienne de 1993, U.N. Doc. A/CONF.157/24 (1993), « *tous les droits de l'homme sont universels, indissociables, interdépendants et intimement liés. La communauté internationale doit les traiter globalement, de manière équitable et équilibrée et en leur accordant la même importance* »

¹⁰¹⁴ Cour EDH, Plén., 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »*, préc., §3 ; Cour EDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx*, préc., §31.

¹⁰¹⁵ Cour EDH, 9 octobre 1979, *Airey*, préc..

¹⁰¹⁶ *Ibid.*, §26.

¹⁰¹⁷ *Ibid.*, §25.

*d'ordre économique ou social. Avec la Commission, la Cour n'estime donc pas devoir écarter telle ou telle interprétation pour le simple motif qu'à l'adopter on risquerait d'empiéter sur la sphère des droits économiques et sociaux; nulle cloison étanche ne sépare celle-ci du domaine de la Convention »*¹⁰¹⁸.

359. La Cour proclamait ainsi l'indivisibilité des droits. Non seulement elle affirmait que la frontière entre les deux catégories de droits devait être franchie mais elle brisait les fondements juridiques de la classification antérieure en établissant que la catégorie de droit ne pouvait se caractériser par le type d'obligations, positives ou négatives, générées¹⁰¹⁹. En acceptant que les droits civils et politiques puissent imposer des obligations positives pleinement justiciables elle réduisait à néant les arguments opposés à la justiciabilité des droits économiques, sociaux et culturels. Elle ouvrait la voie à la reconnaissance de l'unité des droits de l'homme en tant qu'ils imposent tous les mêmes types d'obligations. Tel qu'il ressort de l'étude menée *supra*, la jurisprudence des organes chargés de contrôler le respect et la mise en œuvre des droits de l'homme n'a fait que le confirmer. Qu'ils aient reconnu une classification binaire ou ternaire des obligations, ils sont tous venus reconnaître que chaque droit de l'homme implique une diversité d'obligations de faire ou de ne pas faire afin que soit assurée leur jouissance effective.

360. Les premières constructions doctrinales invoquant l'indivisibilité des droits afin de considérer que chaque droit de l'homme est voué à générer une pluralité d'obligations, datent des années 1980 et viennent du professeur H. Shue. Elles ont été relayées et approfondies par le

¹⁰¹⁸ *Ibid.*, §26. Cette formule a été peu reprise dans ses arrêts suivants, et uniquement dans des affaires n'impliquant pas l'emploi de la technique des obligations positives, la Cour n'ayant plus besoin de se justifier sur ce point (Cour EDH, 14 novembre 2000, **Annoni di Gussola et al.** c. France, *Rec.* 2000-XI, 56 ; Cour EDH, GC, Déc., 6 juillet 2005, **Stec et al.** c. Royaume-Uni, *Rec.*, 2005-X, §52, *JCP G*, 2006, I, 109, chron. F. Sudre). Il faut cependant noter la dénaturation de la formule opérée dans le très critiquable arrêt *N.* c. Royaume-Uni, dans lequel la Grande Chambre a jugé que l'expulsion d'une étrangère atteinte du Sida ne violait pas la Convention (Cour EDH, GC, 27 mai 2008, **N.** c. Royaume-Uni, *Rec.* 2008-... ; *JCP G*, 2008, I, 167, chron. F. Sudre ; *RTDH*, 2009, 261, note F. Julien-Laferrrière). La Cour, faisant pourtant référence à son arrêt *Airey* a affirmé que « *même si nombre des droits qu'elle énonce ont des prolongements d'ordre économique ou social, la Convention vise essentiellement à protéger des droits civils et politiques* » (§44). Les juges dissidents ont dénoncé à juste titre « *le caractère incomplet et donc de nature à induire en erreur de l'extrait de l'arrêt Airey cité par la majorité* » qui « *occulte la dimension sociale de l'approche intégrée adoptée par la Cour telle qu'exprimée dans l'arrêt Airey c. Irlande ainsi que dans la jurisprudence récente* » (opinion dissidente commune aux juges F. Tulkens, G. Bonello et D. Spielmann, §6). Fort heureusement, cet arrêt reste le seul exemple d'une telle utilisation dénaturée du *dictum* de l'arrêt *Airey*.

¹⁰¹⁹ La jurisprudence européenne relative à la technique des obligations positives a ainsi reçu certaines critiques en ce qu'elle engagerait la Cour sur le terrain des droits ESC. Le professeur M. Bossuyt a estimé que là où dans l'affaire *Golder*, « *l'interprétation large des droits* » n'atteignait pas « *leur caractère de liberté classique* », « *l'interprétation dans l'affaire du Syndicat belge et dans l'affaire Marckx, avait pour conséquence la transformation d'une liberté classique en un droit social exigeant de la part de l'État une intervention active* » M. BOSSUYT, « *L'arrêt Marckx de la Cour européenne des droits de l'homme* », *RBDI*, 1980, p. 67.

rapporteur spécial au droit à l'alimentation E. Eide, ou encore par le professeur P. Meyer-Bisch¹⁰²⁰. Elles visaient à revendiquer et à justifier la nature juridique des droits ESC en tant que véritables droits, au même titre que les droits civils et politiques et non comme de simples objectifs à atteindre, ainsi qu'à construire une théorie unifiée des droits de l'homme, sans pour autant nier l'existence de différentes catégories de droits¹⁰²¹.

361. Cette conception des droits de l'homme est aujourd'hui de plus en plus acceptée par la doctrine¹⁰²² et a le mérite d'entrer en cohérence avec la théorie des obligations en droit international. Ainsi, « *chaque norme primaire du droit international peut imposer à l'État une série d'obligations de nature et structures différentes, à la violation desquelles correspondent des formes différentes de responsabilité* ». De même, « *chaque droit de l'homme peut imposer à l'État une gamme d'obligations de nature et de structure différentes. Par conséquent, aux fins de la responsabilité de l'État, les distinctions vraiment utiles ne doivent pas être faites entre différentes catégories de droits, mais plutôt entre différentes catégories d'obligations* »¹⁰²³. Toutefois, la distinction politique et philosophique subsiste entre les deux catégories de droits¹⁰²⁴.

¹⁰²⁰ H. SHUE, *Basic Rights : Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy*, *op. cit.* ; H. SHUE, « The Interdependence of Duties », *op. cit.*, p. 83 ; G.J.H. VAN HOOFF, « The legal nature of economic, social and cultural rights : A rebuttal of some traditional views », *op. cit.*, p. 97. A. EIDE, Rapporteur spécial, Rapport sur la sécurité alimentaire, 7 juillet 1987, *op. cit.*, §67-69 et §113-115 ; A. EIDE, « Realization of Social and Economic Rights and the Minimum Threshold Approach », *HRLR*, 1989, vol. 10, p. 35-51 ; P. MEYER-BISCH, *Le corps des droits de l'homme, L'indivisibilité comme principe d'interprétation et de mise en œuvre des droits de l'homme*, Ed. universitaire de Fribourg, 1992, 401 p.

¹⁰²¹ « *Il ne s'agit pas du tout de gommer les différences de nature entre les droits de l'homme, cela conduirait à une vision globalisante, simplificatrice et désastreuse (...). L'indivisibilité n'a d'intérêt que si elle confirme et accentue les diversités qu'elle relie* » (P. MEYER-BISCH, *Le corps des droits de l'homme, L'indivisibilité comme principe d'interprétation et de mise en œuvre des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 176).

¹⁰²² Voir par exemple : J. NICKEL, « How Human Rights Generate Duties to Protect and Provide », *HRQ*, 77, 1993, p. 77-86 ; S. HOLMES, C. R. SUNSTEIN, *The cost of rights*, *op. cit.*, p. 37 et s. ; J.-F. SPITZ, « Droits négatifs droits positifs : une distinction dépourvue de pertinence », *Droits*, 49, 2009, p.191-211.

¹⁰²³ R. PISILLO MAZZESCHI, « Responsabilité de l'État pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme », *op. cit.*, p. 192.

¹⁰²⁴ Voir *infra* Conclusion générale, n° 908 et s.

Conclusion du Chapitre 2

362. La technique des obligations positives, apparue dans la jurisprudence de la Commission puis de la Cour EDH dès les années 1960, vient remettre en cause la définition classique des droits civils et politiques en tant que droits négatifs. Devant la multiplication des organes de protection des droits de l'homme au niveau international et régional, restait à savoir si tous allaient adopter la même acception des droits civils et politiques. Le Comité DH et la Cour IADH ont dès leurs premiers avis, arrêts, observations générales et communications, imposé des obligations d'agir aux États contractants. Ils ont cependant développé leurs propres techniques interprétatives pour ce faire, en déduisant directement ces obligations d'action des dispositions générales de leur texte de référence. Ils ont utilisé la technique européenne des obligations positives plus tardivement et de manière contrastée, la Cour de San José se montrant plus ouverte à cet égard que le Comité.

363. Toutefois, ces organes ont dégagé des obligations au contenu similaire à celles « découvertes » par les organes européens grâce à la technique des obligations positives. Ils ont ainsi développé un effet horizontal indirect de la Convention IADH et du PIDCP en acceptant qu'ils puissent être applicables aux relations entre individus. Ils ont en outre dégagé des obligations aussi bien substantielles que procédurales. Concernant ces dernières, ils ont par ailleurs fait preuve d'innovation. Les obligations procédurales d'enquêtes, de poursuite et de punition des responsables d'atteintes aux droits de l'homme, ont été développées dès les années 1980 par le Comité DH puis par la Cour IADH, la Cour EDH n'ayant consacré de telles obligations qu'à partir de 1995.

364. Quant aux organes de protection des droits économiques, sociaux et culturels, le Comité EDS a utilisé formellement la technique des obligations positives ; non pas pour déclarer que les droits de seconde génération devaient générer des obligations positives, puisque ces derniers en imposent par définition, mais pour développer des obligations prétoriennes non expressément prévues par la Charte. Quant au Comité DESC, il a opté pour une classification ternaire (respecter/protéger/mettre en œuvre) et non binaire (négatives/positives) des obligations étatiques en

matière de droits de l'homme. La Commission africaine des droits de l'homme a enfin procédé à un panachage des deux classifications.

365. Bien que ces organes n'aient pas tous adopté la technique des obligations positives, leur interprétation des droits révèle une conception commune des droits de l'homme. Ils viennent tous affirmer que ces derniers, afin d'être effectifs et quelle que soit leur catégorie, imposent aux États à la fois des obligations positives et des obligations négatives. De manière indifférente à la technique interprétative adoptée, ils témoignent ainsi d'une adhésion commune à une conception des droits en tant que droits objectifs et indivisibles et à une conception de l'État en tant qu'instrument de garantie effective des droits et libertés.

Conclusion de la Partie 1

366. La technique des obligations positives a été développée de manière pragmatique par le juge européen. Ce dernier a, pour ce faire, exploité une pluralité de sources nationales et internationales. En outre, les autres organes de protection régionale et internationale des droits de l'homme, qu'ils soient chargés de contrôler des droits civils et politiques ou des droits économiques sociaux et culturels, ont tous mis au jour des obligations positives prétoriennes. Ce faisant, ils ont chacun construit leurs propres techniques juridiques. Ces dernières ont cependant toutes les mêmes présupposés idéologiques. Elles visent à assurer l'effectivité des droits que ces organes sont chargés de garantir.

367. Cette volonté d'effectivité n'est pas neutre et s'inscrit dans une certaine conception des droits de l'homme et du rôle de l'État dans une société démocratique et libérale. La garantie de l'effectivité des droits implique que tous les pouvoirs publics y soient soumis, ne puissent y porter atteinte et agissent afin d'assurer leur promotion. Les droits de l'homme deviennent ainsi à la fois une limite de l'action étatique et un moteur de cette dernière. En ce sens, ils acquièrent un caractère objectif.

La conception de l'État démocratique et libéral s'en trouve modifiée. La raison d'être et la source de légitimité de l'État est la sauvegarde des droits de l'homme. Dès lors, les réticences du libéralisme classique à admettre une intervention de l'État sont dépassées et une nouvelle conception libérale émerge, consacrant l'État comme protecteur et promoteur des droits de l'homme.

Le juge, acteur central de ces évolutions, voit son pouvoir considérablement accru. Il développe un pouvoir normatif au nom de la protection des droits de l'homme et impose aux États des obligations auxquelles ils n'avaient pas souscrit. Au niveau national, l'équilibre traditionnel des pouvoirs est bouleversé, nécessitant de repenser la légitimité du juge dans une démocratie libérale. Au niveau international, les préceptes classiques et du droit international sont balayés. Les droits de l'homme, valeurs objectives, doivent s'imposer aux États et génèrent les prémisses d'un droit commun.

Le développement foisonnant d'obligations positives prétorienne pose en outre la question de leur régime.

PARTIE 2 : LE RÉGIME DES OBLIGATIONS POSITIVES PRÉTORIENNES

368. Initialement, les droits civils et politiques étaient pensés comme des droits générant uniquement des obligations négatives. Les obligations positives, assimilées aux droits économiques sociaux et culturels, ne devaient pas être vouées à être contrôlées par un juge. Dans les textes de protection de la première catégorie de droits, si une réglementation des limitations des droits¹⁰²⁵ avait été prévue pour ce qui est des droits non intangibles, elle était supposée s'appliquer uniquement en cas de mise en jeu d'obligations négatives. Le juge européen a donc dû construire de toutes pièces le régime des obligations positives prétorienes. La prolifération de ces dernières dans la jurisprudence strasbourgeoise nécessite de proposer une systématisation de ce régime. Cette entreprise est cependant rendue difficile par un emploi désordonné de la technique des obligations positives. En effet, le juge européen peut employer le terme « obligation positive » dans des hypothèses où n'est pas nécessairement en cause une obligation d'action étatique. L'usage du terme, et donc de la technique, est alors dicté par d'autres motifs qu'il s'agira d'identifier.

L'étude du régime des obligations positives prétorienes nous mènera d'abord à nous interroger sur la distinction entre obligations positives et négatives. L'analyse de la jurisprudence des organes de contrôle de la Convention amènera à constater son caractère majoritairement non pertinent (Chapitre 1). Ce constat nous poussera à identifier un cadre de contrôle commun aux obligations conventionnelles (Chapitre 2).

¹⁰²⁵ Il est issu de la DUDH (O. de FROUVILLE, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international*, Pedone, 2004, p. 76 et s.

CHAPITRE 1 : Le caractère majoritairement non pertinent de la distinction obligation positive-négative

369. La doctrine internationaliste a tenté d'établir des critères juridiques permettant de distinguer obligations positives et négatives. Certains auteurs ont avancé que les obligations positives impliquent une responsabilité pour faute là où les obligations négatives engagent la responsabilité objective de l'État¹⁰²⁶. Ce critère de la faute, rejeté de longue date et de manière constante par une majorité de la doctrine¹⁰²⁷, ne trouve pas davantage écho dans la jurisprudence européenne¹⁰²⁸.

La définition des obligations positives et négatives semble très simple en apparence. Pour le professeur R. Pisillo Mazzeschi, les obligations négatives sont « *les obligations internationales*

¹⁰²⁶ Selon le professeur K. Strupp, la faute est « *le défaut de diligence normale* ». Il estime que « *cette manière de voir est seule en conformité avec l'idée que, si pour les délits d'action on peut bien concevoir une responsabilité ne regardant que les faits nus, il ne saurait par contre être fait abstraction des moments subjectifs de l'organe en cause vis-à-vis des omissions pour lesquelles des motifs absolument indépendants et inconnus de la volonté des organes compétents de l'État peuvent avoir conduit à ce qui constitue objectivement une violation du droit des gens* » (K. STRUPP, « Les règles générales du droit de la paix », *RCADI*, 1934, t. 47, p. 564). Cité par P. A. ZANNAS, *La responsabilité internationale des États pour les actes de négligence*, Université de Genève, Institut universitaire de hautes études internationales, 1952, p. 35. Le professeur L.-A. Sicilianos souligne qu'une telle distinction a également été faite par K. Zemanek (K. ZEMANEK, « La responsabilité des États pour faits internationalement illicites ainsi que pour faits internationalement licites », in K. ZEMANEK et J. SALMON, *Responsabilité internationale*, Pedone, 1987, p. 36). Cité dans L.-A. SICILIANOS, « La responsabilité de l'État pour absence de prévention et de répression des crimes internationaux », in H. ASCENSIO, E. DECAUX, A. PELLET (dir.), *Droit international pénal*, Pedone, 2000, p. 121. Le débat s'était à l'époque concentré autour de la question de la nature de l'obligation de due diligence des États envers les étrangers sous leur juridiction. La controverse portait sur le point de savoir si elle était une responsabilité objective ou une responsabilité pour faute (R. PISILLO MAZZESCHI, « The Due Diligence Rule and the Nature of the International Responsibility of States », *GYIL*, 1992, 35, p. 9-51).

¹⁰²⁷ D. ANZILOTTI, *Cours de droit international*, LGDJ, Université Panthéon-Assas, 1999, p. 501 et s. ; R. AGO, « Le délit international », *RCADI*, 1939, t. 68, p. 484 et 501 ; P. A. ZANNAS, *La responsabilité internationale des États pour les actes de négligence*, *op. cit.*, p. 36 ; L.-A. SICILIANOS, « La responsabilité de l'État pour absence de prévention et de répression des crimes internationaux », *op. cit.*, p. 121 ; F. LATTY, « Actions and Omissions », in J. CRAWFORD, A. PELLET, S. OLLESON (ed.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, 2010, p. 361.

¹⁰²⁸ La Cour a expressément rejeté le critère de la faute dans Cour EDH, GC, 28 octobre 1998, **Osman** c. Royaume-Uni, *Rec.* 1998-VIII, § 116 ; *GACEDH*, n° 12 ; *JCP G*, 1999, I, 105, chron. F. Sudre ; *JDI*, 1999, 269, obs. P. Tavernier.

qui imposent à l'État de s'abstenir de certaines actions, à savoir, les obligations de ne pas faire ou les obligations de non-ingérence », et les obligations positives, celles « qui imposent à l'État d'accomplir certaines actions ou certaines prestations, à savoir, les obligations de faire ou les obligations d'intervention »¹⁰²⁹. Ainsi, théoriquement, la distinction paraît si évidente qu'elle ne mérite pas d'être explicitée.

370. Toutefois, confrontée à la pratique elle peut se révéler complexe à appliquer dans une affaire donnée¹⁰³⁰. La Cour, consciente de cet écueil a pris l'habitude d'affirmer, dans des affaires relatives à des droits susceptibles de limitations, le caractère « voisin » des « principes applicables » à une « obligation positive, à la charge de l'État » ou à une « ingérence d'une autorité publique »¹⁰³¹, avant de soutenir que « la frontière entre les obligations positives et négatives de l'État (...) ne se prête toutefois pas à une définition précise »¹⁰³². Malgré ce constat, elle a, dans de nombreuses affaires, continué à prendre soin de préciser si elle contrôlait une obligation positive ou une négative, et ce avec des incohérences récurrentes. Le caractère arbitraire de ce choix a été très tôt relevé, aussi bien par la doctrine¹⁰³³ que par certains juges de Strasbourg¹⁰³⁴. En outre, en dépit de

¹⁰²⁹ R. PISILLO MAZZESCHI, « Responsabilité de l'État pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme », *RCADI*, 2008, t. 333, p. 224. Selon le professeur J.-F. Akandji-Kombé, « ce qui distingue les obligations positives des obligations négatives, c'est que les premières exigent une intervention positive de l'État tandis que les secondes requièrent de lui qu'il s'abstienne de commettre des ingérences. La violation de la Convention résultera dans le premier cas de ce que les autorités nationales n'ont pas agi, sont restées passives et, dans le deuxième, du fait qu'elles ont empêché ou limité l'exercice du droit par le moyen d'un acte positif ». (J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, *Les obligations positives en vertu de la CEDH. Un guide pour la mise en œuvre de la CEDH*, Ed. du Conseil de l'Europe, Précis sur les droits de l'homme, n° 7, 2006, p. 11). De même, « a positive obligation is one whereby a state must take action to secure human rights » (D. J. HARRIS, M. O'BOYLE, C. WARBRICK, *European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2^d ed., 2009, p. 18).

¹⁰³⁰ J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, *Les obligations positives en vertu de la CEDH. Un guide pour la mise en œuvre de la CEDH*, op. cit., p. 11.

¹⁰³¹ Elle l'a pour la première fois affirmé dans l'affaire Cour EDH, 21 février 1990, **Powell et Rayner** c. Royaume-Uni, A 172, §41 ; *JDI*, 1991, 774, note P. Tavernier ; *RTDH*, 1991, 241, obs. J.-F. Flauss.

¹⁰³² Cour EDH, 26 mai 1994, **Keegan** c. Irlande, A 290, §49 ; *JCP G*, 1995, I, 3823, chron. F. Sudre.

¹⁰³³ F. SUDRE, « Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1995, p. 381 ; D. SPIELMANN, « "Obligations positives" et "effet horizontal" des dispositions de la Convention », in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la CEDH*, Bruylant, coll. « Droit et justice », 1998, p. 150-151 ; O. de SCHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américains et européens*, Bruylant, 1999, p. 362 et s. ; P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme, Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005, vol. 1, p. 117 ; B. MOUTEL, *L'« effet horizontal » de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français. Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, Th. Limoges, 2006, dact., p. 96 et s.

¹⁰³⁴ Cour EDH, 25 novembre 1994, **Stjerna** c. Finlande, A 299-B, Opinion concordante du juge L. Wildhaber ; *JCP G*, 1995, I, 3823, chron. F. Sudre ; *JDI*, 1995, 791, chron. E. Decaux et P. Tavernier ; Cour EDH, 19 février 1996, **Gül** c. Suisse, *Rec.* 1996-I, opinion dissidente du juge S. K. Martens, approuvée par le juge C. Russo, §7 et s. ; *RUDH*,

son refus affiché d'identifier une définition des obligations positives, le juge européen apporte tout de même dans certaines affaires des motivations à l'appui de son choix. Ces justifications sont très diverses, la Cour n'utilisant pas toujours les mêmes critères afin de déterminer la qualification de l'obligation. Il est cependant possible d'établir une certaine systématisation de la jurisprudence européenne à cet égard.

371. Tout d'abord, la Cour choisit parfois de contrôler une obligation positive en estimant que le fait étatique¹⁰³⁵ est une abstention. La définition de l'obligation négative ou positive est donc déduite dans ces affaires du fait étatique, respectivement action ou abstention. Or il sera démontré l'absence de corrélation systématique entre la nature du comportement à l'origine de l'atteinte au droit conventionnel et la nature de l'obligation en cause (Section 1). Ensuite, la qualification d'obligation positive est bien souvent indifférente au contenu réel de l'obligation en tant qu'elle imposerait une prescription d'action (Section 2). Ainsi, il est impossible de dégager de la jurisprudence européenne une définition juridique unifiée de l'obligation positive. L'étude de la manière dont la Cour opère son choix de mobiliser une obligation positive laisse en revanche transparaître des choix de politique jurisprudentielle. Les obligations positives sont utilisées en tant que technique permettant au juge d'adapter son contrôle et de valoriser ou minorer les intérêts et valeurs en jeu, en fonction de l'importance que le juge accorde à ces derniers dans une société démocratique.

1997, 26, chron. M. Levinet.

¹⁰³⁵ Le terme de « fait » est ici utilisé pour désigner à la fois des actions et des abstentions. C'est en ce sens qu'il est compris par la Commission du droit international dans son projet sur la responsabilité des États pour fait internationalement illicite. Le commentaire de ce dernier précise en effet que « si l'expression française "fait internationalement illicite" est préférable à "acte internationalement illicite", c'est parce que l'illicéité résulte souvent d'une omission, ce que n'indique guère le mot "acte". (...) Dans le texte anglais, il est nécessaire de s'en tenir à l'expression *internationally wrongful act*, le mot français "fait" n'ayant pas d'équivalent exact; le mot *act* est néanmoins censé s'appliquer aux omissions, ce qui est indiqué clairement à l'article 2 » (Commentaire à l'article 1, §8, Projet d'articles sur la responsabilité des États pour fait internationalement illicite, avec commentaires, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II (2), p. 35).

SECTION 1 : Une absence de corrélation systématique entre le comportement à l'origine de l'atteinte et l'obligation en cause

372. Les organes européens ont dégagé un vocabulaire propre afin de différencier les obligations en cause dans un litige¹⁰³⁶. Ainsi, le terme « *ingérence* », présent dans les articles 8 paragraphe 2 et 10 paragraphe 1 CEDH, désignait initialement les manquements aux obligations négatives. Comme l'a affirmé la Cour, cette première disposition « *parle uniquement des "ingérences" dans l'exercice du droit protégé par le premier alinéa et vise donc les obligations négatives en découlant* »¹⁰³⁷. Cette appréciation est cohérente avec la définition du terme *ingérence* qui désigne l'« *action de s'ingérer, immixtion* »¹⁰³⁸. Une *ingérence* dans l'exercice d'un droit est donc le fruit d'une action, et non d'une omission, d'un organe de l'État. Le terme d'*ingérence* se distingue donc de celui d'*atteinte*. Ce dernier désigne uniquement l'altération de l'exercice du droit, indépendamment de l'origine de cette altération, action ou omission étatique¹⁰³⁹. Selon la présentation traditionnelle, il y aurait donc obligation négative lorsque l'État aurait lésé le droit du fait de son action, qualifiée alors d'*ingérence*, et l'on serait en présence d'une obligation positive lorsque l'atteinte proviendrait de l'omission étatique¹⁰⁴⁰. Cette présentation est cependant juridiquement infondée et explique en partie les incohérentes fluctuations dans le choix de la Cour de mobiliser tantôt une obligation négative tantôt une obligation positive.

373. La question de savoir s'il l'on est en présence d'une obligation positive ou négative relève des règles primaires de la responsabilité. Au sens établi par le professeur R. Ago, qui fut l'un des rapporteurs spéciaux de la Commission du droit international sur la question de la responsabilité internationale des États, les règles primaires « *imposent aux États des obligations déterminées cela*

¹⁰³⁶ B. MOUTEL, *L'« effet horizontal » de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français. Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, op. cit., p. 96.

¹⁰³⁷ Cour EDH, Plén., 17 octobre 1986, *Rees* c. Royaume-Uni, A 106, §37 ; *JDI*, 1987, 796, chron. P. Rolland.

¹⁰³⁸ *Nouveau Larousse encyclopédique*, Larousse, 1994, p. 804.

¹⁰³⁹ En ce sens O. de FROUVILLE, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international*, Pedone, 2004, p. 62.

¹⁰⁴⁰ Ainsi, selon certains auteurs, nulle obligation positive ne peut entrer en jeu lorsque l'atteinte provient d'une action des autorités étatiques. Voir S. BESSON, « Les obligations positives de protection des droits fondamentaux : un essai de dogmatique comparative », *Revue de droit suisse*, 122 (2003), p. 78 ; X. DIMITRIS, *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, Routledge, 2012, 231 p.

par opposition aux autres règles, qui couvrent précisément le domaine de la responsabilité et qui peuvent se définir comme "secondaires" en tant qu'elles s'attachent à déterminer les conséquences d'un manquement aux obligations établies par les premières »¹⁰⁴¹.

374. Or, l'appréciation du comportement de l'État, action ou omission, ne renseigne pas automatiquement sur la nature, positive ou négative, de l'obligation primaire en jeu. Elle intervient cependant à deux titres. Cette appréciation ne renseigne que sur l'imputabilité d'un fait à l'État et sur la détermination de la violation de l'obligation primaire.

Tout d'abord elle permet de savoir si l'on est en présence d'un fait imputable à l'État. Le terme d'imputation, qu'il est également possible de qualifier d'attribution, « est employé pour désigner l'opération du rattachement à l'État d'une action ou omission donnée »¹⁰⁴². Bien que la Commission du droit international ait opté pour l'expression d'attribution¹⁰⁴³, les deux termes seront utilisés ici indistinctement.

Ensuite, l'appréciation du comportement de l'État est nécessaire afin de déterminer si

¹⁰⁴¹ R. AGO, « Deuxième Rapport sur la responsabilité des États », *Annuaire de la Commission du droit international*, 1970, vol. II, p. 191, §11. Pour le professeur P.-M. Dupuy, les obligations secondaires sont qualifiables comme telles « au sens où, dépendantes, elles ne sont que consécutives à la violation de l'obligation primaire de faire ou de ne pas faire » (P.-M. DUPUY, « Bilan général. Des rencontres de la dimension multilatérale des obligations avec la codification du droit de la responsabilité », in P.-M. DUPUY (dir.), *Obligations multilatérales, droit impératif et responsabilité des États*, Pedone, 2003, p. 213). Cette distinction a été proposée par le professeur R. Ago, afin de rendre réaliste l'objectif de parvenir à une codification du droit de la responsabilité internationale. Il proposa de codifier dans un premier temps uniquement les règles secondaires de la responsabilité. Il était en effet plus facile de parvenir à un accord sur les règles permettant la mise en œuvre de la responsabilité que sur le contenu même des obligations étatiques primaires. (J. CRAWFORD, *Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État, textes et commentaires*, Pedone, 2003, p. 16 ; P. JACOB, *L'imputation d'un fait à l'État en droit international de la responsabilité*, Th. Rennes 1, 2010, dact., p. 8 et s.).

¹⁰⁴² Commentaire à l'article 2, §12 (Projet d'articles sur la responsabilité des États pour fait internationalement illicite, avec commentaires, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II (2), p. 37. Selon le professeur R. Ago « l'imputation est une opération logique, accomplie par un système de droit, en vertu de laquelle, en présence d'une certaine situation, on crée un lien juridique entre un sujet donné et un tort, un fait illicite » (R. AGO, « Le délit international », *op. cit.*, p. 46). Sur la question de l'attribution se reporter à L. CONDORELLI et C. KRESS, « The Rules of Attribution : General Consideration », in J. CRAWFORD, A. PELLET, S. OLLESON (ed.), *The Law of International Responsibility*, *op. cit.*, p. 221-236 ; P. JACOB, *L'imputation d'un fait à l'État en droit international de la responsabilité*, *op. cit.*, 454 p.

¹⁰⁴³ Le terme d'imputation était davantage utilisé et avait été choisi initialement dans le projet de la CDI mais fut remplacé par celui d'attribution jugé plus neutre. Il fut en effet considéré que le terme d'attribution était « chargé d'un sens juridique trop précis provenant des droits internes, où il trouve son contexte habituel dans le domaine du droit pénal » (L. CONDORELLI, « L'imputation à l'État d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *RCADI*, 1984, t. 189, p. 41). Le commentaire du projet d'article précise en outre que le « terme "attribution" permet d'éviter de laisser entendre que le processus juridique consistant à rattacher le comportement de l'État est une fiction, ou que le comportement en question est "en réalité" celui de quelqu'un d'autre » (Commentaire à l'article 2, §12, Projet d'articles sur la responsabilité des États pour fait internationalement illicite, avec commentaires, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II (2), p. 37. V. B. STERN, « The element of an international wrongful act », in J. CRAWFORD, A. PELLET, S. OLLESON (ed.), *The Law of International Responsibility*, *op. cit.*, p. 201).

l'obligation primaire a été violée. La Commission du droit international l'a établi comme tel dans son projet sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. À son article 2 concernant les « *Éléments du fait internationalement illicite de l'État* », est précisé : « *il y a fait internationalement illicite de l'État lorsqu'un comportement consistant en une action ou une omission : a) Est attribuable à l'État en vertu du droit international ; et b) Constitue une violation d'une obligation internationale de l'État* »¹⁰⁴⁴.

Ainsi, la pratique internationale, telle que codifiée par la Commission du droit international, distingue la question de l'attribution de l'acte de celle de la nature des obligations. Le projet précité qui ne concerne que les règles secondaires de la responsabilité, reste muet sur les règles primaires et donc sur une éventuelle définition de la distinction entre obligations positives et négatives.

375. Cependant, la Cour procède parfois à des confusions entre ces deux corps de règles, sources de divergences dans sa jurisprudence. Il s'agit pour l'expliquer de mettre en lumière le caractère erroné de la qualification du type d'obligation (positive ou négative) en cause, en fonction de l'acte (action ou omission), commis par l'État. Ainsi, comme l'a démontré le professeur R. Ago, la différence entre obligations positive et négative est une différence « *juridique* » et non « *matérielle* »¹⁰⁴⁵ (§1). Or la Cour de Strasbourg confond souvent examen de l'imputation du fait à l'État et nature positive ou négative de l'obligation en jeu (§2). Ce constat semble cependant s'estomper depuis une dizaine d'année. En effet, sera mise en lumière la tendance à dépasser le sens premier du terme ingérence, ce dernier n'étant parfois plus compris comme une action d'un organe étatique allant à l'encontre d'un droit conventionnel, mais plus largement comme une atteinte à un droit conventionnel (§3).

§1. Une différence « *juridique* » et non « *matérielle* » entre obligations positives et négatives (R. Ago)

376. Comme l'a justement expliqué le professeur R. Ago, la différence entre « *délit*

¹⁰⁴⁴ Assemblée Générale des Nations Unies, Résolution 56/83, 12 décembre 2001 ; Projet d'articles sur la responsabilité des États pour fait internationalement illicite, avec commentaires, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II (2), p. 35.

¹⁰⁴⁵ R. AGO, « Le délit international », *op. cit.*, p. 501-502.

d'action » et « délit d'omission », « dans le droit des gens comme dans tout autre droit, n'est pas une différence matérielle, mais une différence juridique : c'est-à-dire qu'elle ne consiste pas dans le fait que l'action serait un mouvement, et l'omission une stase; mais bien dans le fait que le délit d'action est l'infraction d'une obligation juridique de ne pas accomplir une certaine action, tandis que le délit d'omission est l'infraction d'une obligation juridique d'accomplir la même action, infraction qui peut consister aussi bien en une inaction absolue qu'en une action matérielle différente de l'action voulue par l'obligation enfreinte ». Il l'a illustré simplement, « l'État qui s'est obligé internationalement à remettre une certaine chose à un autre État se rend coupable d'un fait illicite international d'omission, aussi bien s'il se borne à ne pas effectuer la remise que s'il détruit matériellement la chose afin de ne pas la remettre : dans les deux cas, par une abstention ou par une action matérielle différente, on a enfreint le même devoir d'action, et l'on se trouve par suite en présence d'un délit d'omission »¹⁰⁴⁶. Ce même constat a été opéré par le professeur F. Latty : « what is important is therefore, not to qualify conduct as an action or omission, but to evaluate it in the lights of the obligations binding on the subject of international law. An internationally wrongful act is the result of a failure to comply with an obligation which is attributable to the entity bound by the obligation in question, and not of the active or passive character of the lack of performance »¹⁰⁴⁷.

377. Pour le mettre en évidence un exemple tiré de la jurisprudence européenne, celui des obligations procédurales d'enquête¹⁰⁴⁸, peut être cité. Au titre de ces dernières doivent être menées des enquêtes effectives en cas d'allégation d'atteinte à certains droits conventionnels, tels que le droit à la vie ou encore l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants. Ces obligations peuvent être qualifiées de positives, mais comme le souligne le professeur P. Muzny, « il est patent que l'État ne s'abstient jamais totalement de prendre des mesures d'investigation (...). Ces mesures seront bien souvent purement formelles ou superficielles. Il reste que, de prime abord du moins, l'État se prévaudra de l'ensemble des actions qu'il aura entreprises »¹⁰⁴⁹. Dans ces affaires il n'y a donc pas omission au sens propre du terme mais plutôt insuffisance d'action. Pourtant l'obligation en cause peut être qualifiée d'obligation positive¹⁰⁵⁰. Il n'y a donc pas de corrélation

¹⁰⁴⁶ Ibid., p. 501-502.

¹⁰⁴⁷ F. LATTY, « Actions and Omissions », *op. cit.*, p. 361.

¹⁰⁴⁸ Sur ces obligations v. *supra*, Partie 1, Chapitre 1, Section 2, §1, B, 1, b, ii, n° 149 et s.

¹⁰⁴⁹ P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme, Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, *op. cit.*, vol. 1, p. 114-115.

¹⁰⁵⁰ Comme l'a expliqué le professeur J.-F. Akandji-Kombé, « pour qu'il y ait violation d'une obligation positive, il ne faut pas nécessairement que l'État soit totalement resté passif. Il peut être intervenu, mais sans prendre toutes les

systématique entre la nature du fait commis par l'État et le type d'obligation en jeu. Il est donc contestable de qualifier la catégorie d'obligation, positive ou négative, en s'appuyant sur l'analyse du fait étatique, action ou omission¹⁰⁵¹.

378. Les positions opposées de la Chambre et de la Grande Chambre dans l'affaire VGT n° 2, montrent bien cette confusion. La Chambre avait considéré que « *le refus de revenir sur l'interdiction de la diffusion du spot télévisé litigieux* » constituait « *une nouvelle ingérence d'une autorité publique dans l'exercice des droits garantis par l'article 10 §1* »¹⁰⁵². Les juges avaient donc apprécié ici l'acte commis par l'État, à savoir la décision de refus de diffusion du spot, afin de conclure que par son action, l'État avait commis une atteinte aux droits de l'association requérante. Sur ce fondement, ils avaient donc considéré qu'une obligation négative était en jeu. En revanche, la Grande Chambre avait estimé plus « *opportun d'aborder la présente requête sous l'angle de l'obligation positive de l'État défendeur de prendre les mesures nécessaires afin de permettre la diffusion du spot litigieux* »¹⁰⁵³. Elle faisait ainsi abstraction du comportement adopté par l'État pour apprécier uniquement la nature de l'obligation étatique, estimant que dans la mesure où elle prescrivait à l'État d'agir, il s'agissait d'une obligation positive. La différence de position entre Chambre et Grande Chambre s'explique du fait que les critères employés afin de définir le caractère positif ou négatif de l'obligation sont distincts. La première apprécie la nature du comportement étatique, la seconde le type de prescription d'agir ou de s'abstenir contenue dans l'obligation.

379. Si l'on adhère à la position du professeur R. Ago, il n'est donc pas incohérent de voir la Cour analyser une affaire d'utilisation de la force publique meurtrière sous l'angle des obligations positives. Dans ces arrêts, les comportements susceptibles de provoquer des décès, constitutifs d'atteintes à l'article 2 CEDH, sont commis par des agents de l'État. Il est donc possible

mesures nécessaires, ce qui sera analysé comme une "omission partielle", engageant sa responsabilité au titre des obligations positives ». (J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, *Les obligations positives en vertu de la CEDH. Un guide pour la mise en œuvre de la CEDH*, op. cit., p. 13-14).

¹⁰⁵¹ En ce sens, il n'est pas possible de souscrire à la démarche adoptée par X. Dimitris afin de définir la notion d'obligation positive. Il estime par exemple que « *cases as McCann and Others cannot be classified as positive obligations cases, because the obligation to guarantee and implement some positive measures relates to the required safeguards that justify an interference and, therefore, this obligations arises, if (and only if) an act of interference has been exercised or is about to* » X. DIMITRIS, *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, op. cit., p. 77.

¹⁰⁵² Cour EDH, 4 octobre 2007, **Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VGT) n° 2** c. Suisse, req. 32772/02, §59.

¹⁰⁵³ Cour EDH, GC, 30 juin 2009, **Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VGT) c. Suisse** (n° 2), *Rec.* 2009-..., §78 ; *RTDH*, 2010, 421, note M. Hertig Randall et X.-B. Ruedin ; *JCP G*, 2010, 70, chron F. Sudre ; *AJDA*, 2009, 1936, chron. J.-F. Flauss.

de considérer que l'atteinte au droit à la vie, causée par une action des autorités étatiques, est qualifiable d'ingérence active. Or si l'on suivait le raisonnement que la Cour a pu adopter dans l'affaire de Chambre *VGT n° 2* précitée, il faudrait considérer que seule est en cause une obligation négative, celle de s'abstenir d'avoir recours à la force en dehors des cas d'absolue nécessité. Les juges de Strasbourg procèdent cependant également dans ces affaires au contrôle d'autres types d'obligations qu'il est possible de qualifier de positives. Les États ont d'une part, « *le devoir primordial d'assurer le droit à la vie en mettant en place un cadre juridique et administratif propre à dissuader de commettre des atteintes contre la personne et s'appuyant sur un mécanisme d'application conçu pour en prévenir, supprimer et sanctionner les violations* »¹⁰⁵⁴ et d'autre part, une obligation de préparation et de contrôle des opérations visant « *à réduire au minimum (...) le recours à la force meurtrière* »¹⁰⁵⁵. Bien que le fait à l'origine de l'atteinte au droit à la vie soit une action, l'obligation en cause n'est pas nécessairement négative. L'État est également soumis à des obligations qualifiables de positives. Cet exemple montre donc l'absence de lien systématique entre la nature du fait à l'origine de l'atteinte et le type d'obligation en jeu.

380. Le même constat s'impose concernant les obligations procédurales. Dans nombre d'affaires les consacrant, l'atteinte au droit est provoquée par une action des autorités étatiques : écoutes téléphoniques¹⁰⁵⁶, retrait de garde parentale¹⁰⁵⁷, perquisition¹⁰⁵⁸. Cependant, quelle que soit la voie employée afin de les dégager¹⁰⁵⁹, ces obligations procédurales peuvent être également considérées par la Cour comme des obligations positives. La Cour a pu explicitement le reconnaître

¹⁰⁵⁴ Cour EDH, GC, 20 décembre 2004, **Makaratzis** c. Grèce, *Rec.* 2004-XI, §57 ; *RDP*, 2005, 768, obs. M. Levinet ; *JDI*, 2005, 509, note M. Eudes ; *JT*, 2005, 116, 39, chron. P. Lambert ; *AJDA*, 2005, 541, chron. J.-F. Flauss.

¹⁰⁵⁵ Cour EDH, GC, 27 septembre 1995, **McCann et al.** c. Royaume-Uni, A 324, §194 ; *GACEDH*, n° 11 ; *AFDI*, 1995, 485, chron. V Coussirat- Coustère ; *Rev. sc. crim.*, 1996, 462, obs. R. Koering-Joulin ; *RUDH*, 1996, 9, chron. F. Sudre. Sur les obligations déduites de l'article 2 se reporter à M. LEVINET, « Rapport introductif - "La construction" par le juge européen du droit au respect de la vie », in M. LEVINET (dir.), *Le droit au respect de la vie au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2010, p. 48 et s. Sur l'emploi de la force publique meurtrière se reporter à J.-M. LARRALDE, « L'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme et la violence publique meurtrière » in M. LEVINET (dir.), *préc.*, p. 189-214.

¹⁰⁵⁶ Cour EDH, Plén., 6 septembre 1978, **Klass et al.** c. Allemagne, A 82, §50 ; *JDI*, 1980, 463, obs. P. Rolland.

¹⁰⁵⁷ Cour EDH, Plén., 8 juillet 1987, **W.** c. Royaume-Uni, A 121, §62 ; Cour EDH, Plén., 8 juillet 1987, **B.** c. Royaume-Uni, A 121, §63 ; Cour EDH, 24 février 1995, **McMichael** c. Royaume-Uni, A 307-B, §87 ; *JCP G*, 1996, I, 3910, chron. F. Sudre.

¹⁰⁵⁸ Cour EDH, 16 décembre 1992, **Niemietz** c. Allemagne, A 251-B ; *GACEDH*, n° 47 ; *AFDI*, 1992, 629, obs. V. Coussirat-Coustère ; *RTDH*, 1993, 410, chron. P. Lambert et F. Rigaux ; *JDI*, 1993, 755, obs. P. Tavernier.

¹⁰⁵⁹ Ces trois voies sont l'examen de la légalité de l'ingérence, de la nécessité de l'ingérence et la technique des obligations positives. Voir *supra* Partie 1, Chapitre 1, Section 1, §3, B, n° 125 et s.

comme tel dans l'affaire *Yeşilgöz*. Après avoir identifié l'ingérence, et estimé qu'elle était prévue par la loi et poursuivait un but légitime, elle a procédé, au titre de l'examen de la nécessité de l'ingérence au rappel des obligations positives pesant sur les États en application de l'article 11, et a établi que « l'absence d'un contrôle juridictionnel en matière d'interdiction de réunions a privé le requérant des garanties suffisantes pour éviter d'éventuels abus »¹⁰⁶⁰. Il est possible de voir à nouveau à travers cet exemple l'absence de lien automatique entre nature du fait en cause et caractère de l'obligation en jeu.

381. En conséquence, il faut relever le caractère non pertinent d'une opposition entre ingérence et obligation positive, tel que le fait la Cour lorsqu'elle annonce rechercher si elle doit se placer sur le terrain de l'une ou de l'autre¹⁰⁶¹. En effet, ces deux éléments relèvent de deux domaines distincts. Le terme ingérence sert à qualifier le comportement de l'État, celui d'obligation positive, la nature de l'obligation primaire. Or en créant un lien entre comportement de l'État et obligation en cause, la Cour vient confondre attribution du fait illicite à l'État et nature de l'obligation primaire en cause.

§2. Une confusion entre imputation du fait à l'État et nature de l'obligation en cause

382. Souvent, la technique des obligations positives sert à imputer¹⁰⁶² le fait illicite aux autorités étatiques davantage qu'à prescrire une obligation de faire. Un tour d'horizon de la méthodologie employée par la Cour afin d'attribuer des faits illicites aux États permet de le mettre en évidence. La Cour choisit de se positionner sur le terrain d'une obligation positive lorsqu'elle considère que le fait est imputable à l'État en raison de son abstention et sur une ingérence lorsqu'elle veut le lui imputer en raison de son action. Ce constat s'opère tant en cas d'effet horizontal indirect de la Convention (1) qu'en cas d'effet vertical de cette dernière (2).

¹⁰⁶⁰ Cour EDH, 20 septembre 2005, *Yeşilgöz* c. Turquie, req. 45454/99, §28. Voir également l'affaire Cour EDH, 29 mars 2011, *Potomska et Potomski* c. Pologne, req. 33949/05.

¹⁰⁶¹ Voir par exemple : Cour EDH, 6 septembre 2007, *Johansson* c. Finlande, req. 10163/02, §29 ; Cour EDH, 21 octobre 2008, *Güzel Erdagöz* c. Turquie, req. 37483/02, §44.

¹⁰⁶² Les termes d'attribution et d'imputation sont ici utilisés indistinctement. V. *supra*, Partie 2, Chapitre 1, Section 1, n° 374.

A. En cas d'effet horizontal indirect de la Convention

383. En cas d'application de la Convention aux relations inter-individuelles, c'est-à-dire lorsque l'atteinte au droit est le fruit d'un acte ou d'une omission d'une personne privée, la Cour mobilise tantôt une obligation négative, tantôt obligation positive. Le caractère aléatoire de ce choix dépend de l'appréciation faite par la Cour du comportement de l'État dans le litige. Soit elle considère que la violation découle de son abstention, auquel cas elle examine le respect d'une obligation positive, soit elle estime que la violation provient de son action, et contrôle donc une obligation négative. Elle apprécie donc le fait étatique afin de déterminer la nature de l'obligation. Or tel que démontré *supra* il n'existe pas de corrélation systématique entre le comportement adopté par les autorités étatiques et l'obligation en cause. L'opération menée par la Cour revient en réalité à attribuer l'acte à l'État, ce qui est indépendant de la nature positive ou négative de l'obligation en jeu. La qualification du comportement de l'État en terme positif ou négatif n'emporte en soi aucune conséquence sur la nature de l'obligation contrôlée.

384. En droit international général, il est accepté de longue date que les faits des particuliers peuvent emporter la responsabilité de l'État¹⁰⁶³. Il faut cependant préciser que le comportement des personnes privées ne peut être attribué à l'État, seuls les actes ou les omissions de ses organes le peuvent¹⁰⁶⁴. Ce principe trouve sa raison d'être « à la fois pour limiter la responsabilité à un comportement qui engage l'État en tant qu'organisation et pour tenir compte de l'autonomie des personnes qui agissent pour leur propre compte et non à l'instigation d'une entité

¹⁰⁶³ Pour un historique, se reporter à P. A. ZANNAS, *La responsabilité internationale des États pour les actes de négligence*, op. cit., p. 28 et s. H. DIPLA, *La responsabilité de l'État pour violation des droits de l'homme, problèmes d'imputation*, Pedone, 1994, p. 55 et s.

¹⁰⁶⁴ Le professeur R. Ago avait proposé d'insérer au projet d'article sur la responsabilité des États, un article le mentionnant explicitement. Il fut supprimé étant donné son « *absence de contenu autonome* » (notre traduction de « *the lack of autonomous content* » O. de FROUVILLE, « Attribution of Conduct to the State – Private individuals », in J. CRAWFORD, A. PELLET, S. OLLESON (ed.), *The Law of International Responsibility*, op. cit., p. 262). Par ailleurs, la Cour IADH a également adopté une telle solution : « *Es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que tal responsabilidad puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder, órgano o agente estatal, independientemente de su jerarquía, que violen los derechos internacionalmente consagrados. Además, la Corte ha considerado que “un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención* » Cour IADH, Fond et réparations, 15 juillet 2004, **19 commerçants** c. Colombie, C 109, §140 ; EDL, n° 15, chron. A. Úbeda de Torres).

publique »¹⁰⁶⁵. En effet, une telle attribution des actes individuels à l'État supposerait un contrôle absolu du second sur les premiers, contrôle intolérable dans une société démocratique¹⁰⁶⁶.

385. La démarche adoptée par la Cour EDH dans certaines affaires isolées est ainsi particulièrement contestable lorsque, probablement davantage du fait de maladresses de motivation que par le fruit d'une réelle réflexion théorique, elle procède à l'attribution d'actes individuels à l'État (1). Toutefois, les juges de Strasbourg adoptent généralement une approche conforme au principe de non imputation des actes individuels à l'État (2). Dans les deux cas de figure, la Cour lie la détermination de la nature de l'obligation en jeu à la qualification de l'acte ; deux opérations pourtant indépendantes l'une de l'autre.

1. Des exemples minoritaires allant à l'encontre du principe de non imputation des actes individuels à l'État

386. Dans sa décision d'irrecevabilité *Madsen*¹⁰⁶⁷, le requérant, travaillant sur un ferry géré par une entreprise privée, invoquait la violation de son droit à la vie privée du fait des tests de dépistage d'alcool et de drogue auxquels son employeur l'avait soumis. La Cour a commencé son raisonnement par l'affirmation suivante : « *The Court (...) will in the circumstances of the case proceed on the assumption that there has been an interference by a public authority within the*

¹⁰⁶⁵ Commentaire du Chapitre 2, §2, Projet d'articles sur la responsabilité des États pour fait internationalement illicite, avec commentaires, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II (2), p. 40. Le commentaire cite le rapport du Comité spécial de juristes de la SDN de 1923 dans l'affaire *Tellini* ayant admis que les comportements des individus ne pouvaient être attribués à l'État (SDN, *Journal officiel*, 4^e année, n° 11 (novembre 1923), p. 1349). Le même commentaire mentionne que la Cour internationale de Justice a adopté la même position. Dans l'affaire du personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran, la Cour retient la responsabilité de l'Iran du fait de sa « carence », notamment en raison de l'absence d'adoption de « mesures, soit pour empêcher les militants d'envahir l'ambassade, soit pour les persuader de se retirer ou pour les y obliger. De plus, après que les militants eurent pénétré de force dans les locaux de l'ambassade, les autorités iraniennes n'ont rien fait pour les contraindre ni même pour les persuader de les évacuer et de libérer les membres du personnel diplomatique et consulaire qu'ils avaient faits prisonniers » (CIJ, Arrêt, 24 mai 1980, **Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran**, États-Unis d'Amérique c. Iran, *Rec.* 1980, p. 32, §66-67).

¹⁰⁶⁶ « *In a theoretically totalitarian, absolute State, there would be total control of all private conduct and both official action as well as official inaction would be that of the State. Any attempt to carve out a sphere of non-State or private action free from responsibility to other States would be seen as nothing more than the ducking of responsibility to other States maintaining that absolute control over the minutest detail of organized human activity* » (G. A. CHRISTENSON, « Attributing act of omission to the State », *Michigan journal of international law*, 1991, vol. 12, VII. Conclusion).

¹⁰⁶⁷ Cour EDH, Déc., 7 novembre 2002, **Madsen** c. Danemark, req. 58341/00 ; *JCP E*, 2004, 373, obs. J. Raynaud ; *D.*, 2005, 36, note J. Mouly et J.-P. Marguénaud.

meaning of Article 8 § 1 of the Convention. Accordingly, the Court will examine whether the interference was justified under Article 8 § 2 of the Convention ». En l'absence de précision quant à la nature active ou passive du fait étatique, il semblait donc que le juge européen attribuait l'acte de la compagnie privée aux autorités danoises. Cette crainte s'est confirmée dans la suite de la décision, lorsque l'acte pris en compte afin de déterminer la légalité, le but, puis la nécessité de l'ingérence, n'a pas été un éventuel fait des autorités danoises (législation ou décision de justice) mais directement celui de l'entreprise privée¹⁰⁶⁸. La Cour a donc estimé que les mesures adoptées par l'entreprise étaient prévues par la loi, qu'elles poursuivaient le but légitime de « *sûreté publique* » et de « *protection des droits d'autrui* », avant de conclure à leur nécessité. Le « *malaise méthodologique* » dans lequel nous plonge cette décision a été à juste titre relevé par les professeurs J.-P. Marguénaud et J. Mouly¹⁰⁶⁹. La Cour n'a récidivé qu'une seule fois, dans une autre décision d'irrecevabilité aux faits similaires¹⁰⁷⁰.

387. Le raisonnement suivi dans ces deux affaires est très semblable à celui de l'affaire *Fuentes Bobo*¹⁰⁷¹, menant ainsi à se demander si elles ne seraient pas le résultat malheureux d'un « copier-coller » irréfléchi de l'affaire espagnole. Les faits en cause pouvaient en effet être rapprochés en ce qu'ils concernaient les relations entre employeurs et employés. Mme Fuentes Bobo avait été licencié par la télévision espagnole (TVE), chaîne publique, en raison des propos qu'elle avait tenus lors d'une émission de radio. À la différence des décisions *Madsen* et *Wretlund*, dans lesquelles les employeurs étaient clairement des personnes privées, dans l'affaire espagnole, « *l'ambiguïté du statut juridique de l'employeur qui était une chaîne de TV publique pouvait encore faire douter que la Cour ait délibérément entendu consacrer ce surprenant raisonnement* »¹⁰⁷². En effet, argument au centre de la défense du gouvernement espagnol, l'employeur était une « *société*

¹⁰⁶⁸ Cf. *a contrario*, l'affaire suivante, dans lesquelles la Cour examine à juste titre non le fait de l'individu mais celui de l'État : Cour EDH, 16 décembre 2008, **Khurshid Mustafa et Tarzibachi** c. Suède, req. 23883/06 ; *RDP*, 2009, 918, obs. M. Levinet ; *AJDA*, 2009, 872, chron. J.-F. Flauss ; *JCP G*, 2009, I, 104, obs. F. Sudre.

¹⁰⁶⁹ J. MOULY ET J.-P. MARGUÉNAUD, « L'alcool et la drogue dans les éprouvettes de la CEDH : vie privée du salarié et principe de proportionnalité », *D.*, 2005, 37.

¹⁰⁷⁰ Il s'agissait cette fois, de tests de dépistage d'alcool et de drogue effectués sur les personnels assurant le nettoyage dans une centrale nucléaire gérée par une entreprise privée (Cour EDH, Déc., 9 mars 2004, **Wretlund** c. Suède, req. 46210/99 ; *D.*, 2005, 36, note J. Mouly et J.-P. Marguénaud).

¹⁰⁷¹ Cour EDH, 29 février 2000, **Fuentes Bobo** c. Espagne, req. 39293/98 ; *D.*, 2001, 574, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly.

¹⁰⁷² J. MOULY ET J.-P. MARGUÉNAUD, « L'alcool et la drogue dans les éprouvettes de la CEDH : vie privée du salarié et principe de proportionnalité », *op. cit.*, p. 37.

anonyme gérant une chaîne de télévision assujettie à un régime de droit privé »¹⁰⁷³.

388. La Cour, refusant de trancher la question de savoir si les actes de la TVE pouvaient être attribuables à l'État espagnol¹⁰⁷⁴, ou emporter sa responsabilité du fait de l'inaction de ses organes, a énoncé que « *l'article 10 s'impose non seulement dans les relations entre employeur et employé lorsque celles-ci obéissent au droit public mais peut également s'appliquer lorsque ces relations relèvent du droit privé (...). En outre, dans certains cas, l'État a l'obligation positive de protéger le droit à la liberté d'expression contre des atteintes provenant même de personnes privées (...). En conséquence, la Cour estime que la mesure litigieuse constituait une ingérence dans l'exercice de son droit à la liberté d'expression protégé par le paragraphe 1 de l'article 10* » (§38). Le raisonnement était tortueux et la Cour choisissait d'examiner l'affaire sous l'angle de l'ingérence en appréciant la nécessité, non de la législation ou de la décision de justice ayant avalisé le licenciement, mais directement de ce dernier. La Cour considérait donc, de manière très contestable en l'absence de motivation appropriée, que l'acte de la TVE était attribuable aux autorités espagnoles¹⁰⁷⁵.

Si ces affaires précitées heurtent l'orthodoxie du droit international, la Cour respecte en général le principe selon lequel les actes des individus ne sont pas attribuables aux États.

¹⁰⁷³ Cour EDH, 29 février 2000, **Fuentes Bobo**, *préc.*, §42.

¹⁰⁷⁴ La Cour n'a pas pris la peine d'examiner si ces entreprises pouvaient être considérées comme exerçant des prérogatives de puissance publique. Selon cette hypothèse, prévue à l'article 5 du projet de la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, « *le comportement d'une personne ou entité qui n'est pas un organe de l'État au titre de l'article 4, mais qui est habilitée par le droit de cet État à exercer des prérogatives de puissance publique, pour autant que, en l'espèce, cette personne ou entité agisse en cette qualité, est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international* ».

¹⁰⁷⁵ Le même constat est formulé par les professeurs J.-P. Marguénaud et J. Mouly, la Cour « *peut donner l'impression de s'en tenir à l'analyse du comportement de l'employeur TVE, comme si c'était à lui, personne privée, qu'il revenait de décider sur le fondement de l'article 10§2, des restrictions à apporter au droit à la liberté d'expression d'une autre personne privée* » (D., 2001, 578, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly). Il faut également citer une dernière affaire dans laquelle une maladresse de motivation est à l'origine d'une remise en cause du principe de non attribution des faits des personnes privées à l'État. Dans l'affaire *Storck*, dans laquelle la requérante avait été internée dans une clinique privée, la Cour annonce rechercher « *si l'internement de la requérante est imputable à l'État défendeur en ce que celui-ci aurait enfreint l'obligation positive qui lui incombait de protéger l'intéressée de toute ingérence dans sa liberté de la part de particuliers* » (Cour EDH, 16 juin 2005, **Storck** c. Allemagne, *Rec.* 2005-V, §100 ; *GACEDH*, n° 18 ; *JCP G*, 2005, I, 159, n° 7, chron. F. Sudre ; *RTDH*, 2006, 237, note I. Soumy ; *EdinLR*, Vol. 10, 399, note A. I. L. Campbell).

2. Une approche globalement conforme au principe de non imputation des actes individuels à l'État

389. Selon les mots du professeur L. Condorelli, « *au-delà des apparences, l'acceptation de la théorie relative aux effets horizontaux des droits de l'homme ne comporte pas nécessairement des conséquences particulièrement originales pour ce qui est des critères d'imputation des infractions à l'État. Autrement dit, voici un domaine où une problématique à maints égards nouvelle est appréhendée et réglée, sans véritables écarts, par le biais des principes traditionnels* »¹⁰⁷⁶. En effet, la Cour procède de deux manières afin de reconnaître la responsabilité d'un État du fait d'un comportement individuel. L'État se voit reprocher soit les actions soit les inactions de ses organes. Quant au fait du particulier, il vient uniquement « *conditionner l'existence* » de la responsabilité de l'État, « *en agissant du dehors comme un élément catalyseur de l'illicéité de la conduite des organes étatiques dans le cas d'espèce* »¹⁰⁷⁷. N'utilisant pas systématiquement le vocabulaire du droit international et les termes d'imputation ou d'attribution¹⁰⁷⁸, les organes européens ont adopté leur propre terminologie. Ils recherchent si l'État a agi ou omis

¹⁰⁷⁶ L. CONDORELLI, « L'imputation à l'État d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *op. cit.*, p. 150.

¹⁰⁷⁷ R. AGO, Quatrième Rapport sur la responsabilité des États, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1972, vol. II, p. 105, § 65 et note n° 120. O. de FROUVILLE, « Attribution of Conduct to the State – Private individuals », in J. CRAWFORD, A. PELLET, S. OLLESON (ed.), *The Law of International Responsibility*, *op. cit.*, p. 275 et s.

¹⁰⁷⁸ La Cour a cependant pu affirmer que les obligations positives « *ne se limitent pas aux éventuelles atteintes pouvant résulter d'actions ou d'omissions imputables à des agents de l'État ou survenues dans des établissements publics, mais elles visent aussi des atteintes imputables à des personnes privées dans le cadre de structures qui ne relèvent pas de la gestion de l'État* » (Cour EDH, GC, 13 février 2003, **Refah Partisi (Parti de la Prospérité) et al.** c. Turquie, *Rec.* 2003-I, §103 ; *GACEDH*, n° 57, *RFDC*, 2004, 207, note M. Levinet ; *JDI*, 2004, 712, note E. Decaux). Voir également parmi d'autres arrêts : Cour EDH, 8 avril 2003, **M.M. c. Pays-Bas**, req. 39339/98, §36 ; Cour EDH, 17 juillet 2003, **Craxi (n° 2)** c. Italie, req. 25337/94, §68 ; *JCP G*, 2004, I, 107, n° 12, obs. F. Sudre ; Cour EDH, 9 juin 2005, **Fadeïeva** c. Russie, *Rec.* 2005-IV, §89 ; Cour EDH, 3 juin 2003, **Pantea** c. Roumanie, *Rec.*, 2003-VI, §177 ; *D.*, 2003, 2268, obs. J.-F. Renucci ; *JCP G*, 2003, I, 160, n° 2, obs. F. Sudre ; Cour EDH, 26 avril 2011, **Enukidze et Girgvliani** c. Georgie, req. 25091/07, §279 et s. ; Cour EDH, 8 septembre 2011, **Oshurko** c. Ukraine, req. 33108/05, §65 ; Cour EDH, Déc., 20 septembre 2011, **Verein gegen tierfabriken** c. Suisse, req. 48703/08 ; Cour EDH, GC, 17 janvier 2012, **Stanev** c. Bulgarie, *Rec.* 2012-..., §123. Elle utilise fréquemment les termes d'attribution ou d'imputation en matière de juridiction extraterritoriale (Cour EDH, GC, 18 décembre 1996, **Loizidou** c. Turquie (fond), *Rec.* 1996-VI, §49 et s. ; *JDI*, 1997, 273, obs. P. Tavernier ; *RTDH*, 1998, 102, obs. J.-P. Cot ; *RGDIP*, 1998, 123, obs. G. Cohen-Jonathan ; Cour EDH, GC, 8 avril 2004, **Assanidzé** c. Géorgie, *Rec.* 2004-II, §144 et s. ; *RGDIP*, 2004, 742, chron. Ph. Weckel ; *JDI*, 2005, 469, obs. M. Eudes ; *Europe*, 2004, 10, 32, obs. I. Kitsou-Milounas ; *JDE*, 2005, 120, 168, obs. F. Krenc ; *RTDH*, 2005, 767, note G. Cohen-Jonathan ; Cour EDH, GC, 7 juillet 2011, **Al-Jedda** c. Royaume-Uni, *Rec.* 2011-..., §74 et s. ; *RGDIP*, 2011, 983, obs. C.-A. Chassin ; *RTDH*, 2012, 647, obs. I. Panoussis ; *JDI*, 2012, chron. 6, obs. M. Boumghar ; Cour EDH, GC, 7 juillet 2011, **Al-Skeini et al.** c. Royaume-Uni, *Rec.* 2011-..., §138 ; *RGDIP*, 2012, 62, obs. P.-F. Laval ; *RTDH*, 2012, 647, obs. I. Panoussis ; *JDI*, 2012, chron. 6, obs. A. Schill).

d'agir. Dans le premier cas, ils estiment que l'on est en présence d'une obligation négative, dans le second, dans celui d'une obligation positive.

390. Dans le premier cas, la Cour juge que le fait illicite est imputable à l'État en raison de son action¹⁰⁷⁹. Dans cette hypothèse, elle recherche si « *les autorités d'un État contractant approuvent, formellement ou tacitement, les actes de particuliers violant dans le chef d'autres particuliers soumis à sa juridiction les droits garantis par la Convention* »¹⁰⁸⁰. Il peut s'agir d'une approbation en amont ou en aval de l'acte individuel.

En amont, la Cour retient ce cas de figure si un organe de l'État a apporté une aide matérielle ayant permis l'atteinte au droit¹⁰⁸¹. Elle a jugé dans ce sens dans une affaire où les requérants, membres d'une secte, avaient été remis par la police à leur famille avec l'instruction « *de les interner, sur une base volontaire pour les personnes majeures, dans un centre psychiatrique pour qu'ils retrouvent leur équilibre psychique* » (§29). Ils avaient ensuite été enfermés dans des chambres d'hôtel « *sous la surveillance de personnes engagées à cet effet, dont une restait en permanence dans chaque chambre, et ils ne furent pas autorisés à en sortir pendant les trois premiers jours* » (§29). Les requérants avaient donc été maintenus prisonniers par des personnes privées mais la Cour avait estimé que « *sans la collaboration active des autorités catalanes, la privation de liberté n'aurait pas pu avoir lieu* »¹⁰⁸². La Cour juge de même lorsque l'enregistrement

¹⁰⁷⁹ Il ne faut pas confondre cette hypothèse avec celle de la complicité (D. ANZILOTTI, « La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers », *RGDIP*, 1906, p. 15-15 ; R. AGO, « Le délit international », *op. cit.*, p. 474-475 ; O. de FROUVILLE, « Attribution of Conduct to the State – Private individuals », *op.cit.*, p. 275-277).

¹⁰⁸⁰ Cour EDH, GC, 10 mai 2001, **Chypre c. Turquie**, *Rec.* 2001-IV, §81 ; *RTDH*, 2002, 807, obs. P. Tavernier ; *JCP G*, 2001, I, 342, n° 7, obs. F. Sudre 2789 ; *JDI*, 2002, 289, obs. E. Delaplace ; Cour EDH, GC, 8 juillet 2004, **Ilaşcu et al. c. Moldavie et Russie**, *Rec.* 2004-VII, §318 ; *GACEDH*, n° 70, *JDI*, 2005, 472, obs. O. de Frouville ; *RDP*, 2005, 759, obs. F. Sudre ; *RGDIP*, 2004, 1036, obs. Ph. Weckel ; *JDE*, 2005, 120, 168, obs. F. Krenc ; *RTDH*, 2005, 767, note G. Cohen-Jonathan ; *EDL*, 2005, n° 15, 5, obs. F. Benoît-Rohmer ; *RGDIP*, 2005, 581, note I. Petculescu. La Cour IADH adopte une démarche similaire dans ce cas de figure. (Cour IADH, Fond et réparations, 15 juillet 2004, **19 commerçants**, *préc.*, §140-141).

¹⁰⁸¹ Elle ne retient pas l'existence d'une telle aide matérielle en l'absence de preuves suffisantes dans l'affaire *Craxi* n° 2 « *In these circumstances, the Court reaches the conclusion that the divulging of the conversations through the press is not a direct consequence of an act of the Public Prosecutor, but is likely to have been caused either by a malfunction of the registry or by the press obtaining the information from one of the parties to the proceedings or from their lawyers* » (§72). Elle décide donc d'identifier une obligation positive (Cour EDH, 17 juillet 2003, **Craxi** (n° 2), *préc.*, §73).

¹⁰⁸² Cour EDH, 14 octobre 1999, **Riera Blume et al. c. Espagne**, *Rec.* 1999-VII, §35 ; *JDE*, 2000-66, 34, chron. P. Lambert.

d'une conversation téléphonique par une personne privée avait été suggéré et organisé par la police¹⁰⁸³, ou encore lorsque la publication d'une photo de la requérante « prise pour les besoins d'un dossier officiel, avait été fournie par la presse par la garde des finances »¹⁰⁸⁴.

Aussi bien en amont qu'en aval du fait générateur de l'atteinte au droit, la Cour peut considérer que « le droit interne en vigueur à l'époque (...) a rendu licite le traitement dont se plaignent les intéressés »¹⁰⁸⁵, soit parce que la législation permet explicitement la restriction au droit soit qu'elle ne protège pas suffisamment et ne permet pas la sanction d'une telle restriction.

Et enfin en aval, l'État peut être considéré comme ayant approuvé la violation en ce que « le droit interne », tel qu'interprété par les tribunaux nationaux, « légitime (...) le traitement dont se plaignent » les requérants¹⁰⁸⁶, en ne le sanctionnant pas.

391. Dans le second cas, la Cour estime que l'État est responsable en raison de son inaction. Dans certaines affaires, elle commence par démontrer que les faits litigieux ne peuvent être attribués à l'État¹⁰⁸⁷. Par exemple parce que l'État « ne possédait, ne contrôlait ni n'exploitait l'aciérie Severstal à l'époque des faits »¹⁰⁸⁸, ou encore du fait que la négligence en cause était celle d'une clinique privée¹⁰⁸⁹, ou que « l'Église catholique », tout comme « l'Église mormone » et « l'Église protestante de Bade, en dépit de son statut de personne morale de droit public en droit allemand, n'exerce aucune prérogative de puissance publique »¹⁰⁹⁰, ou encore que « la mesure

¹⁰⁸³ Cour EDH, 8 avril 2003, **M.M.**, *préc.*, §37 et s.

¹⁰⁸⁴ Cour EDH, 11 janvier 2005, **Sciaccia** c. Italie, *Rec.* 2005-I, §28 ; *JCP G*, 2005, 1451, chron. F. Sudre.

¹⁰⁸⁵ Cour EDH, Plén., 13 août 1981, **Young, James et Webster** c. Royaume-Uni, A 44, §49 ; *CDE*, 1982, 226, chron. G. Cohen Jonathan ; *JDI*, 1982, 220, obs. P. Rolland.

¹⁰⁸⁶ Cour EDH, 28 juin 2001, **VgT Verein Gegen Tierfabriken** c. Suisse, *Rec.* 2001-VI, §47 ; *RTDH*, 2002, 1035, obs. P.-F. Docquir. ; Cour EDH, 16 décembre 2008, **Khurshid Mustafa et Tarzibachi**, *préc.*, §34. Implicite dans Cour EDH, 8 décembre 2009, **Aguilera Jimenez et al.** c. Espagne, req. 28389/06 et *al.*, §25 et s. ; *JCP G*, 2010, 70, chron. F. Sudre ; *RTDH*, 2010, 733 note D. Voorhoof et J. Englebert ; *D.*, 2010, 1456, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly.

¹⁰⁸⁷ Ainsi, un acte commis par agent de police en dehors de l'exercice de ses fonctions, durant un voyage à titre privé, ne peut être attribuable à l'État (Cour EDH, 12 janvier 2012, **Gorovenky et Bugara** c. Ukraine, req. 36146/05 et 42418/05, §31).

¹⁰⁸⁸ Cour EDH, 9 juin 2005, **Fadeïeva**, *préc.*, §89.

¹⁰⁸⁹ Cour EDH, 15 novembre 2007, **Benderskiy** c. Ukraine, req. 22750/02, §60.

¹⁰⁹⁰ Cour EDH, 23 septembre 2010, **Schüth** c. Allemagne, *Rec.* 2010-..., §54 ; *RTDH*, 2011, 375, note G. de Beco ; *JCP G*, 2010, 1006, Act. M. Levinet ; *D.*, 2011, 1637, obs. J.-P. Marguénaud et J. Mouly ; *JDI*, 2011, 1347, obs. A. Schill ; Cour EDH, 23 septembre 2010, **Obst** c. Allemagne, req. 425/03, §40 ; *RTDH* 2011, 375, note G. de Beco ; *JCP G* 2010, act. 1006, obs. M. Levinet ; *D* 2011, 1637, obs. J.-P. Marguénaud et J. Mouly ; Cour EDH, 3 février 2011, **Siebenhaar** c. Allemagne, req. 18136/02, §37 ; *D* 2011, 1637, obs. J.-P. Marguénaud et J. Mouly La Cour applique ici

contestée par les requérants, à savoir leur licenciement, n'a pas été prise par une autorité étatique, mais par une société privée »¹⁰⁹¹. En conséquence elle affirme que l'atteinte au droit ne découle pas d'« une intervention directe de l'État »¹⁰⁹², ou, autrement dit, que « les autorités n'ont aucune responsabilité directe »¹⁰⁹³ dans la restriction des droits du requérant. Elle conclut que l'État, en vertu de ses obligations positives, se devait néanmoins d'intervenir afin d'assurer la jouissance des droits conventionnels contre les atteintes provenant de tiers.

392. Ainsi, la Cour détermine la nature de l'obligation en jeu en fonction de la nature du fait étatique. Il n'y a pourtant aucun lien systématique entre les deux. Comme l'explique H. Dipla, « au fond, ce qui compte c'est d'établir que de tels actes sont susceptibles d'engager la responsabilité de l'État. Que celui-ci soit "directement" ou "indirectement" responsable importe peu, pourvu que l'individu dont les droits auront été violés par d'autres individus puisse obtenir satisfaction au niveau national d'abord, au niveau international ensuite »¹⁰⁹⁴. Ainsi, la proposition formulée par certains auteurs de rechercher si l'État est « l'auteur d'une "violation originelle" qui aurait permis consécutivement une violation par un particulier »¹⁰⁹⁵, afin de déterminer si l'État

une jurisprudence de la Commission qui avait considéré l'Église de Suède comme une organisation non gouvernementale au sens de l'article 34 CEDH (ancien article 25 CEDH), du fait qu'en dépit de son statut de personne morale de droit public, elle n'exerçait pas de prérogatives de puissance publique (ComEDH, Déc., 11 avril 1996, **Finska Församlingen i Stockholm et Teuvo Hautaniemi** c. Suède, req. 24019/94, D.R. 85-B, p. 96).

¹⁰⁹¹ Cour EDH, GC, 12 septembre 2011, **Palomo Sánchez et al.** c. Espagne, Rec. 2011-..., §60 ; JCP G 2011, 1056, zoom G. Gonzalez.

¹⁰⁹² Cour EDH, GC, 25 avril 1996, **Gustafsson** c. Suède, Rec. 1996-II, §45 ; JCP G 1997, I, 4000, n° 40, obs. F. Sudre ; D 1997, jur., p. 363, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly ; Cour EDH, GC, 11 janvier 2006, **Sørensen et Rasmussen** c. Danemark, Rec. 2006-I, §57 ; Dr. soc. 2006, 1022, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly ; RTDH 2006, 787, obs. F. Krenc ; Cour EDH, 10 janvier 2012, **Di Sarno et al.** c. Italie, req. 30765/08, §109 ; Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF, 11 janvier 2012, obs. N. Hervieu ; Cour EDH, GC, 15 mars 2012, **Aksu** c. Turquie, req. 4149/04 et 41029/04, §61. La Cour peut cependant invoquer ce même argument pour imputer l'acte à l'État, sans préciser ensuite si elle se positionne sur le terrain d'une obligation positive ou sur celui d'une ingérence (Cour EDH, 20 avril 1993, **Sibson** c. Royaume-Uni, A 258-A ; RTDH 1993, 587, note M. Leclercq, §27).

¹⁰⁹³ Cour EDH, 6 mai 2003, **Appleby et al.** c. Royaume-Uni, req. 44306/98, §41 ; Cour EDH, 10 mai 2012, **Frasila et Ciocirlan** c. Roumanie, req. 25329/03, §58. La Cour adopte des formules similaires dans tous les arrêts cités plus haut.

¹⁰⁹⁴ H. DIPLA, *La responsabilité de l'État pour violation des droits de l'homme, problèmes d'imputation*, Pedone, 1994, p. 63-64. Cette indifférence quant à la qualification du fait étatique est bien illustrée dans l'affaire Cour EDH, GC, 8 juillet 2003, **Hatton et al.** c. Royaume-Uni, Rec. 2003-VIII, §119 ; JCP G 2004, I 107, chron. F. Sudre ; RTDciv. 2003, 762, obs. J.-P. Marguénaud.

¹⁰⁹⁵ V. VAN DER PLANCKE et N. VAN LEUVEN, « La privatisation du respect de la Convention européenne des droits de l'homme : faut-il reconnaître un effet horizontal généralisé ? », *CRIDHO Working Paper*, 2007/03, p. 19, note 104.

engage sa responsabilité en raison de son action ou de son inaction, paraît peu pertinente. Ce critère pourrait éventuellement trouver à s'appliquer lorsqu'est en cause un acte matériel commis par un agent de l'État ayant permis l'atteinte consécutive au droit par une personne privée¹⁰⁹⁶. Il est cependant inopérant dans la mesure où il est toujours possible de considérer que l'État, de par une carence législative, parce que la législation permet explicitement la violation ou du fait de son caractère insuffisamment protecteur, puisse être considéré comme « l'auteur d'une "violation originelle" ». En outre, ce critère, en ce qu'il concerne la détermination du comportement de l'État, action ou omission, ne renseigne pas sur la nature de l'obligation en cause.

393. En effet, il est ici question de l'attribution du fait illicite à l'État et, malgré ce que semble affirmer la Cour, le choix à ce stade de se placer sur le terrain d'une ingérence ou sur celui d'une obligation positive n'emporte aucune conséquence sur le contenu de l'obligation en jeu. Ainsi, dans les exemples précités, que la Cour annonce contrôler une obligation positive ou une ingérence, le contenu de l'obligation en jeu peut être exactement le même. Il peut s'agir d'une obligation procédurale à la charge des juridictions nationales d'assurer le juste équilibre entre les intérêts en jeu¹⁰⁹⁷, ou encore d'une obligation d'adopter une législation¹⁰⁹⁸. Ainsi, dans ces cas de figure, la technique des obligations positives sert à attribuer le fait illicite à l'État davantage qu'à indiquer si l'obligation primaire en jeu prescrit une action.

En cas d'effet vertical de la Convention, la Cour peut également apprécier le

¹⁰⁹⁶ V. les exemples donnés *supra*. dans ce A.

¹⁰⁹⁷ Vu sous l'angle des obligations positives : Cour EDH, 25 juillet 2002, **Sovtransavto Holding** c. Ukraine, *Rec.* 2002-VII, §96 ; *JCP G*, 2003, I, 109, n° 24, obs. F. Sudre ; Cour EDH, 12 juin 2003, **Van Kück** c. Allemagne, 2003-VII, §75 ; *RTDciv.*, 2004, 361, obs. J.-P. Marguénaud ; *RDC* 2004, 788, obs. A. Debet ; Cour EDH, 15 novembre 2007, **Benderskiy**, *préc.*, §60 ; Cour EDH, GC, 11 janvier 2007, **Anheuser-Busch Inc** c. Portugal, *Rec.* 2007-I, §83 ; *RJC*, 2008, 4, 271, chron. J.-F. Flauss ; Cour EDH, 8 janvier 2009, **Schlumpf** c. Suisse, req. 29002/06, §107 ; *AJDA*, 2009, 872, chron. J.-F. Flauss ; Cour EDH, 23 septembre 2010, **Schüth**, *préc.*, §54 ; Cour EDH, 23 septembre 2010, **Obst**, *préc.*, §40 ; Cour EDH, 3 février 2011, **Siebenhaar**, *préc.*, §37 ; Cour EDH, GC, 12 septembre 2011, **Palomo Sánchez et al.**, *préc.*, §61 ; Cour EDH, Déc., 5 octobre 2010, **Köpke** c. Allemagne, req. 420/07. Vu sous l'angle d'une ingérence : Cour EDH, 28 juin 2001, **Vgt Verein Gegen Tierfabriken**, *préc.*, §47 ; Cour EDH, 16 décembre 2008, **Khurshid Mustafa et Tarzibachi**, *préc.*, §34 ; Cour EDH, 8 décembre 2009, **Aguilera Jimenez et al.**, *préc.*, §25 et s.

¹⁰⁹⁸ Vu sous l'angle des obligations positives : Cour EDH, 26 mars 1985, **X et Y** c. Pays-Bas, A 91, §25 et s. ; *Rev. sc. crim.*, 1985, 629, obs. L.-E. Pettiti ; *JDI*, 1986, 1082, chron. P. Rolland et P. Tavernier ; *CDE*, 1988, 462, chron. G. Cohen-Jonathan ; Cour EDH, 22 octobre 1996, **Stubbings et al.** c. Royaume-Uni, *Rec.* 1996-IV, §63-65 ; *RTDH*, 1998, 781, obs. J. Sace ; Cour EDH, 23 septembre 1998, **A.** c. Royaume-Uni, *Rec.* 1998-VI, §24 ; *JCP G*, 1999, I, 105, n° 11, obs. F. Sudre ; Cour EDH, 4 décembre 2003, **M.C.** c. Bulgarie, *Rec.* 2003-XII, §153 ; *RTDciv.*, 2004, p. 364, obs. J.-P. Marguénaud ; *JCP G*, 2004, I, 107, n° 1, obs. F. Sudre ; Cour EDH, 2 décembre 2008, **K.U.** c. Finlande, *Rec.* 2008-..., §42-46 ; *JCP G*, 2009, I, 104, chron. F. Sudre. Vu sous l'angle de l'ingérence : Cour EDH, Plén., 13 août 1981, **Young, James et Webster**, *préc.*, §49.

comportement en jeu afin de déterminer si une obligation positive ou négative est en jeu.

B. En cas d'effet vertical de la Convention

394. Lorsque l'atteinte au droit provient directement de l'action ou de l'inaction d'un organe étatique, sans l'intermédiaire d'une personne privée, le comportement est clairement attribuable à l'État. La Cour prend cependant parfois la peine de préciser la qualité d'organe étatique de l'auteur de l'atteinte. Ainsi, elle estime « *qu'il n'est pas contesté que l'hôpital était un organisme public et que les actes et omissions de son personnel médical étaient susceptibles d'engager la responsabilité de l'État défendeur sur le terrain de la Convention* »¹⁰⁹⁹, ou que les actes de « *l'Université Catholique du Sacré-Cœur* » sont imputables à l'État dans la mesure où elle est définie dans son statut comme « *une personne juridique de droit public* » et que « *la compétence des juridictions administratives internes (tribunal administratif régional et Conseil d'État) pour trancher la question litigieuse élimine tout doute pouvant surgir quant à la nature publique de l'institution en cause* »¹¹⁰⁰.

395. La technique des obligations positives intervient au moment de déterminer si le comportement reproché est une action ou une abstention. Dans le cas où la Cour estime que le comportement étatique est une action, elle identifie la présence d'une ingérence. Si elle qualifie le fait étatique d'abstention elle choisit de se positionner sur le terrain d'une obligation positive. La technique des obligations positives peut être mobilisée en cas d'incertitude quant à l'existence d'une atteinte à un droit conventionnel (1), ou en cas d'absence de preuve de l'implication directe des organes de l'État (2).

¹⁰⁹⁹ Cour EDH, 9 mars 2004, **Glass** c. Royaume-Uni, *Rec.* 2004-II, §71 ; *JDI*, 2005, 516, note I. Moulier ; *RDP*, 2005, 3, 755, note C. Picheral.

¹¹⁰⁰ Cour EDH, 20 octobre 2009, **Lombardi Vallauri** c. Italie, req. n° 39128/05, §29 ; *JDI*, 2010, 1025, chron. E. Decaux et P. Tavernier ; *AJDA*, 2010, 4, 215, note F. Laffaille. De même, voir Cour EDH, 3 avril 2007, **Copland** c. Royaume-Uni, *Rec.* 2007-I, §39 ; *JCP G*, 2007, I, 182, chron. F. Sudre ; *RTDH*, 2009, 779, note F. Kéfer et S. Cornélis ; *JDI*, 2008, 808, note S. Despina. Se reporter également à l'affaire *Kotov*, dans laquelle la Chambre et la Grande Chambre sont parvenues à des conclusions opposées quant à la qualité d'organe de l'État d'un liquidateur. La Chambre a estimé que les actions du liquidateur pouvaient être attribuées à l'État et a donc mis en œuvre une obligation négative (Cour EDH, 14 janvier 2010, **Kotov** c. Russie, req. 54522/00, §52 et s.), alors que la Grande Chambre a jugé que les actions du liquidateur ne pouvaient être considérées comme un fait de l'État et a contrôlé en conséquence le respect d'une obligation positive (Cour EDH, GC, 3 avril 2012, **Kotov** c. Russie, req. 54522/00, §96 et s.).

1. La mobilisation des obligations positives en cas d'incertitude sur l'existence d'une atteinte à un droit conventionnel

396. La Cour décide de mobiliser une obligation négative lorsqu'elle identifie l'existence d'une « ingérence ». La définition de cette dernière est centrale puisqu'elle détermine le choix de la Cour de mobiliser une obligation positive ou négative. Tel que déjà précisé *supra*¹¹⁰¹, l'ingérence est une « *action de s'ingérer, immixtion* »¹¹⁰². Pour qu'il y ait ingérence, il faut donc être en présence d'un acte et non d'une omission d'un organe de l'État. Il faut cependant ajouter un deuxième élément, la nécessité que cet acte touche un droit conventionnel, pas d'« *immixtion* » possible, sans se situer dans le cadre de « *l'exercice* » d'un droit¹¹⁰³. Or dans de nombreux cas, le choix de la Cour de qualifier un comportement d'abstention ne tient pas tant à une absence d'action qu'au fait qu'elle émet des doutes soit sur la gravité de l'atteinte, soit sur le point de savoir si le fait étatique touche effectivement un droit conventionnel. Lorsque la Cour estime que le litige constitue clairement une atteinte à un droit elle n'hésite pas à constater l'existence de l'ingérence. Si tel n'est pas le cas, elle qualifie le fait étatique d'abstention et mobilise une obligation positive. La technique des obligations positives est alors mise en œuvre en cas de minimisation de l'atteinte et d'incertitude quant au contour du droit conventionnel.

397. Ce motif sous-jacent au choix d'identifier une obligation positive plutôt que négative dans une affaire donnée est le plus souvent implicite dans les arrêts de la Cour. Il est cependant clairement affiché dans l'arrêt de chambre *Dickson*¹¹⁰⁴. Le couple de requérants, dont l'homme était détenu et la femme ancienne détenue, s'était vu refuser la possibilité de bénéficier d'une insémination artificielle afin de concevoir un enfant. Après avoir rappelé qu'elle avait, dans des affaires antérieures, constaté l'existence d'ingérence en cas de refus de « *visites ordinaires* », de « *visites conjugales* » et de « *la possibilité d'assister à des enterrements* »¹¹⁰⁵, elle a jugé qu'une telle

¹¹⁰¹ V. *supra*, Partie 2, Chapitre 1, Section 1, n° 372.

¹¹⁰² *Nouveau Larousse encyclopédique*, Larousse, 1994, p. 804.

¹¹⁰³ Voir la formulation de l'article 8§2 CEDH « *Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit (...)* ».

¹¹⁰⁴ Cour EDH, 18 avril 2006, **Dickson et Dickson** c. Royaume-Uni, req. 44362/04, §30 ; *JCP G*, 2006, I, 164, chron. F. Sudre ; *RJPF*, 2006, 7, p.12, note E. Putman.

¹¹⁰⁵ *Ibid.*, §20. Visites ordinaires : Cour EDH, 28 septembre 2000, **Messina** c. Italie (n° 2), *Rec.* 2000-X, §62 ; *JDE*, 2001, 76, 34, chron. P. Lambert ; *Rev. sc. crim.*, 2201, 4, 881, chron. F. Tulkens. Visites conjugales : Cour EDH, 29 avril 2003, **Aliev** c. Ukraine, req. 41220/98, §168 ; *RDP*, 2004, 827, obs. M. Levinet ; *JDI*, 2004, 689, note E. Decaux ; *Europe*, 2003, 8, 34, note N. Deffains. Possibilité d'assister à des enterrements : Cour EDH, 12 novembre

ingérence ne pouvait être caractérisée en l'espèce. La Cour s'est justifiée de la manière suivante : *« la restriction litigieuse ne limite pas un droit général déjà établi dans l'environnement pénitentiaire (par exemple le contrôle des relations avec la famille et des visites) mais concerne plutôt le refus de l'État de prendre des mesures pour autoriser exceptionnellement quelque chose (la possibilité pour les détenus de concevoir des enfants) qui n'est pas déjà un droit ou une prétention généraux existants. La Cour considère dès lors que les requérants se plaignent en réalité de ce que l'État, en leur refusant l'accès à l'insémination artificielle, ait failli à remplir une obligation positive ».*

398. Or étant donnée la concision de la rédaction des articles conventionnels, l'appréciation de ce que la Cour estime entrer dans la cadre de l'exercice d'un droit conventionnel procède d'un choix subjectif. Pour s'en convaincre il suffit de se reporter à l'opinion dissidente des juges J. Casadevall et L. Garlicki dans ce même arrêt. Mettant en parallèle le litige en cause avec la question des refus de visite conjugale, qualifiés par la Cour d'ingérence, ils y expriment leur désaccord avec la majorité : *« il n'y a aucune raison de présumer une différence de nature entre l'interdiction des visites conjugales et le déni d'accès à l'insémination artificielle. Les deux restrictions ont le même effet « antiprocréationniste » et devraient être appréciées dans le cadre des "obligations négatives". En conséquence, la marge d'appréciation pour les décisions relatives à l'insémination artificielle ne saurait être plus ample que pour les décisions sur les visites conjugales ».* Les deux juges, en dénonçant la position adoptée dans l'arrêt mettaient également en lumière les raisons du choix de mobiliser une obligation positive en l'espèce, à savoir le souhait de conférer une large marge d'appréciation aux autorités britanniques. En effet, la technique des obligations positives est mobilisée dans ces affaires afin de définir les contours du droit et corrélativement des obligations étatiques¹¹⁰⁶. L'incertitude quant au champ d'application *ratione materiae* des droits revendiqués justifie pour la Cour de laisser une plus grande liberté à l'État. La

2002, **Ploski** c. Pologne, req. 26761/95, §32. Le refus opposé à un détenu de visiter sa fille mourante à l'hôpital a également été qualifié d'ingérence ; Cour EDH, 29 novembre 2011, **Giszcak** c. Pologne, req. 40195/08, §26-27.

¹¹⁰⁶ Selon le professeur O. de Schutter, en cas de contrôle d'une obligation positive *« la question de savoir si une ingérence a été commise ne fait pas l'objet d'une analyse distincte de la question de savoir si le droit revendiqué existe en effet c'est à dire s'il a l'extension prévue par le requérant »* (O. de SCHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américains et européens*, op. cit., p. 369). De même voir B. MOUTEL, *L'« effet horizontal » de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français. Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, op. cit., p. 162 et s. Les arrêts suivants constituent des illustrations intéressantes : Cour EDH, 19 février 1996, **Gül**, préc. ; Cour EDH, 28 novembre 1996, **Ahmut** c. Pays-Bas, Rec. 1996-VI, §61 et s. ; Cour EDH, 21 décembre 2001, **Şen** c. Pays-Bas, req. 31465/96, §29 et s. ; AJDA, 2001, 1072, chron. J.-F. Flauss).

formule adoptée par la Cour dans l'affaire *Rees*, est très parlante à cet égard : « *il échet de se prononcer sur l'existence et la portée de pareilles obligations "positives" car le simple refus de modifier le registre des naissances, ou d'en fournir des extraits dont la substance et la nature diffèrent des siennes, ne saurait passer pour une ingérence* »¹¹⁰⁷.

399. On retrouve le même emploi des obligations positives que décrit *infra*¹¹⁰⁸. La Cour peut choisir de mobiliser une obligation positive en invoquant que, par nature, ces obligations impliquent d'accorder une large marge nationale d'appréciation aux États. Mais ici le chemin employé est différent. La Cour invoque non le contenu de l'obligation mais la nature du comportement étatique qu'elle qualifie d'abstention afin de justifier de se placer sur le terrain d'une obligation positive. Le but recherché est cependant le même, accorder une large marge nationale d'appréciation dans des cas où la Cour estime que le droit en cause n'est pas *a priori* protégé par la Convention, et que l'obligation corrélative n'est donc pas nécessairement à la charge de l'État. La frontière entre les deux catégories d'obligations est donc établie en fonction de la frontière posée par la Cour entre ce qui est considéré comme une atteinte au droit jugée acceptable ou non et corrélativement de ce qui doit être exigible ou non de l'État dans une société démocratique¹¹⁰⁹.

400. La Cour adopte cette méthodologie dans plusieurs affaires. Ainsi, elle estime qu'un refus de changement de nom patronymique « *ne saurait (...) nécessairement passer pour une ingérence dans l'exercice du droit de l'intéressé au respect de sa vie privée, comme l'aurait été, par exemple, l'obligation de changer de patronyme* »¹¹¹⁰. De même, la Cour conclut à l'absence d'ingérence en cas de refus des autorités étatiques de donner accès à certaines informations¹¹¹¹ ou encore de refus d'assimiler la Kafala à une adoption¹¹¹².

¹¹⁰⁷ Cour EDH, Plén., 17 octobre 1986, *Rees*, préc., §106.

¹¹⁰⁸ V. *infra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, §2, B, n° 439.

¹¹⁰⁹ *Contra* voir : « *Relevant que les intéressés ont été privés d'un traitement de procréation médicalement assistée par l'effet d'une disposition de la loi qu'ils ont tenté en vain de contester devant les juridictions internes, la Cour traitera leur grief sous l'angle d'une ingérence dans l'exercice par eux de leur droit de recourir à des techniques de procréation artificielle* » (Cour EDH, GC, 3 novembre 2011, *S.H. et al.* c. Autriche, Rec. 2011-..., §88; Lettre « *Actualités Droits-Libertés* » du CREDOF, 6 novembre 2011, obs. N. Hervieu ; AJDA, 2012, 143, chron. L. Burgorgue-Larsen ; JCP G, 2012, 87, chron. F. Sudre.).

¹¹¹⁰ Cour EDH, 25 novembre 1994, *Stjerna*, préc., §38 ; Cour EDH, 6 septembre 2007, *Johansson*, préc., §29. Concernant des modifications orthographiques de noms : Cour EDH, 21 octobre 2008, *Güzel Erdagöz*, préc., §44 ; Cour EDH, 2 février 2010, *Kemal Taşkın et al.* c. Turquie, req. 30206/04 et *al.*, §46.

¹¹¹¹ Cour EDH, Plén., 7 juillet 1989, *Gaskin* c. Royaume-Uni, A 160, §41 ; JDI, 1990, chron. P. Tavernier ; RTDH, 1990, 361, obs. P. Lambert ; Cour EDH, 9 juin 1998, *McGinley et Egan* c. Royaume-Uni, Rec. 1998-III, §98 ; JCP G, 1999, I, 105, chron. F. Sudre.

¹¹¹² Cour EDH, 4 octobre 2012, *Harroudj* c. France, req. 43631/09, §47. « *Le Gouvernement exclut en revanche que*

En outre, la technique des obligations positives est mobilisée par la Cour en cas d'absence de preuve de l'implication directe des organes étatiques.

2. La mobilisation des obligations positives en cas d'absence de preuve de l'implication directe des organes étatiques

401. Le choix de mobiliser une obligation positive est opéré lorsqu'il y a une insuffisance de preuves quant à l'identité de l'auteur de l'atteinte. Ce cas de figure s'est souvent présenté dans les affaires de violations massives et systématiques des droits de l'homme. Dans ces arrêts, existait une pratique des autorités nationales visant à perpétrer des assassinats et disparitions forcées, le cas échéant avec l'aide de milices privées. Afin de contourner la difficulté voire l'impossibilité de prouver que les auteurs de l'atteinte étaient bien des autorités étatiques ou que l'atteinte avait été effectuée avec l'assentiment ou sur l'ordre de ces dernières, le juge strasbourgeois a engagé la responsabilité des États en cause du fait de leur inaction, estimant qu'ils n'avaient pas respecté leurs obligations positives visant à prévenir de tels actes, ou à les réparer en menant des enquêtes effectives. Les obligations positives jouent alors comme technique renforçant ou facilitant l'engagement de la responsabilité de l'État.

Dans le premier cas, elles s'ajoutent au constat de violation des obligations négatives. La Cour IADH, dans son premier arrêt, avait « *admis comme prouvé, que la disparition de M. Manfredo Velasquez a[vait] été le fait d'agents opérant sous le couvert d'une fonction publique* ». Elle ajouta cependant que même en l'absence d'un tel constat « *le fait que l'appareil d'État se soit abstenu d'agir, ce qui est pleinement vérifié, représente un manquement, imputable au Honduras, des devoirs contractés en vertu de l'article 1.1 de la Convention* »¹¹¹³.

Dans le second cas, les obligations positives servent de palliatif à l'absence de preuves

l'impossibilité d'adopter l'enfant Hind constitue une « ingérence » dans la vie familiale de la requérante. La Cour partage cet avis. Elle observe à cet égard que la requérante ne se plaint pas d'obstacle majeur dans le déroulement de sa vie familiale mais qu'elle soutient que le respect de celle-ci impliquerait une assimilation de la kafala à une adoption plénière et donc à l'établissement d'un lien de filiation, ce que l'article 370-3 du code civil exclut dès lors que le pays d'origine de l'enfant interdit l'adoption. Dans ces conditions, elle juge plus approprié d'examiner le grief sous l'angle des obligations positives ».

¹¹¹³ Cour IADH, Fond, 29 juillet 1988, **Velásquez Rodríguez** c. Honduras, C 4, §182 ; *RGDIP*, 1990, 455, obs. G. Cohen-Jonathan. La version française provient de ce commentaire. Cour IADH, Fond, 20 janvier 1989, **Godínez Cruz** c. Honduras, C 5, §192.

permettant d'engager la responsabilité de l'État pour manquement à ses obligations négatives. Il est dans ce cas de figure plus facile d'engager la responsabilité de l'État du fait de son omission que du fait de son action. Dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, devant la CIJ, il était difficile de démontrer le rôle direct¹¹¹⁴, ou de connivence¹¹¹⁵ des autorités albanaise dans le mouillage d'un champ de mine ayant provoqué le naufrage d'un navire britannique. La responsabilité de l'Arménie a été néanmoins engagée en raison de son omission à prévenir les navires de la présence des mines dans le détroit. Comme l'a écrit le professeur F. Rigaux, « *the difference between such "knowledge" and "collusion" appears very thin* »¹¹¹⁶. Cependant, « *the court chose to condemn the respondent State for a mere crime of omission because it seemed the easier path to follow* »¹¹¹⁷. Des exemples similaires existent devant la Cour EDH¹¹¹⁸, soit en l'absence de preuve que l'acte a été directement commis par les autorités¹¹¹⁹, soit en l'absence de preuve que les personnes privées auteurs de l'acte avaient agi avec la connivence ou pour le compte des autorités¹¹²⁰.

Cependant, la Cour semble dépasser la confusion qu'elle opère entre imputation du fait à l'État et nature de l'obligation en cause, quand, dans certains cas, elle assimile ingérence et atteintes aux droits conventionnels.

¹¹¹⁴ « *S'il est vrai que le Gouvernement du Royaume-Uni n'a jamais abandonné la thèse selon laquelle l'Albanie aurait elle-même mouillé les mines, il faut constater qu'il ne s'est guère attaché à en démontrer le bien-fondé* » CIJ, Arrêt, 9 avril 1949, **Détroit de Corfou (fond)**, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Albanie, *Rec.* 1949, p. 15.

¹¹¹⁵ *Ibid.*, p. 16 et s.

¹¹¹⁶ F. RIGAUX, « International Responsibility and the Principle of Causality », in M. RAGAZZI (ed.), *Essays in Memory of O. SCHACHTER, International Responsibility Today*, Brill, 2005, p. 85.

¹¹¹⁷ *Ibid.* De même voir CIJ, Arrêt, 26 février 2007, **Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide**, Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro, *Rec.* 2007, p. 43 ; *RGDIP*, 2007, 305, note Ph. Weckel ; *AFDI*, 2007, 279, obs. O. Corten ; *AFDI*, 2007, 280, obs. E. Savarese.

¹¹¹⁸ La Cour IADH semble en revanche réticente à conclure à la violation d'une obligation positive en l'absence de preuve de violation des obligations négatives de l'État. Dans ce cas de figure, elle ne contrôle pas le respect des obligations positives : Cour IADH, Fond, 15 mars 1989, **Fairén Garbi et Solís Corrales** c. Honduras, C 6, §161). La pratique de la Cour IADH est toutefois globalement « *délicate à saisir* » (P. JACOB, *L'imputation d'un fait à l'État en droit international de la responsabilité*, *op. cit.*, §258, voir aussi §599).

¹¹¹⁹ Cour EDH, 19 février 1998, **Kaya** c. Turquie, *Rec.* 1998-I, §78 ; Cour EDH, 2 septembre 1998, **Yaşa** c. Turquie, *Rec.* 1998-VI, §98 ; *JCP G*, 1999, I, 105, n° 2, obs. F. Sudre ; Cour EDH, 21 novembre 2000, **Demiray** c. Turquie, *Rec.* 2000-XII, §44.

¹¹²⁰ Cour EDH, 10 octobre 2000, **Akkoç** c. Turquie, *Rec.* 2000-X, §79 ; Cour EDH, 28 mars 2000, **Kılıç** c. Turquie, *Rec.* 2000-III, §68 ; Cour EDH, 28 mars 2000, **Mahmut Kaya** c. Turquie, *Rec.* 2000-III, §91 ; *JDE*, 2001, 76, 34, chron. P. Lambert.

§3. Une assimilation aléatoire entre ingérence et atteinte aux droits conventionnels

402. Le terme d'ingérence était initialement utilisé pour désigner uniquement les actions étatiques. Sa constatation était censée correspondre, du point de vue de la Cour, à l'examen d'obligations négatives¹¹²¹. Le juge affirmait par exemple que « *le Royaume-Uni ne peut être réputé avoir commis une "ingérence" dans l'exercice par les requérants de leur droit au respect de leur vie privée et familiale. La présente requête ne vise pas un acte de l'État, mais son omission alléguée de permettre aux requérants d'accéder à des informations* »¹¹²². Il semble toutefois que l'usage de cette terminologie ait évolué et que dans certaines affaires elle tend à viser l'existence d'une atteinte à un droit, de manière indifférente au comportement positif ou négatif adopté par les organes étatiques. En outre, le constat de l'existence d'une ingérence n'emporte plus systématiquement le contrôle d'une obligation négative.

403. Ainsi, dans l'affaire *Gül*, le requérant, ressortissant turc, s'était vu refuser par les autorités la possibilité de faire venir en Suisse son fils mineur resté en Turquie¹¹²³. La Cour commence par annoncer rechercher l'existence d'une « *ingérence des autorités helvétiques dans le droit du requérant garanti par l'article 8* »¹¹²⁴. Puis elle rappelle les obligations positives à la charge de l'État au titre de l'article 8, avant de conclure à l'absence d'ingérence¹¹²⁵. Cette motivation peut surprendre, elle est cependant compréhensible si l'on considère le terme « ingérence » comme désignant une atteinte à un droit conventionnel imputable aux autorités étatiques. Le raisonnement de la Cour consiste à rechercher si les droits conventionnels du requérant ont été touchés. Or tel que démontré *supra*, il faut alors étudier si l'on se situe dans le champ d'application *ratione materiae* du droit¹¹²⁶. La technique des obligations positives est alors mobilisée afin de définir les contours du droit. Il s'agit de savoir s'il existe une obligation étatique de délivrer une autorisation de séjour au fils de M. Gül et corrélativement un droit du requérant à obtenir le regroupement familial pour son enfant. La Cour répond par la négative à cette question et considère implicitement que les droits

¹¹²¹ V. *supra*, Partie 2, Chapitre 1, Section 1, n° 372.

¹¹²² Cour EDH, 9 juin 1998, *McGinley et Egan*, *préc.*, §98.

¹¹²³ Cour EDH, 19 février 1996, *Gül*, *préc.*

¹¹²⁴ *Ibid.*, §34.

¹¹²⁵ *Ibid.*, §38 et 43.

¹¹²⁶ V. *supra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, §2, B, 1, n° 398.

garantis par l'article 8 n'étant pas touchés, il ne peut y avoir ingérence¹¹²⁷.

404. Elle a ensuite, dans l'arrêt de Chambre de l'affaire *Öneryildiz*, affirmé qu'une omission étatique pouvait constituer une ingérence et clairement assimilé les termes ingérence et atteinte. Les juges ont estimé « *que l'accumulation des omissions des autorités administratives s'agissant de prendre toutes les mesures nécessaires pour empêcher la matérialisation du risque d'explosion de méthane donc du glissement de terrain qui en a résulté (...) va également à l'encontre de l'exigence d'une protection "concrète et effective" du droit garanti par l'article 1 du Protocole 1. Pareille situation s'analyse en une atteinte manifeste au droit du requérant au respect de ses "biens" et, aux fins de l'examen de cette partie de la requête, il convient de la qualifier d' "ingérence" »*¹¹²⁸. Quant à la Grande Chambre dans la même affaire¹¹²⁹ elle a rétabli la sémantique initiale du terme, en considérant au contraire que « *l'atteinte qui en résulte ne s'analyse pas en une "ingérence", mais en la méconnaissance d'une obligation positive, les agents et autorités de l'État n'ayant pas fait tout ce qui était en leur pouvoir pour sauvegarder les intérêts patrimoniaux du requérant »*¹¹³⁰. Pourtant elle a affirmé plus loin que « *pour ce qui est de l'indemnité accordée au titre du dommage matériel, il suffit d'observer que celle-ci demeure impayée, au mépris d'un jugement définitif (...), circonstance qui ne peut que s'analyser en une ingérence dans la jouissance d'un droit de créance acquis, lui aussi protégé par l'article 1 du Protocole n° 1 »*¹¹³¹. Elle admettait donc que l'inaction étatique, consistant en un défaut d'exécution d'une décision de justice, pouvait constituer une ingérence¹¹³².

405. Dans une autre affaire elle a jugé que « *la culpabilité de Firat Dink par la Cour*

¹¹²⁷ La Commission dans cette affaire avait adopté une approche classique et plus favorable au requérant en concluant à l'existence d'une ingérence. Constatant que « *a close link between the applicant and E. arises naturally from the relationship existing between a minor child and his parents* », elle conclut que le refus des autorités suisses de permettre au fils du requérant de rejoindre ses parents en Suisse constituait une ingérence dans les droits du requérants (ComEDH, Rapp., 4 avril 1995, *Gül* c. Suisse, req. 23218/94 ; §40 et 42).

¹¹²⁸ Cour EDH, 18 juin 2002, *Öneryildiz* c. Turquie, req. 48939/99, §145-146 ; *RTDH*, 2003, 279, obs. C. Laurent ; *JCP G*, 2002, I, 157, n° 23, obs. F. Sudre ; *D.*, 2002, somm. 2568, obs. C. Bisan ; *AJDA*, 2002, 1281, obs. J.-F. Flauss.

¹¹²⁹ Cour EDH, GC, 30 novembre 2004, *Öneryildiz* c. Turquie, *Rec.* 2004-XII ; *GACEDH*, n° 66 ; *AJDA*, 2005, 550, obs. J.-F. Flauss ; *JDE*, 2006, 116, 39, chron. P. Lambert ; *Europe*, 2005, 3, 28, note N. Deffains ; *JDI*, 2005, 506, obs. P. Tavernier.

¹¹³⁰ *Ibid.*, §135.

¹¹³¹ *Ibid.*, §137.

¹¹³² Elle jugé de même dans plusieurs affaires antérieures et postérieures à l'arrêt de Grande Chambre *Öneryildiz* : Cour EDH, 14 décembre 1999, *Antonakopoulos, Vortsela et Antonakopoulou* c. Grèce, req. 37098/97, §31 ; Cour EDH, 7 mai 2002, *Bourdov* c. Russie, *Rec.* 2002-III, §40 ; Cour EDH, 11 octobre 2011, *Beires Côte-Real* c. Portugal, req. 48225/08, §30 ; Cour EDH, 13 juillet 2010, *Kurić et al.* c. Slovénie, req. 26828/06, §361 ; *AJDA*, 2010, 2362, chron. J.-F. Flauss ; *D.*, 2011, 193, obs. J.-F. Renucci.

de cassation, prise isolément ou combinée avec l'absence de mesures protégeant celui-ci contre l'attaque des militants ultranationalistes, a constitué une ingérence dans l'exercice de son droit à la liberté d'expression protégé par le paragraphe 1 de l'article 10 »¹¹³³. La Cour affirme donc dans certaines affaires qu'une ingérence peut être constituée aussi bien par une action que par une omission étatique¹¹³⁴.

406. En outre, de manière encore plus éloignée de la signification initiale du terme ingérence, elle admet que cette dernière peut être constituée par le comportement d'une personne privée. Ainsi, la Cour a estimé dans des hypothèses d'effet horizontal indirect de la Convention que « les enfants et autres personnes vulnérables ont droit à la protection de l'État, sous la forme d'une prévention efficace les mettant à l'abri de formes aussi graves d'ingérence dans des aspects essentiels de leur vie privée »¹¹³⁵. De même, elle a affirmé que « les licenciements des requérants » par une entreprise privée constituaient « une ingérence dans l'exercice de leur droit à la liberté d'expression protégé par le paragraphe 1 de l'article 10 »¹¹³⁶. Ou encore, que « l'exclusion du requérant » et « l'annulation de son permis de chasse pour cause d'adhésion à une autre société de chasse » par une « personne morale de droit privé et d'utilité publique » lui a causé un « préjudice » et entraîne une « restriction » dans l'exercice de ses droits. « Partant, il y a eu ingérence dans le droit du requérant à la liberté d'association »¹¹³⁷. L'acception du terme ingérence est de plus en plus large pour tendre à être employé par la Cour dès lors qu'un droit conventionnel a été touché, quels que soient l'organe, public ou privé, et le comportement, action ou omission, à l'origine de l'atteinte

407. La Cour semble ici avoir entendu les recommandations formulées par certains juges et membres de la doctrine. Le juge L. Wildhaber avait ainsi exprimé en marge de l'arrêt

¹¹³³ Cour EDH, 14 septembre 2010, **Dink** c. Turquie, req. 2668/07 et al., §108 ; *Gaz. Pal.*, 2011, 61, 21, note C. Michalski.

¹¹³⁴ Dans l'affaire *Sisova et Koleva* la Cour juge que « l'impossibilité pour les requérantes d'obtenir ce qui leur était dû en exécution de ces décisions constitue une ingérence dans l'exercice de leur droit au respect des biens », puis « elle rappelle que selon sa jurisprudence, la non-exécution d'une décision judiciaire ou administrative reconnaissant un droit de propriété s'analyse en une ingérence au sens de la première phrase de cette disposition » (Cour EDH, 15 novembre 2011, **Sivova et Koleva** c. Bulgarie, req. 30383/03, §91). Voir aussi Cour EDH, 14 février 2012, **Romet** c. Pays-Bas, req. 7094/06, §37 et 43 (défaut d'invalidation d'un permis de conduire, alors que le requérant avait déclaré sa perte, ayant permis à des individus d'usurper l'identité du requérant).

¹¹³⁵ Requérante ayant subi des sévices sexuels commis par son père adoptif : Cour EDH, 22 octobre 1996, **Stubbings et al.**, préc., §55. Voir également Cour EDH, 16 juin 2005, **Storck**, préc., §100.

¹¹³⁶ Cour EDH, 8 décembre 2009, **Aguilera Jimenez et al.**, préc., §25.

¹¹³⁷ Cour EDH, Déc., 7 décembre 2010, **Ianopol** c. Roumanie, req. 9861/05, §35-37. A comparer avec l'affaire *Khurshid Mustafa et Tarzibachi*, qui concernait également une application de la Convention aux relations interindividuelles mais dans laquelle l'ingérence n'est pas le comportement individuel mais la décision de la Cour d'appel (Cour EDH, 16 décembre 2008, **Khurshid Mustafa et Tarzibachi**, préc., §36).

Stjerna qu'« il serait (...) préférable d'interpréter la notion d'"ingérence" de manière à couvrir des faits de nature à enfreindre une obligation imposée à l'État par l'article 8 par. 1 (art. 8-1), qu'elle soit négative ou positive »¹¹³⁸. Quant au professeur F. Sudre, il avait systématisé la jurisprudence européenne en écrivant que « la responsabilité de l'État pourra être engagée non seulement du fait de son ingérence "active" dans tel ou tel droit mais aussi du fait de la non-adoption des mesures positives que l'application concrète du droit réclamé, que nous nommerons ingérence passive »¹¹³⁹. Il apparaît cependant préférable d'utiliser le terme d'atteinte dans la mesure où celui d'ingérence implique par définition (v. *supra*), une connotation active que ne détient pas le terme d'atteinte. Ce dernier désigne en effet uniquement le résultat du comportement, à savoir le fait qu'un droit conventionnel ait été touché, et reste indifférent à la manière, du fait de l'action ou de l'inaction étatique, dont il aurait été touché.

408. Dans les cas de figure précités, la Cour est indifférente à la nature du comportement étatique à la source de la violation, et déconnecte donc la qualification de l'obligation de la nature du fait étatique. Ce qui compte est d'identifier une atteinte à un droit, justifiant la mise en œuvre des obligations étatiques. Elle peut ainsi affirmer que les « obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée (...) peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée et familiale et l'exigence que l'État mette en place un système de protection efficace des droits correspondants, qui s'applique en cas d'ingérences illicites tombant sous le coup de cette disposition »¹¹⁴⁰.

Au terme de cette section, il est possible de conclure que la définition de la frontière entre obligations positives et négatives ne peut être déduite de la nature active ou passive du comportement étatique. Une telle définition est d'ailleurs tout aussi introuvable en se fondant sur le contenu des obligations.

¹¹³⁸ Cour EDH, 25 novembre 1994, *Stjerna, préc.*, Opinion concordante du juge L. Wildhaber.

¹¹³⁹ F. SUDRE, « Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 369.

¹¹⁴⁰ Cour EDH, 16 octobre 2008, *Taliadorou et Stylianou c. Chypre*, req. 39627/05 et 39631/05.

SECTION 2 : Une qualification souvent indifférente au contenu de l'obligation en cause

409. Il a été évoqué *supra* les nombreuses incohérences visibles dans la jurisprudence des organes européens concernant le choix de mobiliser une obligation positive ou négative dans une affaire donnée. Ces incohérences s'expliquent par la difficile distinction, en pratique, entre obligations positives et négatives (§1). Si dans certaines affaires, le juge européen a justifié la nature positive d'obligations par la spécificité de leur contenu, l'argumentation employée est cependant contradictoire (§2). Dès lors, les hypothèses dans lesquelles la Cour ne qualifie pas les obligations contrôlées en terme positif ou négatif s'avèrent bienvenues (§3).

§1. Les obstacles au choix entre obligations positive et négative

410. En pratique, la distinction entre obligations positives et négatives s'avère difficile. Cette difficulté, inhérente à certaines obligations (A), est également liée à la pluralité des faits et obligations en jeu à laquelle est confrontée la Cour au sein d'un même litige (B).

A. La difficulté de qualifier certaines obligations en termes positif ou négatif

411. Afin de mettre en évidence la difficulté de qualifier certains obligations en termes positifs ou négatif sera utilisée la distinction entre obligations structurelles et obligations individuelles. Les premières désignent l'obligation de mettre en place un cadre normatif et procédural, les secondes l'obligation de mettre en œuvre ce cadre normatif et procédural¹¹⁴¹. Si la qualification des obligations individuelles en termes positif ou négatif s'avère hétérogène (1), elle devient impossible quand est en jeu une obligation structurelle (2).

¹¹⁴¹ Pour plus de précisions sur cette distinction voir *infra* Partie 3, Chapitre 2, n° 452.

1. Une qualification hétérogène en cas d'obligation individuelle

412. La qualification en termes positif ou négatif est aisée en cas d'obligations ayant une implication « physique » (a), elle est en revanche ardue en cas d'obligation d'adopter une décision administrative ou juridictionnelle conventionnelle (b).

a. Une qualification aisée en cas d'obligations ayant une implication « physique »

413. Pour les obligations exigeant une implication « physique » ou « concrète » de la part d'un agent étatique, le qualificatif « positif » ou « négatif » de l'obligation semble relever de l'évidence. Peut être qualifiée de négative l'obligation de ne pas prendre des mesures à l'encontre de la liberté d'expression. Cette obligation pourra être considérée comme étant en jeu lorsque l'État après avoir condamné pénalement un auteur, procède à la saisie, la confiscation et la destruction des ouvrages de ce dernier¹¹⁴². En vertu de l'article 3 CEDH, les agents étatiques ont l'obligation négative de ne pas commettre d'actes qualifiables de torture ou de traitements inhumains et dégradants¹¹⁴³. De même, il y a obligation négative lorsque l'État doit s'abstenir d'entraver le déroulement d'une manifestation légale par l'intervention de ses forces de sécurité. L'État, en application des obligations négatives précitées, doit éviter que ses agents entravent par une action physique la jouissance des droits conventionnels.

414. Quant aux obligations positives, elles peuvent être considérées en jeu lorsque l'État doit fournir des soins aux détenus¹¹⁴⁴, lorsqu'il doit prendre des mesures concrètes préventives afin d'éviter qu'un individu soit assassiné par une personne privée¹¹⁴⁵, ou encore lorsqu'il doit mener des enquêtes effectives. Ainsi, concernant des obligations de prendre ou de ne pas prendre des

¹¹⁴² Cour EDH, Plén., 7 décembre 1976, **Handyside** c. Royaume-Uni, A24 ; *GACEDH*, n° 7 ; *CDE*, 1978, 350, chron. G. Cohen-Jonathan ; *JDI*, 1978, 706, chron. P. Rolland.

¹¹⁴³ Selon la Cour, l'article 3 CEDH « peut être décrit en termes généraux comme imposant aux États une obligation essentiellement négative de s'abstenir d'infliger des lésions graves aux personnes relevant de leur juridiction » (Cour EDH, 29 avril 2002, **Pretty** c. Royaume-Uni, *Rec.* 2002-III, §50 ; *GACEDH*, n° 46 ; *JCP G*, 2002, I, 157, chron. F. Sudre ; *RJPF*, 2002, 7.8/11, 11, obs. E. Garaud ; Defrénois 2002, 1131, obs. Ph. Malaurie ; *RTDciv.*, 2002, 858, obs. J.-P. Marguénaud ; *RTDH*, 2003, 71, note O. De Schutter ; *JCP G*, 2003, II, 10062, note C. Girault).

¹¹⁴⁴ Cour EDH, 13 juin 2002, **Anguelova** c. Bulgarie, *Rec.* 2002-IV, §123 ; *JDI*, 2003, 539, chron. E. Decaux et P. Tavernier.

¹¹⁴⁵ Cour EDH, GC, 28 octobre 1998, **Osman**, *préc.*.

mesures concrètes, la frontière semble simple à établir¹¹⁴⁶.

En revanche pour d'autres catégories d'obligations, le choix devient beaucoup plus délicat. Selon la façon de les formuler, elles pourront tout aussi bien être qualifiées de positives que de négatives. Dans ces cas, la qualification donnée par la Cour n'influe en rien sur le contenu de l'obligation en cause.

b. Une qualification ardue en cas d'obligation d'adopter une décision administrative ou juridictionnelle conventionnelle

415. Comme le souligne le professeur B. Stern, la distinction entre obligations positive et négative « *ne paraît pas extrêmement pertinente, dans la mesure où toute obligation peut être exprimée positivement ou négativement : ainsi des juges ayant commis un déni de justice pourront être considérés comme ayant violé la règle leur imposant un certain comportement positif à l'égard des étrangers ou s'étant abstenus d'agir comme ils auraient dû le faire* »¹¹⁴⁷. Ce constat, vrai pour l'exemple du déni de justice, l'est également par extension à l'égard de toute décision juridictionnelle ou administrative portant atteinte à un droit conventionnel. Ainsi, dans ces hypothèses, il est indistinctement possible de considérer qu'est en jeu une obligation positive, celle de protéger les droits d'un individu, ou une obligation négative, celle de ne pas aller à l'encontre des droits conventionnels.

416. Lorsque la décision de justice vient prononcer une sanction pénale, la solution de la Cour est constante ; elle choisit de se placer sur le terrain des obligations négatives¹¹⁴⁸. En revanche, lorsqu'il s'agit d'un contentieux judiciaire ou administratif, les solutions sont pour le moins fluctuantes et la Cour navigue de l'une à l'autre au gré des affaires. Dans ces affaires sont en cause des obligations dites procédurales. Trois techniques sont utilisées par la Cour afin de dégager ce type d'obligation à partir de dispositions matérielles¹¹⁴⁹. Seule l'une d'entre elles est celle des

¹¹⁴⁶ Cependant, dans les exemples cités, il est parfois possible de considérer qu'une pluralité d'obligations entre en jeu, ce qui complique le choix de mobiliser une obligation positive ou négative (v. *infra*, Partie 2, Chapitre 1, Section 2, §1, B, n° 424 et s.).

¹¹⁴⁷ B. STERN, « Responsabilité internationale », in *Répertoire de droit international*, 2nd ed. Dalloz, Paris, 2004, vol. III, §62.

¹¹⁴⁸ Cour EDH, Plén., 7 décembre 1976, **Handyside**, *préc.*.

¹¹⁴⁹ Voir *supra* Partie 1, Chapitre 1, Section 1, §3, B, n° 125 et s.

obligations positives. Dans les deux autres cas, la Cour les consacre dans le cadre du contrôle classique de l'ingérence active, censé correspondre à une obligation négative. Dans ces hypothèses, elle contrôle l'existence de garanties procédurales, soit au stade de l'examen de la légalité de l'ingérence¹¹⁵⁰, soit à celui de la nécessité de cette dernière¹¹⁵¹. La Cour contrôle donc une obligation négative¹¹⁵².

417. Cependant, la Cour peut également choisir de qualifier ce type d'obligation de positive. Ainsi, dans l'affaire *Potomska et Potomski*, le juge a qualifié l'inscription de la propriété des requérants sur le registre des monuments historiques d'ingérence dans le droit garanti à l'article 1 du protocole 1 CEDH. Puis, après avoir estimé que cette disposition impliquait des obligations positives, il a précisé : « *This means, in particular, that States are under an obligation to provide a judicial mechanism for settling effectively property disputes and to ensure compliance of those mechanisms with the procedural and material safeguards enshrined in the Convention* »¹¹⁵³. Quelle que soit la voie empruntée, le type d'obligation en cause est la même, les États doivent mettre en œuvre un cadre procédural permettant d'assurer un contrôle juridictionnel en cas de violation alléguée des droits conventionnels.

418. Cette hésitation existe également concernant la qualification de ces obligations en cas d'effet horizontal indirect de la Convention. Le juge européen peut mobiliser une obligation négative estimant que « *le droit interne, tel que l'a interprété le Tribunal fédéral en dernier ressort, légitime (...) le traitement dont se plaint l'association requérante* »¹¹⁵⁴, ou sur une obligation positive, considérant qu'existe à la charge de l'État « *l'obligation de prévoir une procédure judiciaire qui soit entourée des garanties de procédure nécessaires et qui permette ainsi aux tribunaux*

¹¹⁵⁰ Cour EDH, GC, 4 mai 2000, **Rotaru** c. Roumanie, *Rec.* 2000-V, §59 ; *RTDH*, 2001, 137, obs. O de Schutter ; *JDI*, 2001, 203, obs. D. Leclercq-Delapierre ; *JCP G*, 2001, I, 291, chron. F. Sudre ; Cour EDH, GC, 16 février 2000, **Amann** c. Suisse, *Rec.* 2000-II, §60 ; *AJDA*, 2000, 1006, chron. J.-F. Flauss ; Cour EDH, 20 juin 2002, **Al-Nashif** c. Bulgarie, req. 50963/99, §123 ; Cour EDH, GC, 26 octobre 2000, **Hassan et Tchaouch** c. Bulgarie, *Rec.* 2000-XI, §85 ; *JCP G*, 2001, I, 291, chron. F. Sudre ; *JDI*, 2001, 211, obs. P. Tavernier ; *AJDA*, 2000, 1006, chron. J.-F. Flauss.

¹¹⁵¹ Cour EDH, Plén., 6 septembre 1978, **Klass et al.**, préc., §50 et 55 ; Cour EDH, 26 mars 1987, **Leander** c. Suède, A 116, §60 ; *JDI*, 1988, 858, obs. P. Rolland. ; Cour EDH, Plén., 8 juillet 1987, **W.**, préc., §62 ; Cour EDH, Plén., 8 juillet 1987, **B.**, préc., §63 ; Cour EDH, 24 février 1995, **McMichael**, préc., §87 ; Cour EDH, 27 mars 2008, **Chtoukatourov** c. Russie, *Rec.* 2008-..., 87 et s.

¹¹⁵² Ceci est dû au fait que dans ces affaires, la Cour définit le caractère positif ou négatif de l'obligation, non en fonction du contenu de cette dernière mais en procédant à une appréciation de l'atteinte, considérant qu'il y a existence d'une ingérence (v. *supra* Partie 2, Chapitre 1, Section 1, §2, B, 1, n° 396 et s.).

¹¹⁵³ Cour EDH, 29 mars 2011, **Potomska et Potomski**, préc., §74. Voir également Cour EDH, 20 septembre 2005, **Yeşilgöz**, préc., §28.

¹¹⁵⁴ Cour EDH, 28 juin 2001, **Vgt Verein Gegen Tierfabriken**, préc., §47.

nationaux de trancher efficacement et équitablement tout litige éventuel entre particuliers »¹¹⁵⁵.

419. Le même constat s'impose lorsqu'est en cause une décision administrative individuelle. Tel est le cas pour une mesure d'éloignement du territoire. La Cour peut soit choisir de contrôler une obligation négative, en considérant que ladite mesure va à l'encontre des droits garantis à l'article 3¹¹⁵⁶, ou 8 CEDH¹¹⁵⁷, soit une obligation positive en estimant qu'est en cause, au titre de l'article 4 CEDH, « *l'obligation positive de l'État de prévenir le réenrôlement dans le réseau de prostitution* » dans le pays de renvoi¹¹⁵⁸. De même, une décision de refus d'enregistrement d'un syndicat a pu être contrôlée sous l'angle d'une obligation positive, la Cour jugeant qu'elle devait rechercher « *si, en raison du refus d'enregistrer un syndicat* », l'État avait manqué « *à son obligation positive de garantir aux requérants en droit interne la jouissance de ces droits* »¹¹⁵⁹.

La qualification des obligations structurelles en termes positif ou négatif n'est pas davantage possible.

2. Une qualification impossible concernant les obligations structurelles

420. Lorsque l'atteinte à un droit est la conséquence d'une norme interne, l'obligation peut alors être formulée de deux façons différentes.

Selon la première, l'État a l'obligation d'adopter des normes afin d'assurer l'effectivité des droits conventionnels ; il sera alors choisi de mobiliser une obligation positive. La Cour a opté pour cette solution afin d'établir qu'il résulte « *des obligations positives inhérentes à un "respect" effectif de la vie familiale* » que l'État doit prévoir « *l'existence en droit national d'une protection juridique* »

¹¹⁵⁵ Cour EDH, 25 juillet 2002, **Sovtransavto Holding**, *préc.*, §96. Se reporter également aux affaires Cour EDH, 12 juin 2003, **Van Küick**, *préc.*, §75 ; Cour EDH, GC, 11 janvier 2007, **Anheuser-Busch Inc**, *préc.*, §83 ; Cour EDH, 8 janvier 2009, **Schlumpf**, *préc.*, §107 ; Cour EDH, 20 septembre 2011, **Shesti Mai Engineering OOD et al.** c. Bulgarie, req. 17854/04, §79 ; Cour EDH, GC, 15 mars 2012, **Aksu**, *préc.*, §61.

¹¹⁵⁶ Cour EDH, Plén., 20 mars 1991, **Cruz Varas et al.** c. Suède, A 201, §74 et s. ; **RUDH**, 1991, 205, note G. Cohen-Jonathan ; **JDI**, 1992, 783, obs. P. Tavernier ; Cour EDH, 30 octobre 1991, **Vilvarajah et al.** c. Royaume-Uni, A 215, §107 et s. ; **RTDH**, 1993, 411, obs. M. Bossuyt et I. Lammerant.

¹¹⁵⁷ Cour EDH, 26 mars 1992, **Beldjoudi** c. France, A 234-A, §67 et s. ; **RTDH**, 1993, 449, note J.-Y. Carlier ; **JDI**, 1993, 723, obs. E. Decaux ; **JCP G**, 1993, I, 3654, n° 22, chron. F. Sudre .

¹¹⁵⁸ Cour EDH, Déc., 29 novembre 2011, **V.F.** c. France, req. 7196/10 ; *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 15 décembre 2011, obs. N. Hervieu.

¹¹⁵⁹ Cour EDH, 31 janvier 2012, **Sindicatul « Păstorul cel Bun »** c. Roumanie, req. 2330/09, §58.

rendant possible dès la naissance l'intégration de l'enfant dans sa famille »¹¹⁶⁰, ou encore afin de déterminer si ce même article « entraîne, pour l'Irlande, l'obligation positive d'instaurer des mesures qui autoriseraient le divorce »¹¹⁶¹. De la même manière, dans une configuration d'effet horizontal indirect de la Convention, elle peut estimer que sont en jeu des « obligations positives » pouvant « impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux »¹¹⁶², par exemple l'« obligation positive de punir le viol et d'enquêter sur les cas de viol »¹¹⁶³.

421. Selon l'autre façon d'envisager ce type d'affaire, l'État a l'obligation de ne pas aller à l'encontre des droits conventionnels, c'est-à-dire de ne pas prendre des normes portant atteintes aux droits garantis par la Convention. Les juges européens contrôlent alors si l'État a respecté une obligation négative. Tel est le cas lorsque « le droit interne en vigueur » rend « licite » l'obligation d'adhérer à un syndicat¹¹⁶⁴, ou encore lorsqu'il s'agit de savoir si « l'interdiction de l'avortement pour motifs de santé ou de bien-être en Irlande a porté une atteinte disproportionnée » au droit au respect de la vie privée des requérantes¹¹⁶⁵. De même, « legislation which arguably dissuades such professionals who might otherwise be willing from providing the requisite assistance constitutes an interference with the exercise of the right to respect for private life by prospective mothers such as the applicant »¹¹⁶⁶.

422. Ainsi, que la Cour se place sur le terrain de l'une ou l'autre catégorie, la même obligation est en jeu, celle d'avoir des normes internes compatibles avec les exigences conventionnelles. Le fait de la qualifier de positive ou négative ne change pas son contenu. La Grande Chambre l'a justement souligné dans l'affaire *S. H.* dans laquelle était en cause une

¹¹⁶⁰ Cour EDH, Plén., 13 juin 1979, **Marckx** c. Belgique, A 31, §31 ; *GACEDH*, n° 51 ; *JT* 1979, 513, obs. F. Rigaux ; *JDI* 1982, 1983, obs. P. Rolland.

¹¹⁶¹ Cour EDH, Plén., 18 décembre 1986, **Johnston et al.** c. Irlande, A 112, §56 ; *AFDI* 1987, 239, obs. C. Coussirat-Coustère ; *JDI* 1987, 812, obs. P. Rolland. Voir également ComEDH, Rapp., 5 juillet 1983, **X. et Y.** c. Pays-Bas, req. 8978/80, B 74, §79 et s. ; Cour EDH, 26 mars 1985, **X et Y**, *préc.*, §23.

¹¹⁶² Cour EDH, 26 mars 1985, **X et Y**, *préc.*, §23.

¹¹⁶³ Cour EDH, 4 décembre 2003, **M.C.**, *préc.*, §148.

¹¹⁶⁴ Cour EDH, Plén., 13 août 1981, **Young, James et Webster**, *préc.*, §49. Voir également Cour EDH, 20 avril 1993, **Sibson** c. Royaume-Uni, A 258-A, §27 ; *RTDH* 1993, 587, note M. Leclercq.

¹¹⁶⁵ Cour EDH, GC, 16 décembre 2010, **A, B et C** c. Irlande, *Rec.* 2010-..., §216 ; *JCP G* 2011, act. 58, obs. M. Levinet ; *JCP G* 2011, act. 58, obs. M. Levinet ; *JCP G* 2011, 94, chron. F. Sudre ; *HRLR* 2011, 11-3, 556, note E. Wicks.

¹¹⁶⁶ Cour EDH, 14 décembre 2010, **Ternovszky** c. Hongrie, req. 67545/09, §22 ; *JCP G* 2011, 94, chron. F. Sudre ; *RDSS* 2011, 441, note D. Roman ; *RTDciv.* 2011, 309, note J.-P. Marguénaud ; *RTDciv.* 2011, 336, chron. J. Hauser.

législation autrichienne interdisant les fécondations *in vitro* avec dons de gamètes. Elle a estimé « qu'en l'espèce la législation en cause peut être envisagée sous l'angle de la question de savoir s'il pèse sur l'État une obligation positive d'autoriser certaines techniques de procréation artificielle faisant appel au sperme ou aux ovules d'un tiers. L'affaire lui paraît toutefois aussi pouvoir être considérée comme mettant en cause une ingérence de l'État dans l'exercice par les requérants de leur droit au respect de leur vie familiale, cette ingérence résultant de l'interdiction faite aux intéressés par l'article 3 §§ 1 et 2 de la loi sur la procréation artificielle de recourir à certaines techniques développées par la science médicale dans ce domaine »¹¹⁶⁷.

423. Ainsi, pour les obligations structurelles, ainsi que pour les obligations individuelles d'adopter une décision administrative ou juridictionnelle conventionnelle, la qualification de positif ou de négatif manque de pertinence. Elle correspond à une appréciation aléatoire de la Cour, au grès du contexte de chaque affaire. En effet, « la répartition s'oriente essentiellement selon la formulation de l'attitude étatique exigée »¹¹⁶⁸. Elle ne semble être que le reflet de ce que les juges européens attendent de l'État dans un litige donné.

À cette impossibilité de qualifier certaines obligations en terme positif ou négatif s'ajoute la difficulté, face à une pluralité de faits et d'obligations en jeu au sein d'un même litige, d'individualiser chacune de ces dernières.

¹¹⁶⁷ Cour EDH, GC, 3 novembre 2011, **S.H. et al.**, *préc.*, §88.

¹¹⁶⁸ B. MOUTEL, *L'« effet horizontal » de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français. Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, *op. cit.*, p. 97.

B. La pluralité de faits et d'obligations en jeu au sein d'un même litige

424. Dans une même affaire, une pluralité d'actes et d'omissions peuvent être en jeu. Comme l'a constaté le professeur P. Muzny, « *dans la pratique du contentieux EDH, toute abstention de l'État en cause dans un litige implique l'existence d'une dose plus ou moins importante d'action. Ainsi, le requérant ou la Cour elle-même peuvent affirmer que la plainte porte sur un défaut d'exécution de l'État en cause. Il s'agit toutefois d'une vision simplifiée des choses. Car ce que la personne prétendument lésée perçoit comme une abstention représente la plupart du temps un ensemble d'actions et d'abstentions* »¹¹⁶⁹.

425. La règle de l'épuisement des voies de recours internes est l'un des éléments expliquant la diversité des faits et des obligations en jeu au sein d'une même affaire¹¹⁷⁰. Pour qu'une requête soit déclarée recevable devant le prétoire strasbourgeois, le requérant doit avoir saisi les tribunaux nationaux afin que l'État ait l'opportunité de redresser la violation. Quels que soient le ou les faits à l'origine de l'affaire, action ou omission, les autorités étatiques interviendront de nouveau dans le litige par le biais des juridictions nationales. Les litiges portés à la connaissance de la Cour comportent ainsi, sauf exception¹¹⁷¹, au moins deux séries distinctes de comportements.

426. En outre, en dehors de la question de l'épuisement des voies de recours internes, dans de nombreuses affaires, la violation de la Convention résulte d'une multitude d'actions et d'inactions. Il s'agit du cas, selon le professeur J.-F. Akandji-Kombé, « *dans lequel des éléments d'abstention et d'action coexistent dans le comportement de l'État, voire s'imbriquent* »¹¹⁷². Ainsi, dans l'affaire *Moreno Gomez* la requérante se plaignait du tapage nocturne provoqué par les boîtes de nuit situées à proximité de son domicile et invoquait à ce titre la violation de l'article 8 CEDH. La Cour a précisé que « *l'administration municipale de Valence a adopté des mesures (telles que*

¹¹⁶⁹ P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme, Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005, vol. 1, p. 113.

¹¹⁷⁰ *Ibid.* p. 113, §132 ; « *Cette "imbrication" des obligations négatives et positives, selon nous, résulte de la subsidiarité même du contrôle judiciaire international, en particulier, telle qu'elle se manifeste dans la règle d'épuisement des voies de recours internes* » (O. de SCHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américains et européens*, op. cit., p. 363).

¹¹⁷¹ Dans certaines affaires en matière d'effet horizontal indirect de la Convention, le seul fait en cause est la décision juridictionnelle (Cour EDH, 25 juillet 2002, *Sovtransavto Holding*, préc.).

¹¹⁷² J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, *Les obligations positives en vertu de la CEDH. Un guide pour la mise en œuvre de la CEDH*, Ed. du Conseil de l'Europe, Précis sur les droits de l'homme, n° 7, 2006, p. 12.

l'arrêté relatif aux bruits et vibrations), qui en principe auraient dû être adéquates, pour assurer le respect des droits garantis ; cependant, durant la période concernée, cette autorité a toléré des entorses répétées à la réglementation qu'elle-même avait établie, et y a même contribué »¹¹⁷³. La mairie de Valencia avait en effet autorisé, postérieurement à un arrêté s'appliquant à la zone où résidait la requérante et interdisant les niveaux acoustiques élevés, l'ouverture d'une discothèque dans l'immeuble habité par la requérante. Les autorités espagnoles avaient ainsi porté atteinte au droit à la vie privée et familiale de cette dernière aussi bien du fait de leur action, en ayant autorisé l'ouverture de ladite discothèque, que du fait de leur abstention, en n'ayant pas mis en œuvre les mesures aptes à assurer l'application effective de l'arrêté en question. Dès lors, comme l'a constaté le professeur P. Muzny, « tout dépend donc par quelle face de la même pièce elle [la Cour] envisage le litige, autrement dit, sur quel comportement spécifique actif ou passif elle choisit de concentrer son contrôle d'une situation unique. Partant, la référence aux obligations positives n'est pas une question de nécessité mais d'opportunité »¹¹⁷⁴.

427. Il faut ajouter que dans bien des affaires, plusieurs obligations positives et négatives sont en jeu. Dans certains arrêts, sont clairement identifiées les différentes obligations, et il est possible de déterminer celle, positive ou négative, ayant été violée en l'espèce¹¹⁷⁵. Cependant ceci n'est pas toujours possible. Dans ces cas là, la Cour choisit d'examiner les différentes obligations de manière globale, sans les contrôler individuellement, et opère un choix arbitraire en mobilisant soit une obligation positive soit une obligation négative. Prenons pour l'expliquer le cas des retraits de garde parentale. Dans ces affaires, les autorités ont l'obligation négative de ne pas retirer un enfant de sa famille, et en cas de décision de retrait de la garde parentale, l'obligation

¹¹⁷³ Cour EDH, 16 novembre 2004, **Moreno Gómez** c. Espagne, *Rec.* 2004-X, §61 ; *GACEDH*, n° 49 ; *JCP G*, 2005, I, 103, chron. F. Sudre ; *AJDA* 2005, 549, chron. J.-F. Flauss ; *RDP* 2005, note C. Picheral ; *Environnement* 2005, 24, comm. L. Benoit.

¹¹⁷⁴ P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme, Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005, vol. 1, p. 116-117.

¹¹⁷⁵ Par exemple voir Cour EDH, 11 juin 2000, **Cilız** c. Pays-Bas, *Rec.* 2000-VIII, §62. « En fait, le cas d'espèce présente les deux types d'obligations : d'une part, une obligation positive de faire en sorte que la vie familiale entre parents et enfants puisse se poursuivre après un divorce (...), et, de l'autre, une obligation négative de s'abstenir d'adopter des mesures propres à entraîner une rupture des liens familiaux. La Cour considère que les autorités internes avaient commencé à faire le nécessaire pour s'acquitter de la première obligation, puisqu'aussi bien dans la procédure relative à l'établissement d'un régime des visites, le caractère faisable et désirable des contacts devait être examiné. C'est toutefois la décision de ne pas autoriser le requérant à continuer à séjourner aux Pays-Bas et son expulsion subséquente qui ont mis obstacle à cet examen. Aussi la Cour juge-t-elle parfaitement approprié de considérer qu'est alléguée en l'espèce une « ingérence » dans l'exercice par le requérant de son droit au respect de sa « vie familiale ».

positive d'assurer la continuité des liens entre enfant et parents. Classiquement dans ces affaires, la Cour constate l'existence d'une ingérence, constituée par la décision de placer l'enfant en institution ou en famille d'accueil et examine ensuite si cette ingérence est justifiée¹¹⁷⁶. En toute logique, il s'agirait donc uniquement de l'examen d'une obligation négative. La réalité est tout autre. Dans l'affaire *E.P. c. Italie*, la requérante s'était vue retirer la garde de sa fille qui avait ensuite été adoptée sans son accord. La Cour a conclu à la violation de l'article 8 du fait que les autorités compétentes n'avaient « *pas mis en œuvre toutes les mesures nécessaires, que l'on pouvait raisonnablement exiger d'elles en l'occurrence, afin de ne pas compromettre définitivement les chances de renouer une relation entre la requérante et sa fille* »¹¹⁷⁷. Il semblerait donc qu'en l'espèce l'État avait avant tout failli à ses obligations positives.

428. La difficulté de qualifier certaines obligations en terme positif ou négatif et la pluralité des obligations en jeu dans un même litige rendent impossible une distinction objective, et donc un choix objectif de la part de la Cour, entre une obligation positive et une obligation négative. En outre, lorsque la Cour invoque le contenu spécifique d'une obligation pour justifier de la qualifier de « positive », les critères employés à cet effet sont contradictoires.

§2. La qualification d'obligation positive fondée sur des critères contradictoires

429. Les organes européens n'apportent pas systématiquement de justifications à l'heure de considérer qu'une obligation positive est en jeu dans une affaire donnée. Cependant, leur choix est parfois justifié par l'invocation d'un contenu spécifique des obligations positives. Or l'analyse des motifs, implicites ou explicites, soulevés par la Cour amène à conclure à leur caractère pour le moins contradictoire. La Cour choisit en effet de se placer sur le terrain d'une obligation positive, tantôt en estimant qu'est en cause une obligation de protection afin de renforcer symboliquement les

¹¹⁷⁶ Dans l'affaire *Keegan*, la Cour constate que « *les obligations inhérentes à l'article 8 se trouvent étroitement imbriquées, si l'on songe à la participation de l'État au processus d'adoption* » mais elle poursuit en estimant que « *le fait que le droit irlandais permettait le placement en secret de l'enfant en vue de son adoption à l'insu et sans le consentement de M. Keegan, avec pour conséquence la création d'un lien entre l'enfant et les adoptants potentiels puis une ordonnance d'adoption, s'analyse en une ingérence dans le droit de l'intéressé au respect de sa vie familiale. Pareille ingérence n'est tolérable que si les conditions énoncées au paragraphe 2 de l'article 8 (art. 8-2) se trouvent remplies* » (Cour EDH, 26 mai 1994, *Keegan* c. Irlande, A 290, §51 ; JCP G 1995, I 3823, chron. F. Sudre).

¹¹⁷⁷ Cour EDH, 16 novembre 1999, *E.P. c. Italie*, req. 31127/96, §69.

obligations étatiques dans une affaire (A.), tantôt afin d'accorder une large marge nationale d'appréciation (B.). Ce constat démontre ainsi le caractère particulièrement malléable et polyvalent de cette technique.

A. Les obligations positives en tant qu'obligations de protection des droits, un moyen de renfort symbolique des obligations étatiques

430. Dans un nombre croissant d'affaires, la Cour justifie son choix de mobiliser une obligation positive en invoquant que leur contenu consiste en une obligation de protection. Elle fait donc référence aux obligations positives afin de marquer la nécessité pour l'État d'assurer l'effectivité de certains droits. Le terme d'obligation positive ne désigne alors pas une obligation de prendre certaines mesures structurelles ou individuelles spécifiques, mais plus largement elle signifie que l'État a un devoir général de garantie de l'effectivité des droits conventionnels. Dans ces affaires, le terme ne vient donc pas consacrer une obligation positive spéciale mais l'obligation positive générale d'assurer l'effectivité des droits conventionnels¹¹⁷⁸.

431. La distinction entre ces deux catégories d'obligations positives est bien explicitée par l'affaire *Taliadorou et Stylianou*. En l'espèce, les requérants avaient été révoqués des forces de police à la suite d'allégations d'actes de torture pour lesquels ils avaient été acquittés par les tribunaux chypriotes. Ils invoquaient devant le juge strasbourgeois la violation de leur intégrité morale et psychologique et de leur réputation, protégées au titre de l'article 8 CEDH. Ils contestaient à ce titre l'annulation par la Cour suprême des dommages et intérêts qui leur avaient été octroyés par les juges du fond du fait de leur révocation. La Cour a estimé « *plus approprié d'analyser le cas d'espèce comme une affaire concernant les obligations positives de l'État de garantir le respect effectif de la vie privée par l'intermédiaire de ses autorités législatives, exécutives et judiciaires* »¹¹⁷⁹. La Cour a donc justifié son choix de contrôler une obligation positive, non en invoquant une obligation positive spéciale par exemple, celle en cause en l'espèce, l'obligation d'établir et de mettre en œuvre des procédures équitables, mais en mobilisant l'obligation positive

¹¹⁷⁸ Voir *supra* Partie 1, Chapitre 1, Section 3, §2, n° 204. Les expressions d'obligations positives générale et spéciale viennent de B. MOUTEL, *L'« effet horizontal » de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français. Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, op. cit., §83.

¹¹⁷⁹ Cour EDH, 16 octobre 2008, *Taliadorou et Stylianou*, préc., §50.

générale d'assurer l'effectivité des droits¹¹⁸⁰. Ce n'est qu'ensuite, au stade de déterminer l'existence ou non d'une violation, que la Cour a souligné que « l'article 8 de la Convention impose à l'État non seulement de s'abstenir de toute action portant une atteinte injustifiable au droit individuel à la vie privée, mais encore de mettre en place un système permettant la protection et la mise en œuvre effectives de ce droit en cas d'ingérence illicite relevant du champ d'application de cette disposition. Cela peut impliquer d'adopter des mesures visant au respect de la vie privée, y compris tant la création d'un cadre réglementaire instaurant un mécanisme judiciaire et exécutoire destiné à protéger les droits des individus que la mise en œuvre, là où il convient, de mesures spécifiques »¹¹⁸¹. L'obligation positive spéciale en jeu en l'espèce est bien identifiée ici et la Cour conclut ensuite « à la violation des obligations procédurales incombant à l'État défendeur au titre de l'article 8 de la Convention »¹¹⁸².

432. Comme il a déjà été relevé *supra*¹¹⁸³, le terme positif a un sens différent selon qu'il est employé en lien avec l'obligation générale, ou rattaché à une obligation positive spéciale. Dans le second cas, il est synonyme d'une obligation de faire, il implique que l'État prenne une mesure positive. Dans le premier cas, il s'agit davantage de marquer symboliquement le rôle de l'État en tant que protecteur des droits de l'homme¹¹⁸⁴. Il vient souligner le caractère obligatoire des engagements étatiques et la nécessité pour l'État d'agir en tant que garant de l'effectivité des droits. La référence accrue à l'obligation générale marque l'essor du paradigme de l'effectivité des droits et la généralisation de la logique d'un État promoteur des droits de l'homme. Cependant, l'emploi du terme positif dans ce contexte relève davantage de la rhétorique et ne sert alors qu'à donner plus de poids à l'argumentaire européen.

433. La marque de l'obligation positive générale est également visible dans l'affaire *Makaratzis* concernant un cas d'emploi de la force publique potentiellement meurtrière. La Cour

¹¹⁸⁰ De même voir « La Cour observe que, dans la présente affaire, ce n'est pas un acte de l'État qui est mis en cause mais le degré de protection, insuffisant aux yeux de la requérante, accordé par les juridictions internes à sa vie privée. Il lui incombe donc de déterminer si l'État, dans le contexte des obligations positives découlant de l'article 8 de la Convention, a ménagé un juste équilibre entre le droit de la requérante à la protection de sa vie privée et le droit de la partie adverse à la liberté d'expression, protégé par l'article 10 de la Convention » (Cour EDH, 9 octobre 2012, *Alkaya* c. Turquie, req. 42811/06, §32).

¹¹⁸¹ Cour EDH, 16 octobre 2008, *Taliadorou et Stylianou*, *préc.*, §55.

¹¹⁸² *Ibid.*, §59.

¹¹⁸³ Voir *supra* Partie 1, Chapitre 1, Section 3, §2, n° 204.

¹¹⁸⁴ Le terme est ici employé de manière large en désignant la protection d'un droit contre des atteintes commises aussi bien par les organes étatiques que pas les personnes privées (sur la notion d'obligation de protection voir *supra* Partie 1, Chapitre 2, Section 1, §2, B, n° 310).

annonce l'examen du « *manquement allégué des autorités à leur obligation positive de protéger par la loi le droit à la vie du requérant* »¹¹⁸⁵. L'emploi du terme positif dans ce contexte est resté isolé et ne se retrouve pas dans d'autres arrêts concernant des faits similaires¹¹⁸⁶. Il peut en effet surprendre dans la mesure où au titre de cette obligation, la Cour examine en réalité « *non seulement si le recours à une force potentiellement meurtrière contre le requérant était légitime, mais aussi si l'opération litigieuse était encadrée par des règles et organisée de manière à réduire autant que possible les risques de faire perdre la vie à l'intéressé* » (§60). Étaient donc en jeu une pluralité d'obligations, dont une obligation qualifiable de négative, celle de s'abstenir de donner la mort de manière illégitime.

Il semble donc que le choix d'adjoindre le qualificatif « positif » à l'obligation de protection de la vie ne vise pas à désigner une obligation positive spéciale mais à insister sur le devoir à la charge des États de protéger de manière particulièrement vigilante le droit à la vie, devoir qui implique tout à la fois des obligation de faire et de ne pas faire.

434. Dans d'autres affaires, les obligations positives peuvent être mentionnées, et la Cour conclut à leur violation, alors même qu'aucune obligation positive spéciale n'est en jeu. Cette incohérence apparente s'explique par le fait que dans ces hypothèses le terme obligation positive désigne en réalité l'obligation positive générale d'assurer l'effectivité des droits. Ainsi, dans l'affaire *Tüm Haber Sen et Çınar*¹¹⁸⁷, les autorités turques avaient dissous un syndicat de fonctionnaires. *A priori* était donc en jeu une obligation négative, celle de ne pas prendre des mesures allant à l'encontre du droit à la liberté syndicale garanti par l'article 11. La Cour, après avoir identifié l'existence d'une ingérence conclut au terme de l'examen de la nécessité de cette dernière, au manquement de la part de l'État défendeur « *à son obligation positive de garantir la jouissance des droits consacrés par l'article 11 de la Convention* »¹¹⁸⁸. Le terme « positif » est ici surabondant et la Cour aurait pu conclure simplement à la violation de l'article 11 sans utiliser ce détour. Son emploi

¹¹⁸⁵ Cour EDH, GC, 20 décembre 2004, **Makaratzis** c. Grèce, *Rec.* 2004-XI, §56 ; *RDP* 2005, 768, obs. M. Levinet ; *JDI* 2005, 509, note M. Eudes ; *JT* 2005, 116, 39, chron. P. Lambert ; *AJDA* 2005, 541, chron. J.-F. Flauss.

¹¹⁸⁶ En général, le terme d'obligation positive de protéger la vie désigne l'obligation positive spéciale de « *prendre, dans le cadre de son ordre juridique interne, les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction* » et non l'obligation de « *s'abstenir de provoquer la mort de manière volontaire et illégale* » (Cour EDH, 25 août 2009, **Giuliani et Gaggio** c. Italie, req. 23458/02, §205 et 228 ; *JDI* 2010-3, 990, chron. E. Decaux et P. Tavernier).

¹¹⁸⁷ Cour EDH, 21 février 2006, **Tüm Haber Sen et Çınar** c. Turquie, *Rec.* 2006-II ; *JCP G* 2006, I 164, chron. F. Sudre.

¹¹⁸⁸ *Ibid.*, §50.

ne fait pas référence à une obligation positive spéciale mais permet d'insister sur l'obligation générale à la charge des États d'assurer avec due diligence l'effectivité de ce droit¹¹⁸⁹.

435. La Cour peut également citer des obligations positives au sein de son argumentation sans pour autant les contrôler ni conclure à leur violation¹¹⁹⁰. Par exemple, dans l'affaire *Syssoyeva*, les requérants, russophones ne détenaient pas la nationalité lettonne mais avaient vécu la majeure partie voire toute leur vie en Lettonie. Ils s'étaient vu refuser la reconnaissance d'un droit de séjour permanent. Le juge européen, juste avant de constater l'existence d'une ingérence, a rappelé les obligations positives s'imposant au titre de l'article 8 CEDH et a précisé : « *il ne suffit pas que l'État d'accueil s'abstienne d'expulser l'intéressé ; encore faut-il qu'il lui assure, en prenant au besoin des mesures positives, la possibilité d'exercer sans entrave les droits en question* »¹¹⁹¹. Il a procédé ensuite au contrôle classique de l'ingérence active sans davantage faire référence à ces obligations précitées. L'obligation est ici symbolique et se justifie par le contexte particulier de cette affaire. Elle vient signifier à l'État letton que la Cour ne peut tolérer la politique de rejet des populations russophones entamée depuis la proclamation de son indépendance. Elle n'aurait certainement pas été mentionnée dans une affaire ordinaire de refus de titre de séjour, mais étant donnés les faits particuliers et non isolés de cette affaire, elle interpelle l'État sur la situation plus vaste et problématique en jeu. Les obligations positives citées sont donc une référence de la Cour au devoir d'assurer l'effectivité des droits de cette catégorie de population. La référence aux obligations positives afin de déborder le cadre d'un arrêt, et donc à s'engager sur la voie d'un contrôle abstrait, se retrouve dans de nombreuses autres affaires. Elle peut ainsi être utilisée afin de marquer la nécessité de protéger certaines catégories de personnes jugées vulnérables¹¹⁹², tels que les

¹¹⁸⁹ V. également l'arrêt Cour EDH, GC, 12 novembre 2008, **Demir et Baykara** c. Turquie, *Rec.* 2008-..., §126 ; *GACEDH*, n° 64 ; *D* 2009, 739, note J.- P. Marguénaud et J. Mouly ; *JCP G* 2009, II 10018, note F. Sudre ; *JCP S* 2009, 1154, note F. Sudre ; *RTDH* 2009, 811, note S. Van Drooghenbroeck ; *AJDA* 2009, 872, chron. J.-F. Flauss ; Cour EDH, 31 janvier 2012, **Sindicatul « Păstorul cel Bun »**, *préc.*, §58 : « *Si, en raison du refus d'enregistrer un syndicat, l'Etat manquait à son obligation positive de garantir aux requérants en droit interne la jouissance de ces droits, sa responsabilité devrait être engagée sur le terrain de l'article 11 de la Convention* ».

¹¹⁹⁰ Cour EDH, GC, 17 janvier 2012, **Stanev**, *préc.*, §120.

¹¹⁹¹ Cour EDH, 16 juin 2005, **Syssoyeva et al.** c. Lettonie, req. n° 60654/00, §104 ; *AJDA*, 2005, 1893, chron. J.-F. Flauss.

¹¹⁹² Sur la catégorisation des personnes vulnérables voir *infra* Partie 2, Chapitre 2, Section 2, §2, A, 2, c, n° 538 et s.

enfants¹¹⁹³, ou encore les détenus¹¹⁹⁴.

436. Pour résumer, le choix de se placer sur le terrain d'une obligation positive peut ne pas provenir à proprement parler du contenu « positif » de cette obligation, dans le sens d'une obligation de faire, mais relever davantage d'une volonté d'affirmer la position de principe de l'État en tant que protecteur des droits. Comme l'écrit le juge D. Spielmann ce contrôle apparaît alors « *plus généreux* » que l'« *examen classique de l'ingérence* »¹¹⁹⁵.

437. Il reste cependant dans bien des cas au stade du symbole. L'arrêt *Chapman* ayant appelé la remarque précitée de la part du juge luxembourgeois en est un autre exemple parmi ceux déjà évoqués. Dans cette affaire la Cour affirme pour la première fois « *l'obligation positive de permettre aux Tsiganes de suivre leur mode de vie* » (§96), mais refuse d'en tirer toute obligation en l'espèce en refusant de mettre au jour « *l'obligation au titre de l'article 8 de mettre à la disposition de la communauté tsigane un nombre adéquat de sites convenablement équipés* » (§98)¹¹⁹⁶. En définitive, selon les mots du professeur F. Sudre, elle « *refuse de se situer sur le terrain de l'obligation positive énoncée au paragraphe 96* » et « *ne contrôle pas si les autorités nationales ont bien pris les mesures "positives" permettant de garantir effectivement le mode de vie traditionnel* »

¹¹⁹³ L'affaire *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga* en constitue une illustration intéressante. La requérante et sa fille ressortissantes de R.D.C. avaient été placées séparément en détention du fait de leur situation irrégulière. La Cour choisit d'examiner ce placement sous l'angle des obligations négatives concernant la mère et sous l'angle des obligations positives concernant la fille car « *ces dispositions doivent permettre une protection efficace, notamment des enfants et autres personnes vulnérables et inclure des mesures raisonnables pour empêcher des mauvais traitements dont les autorités avaient ou auraient dû avoir connaissance* » (Cour EDH, 12 octobre 2006, **Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga** c. Belgique, Rec. 2006-XI, §53 ; RTDH, 2007, 823, note B. Masson).

¹¹⁹⁴ « *S'agissant en particulier de personnes privées de liberté, l'article 3 impose à l'État l'obligation positive de s'assurer que tout prisonnier est détenu dans des conditions compatibles avec le respect de la dignité humaine, que les modalités d'exécution de la mesure ne soumettent pas l'intéressé à une détresse ou une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention et que, eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement, la santé et le bien-être du prisonnier sont assurés de manière adéquate, notamment par l'administration des soins médicaux requis* » (violation de l'article 3, vieillesse et état de santé du détenu incompatible avec le maintien en détention) Cour EDH, 2 décembre 2004, **Farbtuhs** c. Lettonie, req. 4672/02, §51, RDP, 2005, 755, obs. F. Sudre ; JDI, 2005, 514, note E. Delplace ; AJDA, 2005, 541, chron. J.-F. Flauss ; JCP G, 2005, 79, chron. F. Sudre.

¹¹⁹⁵ A propos de l'affaire *Chapman*, il souligne l'« *abandon d'un examen classique de l'ingérence au profit d'un contrôle plus généreux du respect d'obligations positives à la charge des autorités publiques* » (D. SPIELMANN, « La question des Tsiganes et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », AIDH, 2008, p. 125). Cour EDH, GC, 18 janvier 2001, **Chapman** c. Royaume-Uni, Rec. 2001-I ; GACEDH, n° 48 ; RTDH, 2001, 887, obs. F. Sudre ; RTDH, 2001, 999, note F. Benoît-Rohmer ; RTDciv., 2001, 448, chron. J.-P. Marguénaud ; EDL, mai 2001, 2, note M. Levinet.

¹¹⁹⁶ Le professeur F. Benoît-Rohmer l'a souligné « *cet apport est aussitôt limité, la Cour refusant d'en tirer les conséquences nécessaires pour que la sauvegarde des droits minoritaires soit effectivement et concrètement assurée* » (F. BENOÎT-ROHMER, « La Cour de Strasbourg et la protection de l'intérêt minoritaire : une avancée décisive sur le plan des principes ? (En marge de l'arrêt Chapman) », RTDH, 2001, p. 1002) . Dans le même sens voir D. SPIELMANN, *op. cit.*, p. 127.

d'une famille tzigane »¹¹⁹⁷.

438. Dans ces affaires, le choix de la Cour d'identifier la mise en jeu d'une obligation positive peut donc être étranger au contenu réel des obligations en cause en l'espèce. Le leitmotiv des obligations positives, de plus en plus prégnant, marque l'évolution de la conception libérale de l'État. D'une conception libérale classique craignant la puissance étatique et prescrivant sa limitation, se produit un glissement vers une conception dans laquelle l'État devient un instrument de garantie des droits. Si le symbole est ici important, il est à regretter que le poids rhétorique affaiblisse la rigueur juridique des raisonnements de la Cour lorsqu'elle choisit de se positionner sur le terrain des obligations positives afin de consacrer ce rôle protecteur de l'État.

Ce constat est d'autant plus renforcé que les obligations positives peuvent être au contraire invoquées afin de minorer les obligations étatiques, dans la mesure où elles viennent accorder une large marge nationale d'appréciation.

B. Les obligations positives en tant qu'obligations accordant une large marge nationale d'appréciation aux États

439. La Cour dans d'autres affaires justifie son choix de mobiliser une obligation positive en invoquant que ces dernières impliquent, de par leur contenu, d'assurer un juste équilibre entre les intérêts en jeu et/ou de laisser une large marge nationale d'appréciation aux États¹¹⁹⁸. Cette dernière notion « confère aux États un pouvoir discrétionnaire dans la mise en œuvre des restrictions aux droits protégés et marque a priori le contrôle européen du sceau de la retenue judiciaire »¹¹⁹⁹.

¹¹⁹⁷ F. SUDRE, « A propos de l'autorité d'un "précédent" en matière de protection des droits des minorités », *RTDH*, 2001, p. 912.

¹¹⁹⁸ En ce sens voir P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2011, p. 542-543. V. aussi *supra*, Partie 2, Chapitre 1, Section 1, §2, B, 1, n° 399.

¹¹⁹⁹ F. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 5^{ème} éd., 2009, p. 76. Sur la cette notion se reporter notamment à : C. PICHERAL et A.-D. OLINGA, « La théorie de la Marge nationale d'appréciation dans la jurisprudence de la CEDH », *RTDH*, 1995, p. 567-603 ; P. LAMBERT, « Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité », in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la CEDH*, *op. cit.*, 1998, p. 63-89 ; M. de SALVIA, « Contrôle européen et principe de subsidiarité : faut-il encore (et toujours) émarger à la marge d'appréciation ? », in *Mélanges en l'honneur de R. RYSSDAL, Protection des droits de l'homme : la perspective européenne*, Carl

440. Sous-jacente dans l'affaire *Abdulaziz, Cabales et Balkandali* concernant un refus de regroupement familial¹²⁰⁰, cette argumentation devient explicite dans l'affaire *Mikulic*. La Cour y « rappelle qu'elle n'a point pour tâche de se substituer aux autorités croates compétentes pour déterminer quelles sont en Croatie les méthodes les plus appropriées pour établir la paternité par la voie judiciaire, mais d'examiner sous l'angle de la Convention les décisions que ces autorités ont rendues dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire. La Cour appréciera donc si la Croatie, en traitant l'action en recherche de paternité de la requérante, a agi en méconnaissance de son obligation positive découlant de l'article 8 de la Convention »¹²⁰¹.

441. En outre, la Grande Chambre a jugé dans son affaire *Evans* « plus approprié d'examiner la cause sous l'angle des obligations positives, la question principale étant, comme dans l'affaire *Odièvre* précitée, de savoir si l'application faite en l'espèce des dispositions législatives incriminées a ménagé un juste équilibre entre les intérêts publics et privés concurrents en jeu »¹²⁰². Or dans l'affaire *Odièvre*, cet argument n'avait pas été soulevé afin de justifier le choix de la Cour de mobiliser une obligation positive. En revanche, le juge avait bien mentionné l'existence d'un « conflit d'intérêts » (§44) en l'espèce et estimé qu'une large marge d'appréciation devait être accordée aux autorités françaises (§46), choix que la doctrine avait fortement critiqué¹²⁰³.

442. La démarche de l'arrêt *Evans* a ensuite été reprise dans d'autres affaires¹²⁰⁴. La

Heymanns Verlag KG, 2000, p. 373-385 ; J. CALLAWAERT, « Quel avenir pour la marge d'appréciation ? », in *Mélanges en l'honneur de R. RYSSDAL, Protection des droits de l'homme : la perspective européenne, op. cit.*, p. 147-166 ; D. 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 Series*, 30 p. et la bibliographie citée par cet auteur note 8.

¹²⁰⁰ Cour EDH, Plén., 28 mai 1985, **Abdulaziz, Cabales et Balkandali** c. Royaume-Uni, A 94, §67 ; *JDI*, 1986, 1084, obs. P. Rolland ; *CDE*, n° 4, 1988, 476, Chron. G. Cohen-Jonathan.

¹²⁰¹ Cour EDH, 7 février 2002, **Mikulic** c. Croatie, *Rec.* 2002-I, §59 ; *RTDciv.*, 2002, 866, note J.-P. Marguénaud ; *JCP G*, 2002, I, 157, chron. F. Sudre. De même voir Cour EDH, 12 janvier 2006, **Mizzi** c. Malte, *Rec.* 2006-I, §58 ; Cour EDH, 6 juillet 2010, **Grönmark c. Finlande**, req. 17038/04, §42 ; Cour EDH, 6 juillet 2010, **Backlund** c. Finlande, req. 36498/05, §40 ; *Gaz. Pal.*, 2010, 314, 41, obs. H. Carvallo ; Cour EDH, 7 mai 2009, **Kalacheva** c. Russie, req. 3451/05, §32 et 37 ; Cour EDH, 26 juillet 2011, **T.Ç. et H.Ç.** c. Turquie, req. 34805/06, §62.

¹²⁰² Cour EDH, GC, 10 avril 2007, **Evans** c. Royaume-Uni, *Rec.* 2007-I, §76 ; *RDSS*, 2007, 810, note D. Roman ; *JDI*, 2008-3, 798, note C. Renaut ; *RTDciv.*, 2007-3, 545, note J. Hauser ; *JCP G*, 2007, 22, 41, note B. Mathieu ; *RTDciv.*, 2007, 295, note J.-P. Marguénaud.. Se reporter à l'opinion dissidente commune au juges aux juges R. Türmen, M. Tsatsa-Nikolovska, D. Spielmann et I. Ziemele, §101.

¹²⁰³ Cour EDH, GC, 13 février 2003, **Odièvre** c. France, *Rec.* 2003-III ; *JCP G*, 2003, II, 10049, note A. Gouttenoire et F. Sudre ; *RTDciv.*, 2003, 276, obs. J. Hauser ; *JCP G*, 2003, I, 120, étude Ph. Malaurie ; *RTDciv.*, 2003, 375, obs. J.-P. Marguénaud ; *RTDH*, 2004, 405, obs. V. Bonnet.

¹²⁰⁴ Cour EDH, 13 janvier 2009, **Todorova** c. Italie, req. 33932/06, §70 ; *JCP G*, 2010, 1587, chron. F. Sudre ; Cour EDH, 27 avril 2010, **Moretti et Benedetti** c. Italie, req. 16318/07, §62 ; *JCP G*, 2010, act. 578, F. Sudre. Voir aussi une affaire dans laquelle un couple qui avait été la famille d'accueil d'un petit garçon, se plaignait de ne plus pouvoir

justification implicite est qu'étant donné la diversité et la sensibilité des intérêts en jeu, les autorités internes sont plus à même que le juge européen de trancher entre ces intérêts en présence¹²⁰⁵. Il s'agit donc de laisser une large marge nationale d'appréciation¹²⁰⁶. Par exemple, dans l'affaire *Tysiāc* concernant l'avortement, il semble bien que ce soit le caractère sensible de cette question qui ait impliqué le choix de la Cour de contrôler une obligation positive et non négative. Ont en effet été uniquement invoquées « *les circonstances de la cause et notamment la nature du grief soulevé* » afin de juger « *préférable d'examiner l'affaire sous l'angle des seules obligations positives de l'État* »¹²⁰⁷.

443. Pour la Cour, les obligations positives sont donc dans certains cas synonymes d'une plus grande liberté de choix des moyens laissés à l'État. Elle l'a explicitement exprimé à l'occasion de son affaire *Women on Waves* : « *s'il est vrai que, dans les deux hypothèses – obligations positives et négatives – l'État jouit d'une certaine marge d'appréciation (...), la Cour estime que cette marge d'appréciation est plus étroite s'agissant des obligations négatives découlant de la Convention* »¹²⁰⁸. Cette affirmation est cependant largement contredite la majorité des affaires. Les obligations positives ne se caractérisent pas systématiquement pas le fait qu'elles accordent une large marge nationale d'appréciation aux États. Tel qu'il est démontré *infra*, elles peuvent bien souvent réduire à néant cette dernière et servir d'instrument d'unification du droit¹²⁰⁹. Ce sont les

avoir de contacts avec l'enfant (Cour EDH, 17 janvier 2012, **Kopf et Liberda** c. Autriche, req. 1598/06, §40). Sur l'accouchement sous X : Cour EDH, 10 janvier 2008, **Kearns** c. France, req. 35991/04, §74-75 ; *AJDA*, 2008, 978, chron. J.-F. Flauss ; *RTDciv.*, 2008, 285, obs. J. Hauser ; *RTDciv.*, 2008, 252, chron. J.-P. Marguénaud et P. Rémy-Corlay.

¹²⁰⁵ « *Grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences comme sur la "nécessité" d'une "restriction" ou "sanction" destinée à y répondre* » (Cour EDH, Plén., 7 décembre 1976, **Handyside**, préc., §48).

¹²⁰⁶ « *La marge est également ample lorsque l'État doit ménager un équilibre entre des intérêts privés et publics concurrents ou différents droits protégés par la Convention* » (Cour EDH, 3 février 2011, **Siebenhaar**, préc. §39).

¹²⁰⁷ Cour EDH, 20 mars 2007, **Tysiāc** c. Pologne, *Rec.* 2007-I, §108 ; *RDSS*, 2007, 643, note D. Roman ; *RTDH*, 2007, 855, note J.-M. Larralde ; *JCP G*, 2007, I, 106, n° 6, obs. F. Sudre.. De même, dans l'affaire *Haas* dans laquelle le requérant demandait à avoir accès à du penthorbital sodique afin de pouvoir se suicider dans des conditions dignes, la Cour choisit sans justification d'examiner l'affaire sous l'angle d'une obligation positive. Il est possible d'avancer que ce choix repose sur la volonté d'accorder un large marge d'appréciation à l'État étant donnée la sensibilité de la question posée (Cour EDH, 20 janvier 2011, **Haas** c. Suisse, *Rec.* 2011-..., §53 ; *JCP G*, 2011, act. 122, chron. Ch. Byk ; *JCP G*, 2011, 914, chron. F. Sudre ; *RTDciv.*, 2011, 311, note J.-P. Marguénaud ; *JDI*, 2012, chron. 6, obs. E. Birden).

¹²⁰⁸ Cour EDH, 3 février 2009, **Women On Waves et al.** c. Portugal, req. 31276/05, §40 ; *JJCP G*, 2009, 38, chron. F. Sudre. Voir également Cour EDH, 20 mars 2008, **Boudaïeva et al.** c. Russie, *Rec.* 2008-..., §156 ; *AJDA*, 2008, 1929, chron. J.-F. Flauss.

¹²⁰⁹ V. *infra*, Partie 3, Chapitre 1, Section 2, §2, n° 762 et s. et *infra*, Partie 3, Chapitre 2, Section 1, §1, n° 815 et s.

déliçats intérêts en cause qui justifient d'accorder une liberté à l'État, non une prétendue nature positive des obligations en jeu. Toutefois dans ces affaires, l'examen des griefs sous l'angle des obligations positives permet de mettre en œuvre des obligations procédurales de conciliation et d'éviter tout contrôle sur le bien fondé de la décision nationale. De par leur structure, cette catégorie d'obligation procédurale impliquent bien une marge d'appréciation étendue des États¹²¹⁰.

444. Ainsi, la Cour justifie parfois le choix d'identifier une obligation positive par une définition de son contenu. Toutefois ce dernier ne consiste pas nécessairement en une prescription d'action. Elle invoque tantôt que les obligations positives impliquent une obligation de protection afin de renforcer symboliquement les obligations étatiques, tantôt qu'elles confèrent une large marge nationale d'appréciation, menant bien souvent à minimiser leur ampleur. Étant donné le contenu aléatoire donné par la Cour aux obligations positives, leur usage se caractérise alors par une certaine incohérence. Dès lors, les hypothèses dans lesquelles la Cour ne qualifie pas les obligations en terme positif ou négatif s'avèrent bienvenues.

§3. La non-qualification bienvenue des obligations en terme positif ou négatif

445. L'impossibilité de dégager des critères objectifs afin de caractériser certaines obligations en tant que « positives », et la diversité des obligations en jeu dans certaines affaires rendent illusoire la tentative de choisir, dans une affaire donnée, entre obligation positive ou négative. Ce choix relève en effet dans certains cas, davantage d'un effet de motivation que d'une logique juridique. En effet, le qualificatif choisi par la Cour n'influe pas nécessairement sur le contenu des obligations en jeu.

446. Toutefois, la Cour, sur le terrain de certains articles, ne prend que rarement la peine de qualifier les obligations contrôlées de positives ou négatives. Ainsi, sur le terrain de l'article 2, dans l'affaire *McCann*, la Cour annonce simplement devoir examiner « *la question de savoir si la force utilisée par les militaires était rigoureusement proportionnée à la défense d'autrui contre la violence illégale, mais également celle de savoir si l'opération anti-terroriste a été préparée et contrôlée par les autorités de façon à réduire au minimum, autant que faire se peut, le*

¹²¹⁰ V. *infra*, Partie 3, Chapitre 1, Section 2, §1, B, 2, b, n° 751 et s.

recours à la force meurtrière »¹²¹¹. Pour ce qui est de l'article 3 CEDH, la Cour apprécie globalement et sans les nommer ni les distinguer les obligations positives (ex : obligation de soin) et négatives (ex : obligation de ne pas soumettre l'individu à des traitements inhumains et dégradants). Le contrôle consiste uniquement à examiner si l'individu a été soumis à des mauvais traitements atteignant un niveau de gravité suffisant pour entrer dans le champ d'application de l'article 3. Elle a pu estimer ainsi que « *l'article 3 de la Convention impose à l'État de s'assurer que tout prisonnier est détenu dans des conditions qui sont compatibles avec le respect de la dignité humaine, que les modalités d'exécution de la mesure ne soumettent pas l'intéressé à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention et que, eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement, la santé et le bien-être du prisonnier sont assurés de manière adéquate, notamment par l'administration des soins médicaux requis* »¹²¹², et ce, sans référence à la technique des obligations positives.

447. Sur le terrain des droits susceptibles de limitations, l'absence de qualification des obligations contrôlées est plus rare mais semble en extension. La Cour affirme en effet de manière répétée en lien avec l'article 8 CEDH que « *la frontière entre les obligations positives et négatives de l'État au titre de cette disposition ne se prête toutefois pas à une définition précise. Les principes applicables sont néanmoins comparables* »¹²¹³. Elle a largement réservé ce constat au domaine de l'article 8¹²¹⁴ mais quelques récentes incursions sur le terrain d'autres articles sont à recenser, en lien

¹²¹¹ Cour EDH, GC, 27 septembre 1995, **McCann et al.**, *préc.*, §194.

¹²¹² Cour EDH, GC, 26 octobre 2000, **Kudla** c. Pologne, *Rec.* 2000-XI ; *GACEDH*, n° 15 et 40 ; *AJDA*, 2000, 1006, chron. J.-F. Flauss ; *Rev. sc. crim.*, 2001, 881, chron. F. Tulkens ; *Gaz. Pal.*, 2001, 266, 24, note Ch. Pettiti ; *RTDciv.*, 2001, 2, 439 chron. J.-P. Marguénaud ; *RTDH*, 2002, 179, obs. J.-F. Flauss ; *JDE*, 2001, 49, obs. P. Frumer ; *JDI*, 2001, 191, obs. P. Tavernier.

¹²¹³ Cour EDH, 26 mai 1994, **Keegan**, *préc.*, A 290, §49.

¹²¹⁴ Parmi de nombreuses autres affaires : Cour EDH, 21 février 1990, **Powell et Rayner**, *préc.*, §41 ; Cour EDH, 27 octobre 1994, **Kroon et al.** c. Pays-Bas, A 297-C, §31 ; *JCP G*, 1995, I, 3823, chron. F. Sudre ; Cour EDH, 23 septembre 1994, **Hokkanen** c. Finlande, A 299-A, §55 ; *JCP*, 1995, I, 3823, n° 32, chron. F. Sudre ; *RTDciv.*, 1995, 347, obs. J. Hauser ; Cour EDH, 25 novembre 1994, **Stjerna**, *préc.*, §38 ; Cour EDH, 19 février 1996, **Gül**, *préc.*, §38 ; Cour EDH, 18 avril 2006, **Dickson et Dickson**, *préc.*, §29 ; Cour EDH, 10 octobre 2006, **Paulík** c. Slovaquie, *Rec.* 2006-XI, §43 ; Cour EDH, 6 septembre 2007, **Johansson**, *préc.*, §29 ; Cour EDH, 15 novembre 2007, **Pfeifer** c. Autriche, *Rec.* 2007-XII, §37 ; *RTDH*, 2008, 1171, note Th. Hochmann. ; Cour EDH, 10 janvier 2008, **Kearns**, *préc.*, §74 ; Cour EDH, 15 janvier 2009, **Reklos et Davourlis** c. Grèce, req. 1234/05, §36 ; *JCP G*, 2009, 143, chron. F. Sudre ; Cour EDH, 23 septembre 2010, **Obst** c. Allemagne, req. 425/03, §41 ; *RTDH*, 2011, 375, note G. de Beco ; *JCP G*, 2010, act. 1006, obs. M. Levinet ; *D.*, 2011, 1637, obs. J.-P. Marguénaud et J. Mouly ; *JDI*, 2011, 1347, obs. A. Schill ; Cour EDH, 16 juin 2011, **Pascaud** c. France, req. 19535/08, §55 ; *RTDciv.*, 2011, 526, obs. J. Hauser.

avec les articles 9¹²¹⁵, 10¹²¹⁶, 11¹²¹⁷, ou encore 1 du Protocole 1¹²¹⁸. Elle a en outre une seule fois adopté une formulation générale, c'est-à-dire visant l'ensemble des droits conventionnels, en estimant que « *la frontière entre les obligations positives et les obligations négatives de l'État au titre de la Convention ne se prête pas à une définition précise* »¹²¹⁹. Cependant, malgré cette affirmation, la Cour prend généralement dans ces affaires le soin de se placer soit sur le terrain d'une obligation positive¹²²⁰ soit sur celui d'une obligation négative¹²²¹.

448. En revanche, dans un petit nombre d'arrêts elle ne qualifie pas l'obligation en cause. Tel peut être le cas lorsque sont en jeu des obligations structurelles. Ainsi, dans l'affaire *Hatton*, la Cour a affirmé ne pas être « *appelée à se prononcer sur le point de savoir si la présente affaire relève d'une catégorie ou de l'autre. La question qu'il lui incombe de trancher est celle de savoir si la mise en œuvre de la politique de 1993 en matière de vols de nuit à l'aéroport de Heathrow a ménagé un juste équilibre entre les intérêts des personnes qui pâtissent du bruit nocturne et ceux, concurrents, de la société dans son ensemble* »¹²²². Or dans cette affaire était en cause la réglementation d'un aéroport, obligation structurelle à propos de laquelle il a été montré *supra* que la qualification en terme positif ou négatif ne s'avère pas pertinente¹²²³. De même, alors qu'était en cause une loi venant priver les requérants du bénéfice de certaines indemnisation de compensation de leur handicap, la Cour n'a identifié « *aucun motif sérieux de juger contraire à l'article 8, envisagé sous son aspect positif ou négatif, la manière dont la législation française a*

¹²¹⁵ Cour EDH, 3 février 2011, *Siebenhaar*, *préc.*, §38.

¹²¹⁶ Cour EDH, GC, 30 juin 2009, *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VGT)*, *préc.*, §82.

¹²¹⁷ Cour EDH, GC, 11 janvier 2006, *Sørensen et Rasmussen*, *préc.*, §58 ; Cour EDH, GC, 12 novembre 2008, *Demir et Baykara*, *préc.*, §111 ; *Ianopol*, *préc.*, §38 ; Cour EDH, GC, 12 septembre 2011, *Palomo Sánchez et al.*, *préc.*, §62.

¹²¹⁸ Cour EDH, GC, 22 juin 2004, *Broniowski* c. Pologne, *Rec.* 2004-V, §144 ; *GACEDH*, n° 74 ; *RTDH*, 2005, 203, obs. E. Lambert-Abdelgawad ; *JDI*, 2005, 544, obs. P. Tavernier ; *RDP*, 2005, 758 et 809, obs. F. Sudre et H. Surrel ; Cour EDH, 2 avril 2009, *Belev et al.* c. Bulgarie, req. 16354/02 et *al.*, §86 ; Cour EDH, 18 novembre 2010, *Tunnel Report Limited* c. France, req. 27940/07, §37 ; Cour EDH, 20 septembre 2011, *Shesti Mai Engineering OOD et al.*, *préc.*, §79.

¹²¹⁹ Cour EDH, GC, 30 juin 2009, *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VGT)*, *préc.*, §82.

¹²²⁰ Cour EDH, 3 février 2011, *Siebenhaar*, *préc.*, §40 ; Cour EDH, GC, 30 juin 2009, *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VGT)*, *préc.*, §81.

¹²²¹ Cour EDH, 26 mai 1994, *Keegan*, *préc.*, A 290, §51.

¹²²² Cour EDH, GC, 8 juillet 2003, *Hatton et al.* c. Royaume-Uni, *Rec.* 2003-VIII, §119 ; *JCP G*, 2004, I, 107, chron. F. Sudre ; *RTDciv.*, 2003, 762, obs. J.-P. Marguénaud. De même voir Cour EDH, 21 février 1990, *Powell et Rayner*, *préc.*, §45.

¹²²³ V. *supra* Partie 2, Chapitre 1, Section 2, §1, A, 2, n° 420 et s.

abordé le problème ou le contenu des mesures spécifiques prévues à cet effet »¹²²⁴, refusant ainsi de caractériser l'obligation contrôlée de positive ou de négative.

449. Dans l'affaire *Pla et Puncernau* étant donnée l'impossibilité, abordée *supra*, de qualifier l'obligation de l'État en terme positif ou négatif lorsqu'est en cause une décision de justice¹²²⁵, la Cour a estimé que « *l'on ne saurait reprocher aux autorités andorranes une quelconque ingérence dans la vie privée et familiale des requérants, pas plus qu'un manquement à d'éventuelles obligations positives de la part de l'État andorran afin de rendre effectif le respect de la vie familiale. Les requérants se limitent à contester une décision judiciaire ayant déclaré un acte privé de transmission d'héritage contraire à la volonté de la testatrice. Ne demeure donc que la question de la prétendue incompatibilité avec la Convention de l'interprétation du droit interne faite par les juridictions andorranes* »¹²²⁶. Dans une autre affaire dans lesquelles l'atteinte au droit provenait d'une décision de justice, la Cour n'a pas précisé si était en cause une obligation positive ou négative et s'est contentée de « *rechercher à établir si les effets que ce jugement a eus sur la situation des deux requérants ont été compatibles avec les garanties énoncées aux articles 8 et 12 de la Convention* »¹²²⁷.

450. Dans l'affaire *Broniowski*, concernant l'article 1 du protocole 1, plusieurs faits étatiques étaient en jeu, à la fois des actions et des abstentions. La Cour a estimé que « *les faits de l'espèce peuvent fort bien s'analyser comme traduisant une entrave à l'exercice effectif du droit protégé par l'article 1 du Protocole n° 1 ou comme dénotant un échec à permettre l'exercice de ce droit. Eu égard aux circonstances particulières de l'affaire, la Cour juge inutile de déterminer précisément s'il faut envisager la cause sous l'angle des obligations positives de l'État ou sur le terrain de l'obligation négative de celui-ci de s'abstenir d'opérer des ingérences injustifiées dans le*

¹²²⁴ Cour EDH, GC, 6 octobre 2005, **Maurice** c. France, Rec. 2005-IX, §124 et Cour EDH, GC, 6 octobre 2005, **Draon** c. France, req. 1513/03 ; *RTDciv.*, 2005, 743, note J.-P. Margénaud ; *JCP G*, 2006, II, 10061, note A. Zollinger ; *JDI*, 2006, 1165, note I. Moulier ; *RTDH*, 2006, 667, obs. F. Bellivier ; *JCP G*, 2006, I, 109, n° 16, chron. F. Sudre.

¹²²⁵ V. *supra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 2, §1, A. Le Comité DH ne s'embarrasse pas à procéder à de telle distinction entre obligation positive et négative lorsqu'il examine une décision administrative. Il se contente ainsi de « *se demander si, en l'occurrence, le rejet par l'État partie de la demande de changement de nom constitue une immixtion arbitraire ou illégale dans la vie privée des auteurs* », sans se poser la question de savoir si une obligation positive ou négative est en jeu (Comité DH, Const., 31 octobre 1994, **Coeriel et Aurik** c. Pays-Bas, comm. n° 453/1991, §10.3).

¹²²⁶ Cour EDH, 13 juillet 2004, **Pla et Puncernau** c. Andorre, Rec. 2004-VIII, §45 ; *RTDciv.*, 2004, 804, obs. J.- P. Marguénaud ; *AJDA*, 2004, 1812, obs. J.-F. Flauss ; *JCP G*, 2005, I, 103, n° 15, chron. F. Sudre. 559 ; *JDI*, 2005, 522, obs. C. Renaut ; *JCP G*, 2005, II, 20052, note F. Boulanger.

¹²²⁷ Cour EDH, 14 juin 2011, **Ivanov et Petrova** c. Bulgarie, req. 15001/04, §60 ; *Gaz. Pal.*, 2011, 322-323, 28, obs. M. Eppler.

droit au respect des biens »¹²²⁸.

La Cour a adopté la même posture dans des affaires concernant l'article 8, en matière de garde d'enfant¹²²⁹, de refus de titre de séjour¹²³⁰ ou d'expulsion d'étrangers¹²³¹, de droit à l'image¹²³², de droit à un environnement sain¹²³³, ou encore concernant des affaires relatives à l'article 11¹²³⁴.

¹²²⁸ Cour EDH, GC, 22 juin 2004, **Broniowski**, *préc.*, §146. Se reporter également à Cour EDH, 2 avril 2009, **Belev et al.**, *préc.*, §86.

¹²²⁹ Cour EDH, 13 octobre 2011, **S.I. c. Slovénie**, req. 45082/05; §68 et s.

¹²³⁰ Cour EDH, 3 novembre 2011, **Arvelo Aponte c. Pays-Bas**, req. 28770/05, §53.

¹²³¹ Cour EDH, 28 juin 2011, **Nunez c. Norvège**, req. 55597/09, §69 ; *JCP G*, 2011, 914, chron. F. Sudre ; Cour EDH, 14 février 2012, **Antwi et al. c. Norvège**, req. 26940/10, §89.

¹²³² Cour EDH, 15 janvier 2009, **Reklos et Davourlis**, *préc.*, §34-38.

¹²³³ « *It is clear that in the present case the disturbances complained of were not caused by the State or by State organs, but that they emanated from the activities of private individuals. While the case may therefore be seen as giving rise principally to the positive obligations of the State, rather than as an interference by the State, the Court is not required finally to decide this question, the test being essentially the same. The question is whether the law, as applied in the present case, struck a fair balance between the competing interests of the individuals affected by the disturbance and the community as a whole* » (Cour EDH, 22 novembre 2011, **Zammit Maempel c. Malte**, req. 24202/10, §63) ; *JDI*, 2012, chron. 6, obs. P. Tavernier.

¹²³⁴ Cour EDH, 20 octobre 2005, **Ouranio Toxo et al. c. Grèce**, *Rec.* 2005-X, §38-44 ; *JDI*, 2006, 1154, obs. P. Tavernier. Voir également l'affirmation ambiguë selon laquelle la Cour « *choisit d'examiner cette partie de la cause sous l'angle d'une ingérence dans l'exercice par les requérants de leurs droits, mais elle tiendra compte, ce faisant, des obligations positives de l'État* » (Cour EDH, GC, 12 novembre 2008, **Demir et Baykara**, *préc.*, §116).

Conclusion du Chapitre 1

451. Au terme de ce Chapitre, il faut conclure à la difficulté d'établir une définition des obligations positives, en dehors des cas où ces obligations prescrivent une obligation de prendre ou de ne pas prendre des mesures « concrètes », c'est-à-dire impliquant une exécution physique de la part d'un agent étatique.

En outre, les variables sus-décrites, impossibilité de qualifier les obligations structurelles et les obligations d'adopter des décisions juridictionnelles et administratives en termes positifs ou négatifs, diversité des faits et obligations en jeu dans une même affaire et absence de corrélation entre comportement adopté par l'État et obligation en cause, constituent autant d'obstacles à un choix cohérent des juges européens entre obligation positive et négative. La Cour se fonde en effet tantôt sur un critère, tantôt sur un autre afin de justifier sa décision de mobiliser l'une ou l'autre catégorie d'obligations.

Ce choix relève en effet des motifs et non du dispositif des décisions et arrêts. Il semble qu'à partir du moment où une formation de jugement s'entend sur une solution à donner à un litige, le chemin employé importe peu. Le juge rapporteur a alors bien souvent le loisir de se positionner sur le terrain de l'une ou l'autre obligation, selon ce qu'il estime être le plus convainquant. Il est ainsi à déplorer qu'en l'absence de réflexion globale sur l'utilisation des obligations positives, la jurisprudence peut manquer de lisibilité.

À défaut de nous renseigner sur une qualification objective des obligations positives, l'analyse de la jurisprudence européenne a permis de mettre en exergue les raisons sous-jacentes au choix d'identifier une obligation positive dans une affaire donnée. La Cour utilise ainsi la technique des obligations positives tantôt afin d'accorder une large marge nationale d'appréciation aux États, tantôt afin de renforcer leurs obligations en invoquant leur rôle de protecteur des droits. Ces motifs sont cependant apparemment contradictoires et ne permettent pas d'établir une définition des obligations positives en fonction d'un contenu qui leur serait spécifique.

Reste à savoir si les obligations positives se caractérisent par un contrôle différent de

celui des obligations négatives.

CHAPITRE 2 : L'existence d'un cadre de contrôle commun aux obligations conventionnelles

452. Tel que démontré dans le chapitre précédent, la technique des obligations positives est bien souvent mobilisée sans égard à la nature de l'obligation en cause et pour des motifs parfois totalement étrangers à cette dernière. Il est donc illusoire de s'atteler à établir l'existence d'un contrôle propre aux obligations positives en systématisant la démarche de la Cour lorsqu'elle annonce mettre en œuvre une obligation positive dans une affaire donnée. Il s'agit donc d'aller voir, au delà du type de contrôle annoncé, quel est celui réellement appliqué par la Cour. Une telle étude permet d'observer l'existence de plusieurs régimes distincts et de proposer une typologie renouvelée des obligations conventionnelles. Seront ainsi distinguées d'un côté les obligations structurelles, de l'autre les obligations individuelles. Les premières désignent l'obligation de mettre en place un cadre normatif et procédural, les secondes l'obligation de mettre en œuvre ce cadre normatif et procédural¹²³⁵.

453. Cependant, une composante commune existe dans le contrôle des obligations positives. Selon la plupart des études relatives aux obligations positives, le contrôle de ces dernières implique systématiquement l'application du principe de proportionnalité ou autrement dit, l'examen du « *juste équilibre* » entre les intérêts en présence¹²³⁶. La Cour a en effet affirmé que « *pour*

¹²³⁵ Cette classification s'inspire de celle établie par le professeur R. Pisillo Mazzeschi en matière de responsabilité de l'État vis-à-vis des étrangers présents sur son territoire. Il distingue « *two distinct obligations of the State. The first is that of possessing on a permanent basis, a legal and administrative apparatus normally able to guarantee respect for the international norm on prevention. The second obligation, instead, is that of using such apparatus with the diligence that the circumstances require.* » (R. PISILLO MAZZESCHI, « The Due Diligence Rule and the Nature of the International Responsibility of States », *GYIL*, 1992, 35, p. 26). D'autres auteurs adoptent une autre terminologie, en distinguant les obligations « normative » et « opérationnelle » (J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 2010, p. 426).

¹²³⁶ F. SUDRE, « Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1995, p. 378 et s. ; D. SPIELMANN, « "Obligations positives" et "effet horizontal" des dispositions de la Convention », in F.

déterminer s'il existe une obligation positive, il faut prendre en compte - souci sous-jacent à la Convention tout entière - le juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu »¹²³⁷. L'exigence d'un juste équilibre a d'ailleurs pour la première fois été affirmée dans l'*Affaire linguistique belge*, premier arrêt concernant la technique des obligations positives. La Cour y affirma que la Convention implique « un juste équilibre entre la sauvegarde de l'intérêt général de la communauté et le respect des droits fondamentaux de l'homme, tout en attribuant une valeur particulière à ces derniers »¹²³⁸.

454. La mise en balance des intérêts est synonyme de contrôle de proportionnalité¹²³⁹. La Cour utilise d'ailleurs indistinctement les deux termes¹²⁴⁰. Le principe de proportionnalité, bien connu en Allemagne, Suisse, Pays-Bas ou encore en Autriche¹²⁴¹, n'est pas explicitement garanti dans la Convention. Cependant pour M-A. Eissen, l'idée de proportionnalité apparaîtrait « en filigrane » dans plusieurs dispositions de la Convention¹²⁴². Certains auteurs¹²⁴³, ainsi que la

SUDRE (dir.), *L'interprétation de la CEDH*, Bruylant, coll. « Droit et justice », 1998, p. 144 ; S. BESSON, « Les obligations positives de protection des droits fondamentaux : un essai de dogmatique comparative », *Revue de droit suisse*, 122 (2003), p. 83 et s. et p. 91 et s.

¹²³⁷ Cour EDH, Plén., 17 octobre 1986, **Rees c. Royaume-Uni**, A 106, §37 ; *JDI*, 1987, 796, chron. P. Rolland.

¹²³⁸ Cour EDH, Plén., 23 juillet 1968, **Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c. Belgique**, A 6, §5 ; *GACEDH*, n° 9 ; *AFDI*, 1968, 201, obs. R. Pelloux ; *RBDI*, 1970, 353, obs. J. Verhoeven.

¹²³⁹ Pour S. Van Drooghenbroeck la proportionnalité est une « technique d'arbitrage entre intérêts conflictuels juridiquement protégés » (S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, Presses Universitaires de Saint Louis, 2001, p. 74. Voir aussi M.-A. EISSEN, « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in L.-E. PETTITI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Economica, 2^{ème} éd., 1999, p. 72 ; B. MOUTEL, *L'« effet horizontal » de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français. Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, Th. Limoges, 2006, dact., p. 168 et s. ; P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2011, p. 370 et s., spéc. §605. Certains auteurs ont cependant souligné des différences entre les deux notions tout en soulignant leur « unité (...) à travers l'essence commune qui les habite, celle du raisonnement dialectique qui implique pour réaliser le jugement de mettre en balance les intérêts a priori opposés, en fonction d'une norme de départage permettant de mesure de leurs proportions respectives » (P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme, Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005, vol. 1, p. 167).

¹²⁴⁰ Cour EDH, Plén., 21 février 1986, **James et al. c. Royaume-Uni**, A 98, §50 ; *GACEDH*, n° 68, *AFDI*, 1987, p. 239, obs. V. Coussirat-Coustère ; *JDI*, 1987, p. 772, obs. P. Tavernier ; *CDE*, 1988, p. 479, obs. G. Cohen-Jonathan.

¹²⁴¹ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, op.cit., p. 32 et s. K. GRABARCZYK, *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUAM, 2008, p. 230.

¹²⁴² M.-A. EISSEN, « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », op. cit., p. 65.

¹²⁴³ P. MARTENS, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », in *Mélanges offerts à J. VELU, Présence*

Commission EDH¹²⁴⁴ considèrent ainsi que l'idée de proportionnalité doit être déduite des clauses d'ordre public, c'est-à-dire des paragraphes 2 des articles 8 à 11 et du paragraphe 3 de l'article 2 du Protocole 4 de la Convention. Ces dispositions prévoient en effet que les seules restrictions autorisées à ces droits sont celles « *nécessaires dans une société démocratique* ». Ainsi, les mesures limitant les droits conventionnels doivent être proportionnées aux buts légitimes poursuivis. La Cour l'a affirmé très tôt, « *toute "formalité", "condition", "restriction" ou "sanction" imposée* » dans l'exercice d'un droit conventionnel « *doit être proportionnée au but légitime poursuivi* »¹²⁴⁵. En matière d'obligations positives, la proportionnalité servira à déterminer l'existence et l'étendue des obligations positives exigibles des États¹²⁴⁶. Tout comme seules sont admises les restrictions aux droits nécessaires dans une société démocratique, doivent être exigées les mesures nécessaires dans une société démocratique. Dans les deux cas, le contrôle exercé est celui du juste équilibre entre les intérêts en présence. L'exigence de mise en balance est bien souvent nécessaire alors que l'État, par la mise en œuvre d'obligations positives, sera amené à limiter d'autres droits individuels.

455. Ce double rôle de l'État justifiant une nécessaire mise en balance des intérêts en jeu est clairement exprimé par A. Eide : « *the role of the State is therefore double-faced, like Janus. The State must respect human rights limitations and constraints on its scope of action, but it is also obliged to be active in its role as protector and provider. By necessity there is some tension between these two aspects of the role of the State; it is both an ideological and a practical question whether the main emphasis should be on the constraint side or the action side. The real question is how the obligations of the State can be made operative in a way that ensures the optimal balance between freedoms and satisfaction of needs. This is a problem which should be tackled pragmatically, taking*

du droit public et des droits de l'homme, t. I, Bruylant, 1992, p. 57 ; M.-A. EISSEN, « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 66 et s. Ce dernier auteur cite également l'article 15 CEDH (*ibid.*, p. 65).

¹²⁴⁴ Elle invoqua à l'audience devant la Cour EDH dans l'affaire *Handyside* que « le principe de proportionnalité » était « inhérent à l'adjectif "nécessaire" » (Cour EDH, Plén., 7 décembre 1976, **Handyside** c. Royaume-Uni, A24, §58 ; *GACEDH*, n° 7 ; *CDE*, 1978, 350, chron. G. Cohen-Jonathan ; *JDI*, 1978, 706, chron. P. Rolland. Cité par K. GRABARCZYK, *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 230.

¹²⁴⁵ Cour EDH, Plén., 7 décembre 1976, **Handyside**, *préc.*, §49.

¹²⁴⁶ « Afin de déterminer l'étendue des obligations positives incombant à l'État, il faut prendre en compte le juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu, la diversité des situations dans les États contractants et les choix à faire en termes de priorités et de ressources. Ces obligations ne doivent pas non plus être interprétées de manière à imposer un fardeau insupportable ou excessif » (Cour EDH, GC, 8 juillet 2004, **Ilascu et al.** c. Moldavie et Russie, *Rec.* 2004-VII, §332 ; *GACEDH*, n° 70, *JDI*, 2005, 472, obs. O. de Frouville ; *RDP*, 2005, 759, obs. F. Sudre ; *RGDIP*, 2004, 1036, obs. Ph. Weckel ; *JDE*, 2005, 120, 168, obs. F. Krenc ; *RTDH*, 2005, 767, note G. Cohen-Jonathan ; *EDL*, 2005, n° 15, 5, obs. F. Benoît-Rohmer ; *RGDIP*, 2005, 581, note I. Petculescu).

*into account the different contexts and possibilities in various parts of the world. Different levels of development and variations in social organization call for different responses to achieve the results called for by the human rights system »*¹²⁴⁷. Il y a cependant une exception en matière d'obligations positives. Concernant certaines obligations individuelles de résultat issues de droits absolus, le contrôle de proportionnalité n'implique pas la mise en balance des intérêts en présence. La Cour recherche si l'État a pris les mesures nécessaires mais nulle omission ne pourra être justifiée par l'invocation d'un intérêt général ou privé¹²⁴⁸.

456. La question a en outre souvent été posée de savoir si devait être appliquée la clause d'ordre public (§2 des articles 8 à 11 CEDH) au contrôle des obligations positives ou si cette dernière n'était pertinente qu'en ce qui concerne les obligations négatives. Comme l'écrivait le professeur F. Sudre en 1995 dans le premier article venant systématiser la jurisprudence européenne en matière d'obligations positives, la Cour a tout d'abord montré une certaine « *réticence* » à l'application de la clause d'ordre public au contrôle des obligations positives¹²⁴⁹. Dans l'arrêt *Rees*, elle a en effet affirmé que « *dans la recherche d'un tel équilibre, les objectifs énumérés au paragraphe 2 de l'article 8 (art. 8-2) peuvent jouer un certain rôle, encore que cette disposition parle uniquement des "ingérences" dans l'exercice du droit protégé par le premier alinéa et vise donc les obligations négatives en découlant* »¹²⁵⁰. Puis cette « *réticence* » avait été ensuite « *vaincue* » dans l'affaire *Powell et Rayner*, la Cour affirmant que « *même pour les obligations positives résultant du paragraphe 1 (art. 8-1), "les objectifs énumérés au paragraphe 2 (art. 8-2) (...) peuvent jouer un certain rôle" dans "la recherche" de l'"équilibre" voulu* »¹²⁵¹.

457. Ensuite, dans de nombreuses affaires la Cour a affirmé que « *les principes applicables* » aux obligations positives et négatives sont « *comparables*. Dans les deux cas, il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble ; de même, dans les deux hypothèses, l'État jouit d'une certaine marge

¹²⁴⁷ A. EIDE, Rapporteur spécial, Rapport sur la sécurité alimentaire, 7 juillet 1987, E/CN.4/Sub2/1987/23, §70.

¹²⁴⁸ Voir *infra* Partie 2, Chapitre 2, Section 3, §2, B. 2, a, ii, n° 617 et s.

¹²⁴⁹ F. SUDRE, « Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 378. « Une législation ne répondant pas à cet impératif enfreint le paragraphe 1 de l'article 8 (art. 8-1) sans qu'il y ait lieu de l'examiner sous l'angle du paragraphe 2 (art. 8-2) » (Cour EDH, Plén., 13 juin 1979, **Marckx** c. Belgique, A 31, §31 ; *GACEDH*, n° 51 ; *JT*, 1979, 513, obs. F. Rigaux ; *JDI*, 1982, 1983, obs. P. Rolland).

¹²⁵⁰ Cour EDH, Plén., 17 octobre 1986, **Rees**, *préc.*, §37.

¹²⁵¹ Cour EDH, 21 février 1990, **Powell et Rayner** c. Royaume-Uni, A 172, §41 ; *JDI*, 1991, 774, note P. Tavernier ; *RTDH*, 1991, 241, obs. J.-F. Flauss.

d'appréciation »¹²⁵². Cette affirmation se trouve majoritairement dans des arrêts relatifs à l'article 8 CEDH¹²⁵³, mais la Cour l'a ensuite transposé aux articles 9¹²⁵⁴, 10¹²⁵⁵, 11¹²⁵⁶, ou encore 1 du Protocole 1¹²⁵⁷. Elle a cependant une seule fois adopté une formulation générale en estimant que « *la frontière entre les obligations positives et les obligations négatives de l'État au titre de la Convention ne se prête pas à une définition précise. Les principes applicables sont néanmoins comparables. Que l'on analyse l'affaire sous l'angle d'une obligation positive à la charge de l'État ou sous celui d'une ingérence des pouvoirs publics demandant une justification, les critères à appliquer ne sont pas différents en substance. Dans les deux cas, il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre les*

¹²⁵² Cour EDH, 26 mai 1994, **Keegan c. Irlande**, A 290, §49 ; *JCP G*, 1995, I, 3823, chron. F. Sudre.

¹²⁵³ Parmi de nombreuses autres affaires : Cour EDH, 21 février 1990, **Powell et Rayner, préc.**, §41 ; Cour EDH, 27 octobre 1994, **Kroon et al. c. Pays-Bas**, A 297-C, §31 ; *JCP G*, 1995, I, 3823, chron. F. Sudre ; Cour EDH, 23 septembre 1994, **Hokkanen c. Finlande**, A 299-A, §55 ; *JCP*, 1995, I, 3823, n° 32, chron. F. Sudre ; *RTDciv.*, 1995, 347, obs. J. Hauser ; Cour EDH, 25 novembre 1994, **Stjerna c. Finlande**, A 299-B, §38 ; *JCP G*, 1995, I, 3823, chron. F. Sudre ; *JDI*, 1995, 791, chron. E. Decaux et P. Tavernier ; Cour EDH, 19 février 1996, **Gül c. Suisse**, *Rec.* 1996-I, §38 ; *RUDH*, 1997, 26, chron. M. Levinet ; Cour EDH, 18 avril 2006, **Dickson et Dickson c. Royaume-Uni**, req. 44362/04, §29 ; *JCP G*, 2006, I, 164, chron. F. Sudre ; *RJPF*, 2006, 7, p.12, note E. Putman ; Cour EDH, 10 octobre 2006, **Paulík c. Slovaquie**, *Rec.* 2006-XI, §43 ; Cour EDH, 6 septembre 2007, **Johansson c. Finlande**, req. 10163/02, §29 ; Cour EDH, 15 novembre 2007, **Pfeifer c. Autriche**, req. 12556/03, §37 ; *RTDH*, 2008, 1171, note Th. Hochmann ; Cour EDH, 10 janvier 2008, **Kearns c. France**, req. 35991/04, §74 ; *AJDA*, 2008, 978, chron. J.-F. Flauss ; *RTDciv.*, 2008, 285, obs. J. Hauser ; *RTDciv.*, 2008, 252, chron. J.-P. Marguénaud et P. Rémy-Corlay ; Cour EDH, Déc., 6 septembre 2007, **Reklos et Davourlis c. Grèce**, req. 1234/05, §36 ; *JCP G*, 2009, 143, chron. F. Sudre ; Cour EDH, 23 septembre 2010, **Obst c. Allemagne**, req. 425/03, §41 ; *RTDH*, 2011, 375, note G. de Beco ; *JCP G*, 2010, act. 1006, obs. M. Levinet ; *D.*, 2011, 1637, obs. J.-P. Marguénaud et J. Mouly ; *JDI*, 2011, 1347, obs. A. Schill ; Cour EDH, 16 juin 2011, **Pascaud c. France**, req. 19535/08, §55 ; *RTDciv.*, 2011, 526, obs. J. Hauser.

¹²⁵⁴ Cour EDH, 3 février 2011, **Siebenhaar c. Allemagne**, req. 18136/02, §38 ; *D.*, 2011, 1637, obs. J.-P. Marguénaud et J. Mouly.

¹²⁵⁵ Cour EDH, GC, 30 juin 2009, **Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VGT) c. Suisse** (n° 2), *Rec.* 2009-..., §82 ; *RTDH*, 2010, 421, note M. Hertig Randall et X.-B. Ruedin ; *JCP G*, 2010, 70, chron. F. Sudre ; *AJDA*, 2009, 1936, chron. J.-F. Flauss.

¹²⁵⁶ Cour EDH, GC, 11 janvier 2006, **Sørensen et Rasmussen c. Danemark**, *Rec.* 2006-I, §58 ; *Dr. soc.*, 2006, 1022, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly ; *RTDH*, 2006, 787, obs. F. Krenc ; Cour EDH, GC, 12 novembre 2008, **Demir et Baykara c. Turquie**, *Rec.* 2008-..., §111 ; *GACEDH*, n° 64 ; *D.*, 2009, 739, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly ; *JCP G*, 2009, II, 10018, note F. Sudre ; *JCP S*, 2009, 1154, note F. Sudre ; *RTDH*, 2009, 811, note S. Van Drooghenbroeck ; *AJDA*, 2009, 872, chron. J.-F. Flauss. ; *RTDH*, 2009, 811, note S. Van Drooghenbroeck ; *AJDA* 2009, 872, chron. J.-F. Flauss ; Cour EDH, Déc., 7 décembre 2010, **Ianopol c. Roumanie**, req. 9861/05, §38 ; Cour EDH, GC, 12 septembre 2011, **Palomo Sánchez et al. c. Espagne**, *Rec.* 2011-..., §62 ; *JCP G*, 2011, act. 1056, G. Gonzalez ; *AJDA*, 2012, 143, chron. L. Burgorgue-Larsen ; *JDI*, 2012, chron. 6, obs. P. von Mühlendahl.

¹²⁵⁷ Cour EDH, GC, 22 juin 2004, **Broniowski c. Pologne**, *Rec.* 2004-V, §144 ; *GACEDH*, n° 74 ; *RTDH*, 2005, 203, obs. E. Lambert-Abdelgawad ; *JDI*, 2005, 544, obs. P. Tavernier ; *RDP*, 2005, 758 et 809, obs. F. Sudre et H. Surrel. Cour EDH, 2 avril 2009, **Belev et al. c. Bulgarie**, req. 16354/02 et *al.*, §86 ; Cour EDH, 18 novembre 2010, **Tunnel Report Limited c. France**, req. 27940/07, §37 ; Cour EDH, 20 septembre 2011, **Shesti Mai Engineering OOD et al. c. Bulgarie**, req. 17854/04, §79.

intérêts concurrents en jeu »¹²⁵⁸.

458. Il apparaît que ce constat est circonscrit aux droits susceptibles de limitations. Cette affirmation de principe n'a en effet jamais été formulée par la Cour relativement aux articles 2, 3, ou 4. L'idée de juste équilibre apparaît cependant sous d'autres formes dans certaines affaires relatives à l'article 2 CEDH¹²⁵⁹. En effet, la mise en balance des intérêts en présence doit être appliquée non seulement en fonction du droit en cause, mais également de l'obligation en jeu.

459. La systématisation du contrôle de la Cour en matière des obligations positives amène à distinguer plusieurs étapes. Une obligation conventionnelle ne saurait entrer en jeu sans que le droit soit applicable, autrement dit que soit constatée l'existence d'une atteinte à un droit conventionnel (Section 1). Ensuite, implicitement ou explicitement, la Cour procède en deux temps, elle examine les critères déclencheurs de l'obligation (Section 2), puis le respect de l'obligation (Section 3).

¹²⁵⁸ Cour EDH, GC, 30 juin 2009, **Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VGT)** c. Suisse (n° 2), *Rec.* 2009-..., §82 ; *RTDH*, 2010, 421, note M. Hertig Randall et X.-B. Ruedin ; *JCP G*, 2010, 70, chron F. Sudre ; *AJDA*, 2009, 1936, chron. J.-F. Flauss.

¹²⁵⁹ Cour EDH, GC, 28 octobre 1998, **Osman** c. Royaume-Uni, *Rec.* 1998-VIII, §116 et 121 ; *GACEDH*, n° 12 ; *JCP G*, 1999, I 105, chron. F. Sudre ; *JDI*, 1999, 269, obs. P. Tavernier ; Cour EDH, 15 décembre 2009, **Maiorano et al.** c. Italie, req. 28634/06, §106 ; *RTDH*, 2011, 621, note J.-M. Larralde ; Cour EDH, 27 septembre 2011, **M. et C.** c. Roumanie, req. 29032/04, §116 ; Cour EDH, 9 juin 2009, **Opuz** c. Turquie, *Rec.* 2009-..., §140 ; *JCP G*, 2009, 143, chron. F. Sudre ; *AJDA*, 2009, 1936, chron. J.-F. Flauss ; Cour EDH, 17 janvier 2012, **Choreftakis et Choreftaki** c. Grèce, req. 46846/08, §60 ; *AJDP*, 2012, 172, obs. J.-P. Céré.

SECTION 1 : L'applicabilité du droit

460. L'existence d'une atteinte à un droit conventionnel est une condition générale exigée pour déclarer un droit applicable. Il s'agit donc d'une étape préalable nécessaire à la mise en œuvre de n'importe quelle obligation conventionnelle, qu'elle soit positive ou négative. Seront ici abordés les cas dans lesquels le choix de mobiliser une obligation positive implique une appréciation différenciée de la recevabilité par rapport à celle appliquée en cas d'examen d'une obligation négative.

L'examen de l'applicabilité du droit recoupe en pratique l'examen de divers critères de recevabilité. La Cour examine s'il y a « atteinte », c'est-à-dire si l'entrave au droit est jugée suffisamment importante pour que le droit soit applicable (§1). Elle recherche également et s'il y a « droit », c'est-à-dire si l'on se situe dans le champs d'application *ratione materiae* du droit (§2). Elle vérifie en outre l'existence d'un lien de causalité entre le fait étatique et l'atteinte au droit, afin de déterminer l'applicabilité *ratione personae* du droit (§3).

§1. L'existence d'une atteinte, l'exigence aléatoire d'un seuil minimum de gravité

461. Le terme « atteinte » est ici volontairement privilégié par rapport à celui d'« ingérence ». En effet, le premier désigne l'altération de l'exercice du droit sans égard à l'origine de cette altération, action ou omission étatique, alors que le second signifie l'affectation d'un droit par une action étatique¹²⁶⁰. L'existence de l'atteinte est examinée au stade de l'applicabilité du droit. Ce critère peut toutefois intervenir au niveau de l'application du droit lorsque son examen est essentiel à la résolution du fond de l'affaire¹²⁶¹. Une obligation négative entre en jeu dès lors qu'est relevée l'existence d'une « ingérence ». De même, il ne peut y avoir obligation positive à la charge de l'État que s'il y a « atteinte » au droit.

¹²⁶⁰ V. *supra*, Partie 2, Chapitre 1, Section 1, n° 372.

¹²⁶¹ Cour EDH, 25 novembre 1994, *Stjerna*, *préc.*, §42 ; Cour EDH, 14 octobre 2008, *Petrina* c. Roumanie, req. 78060/01, §39 ; *JCP G*, 2009, I, 104, obs. F. Sudre.

462. La Cour exige que le requérant démontre avoir connu une nuisance directe et sérieuse¹²⁶² atteignant un « *seuil minimum de gravité* »¹²⁶³. Elle a ainsi jugé que « *l'obligation positive découlant de l'article 8 de la Convention doit entrer en jeu si les affirmations en cause dépassent les limites des critiques acceptables sous l'angle de l'article 10 de la Convention* »¹²⁶⁴ ou encore que « *l'existence de conséquences graves et avérées pour la santé de la requérante et des autres habitants de Copșa Mică, faisait peser sur l'État l'obligation positive d'adopter et de mettre en œuvre des mesures raisonnables et adéquates capables de protéger leur bien-être* »¹²⁶⁵. Tout comme lorsqu'est constatée l'absence d'ingérence, au cas où l'atteinte est considérée insuffisante, le grief est jugé irrecevable du fait de l'inapplicabilité du droit¹²⁶⁶. Lorsque l'examen de cette condition est lié à l'application du droit, et que la Cour ne retient pas son existence, il est conclu à l'absence de violation¹²⁶⁷.

¹²⁶² Cour EDH, GC, 19 février 1998, **Guerra et al.** c. Italie, *Rec.* 1998-I, §57 ; *JCP G*, 1999, I, 105, n° 43, obs. F. Sudre ; *D.*, 1998, Somm. 370, obs. J.-F. Renucci ; *Revue européenne de droit de l'environnement*, 1998, 318, note J.-P. Marguénaud ; *RTDciv.*, 1998, 517, note J.-P. Marguénaud ; Cour EDH, Déc., 17 janvier 2006, **Luginbühl** c. Suisse, req. 42756/02 ; Cour EDH, 7 avril 2009, **Brândușe** c. Roumanie, req. 6586/03, §65-66 ; *JCP G*, 2009, 143, chron. F. Sudre ; Cour EDH, 9 novembre 2010, **Deés** c. Hongrie, req. 2345/06, §24 ; *JDI*, 2011, 1336, obs. P. Tavernier ; *D.*, 2011, 2694, chron. F.-G. Trébulle.

¹²⁶³ Cour EDH, 16 novembre 2004, **Moreno Gómez** c. Espagne, *Rec.* 2004-X, §60 et 58 ; *GACEDH*, n° 49 ; *JCP G*, 2005, I, 103, chron. F. Sudre ; *AJDA*, 2005, 549, chron. J.-F. Flauss ; *RDP*, 2005, note C. Picheral ; *Environnement*, 2005, 24, comm. L. Benoit. ; Cour EDH, 3 mai 2011, **Apanasewicz** c. Pologne, req. 6854/07, §96 et 101 ; *JDI*, 2012, chron. 6, obs. P. Tavernier.

¹²⁶⁴ Cour EDH, 14 octobre 2008, **Petrina**, *préc.*, §39 ; Cour EDH, 3 mai 2011, **Sipoș** c. Roumanie, req. 26125/04, §30.

¹²⁶⁵ Cour EDH, 30 mars 2010, **Băcilă** c. Roumanie, req. 19234/04, §71 ; *JCP G*, 2010, act. 452, F. Sudre ; *Environnement*, 2010, 6, 3, note Ph. Billet ; *D.*, 2010, 2468, chron. F.-G. Trébulle ; *RJE*, 2010, 657, chron. J.-P. Marguénaud et S. Nadaud.. Voir également « *the level of disturbance reached the minimum level of severity which required the relevant State authorities to implement measures in order to protect the applicant from such noise* » : Cour EDH, 20 mai 2010, **Oluić** c. Croatie, req. 61260/08, §62 ; *RJE*, 2010, 657, chron. J.-P. Marguénaud et S. Nadaud ; Cour EDH, GC, 2 novembre 2010, **Şerife Yiğit** c. Turquie, req. 3976/05, §100-102 ; *JCP G*, 2010, 2231, note G. Gonzalez ; *JDI*, 2011, 1366, note D. Lachal : la Cour estime qu'en l'absence d'« *atteinte de l'État à la vie familiale de l'intéressé (...)* l'article 8 ne saurait s'interpréter comme imposant à l'État l'obligation de reconnaître le mariage religieux » ; Cour EDH, 5 mars 2009, **Sandra Janković** c. Croatie, req. 38478/05, §47 : « *The Court considers that acts of violence such as those alleged by the applicant require the States to adopt adequate positive measures in the sphere of criminal-law protection* », Cour EDH, 30 novembre 2010, **Hajduová** c. Slovaquie, req. 2660/03, §50 : « *This, in the Court's estimation, would be enough to affect her psychological integrity and well-being so as to give rise to an assessment as to compliance by the State with its positive obligations under Article 8 of the Convention* ». Cour EDH, 20 mars 2012, **C.A.S. et C.S.** c. Roumanie, req. 26692/05, §73 : « *the Court notes at the outset that the acts of violence suffered by the first applicant and not contested by the Government undoubtedly meet the threshold of Article 3. The State's positive obligations were thus called into action* ».

¹²⁶⁶ Cour EDH, 1^{er} juillet 2008, **Borysiewicz** c. Pologne, req. 71146/01, §54-56 ; Cour EDH, Déc., 26 février 2008, **Fägerskiöld** c. Suède, req. 37664/04 ; *AJDA*, 2008, 1929, chron. J.-F. Flauss ; Cour EDH, Déc., 18 mars 2008, **Furlepa** c. Pologne, n° 62101/00.

¹²⁶⁷ Cour EDH, 25 novembre 1994, **Stjerna**, *préc.*, §42 et s. ; Cour EDH, 22 mai 2003, **Kyrtatos** c. Grèce, *Rec.* 2003-VI, §41 et s.

463. Il semble que ces critères du « *seuil minimum de gravité* » et de « *l'atteinte directe* » sont davantage utilisés lorsque sont en cause des obligations positives touchant certains domaines sensibles. L'appréciation de l'existence d'une atteinte est alors stricte et peut permettre de conclure facilement à l'irrecevabilité d'une requête et de limiter le développement d'obligations positives dans le domaine en question.

464. Les critères précités sont ainsi utilisés lorsqu'est en cause le droit à un environnement sain¹²⁶⁸, droit notamment protégé au titre de l'article 8 CEDH, et impliquant principalement des obligations positives. Afin de constater l'applicabilité de cette disposition, le constat d'une simple dégradation de la « *qualité de vie* » des requérants suffit cependant et il ne faut pas nécessairement que soit portée une atteinte grave à la santé¹²⁶⁹. L'appréciation du degré de gravité, souvent liée à celle du lien de causalité entre l'activité polluante et l'atteinte au droit conventionnel¹²⁷⁰, a toutefois permis à la Cour de limiter le contentieux environnemental. Ce critère a en effet été un moyen de rejeter facilement des requêtes dans ce domaine¹²⁷¹.

465. L'appréciation stricte de l'existence d'une atteinte afin d'empêcher la mise en œuvre d'une obligation positive et de conclure à l'irrecevabilité d'une requête a également été appliquée dans le domaine des droits sociaux. Ainsi la Cour a estimé qu'« *une obligation positive de l'État pourrait être établie pour assurer l'accès* » d'un handicapé moteur à des établissements publics, « *seulement dans le cas où un tel manque d'accès l'empêcherait de mener sa vie de façon telle que le droit à son développement personnel et son droit d'établir et d'entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur seraient compromis* »¹²⁷².

466. Cette condition jurisprudentielle du degré suffisant de gravité a été intégrée dans

¹²⁶⁸ C. PICHERAL, « L'hypothèse d'un "droit à" l'environnement », in *Perspectives d'un droit privé de l'environnement – A la recherche du statut juridique du « bioacteur » ?*, Actes du colloque 11 et 12 septembre 2008 (Faculté de droit de Montpellier, Centre de droit de la Consommation et du Marché), *Bull. du droit de l'environnement industriel*, Février 2009, suppl. au n° 19, p. 61-70.

¹²⁶⁹ Cour EDH, 21 février 1990, **Powell et Rayner**, *préc.*, §40 ; Cour EDH, 9 décembre 1994, **López Ostra** c. Espagne, A303-C, §50-51 ; *GACEDH*, n° 3 ; *AFDI*, 1994, 658, chron. V. Coussirat-Coustère ; *JDI*, 1995, 798, chron. E. Decaux et P. Tavernier ; *RUDH*, 1995, 112 et *JCP G*, 1995, I, 3823, n° 6, obs. F. Sudre ; *Gaz. Pal.*, 27-28 septembre 1995, jur., 527, note J.-N. Clément ; *RTDciv.*, 1996, 507, obs. J.-P. Marguénaud ; *EHRLR*, 1996, 557, note P. Sands. ; Cour EDH, 7 avril 2009, **Brândușe**, *préc.*, §67.

¹²⁷⁰ Cette question du lien de causalité est souvent examinée au titre du critère de connaissance du risque. V. *infra*, Partie 2, Chapitre 2, Section 1, §2, A, 2, a, n° 524 et s.

¹²⁷¹ Cour EDH, 22 mai 2003, **Kyrtatos**, *préc.*, §41 et s. ; Cour EDH, Déc., 17 janvier 2006, **Luginbühl**, *préc.* ; Cour EDH, 1^{er} juillet 2008, **Borysiewicz**, *préc.*, §54-56 ; Cour EDH, Déc., 26 février 2008, **Fägerskiöld**, *préc.* ; Cour EDH, Déc., 18 mars 2008, **Furlepa**, *préc.*.

¹²⁷² Cour EDH, Déc., 14 septembre 2010, **Farcaș** c. Roumanie, req. 32596/04, §68.

la Convention EDH avec le Protocole 14 dans un objectif de limitation de la charge de travail de la Cour¹²⁷³. Le critère du « *préjudice important* » est désormais une condition de recevabilité énoncée à l'article 35§ 3 b) CEDH¹²⁷⁴. Cependant, il est probable que cette nouvelle condition ne changera rien à la manière dont la Cour apprécie l'existence du degré de gravité de l'atteinte en cas de contrôle d'une obligation positive et, en particulier, à l'interprétation différenciée opérée afin de limiter son contrôle dans certains domaines sensibles.

467. Si, concernant l'appréciation de la gravité de l'atteinte, une appréciation différenciée entre obligations positive et négative subsiste, il semble que, concernant le caractère potentiel de l'atteinte, un alignement entre les deux types d'obligation peut être possible. En effet, l'atteinte au droit, question qui comporte des liens étroits avec la question de la qualité de victime, peut être potentielle¹²⁷⁵. Cette tendance a récemment conquis le domaine du droit à un environnement sain, la Cour ayant reconnu qu'un risque potentiel pouvait suffire à déclarer l'applicabilité de l'article 8 CEDH¹²⁷⁶. Ainsi, concernant l'identification d'une atteinte à un droit, et même pour ce qui est de la question très sensible du droit à un environnement sain, le régime des obligations positives est susceptible d'être aligné sur celui des obligations négatives¹²⁷⁷.

Par ailleurs, afin de déclarer l'applicabilité du droit, la Cour recherche si l'atteinte alléguée concerne bien un droit conventionnel.

¹²⁷³ *Guide pratique sur la recevabilité*, Conseil de l'Europe, décembre 2010, p. 12, §369.

¹²⁷⁴ Sur l'application de ce nouveau critère se reporter à F. BENOÎT-ROHMER, « Un préjudice préjudiciable à la protection des droits de l'homme : premières applications du Protocole 14 sur le condition de "préjudice important" », *RTDH*, 2011, p. 23-42 ; Ph. ROUBLOT, « La nouvelle condition de recevabilité des requêtes devant la Cour européenne des droits de l'homme : enjeux et perspectives », in P. DOURNEAU-JOSETTE et E. LAMBERT-ABDELGAWAD (dir.), *Quel filtrage des requêtes par la Cour européenne des droits de l'homme ?*, Ed. du Conseil de l'Europe, 2011, p. 213-223.

¹²⁷⁵ La qualité de victime est une condition indispensable à la recevabilité d'une requête (article 34 CEDH). Selon la jurisprudence, est victime, « la personne directement concernée par l'acte ou omission litigieux » (Cour EDH, Plén., 13 juin 1979, **Marckx** c. Belgique, *préc.*, §27). De plus, la Cour a accepté les recours de victimes dites « potentielles » (*Guide pratique sur la recevabilité*, *op. cit.*, p. 12, §24 ; F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, coll. « Droit fondamental », 10^{ème} éd., 2011, p. 741 et s.).

¹²⁷⁶ Affaire concernant la construction et l'exploitation de deux terminaux de gaz naturel : Cour EDH, 14 février 2012, **Hardy & Maile** c. Royaume-Uni, req. 31965/07, §192 « *In the circumstances, the Court is satisfied that the potential risks posed by the LNG terminals were such as to establish a sufficiently close link with the applicants' private lives and homes for the purposes of Article 8. Article 8 is accordingly applicable* ».

¹²⁷⁷ Toutefois, une atteinte potentielle ne pourra probablement pas être identifiée en cas de mise en jeu d'une obligation positive de prévention d'événement. Dans l'hypothèse d'un risque d'atteinte à l'intégrité physique ou mentale d'un individu par le fait d'une personne privée, il est douteux qu'en l'absence de passage à l'acte, ou de menaces suffisamment graves pour entrer dans les champ d'application des articles 2, 3 ou 8 CEDH, la Cour puisse déclarer recevable une requête alléguant de tels faits.

§2. L'existence d'un droit, la recevabilité *ratione materiae*

468. Il a été démontré dans le chapitre précédent que la technique des obligations positives pouvait être mobilisée afin de déterminer le contour d'un droit, lorsque ce dernier était incertain¹²⁷⁸. La Cour considère en effet qu'il y a obligation positive uniquement si l'effectivité du droit conventionnel l'exige. Ce faisant, elle vient déterminer le champ d'application *ratione materiae* du droit. Or, il ne peut y avoir atteinte au droit sans existence d'un « droit ». Si la Cour juge que l'on ne se situe pas dans le cadre de l'exercice d'un droit conventionnel, aucune obligation positive ne peut être exigée de l'État. Cet examen peut alors intervenir au moment d'examiner si le droit est applicable¹²⁷⁹.

469. La Cour tranche dans le sens de l'existence d'une obligation positive si elle considère que cette dernière est « *inhérente* » au droit¹²⁸⁰, ou encore si elle constate l'existence d'un « *lien direct et immédiat entre, d'une part, les mesures demandées par un requérant et, d'autre part* »¹²⁸¹ le droit conventionnel revendiqué. Ces deux critères sont interchangeables dans ces cas de figure. Il s'agit cependant d'apporter une précision quant à la notion de « *lien direct* » qui est également utilisée dans d'autres hypothèses. En effet, elle peut être mobilisée afin de déterminer *in concreto* si l'omission étatique est à l'origine de l'atteinte au droit, elle est alors synonyme de lien de causalité¹²⁸². Seront étudiés à présent uniquement les cas où la notion de « *lien direct* » est utilisée afin de définir *in abstracto* le champ d'application *ratione materiae* d'un droit, hypothèses dans lesquelles elle est synonyme d'inhérence au droit.

470. L'utilisation indistincte des termes « inhérence » et « lien direct et immédiat » est bien illustrée par l'affaire *Botta*, dans laquelle la Commission a utilisé celui d'inhérence¹²⁸³, alors que

¹²⁷⁸ V. *supra*, Partie 2, Chapitre 1, Section 1, §2, B, 1, n° 396 et s.

¹²⁷⁹ Il peut aussi être examiné au stade du contrôle de l'application du droit (v. *infra*, Partie 2, Chapitre 2, Section 2, §1, A, 2, n° 498 et s.).

¹²⁸⁰ Sur cette technique voir *supra* Partie 1, Chapitre 1, Section 3, §1, A, n° 182 et s.

¹²⁸¹ Cour EDH, 24 février 1998, *Botta* c. Italie, *Rec.* 1998-I, §34 ; *RTDH*, 1999, 600, obs. B. Maurer.

¹²⁸² V. *infra*, Partie 2, Chapitre 2, Section 2, §3, n° 473 et s.

¹²⁸³ « La Commission considère que le domaine des relations humaines en cause dans la présente affaire a trait à des relations sociales d'un contenu particulièrement ample. Les droits revendiqués par le requérant constituent en fait des droits de nature sociale, visant en l'espèce la participation des handicapés aux activités récréationnelles et de loisir qui se déroulent au bord des plages, dont l'étendue dépasse le concept d'obligation juridique, inhérent à la notion de "respect" de la vie privée contenue dans le premier paragraphe de l'article 8 . (...) Il s'ensuit que le droit invoqué par le requérant sort du cadre de l'article 8 (art. 8) de la Convention » (ComEDH, Rapp., 15 octobre 1996, *Botta* c. Italie, req. 21439/93, §35).

la Cour a mis au jour le critère du lien direct et immédiat¹²⁸⁴. Il s'agissait pourtant de parvenir à la même conclusion selon laquelle il ne pouvait être imposé à l'État de contraindre une entreprise de bain privé à effectuer les aménagements nécessaires pour rendre une plage accessible à une personne handicapée. Le droit allégué par le requérant concernant « *des relations interpersonnelles d'un contenu* » trop « *ample et indéterminé* »¹²⁸⁵, il avait été jugé qu'il ne pouvait être exigible au titre du droit à la vie privée et familiale. De même, dans l'affaire *Cotlet*, les deux termes d'« *inhérence* » et de « *lien direct et immédiat* » furent employés indistinctement¹²⁸⁶.

471. La Cour peut en outre suivre le même raisonnement sans pour autant utiliser l'un de ces deux critères précités. Ainsi, elle a considéré que « *le droit d'une mère au respect de sa vie familiale, garanti par l'article 8 (art. 8), implique un droit à des mesures propres à la réunir à sa fille* »¹²⁸⁷ ou encore qu'« *étant donné qu'il a été établi que la relation entre les requérants relève de la notion de "vie familiale"* », il pèse « *sur les autorités compétentes une obligation positive d'autoriser aussi rapidement que possible la formation de liens familiaux légaux complets entre M. Zerrouk et son fils Samir* »¹²⁸⁸.

472. Le critère du lien direct et immédiat a été souvent utilisé afin de couper court à une extension des obligations positives issues de l'article 8 CEDH en matière sociale¹²⁸⁹. Il a

¹²⁸⁴ « *le droit revendiqué par M. Botta, à savoir celui de pouvoir accéder à la plage et à la mer loin de sa demeure habituelle pendant ses vacances, concerne des relations interpersonnelles d'un contenu si ample et indéterminé qu'aucun lien direct entre les mesures exigées de l'État pour remédier aux omissions des établissements de bains privés et la vie privée de l'intéressé, n'est envisageable* » Cour EDH, 24 février 1998, **Botta**, préc., §35.

¹²⁸⁵ *Ibid.*

¹²⁸⁶ « *la Cour constate qu'un tel lien direct existe entre le droit revendiqué par le requérant, à savoir celui de se voir octroyer, par l'administration de la prison, des fournitures nécessaires pour sa correspondance avec la Cour, et, d'autre part, le droit du requérant au respect de sa correspondance, tel que garanti par l'article 8 de la Convention. En effet, le fait de disposer de fournitures comme du papier à écrire, des timbres et des enveloppes est inhérent à l'exercice, par le requérant, de son droit au respect de sa correspondance, garanti par l'article 8. Il incombe dès lors à la Cour d'examiner si les autorités ont manqué à l'obligation positive alléguée par le requérant* » Cour EDH, 3 juin 2003, **Cotlet** c. Roumanie, req. 38565/97, §59 ; JCP G, 2003, 1569, chron. F. Sudre.

¹²⁸⁷ Cour EDH, Plén., 22 juin 1989, **Eriksson** c. Suède, A156, §71 ; JDI, 1990, 714, obs. P. Rolland.

¹²⁸⁸ Cour EDH, 27 octobre 1994, **Kroon**, préc.. Voir également parmi beaucoup d'autres, Cour EDH, 27 novembre 1992, **Olsson** c. Suède (n° 2), A 250, §90 ; Cour EDH, 23 septembre 1994, **Hokkanen**, préc., §55 ; Cour EDH, 22 juin 2004, **Pini et Bertani et Manera et Atripaldi** c. Roumanie, Rec. 2004-IV, §150 ; JCP G, 2004, I, 161, n° 9, chron. F. Sudre ; JDI, 2005, 519, obs. C. Renaut. ; Cour EDH, 28 juin 2007, **Wagner et J.M.W.L.** c. Luxembourg, req. 76240/01, §119 ; D., 2007, 2700, note F. Marchadier.

¹²⁸⁹ C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux, étude de droit conventionnel européen*, Bruylant, coll. « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », 2012, p. 472 et s. Cour EDH, Déc., 4 mai 1999, **Marzari** c. Italie, req. 36448/97 ; Cour EDH, Déc., 14 mai 2002, **Zehnalová et Zehnal** c. République tchèque, Rec. 2002-V ; Cour EDH, Déc., 8 juillet 2003, **Sentges** c. Pays-Bas, req. 27677/02. Se reporter également aux affaires suivantes dans lesquelles la Cour ne juge pas nécessaire de se prononcer sur la question dans la mesure où elle estime les requêtes

cependant également été employé dans des affaires touchant à des domaines moins sensibles et cette fois-ci au bénéfice d'une extension du droit à la vie privée et familiale. Il a ainsi été jugé sur ce fondement que faisait partie de ce dernier droit, le droit d'accès à des informations¹²⁹⁰, le droit d'accès à des données personnelles¹²⁹¹, ou encore le droit « *de se voir octroyer, par l'administration de la prison, des fournitures nécessaires pour sa correspondance avec la Cour* »¹²⁹². Quant au critère de l'inhérence au droit, il a également été utilisé à la fois pour étendre ou limiter le champ d'application *ratione materiae* d'un droit et donc pour consacrer, ou refuser de dégager, une obligation positive¹²⁹³.

La notion de lien direct peut également être utilisée comme synonyme de lien de causalité.

§3. L'existence d'un lien de causalité, la recevabilité *ratione personae*

473. Dans la jurisprudence strasbourgeoise, la notion de lien de causalité est utilisée dans plusieurs hypothèses. Cette notion, bien connue du droit interne de la responsabilité qu'elle soit civile, pénale ou administrative, intervient en droit de la CEDH à la fois pour déterminer la responsabilité de l'État et pour fixer la réparation due par l'État. Le lien de causalité ne sera abordé dans ces développements que concernant cette première question et seulement lorsqu'il intervient afin de déterminer la responsabilité de l'État pour violation de ses obligations positives. Il tient en effet une place particulière en matière d'obligations positives (A) en tant qu'il sert de mécanisme d'imputation matérielle entre fait de l'État et atteinte au droit (B).

irrecevables pour d'autres motifs : Cour EDH, GC, 6 octobre 2005, **Maurice** c. France, *Rec.* 2005-IX, §119-120 ; *RTDciv.*, 2005, 743, note J.-P. Margénaud ; *JCP G*, 2006, II, 10061, note A. Zollinger ; *JDI*, 2006, 1165, note I. Moulier ; *RTDH*, 2006, 667, obs. F. Bellivier ; *JCP G*, 2006, I, 109, n° 16, chron. F. Sudre. Cour EDH, Déc., 11 avril 2006, **Mólka** c. Pologne, *Rec.* 2006-IV. Voir *infra* Partie 3, Chapitre 2, Section 2, §1, n° 870 et s.

¹²⁹⁰ Cour EDH, 9 juin 1998, **McGinley et Egan** c. Royaume-Uni, *Rec.*, 1998-III, §97 ; *JCP G*, 1999, I, 105, chron. F. Sudre ; Cour EDH, GC, 19 octobre 2005, **Roche** c. Royaume-Uni, *Rec.* 2005-X, §155 ; *JCP G*, 2006, 187, chron. F. Sudre ; *JDI*, 2006, 1098, obs. E. Decaux.

¹²⁹¹ Cour EDH, 7 février 2002, **Mikulić** c. Croatie, *Rec.* 2002-I, §55 ; *RTDciv.*, 2002, 866, note J.-P. Marguénaud ; *JCP G*, 2002, I 157, chron. F. Sudre.

¹²⁹² Cour EDH, 3 juin 2003, **Cotlet**, *préc.*, §59.

¹²⁹³ Voir *supra* Partie 1, Chapitre 1, Section 3, §1, A, n° 182 et s.

A. Une place particulière du lien de causalité en matière d'obligations positives

474. La causalité tient une place particulière en matière de responsabilité pour manquement à des obligations positives. En effet, elle est moins évidente à démontrer lorsque ces dernières sont en jeu, par rapport aux hypothèses où des obligations négatives sont concernées.

La démonstration d'un lien de causalité entre le comportement de l'État et un événement donné a été identifiée par le professeur R. Ago, comme une étape nécessaire afin d'engager la responsabilité de l'État pour manquement à une « *obligation de prévention d'événement* »¹²⁹⁴. Ainsi, comme l'écrivait cet auteur, « *si l'on s'attache donc à rechercher les aspects juridiques que peut prendre, en droit des gens, la distinction des faits illicites en faits d'action et faits d'omission, on voit s'en manifester un premier par rapport à la question du lien de causalité de l'omission. Si, dans les délits internationaux d'événement, la causalité de l'action par rapport à l'événement est une causalité naturelle, on n'en peut dire autant de la causalité de l'omission. L'action d'un aviateur qui lance une bombe sur un hôpital ennemi est sans doute la cause, au sens naturel, de l'événement des dommages subis par l'hôpital. Mais le fait que les forces de police présentes restent inactives en face du meurtre d'un étranger par une foule furieuse ne peut évidemment être considéré, d'un point de vue naturel comme la cause de l'événement du meurtre. (...) Tandis que dans les faits d'action il s'agira simplement d'établir si une relation naturelle de cause à effet subsiste entre l'action du sujet et l'événement, dans les délits d'omission au contraire il sera nécessaire de juger d'abord si une intervention éventuelle de l'action attendue du sujet dans le cas concret aurait pu éviter l'événement. C'est seulement si l'on peut donner une réponse affirmative à cette question que la conduite suivie pourra être imputée à l'État comme fait illicite international* »¹²⁹⁵.

475. Cette même idée a été exprimée en d'autres mots dans son septième rapport sur la responsabilité des États : « *encore faut-il qu'entre la conduite suivie par l'Etat dans le cas d'espèce et l'événement qui s'est produit il y ait eu un lien tel que l'on puisse considérer ladite conduite*

¹²⁹⁴ Dans ces développements l'obligation de prévention d'événement est considérée comme une obligation positive individuelle de prévention, autrement dit, elle est une obligation de mettre en œuvre un cadre normatif et procédural afin de prévenir une atteinte à un droit conventionnel (voir *infra* Partie 2, Chapitre 2, Section 2, §2, A, 2, n° 520 et s.).

¹²⁹⁵ R. AGO, « Le délit international », *RCADI*, 1939, t. 68, p. 502-503. Le professeur F. Rigaux l'a également souligné : « *the crime of omission stands outside the chain of events within which a fact is connected with its consequences. It is a purely hypothetical factor : should that event have interposed, the evil would (possibly) have been spared* » (F. RIGAUX, « International Responsibility and the Principle of Causality », in M. RAGAZZI (ed.), *Essays in Memory of O. SCHACHTER, International Responsibility Today*, Brill, 2005, p. 82).

comme un des éléments *sine qua non* de l'événement. Autrement dit, il faut que l'on puisse constater l'existence d'un certain rapport de causalité, du moins indirecte, entre le comportement des organes étatiques et l'événement; il faut que ce soit ce comportement qui ait rendu possible la survenance d'un événement qui autrement ne se serait pas produit »¹²⁹⁶.

476. Dans les affaires dans lesquelles se pose la question de la responsabilité de l'Etat pour manquement à une obligation positive, il est généralement possible d'identifier une pluralité des sources éventuelles de l'atteinte. Comme l'expliquent les professeurs J. Combacau et S. Sur, « *le fait générateur consiste en une pluralité d'éléments dont une partie seulement sont imputables à l'État, et qui ont avec le dommage des liens de causalité combinés. Ces éléments peuvent être imputables à des tiers (ni l'État ni la victime). Ils peuvent aussi n'être imputables à personne, parce qu'ils consistent en un « événement » qui n'est pas humainement maîtrisable et qui ne pourrait conduire à une responsabilité que sur la base du « risque »* »¹²⁹⁷. L'examen du lien de causalité intervient alors pour déterminer ce qui peut être reproché à l'État.

477. Dans la jurisprudence strasbourgeoise, le lien de causalité intervient afin d'identifier *in concreto* si l'omission étatique est à l'origine de l'atteinte au droit. Il s'agit de déterminer le lien de causalité entre le fait étatique et l'atteinte au droit du requérant. Cette causalité peut alors être mobilisée afin de résoudre plusieurs questions distinctes. Elle permet d'identifier la recevabilité *ratione personae* d'une requête, ou encore de déterminer le déclenchement d'une obligation positive individuelle en lien avec le critère de la connaissance¹²⁹⁸. Sera abordé ici le

¹²⁹⁶ R. AGO, « Septième Rapport sur la responsabilité des États », *Annuaire de la Commission du droit international*, 1978, vol. II, p. 33, §14. Il y fait également référence dans R. AGO, « Deuxième Rapport sur la responsabilité des États », *Annuaire de la Commission du droit international*, 1970, vol. II, p. 207, §52 : « *Il faut qu'il y ait entre le comportement et l'événement un certain rapport de causalité, soit qu'il s'agisse d'une causalité naturelle, comme dans l'hypothèse la plus simple, soit qu'on puisse parler plutôt d'une causalité normative, le lien étant créé non pas par la nature mais par la règle de droit, comme dans le cas où l'État aurait omis de prendre les mesures de sauvegarde et de prévention qui auraient pu empêcher que l'événement extérieur (par exemple une attaque par des particuliers) ne se produise* ». La référence à l'obligation de prévention d'événement et au lien de causalité fut par la suite supprimée par le rapporteur J. Crawford et dans la version finale du projet relatif à la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite. Il fut en effet considéré que cette question relevait des règles primaires et non secondaires de la responsabilité, seules ces dernières devant faire l'objet de la codification (pour une contestation de cette suppression voir B. CONFORTI, « Exploring the Strasbourg Case-Law : Reflections on State Responsibility for the Breach of Positive Obligations », in M. FITZMAURICE, D. SAROOSHI (éd.), *Issues of State Responsibility before International Judicial Institution*, Hart, 2004, p. 135-137). Ainsi dans le projet de la Commission du droit international sur la responsabilité des États pour fait internationalement illicite, le lien de causalité est cité uniquement concernant la réparation, question distincte de celle qui nous intéresse ici (Article 31 du Projet d'articles sur la responsabilité des États pour fait internationalement illicite, avec commentaires, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II (2), p. 31 et s.).

¹²⁹⁷ J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public*, op. cit., p. 542.

¹²⁹⁸ Pour B. Conforti, « *the causation, as it appears in the case-law of the Court concerning the obligations of*

premier cas précité¹²⁹⁹. Dans les deux cas cependant, le lien de causalité intervient en tant que mécanisme d'imputation matérielle de l'atteinte à l'État.

B. Un mécanisme d'imputation matérielle

478. Les exemples d'affaires dans lesquelles il est fait référence au lien de causalité afin de déterminer le lien entre l'omission de l'État et l'atteinte au droit individuel sont peu nombreux. En outre, la jurisprudence est parfois peu lisible et ce, pour trois raisons principales.

Tout d'abord, la Cour noue parfois étroitement la question du lien de causalité avec celle de la *recevabilité ratione materiae*, c'est-à-dire de la question de l'étendue du droit conventionnel. Or, tel que mentionné *supra*, il s'agit de deux questions distinctes. Ainsi, dans la décision de la Commission EDH *Tugar* et dans les arrêts de la Cour *Girard* et *Dodov*, trois affaires concernant l'article 2 CEDH, les deux critères ont été entremêlés afin de conclure dans les deux premiers cas à l'inapplicabilité de l'article 2 CEDH et dans le dernier à son applicabilité¹³⁰⁰.

Ensuite, la Cour aborde parfois cette question non au stade de la recevabilité, mais à celui

prevention, is strictly linked to the 'foreseeability' of the wrongful event. It is an ex-post test of 'foreseeability' of the event : even if the event was predictable, there is still room, even after the wrongful event occurred, for verifying its place in the chain of events » (B. CONFORTI, « Exploring the Strasbourg Case-Law : Reflections on State Responsibility for the Breach of Positive Obligations », *op. cit.*, p. 135).

¹²⁹⁹ Le critère de la connaissance est étudié dans les développements voir *infra* Partie 2, Chapitre 2, Section 2, §2, A, n° 514 et s.

¹³⁰⁰ ComEDH, Déc., 18 octobre 1995, **Tugar** c. Italie, req. 22869/93, D.R. 83-B, p. 26. Avant d'examiner le lien de causalité, la Commission considéra que « *la Convention ne consacre pas en soi le droit d'exiger d'une Haute Partie Contractante qu'elle réglemente les transferts d'armes ou qu'elle prenne une autre mesure de ce type* » (affaire citée par B. CONFORTI, « Exploring the Strasbourg Case-Law : Reflections on State Responsibility for the Breach of Positive Obligations », *op. cit.*, p. 133). Cour EDH, 17 janvier 2008, **Dodov** c. Bulgarie, req. 59548/00, §70 : « *La Cour observe que les autorités internes ont établi au cours de l'enquête pénale concernant le personnel de la maison de retraite (même si ces conclusions ne sont jamais devenues définitives) que M^{me} Stoyanova était en « régime fermé » et que les employés savaient qu'il ne fallait pas la laisser sans surveillance, le risque étant de mettre en péril sa santé et sa vie. Il est également apparu que c'est néanmoins ce qu'ils ont fait et qu'il y a un lien direct entre ce manquement et la disparition de l'intéressée (...) [lien de causalité]. En outre, la Cour considère qu'on ne saurait interpréter le champ d'application de l'article 2 de la Convention de telle manière qu'il se trouve limité au moment et à la cause directe de la mort de la victime. Une séquence d'événements déclenchés par un acte de négligence et ayant abouti à un décès peut aussi faire l'objet d'un examen sous l'angle de l'article 2 [champ d'application *ratione materiae*].* » ; Cour EDH, 30 juin 2011, **Girard** c. France, req. 22590/04, §88 ; JCP G, 2011, 914, chron. F. Sudre ; JDI, 2012, chron. 6, obs. E. Decaux : « *La Cour estime que l'article 2 ne saurait s'interpréter comme mettant de telles obligations à la charge de l'État [champ d'application *ratione materiae*]. En tout état de cause, il n'existe pas, entre les prétendues carences relevées par les requérants et le décès de leur fille, un lien de causalité suffisant pour que cet article trouve à s'appliquer [lien de causalité]* ».

du contrôle de l'obligation¹³⁰¹.

Enfin, en l'absence d'explication fournie par la Cour, il est difficile de comprendre au premier abord le rapport entre l'existence d'un lien de causalité entre l'omission étatique et l'atteinte au droit et la question de l'applicabilité d'un droit¹³⁰². Une explication peut cependant être avancée en ce qu'elle permet de déterminer la recevabilité *ratione personae* du droit. En effet cette condition « *requiert que la violation alléguée de la Convention ait été commise par un État Contractant ou qu'elle lui soit imputable d'une façon ou d'une autre* »¹³⁰³.

479. L'imputabilité recouvre deux hypothèses distinctes. L'imputabilité matérielle, c'est-à-dire la mobilisation du lien de causalité pour « *mettre un fait sur le compte d'un autre fait* », est à distinguer de l'imputabilité personnelle qui ne met pas en jeu la causalité et en vertu de laquelle « *il ne s'agit plus d'attribuer un fait à un autre fait, mais un fait à une personne* »¹³⁰⁴. En droit international public, comme le mentionne P. Jacob, les termes d'imputabilité et d'attribution¹³⁰⁵ sont généralement utilisés pour désigner uniquement l'imputabilité personnelle¹³⁰⁶. Cependant, en droit de la CEDH tout comme en droit interne, le terme d'imputabilité désigne indistinctement ces deux aspects.

480. Dans les rares affaires dans lesquelles la causalité a été mise en œuvre au stade de la recevabilité, l'imputabilité personnelle n'emportait pas de difficulté. Étaient en cause des faits des autorités étatiques. Dans l'affaire *Tugar*, devant la Commission, les autorités italiennes n'avaient pas réglementé les ventes d'armes, ayant ainsi permis à des sociétés privées italiennes de vendre des

¹³⁰¹ Cour EDH, 18 juin 2002, **Öneryildiz** c. Turquie, req. 48939/99, §145-146 ; *RTDH*, 2003, 279, obs. C. Laurent ; *JCP G*, 2002, I, 157, n° 23, obs. F. Sudre ; *D.*, 2002, somm. 2568, obs. C. Bisan ; *AJDA*, 2002, 1281, obs. J.-F. Flauss ; Cour EDH, GC, 30 novembre 2004, **Öneryildiz** c. Turquie, *Rec.* 2004-XII, §134-135 ; *GACEDH*, n° 66 ; *AJDA*, 2005, 550, obs. J.-F. Flauss ; *JDE*, 2006, 116, 39, chron. P. Lambert ; *Europe*, 2005, 3, 28, note N. Deffains ; *JDI*, 2005, 506, obs. P. Tavernier ; Cour EDH, 20 mars 2008, **Boudaïeva et al.** c. Russie, *Rec.* 2008-..., §158 et 173 ; *AJDA*, 2008, 1929, chron. J.-F. Flauss ; Cour EDH, 15 décembre 2009, **Kalender** c. Turquie, req. 4314/02, §48 ; *JCP G*, 2010, 70, chron. F. Sudre.

¹³⁰² Voir par exemple Cour EDH, Déc., 11 septembre 2001, **Clunis** c. Royaume-Uni, req. 45049/98.

¹³⁰³ *Guide pratique sur la recevabilité*, *op. cit.*, p. 39, §147.

¹³⁰⁴ F. LEDUC, « Causalité civile et imputation », *Revue Lamy droit civil*, supplément au n° 40, juillet-août 2007, p. 21-25. Voir également P. JOURDAIN, « Retour sur l'imputabilité », in *Les droits et le droit, Mélanges dédiés à Bernard BOULOC*, Dalloz, 2007, p. 513. Cités par P. JACOB, *L'imputation d'un fait à l'État en droit international de la responsabilité*, Th. Rennes 1, 2010, dact., p. 19, note de bas de page n° 125.

¹³⁰⁵ Les termes d'attribution et d'imputabilité sont utilisés ici indistinctement. V. *supra*, Partie 2, Chapitre 1, Section 1, n° 374.

¹³⁰⁶ P. JACOB, *L'imputation d'un fait à l'État en droit international de la responsabilité*, Th. Rennes 1, 2010, dact., p. 19, note de bas de page n° 125.

mines antipersonnelles à l'Irak, mines ayant blessé le requérant sur le territoire irakien¹³⁰⁷. Dans l'affaire *Dodov*, il s'agissait du manque de vigilance du personnel de la maison de retraite ayant permis la fuite de la mère du requérant, une personne âgée atteinte de la maladie d'Alzheimer qui avait par la suite été portée disparue¹³⁰⁸. Dans l'affaire *Girard*, dans laquelle la fille des requérants avait été assassinée, était reproché le comportement des autorités qui selon les requérants n'auraient « pris aucune disposition, telle que la création d'un répertoire national des condamnations, pour faire respecter les décisions prononcées par les tribunaux de commerce, et en particulier l'interdiction de gérance infligée précédemment à A.S »¹³⁰⁹.

481. La question de l'attribution matérielle était en revanche à démontrer et c'est à ce titre que la Commission et la Cour ont fait intervenir le lien de causalité. Dans l'affaire *Tugar*, la Commission a estimé que « la blessure du requérant ne saurait toutefois pas être considérée comme une conséquence directe du fait que les autorités italiennes n'ont pas légiféré sur les transferts d'armes. Il n'existe aucune relation directe entre la simple vente d'armes, même si elle n'est pas réglementée de façon satisfaisante, et un éventuel emploi sans discrimination de ces armes dans un pays tiers, les actes de ce pays constituant la cause directe et déterminante de l'accident dont le requérant a été victime »¹³¹⁰. Dans l'affaire *Girard*, les requérants avaient invoqué que les « carences » étatiques avaient constitué « l'une des causes de l'assassinat de leur fille »¹³¹¹. La Cour estima cependant qu'il n'existait pas « entre les prétendues carences relevées par les requérants et le décès de leur fille, un lien de causalité suffisant pour que cet article trouve à s'appliquer »¹³¹².

482. En revanche, dans l'affaire *Dodov*, la Cour conclut à la recevabilité de la requête. Elle annonça rechercher « s'il existe en l'espèce, entre le décès présumé de Mme Stoyanova et la négligence reprochée au personnel de la maison de retraite, un lien causal direct permettant de déclencher l'application de l'article 2 pour les défaillances alléguées de la réponse de l'ordre juridique à ces actes de négligence »¹³¹³. Elle identifia ensuite un tel « lien direct », estimant que « Mme Stoyanova était en « régime fermé » et que les employés savaient qu'il ne fallait pas la

¹³⁰⁷ ComEDH, Déc., 18 octobre 1995, *Tugar*, préc., p. 26.

¹³⁰⁸ Cour EDH, 17 janvier 2008, *Dodov*, préc..

¹³⁰⁹ Cour EDH, 30 juin 2011, *Girard*, préc., §88.

¹³¹⁰ ComEDH, Déc., 18 octobre 1995, *Tugar*, préc., p. 26.

¹³¹¹ Cour EDH, 30 juin 2011, *Girard*, préc., §87.

¹³¹² *Ibid.*, §88.

¹³¹³ Cour EDH, 17 janvier 2008, *Dodov*, préc., §69.

laisser sans surveillance, le risque étant de mettre en péril sa santé et sa vie. Il est également apparu que c'est néanmoins ce qu'ils ont fait et qu'il y a un lien direct entre ce manquement et la disparition de l'intéressée »¹³¹⁴. Cette affaire constitue cependant une exception. En effet, quand le juge européen estime que les atteintes au droit garanti sont matériellement imputables à l'État, c'est-à-dire quand elle retient l'existence d'un lien de causalité entre l'atteinte et le fait étatique, elle examine généralement ce critère au stade du contrôle de l'obligation et non de celui de la recevabilité¹³¹⁵.

483. Il s'agit enfin de s'attarder sur un paramètre spécifique pouvant entrer en jeu afin de déterminer l'imputabilité matérielle de l'atteinte à l'État. De manière classique en droit de la responsabilité qu'elle soit civile, administrative ou internationale¹³¹⁶, le fait de la personne lésée peut permettre de conclure à l'absence de responsabilité du mis en cause. Le fait imprudent ou déraisonnable du particulier peut alors être considéré comme un « *facteur de non-imputation* ». Il s'agit de savoir si le « *réclamant (...) a contribué à la réalisation du dommage (problème de causalité)* »¹³¹⁷. Ainsi, « *le fait du réclamant (l'État s'il est directement victime du dommage, ou le sujet de droit interne s'il s'agit d'une réclamation endossée par la voie de la protection diplomatique) peut se combiner dans toutes ces proportions imaginables avec celui de l'État auquel le fait est prétendument imputable, et que les imputations définitives se feront au prorata du rôle que chacune des parties a joué dans la réalisation du dommage* »¹³¹⁸.

484. Selon la Cour, cette condition n'est en effet pas retenue si « *le comportement imprudent des victimes* » n'a pas « *été la cause déterminante du drame qui a conduit à leur décès* »¹³¹⁹. Par exemple, le fait n'est pas imputable à l'Etat si les requérants n'ont pas fait usage d'une

¹³¹⁴ *Ibid.*, §70.

¹³¹⁵ Cour EDH, 18 juin 2002, **Öneryildiz**, *préc.*, §145-146 ; Cour EDH, GC, 30 novembre 2004, **Öneryildiz**, *préc.*, §134-135 ; et Cour EDH, 20 mars 2008, **Boudaïeva et al.**, *préc.*, §158 et 173 ; Cour EDH, 15 décembre 2009, **Kalender**, *préc.*, §48.

¹³¹⁶ Ainsi « *le comportement de l'État* » peut ne pas « *être considéré comme illicite en raison de celui de la victime (par exemple il n'y a pas violation de l'obligation de vigilance lorsque le particulier fait preuve d'imprudences dans une situation troublée et malgré les avertissements qui lui sont adressés)* » P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, N. QUOC DINH, *Droit international public*, LGDJ, 8^{ème} éd., 2009, p. 875.

¹³¹⁷ J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public*, *op. cit.*, p. 543.

¹³¹⁸ *Ibid.*

¹³¹⁹ Cour EDH, 15 décembre 2009, **Kalender**, *préc.*, §47 ; Cour EDH, 7 juin 2005, **Kılınc et al.** c. Turquie, req. 40145/98, §56 ; Cour EDH, 14 juin 2011, **Trévalec** c. Belgique, req. 30812/07, §85 ; *JCP G*, 2011, 1324, obs. H. Surret ; *Rev. sc. crim.*, 2011, 702, chron. J.-P. Marguénaud et D. Roets. *A contrario* voir Cour EDH, Déc., 1^{er} mars

procédure qui aurait permis d'obtenir les informations qu'ils demandaient¹³²⁰. Ou encore si les tentatives menées par les autorités afin de rétablir les contacts entre un fils placé dans une famille d'accueil et son père sont entravées par le comportement de ce dernier. La Cour peut alors constater « *qu'en l'espèce les autorités compétentes firent de sérieux efforts pour atteindre cet objectif et que l'échec des dispositions qu'elles prirent dans ce sens trouve exclusivement sa source dans la conduite du requérant* »¹³²¹.

485. Pour terminer, une précision s'impose. Dans toutes ces affaires, le lien de causalité est établi sans qu'il soit nécessaire de démontrer que, si l'État était intervenu, l'atteinte au droit n'aurait pas eu lieu. Le gouvernement britannique avait invoqué une telle interprétation stricte de la causalité dans plusieurs affaires¹³²² mais la Cour l'a toujours rejeté. Elle a ainsi estimé qu'« *elle ne peut certes pas établir avec certitude que les événements se seraient déroulés autrement et que le meurtre n'aurait pas eu lieu si les autorités avaient adopté un comportement différent, mais elle rappelle que l'absence de mise en œuvre de mesures raisonnables qui auraient eu une chance réelle de changer le cours des événements ou d'atténuer le préjudice causé suffit à engager la*

2005, **Bone** c. France, req. 69869/01.

¹³²⁰ Cour EDH, 9 juin 1998, **McGinley et Egan**, *préc.*, §102 ; JCP G 1999, I 105, chron. F. Sudre. Il n'est cependant bien sûr pas requis de faire usage des procédures ineffectives : « *dans la mesure où le Gouvernement reproche à la requérante de ne pas avoir introduit une action en fixation d'une astreinte, la Cour estime qu'une telle action ne saurait passer pour suffisante, car il s'agit là d'une voie indirecte et exceptionnelle d'exécution. De surcroît, l'inaction de la requérante ne pouvait relever les autorités des obligations leur incombant, en tant que dépositaires de la force publique, en matière d'exécution* » (Cour EDH, 25 janvier 2000, **Ignaccolo-Zenide** c. Roumanie, *Rec.* 2000-I, §111 ; JCP G, 2001, I, 291, chron. F. Sudre).

¹³²¹ Cour EDH, 19 septembre 2000, **Gnahoré** c. France, *Rec.* 2000-IX, §62-63 ; RDP, 2001, 682, obs. A. Gouttenoire-Cornut. Voir également en matière de droit à un environnement sain : Cour EDH, 3 juillet 2012, **Martínez Martínez et Pino Manzano** c. Espagne, req. 61654/08, §48 et s.

¹³²² Cour EDH, GC, 28 octobre 1998, **Osman**, *préc.*, §107 et 116 ; Cour EDH, 26 novembre 2002, **E. et al.** c. Royaume-Uni, req. 33218/96, §99 ; *IJCL*, 2004, 2(3), 525, obs. B. Hofstötter. A propos de cette dernière affaire, selon B. Hofstötter « *The most interesting point about this judgement has to do with causality and, implicitly, the extent of the positive obligations incumbent on the member states. The government of the U.K. had acknowledged shortcomings in its authorities' handling of the situation in the course of the proceedings. However, it pleaded in its defence that "it had not been shown that matters would have turned out differently" had the relevant authorities cooperated better and monitored the situation more fully. In other words, the U.K. disputed the causal relation between the acknowledged omission and the abuse. This was a new defence in a case on positive obligations, with the inherent potential of undermining the very notion of positive obligations. Should the applicant be required to establish that but for the failure to act on the part of the authorities the ill-treatment would not have happened? Should the required standard of proof be so stringent as to require the applicant to prove that the authorities' omission was a conditio sine qua non for the abuse? Unsurprisingly, the Court did not endorse the U.K.'s argument as a valid defence* » (B. HOFSTÖTTER, « European Court of Human Rights : Positive obligations in E. and others v. United Kingdom », *International Journal of Constitutional Law*, 2004, 2-3, p. 532).

responsabilité de l'État »¹³²³. Il suffit donc simplement de démontrer que l'action de l'État aurait pu éviter la lésion du droit.

486. Dans cette section, plusieurs aspects spécifiques de l'examen de l'applicabilité d'un droit lorsqu'est en cause une obligation positive ont été relevés. A présent vont être identifiés les critères déclencheurs des obligations positives.

¹³²³ Cour EDH, 9 juin 2009, **Opuz**, *préc.*, §136. Elle l'avait déjà explicitement affirmé dans l'affaire *E. et al* : « *the test under Article 3 however does not require it to be shown that “but for” the failing or omission of the public authority ill-treatment would not have happened. A failure to take reasonably available measures which could have had a real prospect of altering the outcome or mitigating the harm is sufficient to engage the responsibility of the State* » (Cour EDH, 26 novembre 2002, **E. et al.**, *préc.*, §99).

SECTION 2 : Les critères déclencheurs des obligations positives

487. La Cour examine le plus souvent une affaire comme un tout et ne distingue pas toujours entre d'une part, le contrôle des obligations d'adopter des mesures individuelles, c'est-à-dire de mettre en œuvre un cadre normatif et procédural, et d'autre part, le contrôle des obligations d'adopter des mesures structurelles, c'est-à-dire de mettre en place un cadre normatif et procédural¹³²⁴. Un régime distinct existe cependant entre ces obligations individuelles et structurelles. Ce constat s'impose à l'étude des critères utilisés afin de mettre une obligation à la charge de l'État. En matière d'obligation structurelle, la Cour décide qu'une telle obligation s'impose aux États si elle identifie un droit conventionnel (§1). En matière d'obligation individuelle, le critère de la connaissance entre en jeu afin de déterminer le déclenchement d'une obligation positive (§2).

§1. Les obligations structurelles dépendantes de la reconnaissance d'un droit conventionnel

488. Lorsqu'il existe un doute quant à la protection conventionnelle du droit invoqué par les requérants, la Cour peut avoir recours à la mise en balance des intérêts en présence afin de déterminer le champ d'application *ratione materiae* du droit. L'étendue du droit, et par conséquent l'existence d'une obligation structurelle nécessaire à sa protection, est alors soumise au contrôle du juste équilibre entre les intérêts en présence (A). En revanche, lorsqu'il n'y a aucun doute quant au fait que le droit invoqué par le requérant est protégé par la Convention, la Cour dégage l'obligation structurelle sans avoir recours au principe de proportionnalité (B).

¹³²⁴ Voir *supra* Partie 3, Chapitre 2, n° 452.

A. Les obligations structurelles conditionnées par la mise en balance des intérêts en présence

489. Dans certains cas, la Cour procède à une mise en balance des intérêts en présence afin de dégager une obligation structurelle. Cette démarche est suivie uniquement lorsque la Cour mobilise une obligation positive.

490. Dans les premières affaires dans lesquelles les organes européens ont fait usage de la technique des obligations positives était en cause la conventionnalité de lois belges au regard des articles 8, et 2 du Protocole 1 CEDH.

Si dans l'*affaire linguistique belge* la Cour a mentionné pour la première fois que la Convention implique « *un juste équilibre entre la sauvegarde de l'intérêt général de la communauté et le respect des droits fondamentaux de l'homme, tout en attribuant une valeur particulière à ces derniers* »¹³²⁵, elle n'a toutefois pas appliqué le principe du juste équilibre pour déterminer en l'espèce si la législation belge allait à l'encontre des articles 8 et 2 du Protocole 1 CEDH. En terme de contrôle, la Cour s'est contentée de rechercher si les prétentions des requérants étaient couvertes par les deux articles précités. Elle a conclu par la négative, estimant que les droits invoqués n'étaient pas protégés par la Convention¹³²⁶.

Dans l'*affaire Marckx* ensuite, elle a agi de deux manières différentes. Concernant les griefs rejetés, elle a appliqué le même type de contrôle que dans l'*affaire linguistique belge*, estimant par exemple que « *l'article 8 n'exige pas (...) qu'un enfant ait droit à une certaine part de la succession de ses auteurs voire d'autres proches parents* »¹³²⁷. Concernant les griefs pour lesquels elle a conclu à la violation, elle a considéré que la législation litigieuse portait atteinte aux droits des requérantes en raison de ses « *conséquences patrimoniales désavantageuses* » et du fait qu'elle impliquait une « *recherche de maternité* » risquant de « *prendre du temps* »¹³²⁸.

¹³²⁵ Cour EDH, Plén., 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »*, *préc.*, §5.

¹³²⁶ *Ibid.*, § 7, 13 et 25. La Commission, n'avait pas plus appliqué le principe du juste équilibre et avait quant à elle axé son contrôle soit sur l'étendue des obligations des États ou sur celle des droits conventionnels afin de déterminer si ces derniers allaient jusqu'à protéger les prétentions des requérants (ComEDH, Rapp., 24 juin 1965, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »* c. Belgique, req. 1474/62 et *al.*, B 3 et 4, §375 p. 342 ; §379, p. 345 ; §386, p. 356 et s.).

¹³²⁷ Cour EDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx*, *préc.*, §53.

¹³²⁸ Cour EDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx*, *préc.*, §36-37.

Dans ces deux premières affaires, nulle balance des intérêts en présence n'a donc été effectuée afin de conclure à la nécessité ou non de modifier les lois litigieuses. Comme le souligne le professeur F. Sudre, « *la jurisprudence de l'époque ne contient nulle indication de la méthode de contrôle* »¹³²⁹.

491. Par la suite, la Cour a dans certaines affaires refusé de dégager une obligation structurelle en estimant que la Convention ne garantissait pas le droit revendiqué mais ce, sans avoir recours à une mise en balance des intérêts en présence¹³³⁰. Elle a par ailleurs pu avoir recours au droit international afin de délimiter le contour du droit conventionnel¹³³¹. Dans d'autres affaires, elle a conditionné l'obligation structurelle à la mise en balance des intérêts en présence. La Cour a inauguré son contrôle en la matière dans son arrêt *Rees* de 1986. Elle y a affirmé pour la première fois que « *pour déterminer s'il existe une obligation positive, il faut prendre en compte - souci sous-jacent à la Convention tout entière - le juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu* »¹³³².

La Cour accorde une large marge nationale d'appréciation (1), justifiée par l'incertitude quant au contour du droit invoqué (2) et menant bien souvent à refuser de dégager une obligation structurelle.

1. Une large marge nationale d'appréciation conférée

492. Dans les affaires dans lesquelles la Cour estime qu'existe une incertitude quant à la protection conventionnelle du droit invoqué, le juge européen commence généralement par conférer une large marge d'appréciation aux Etats.

¹³²⁹ F. SUDRE, « Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 376.

¹³³⁰ Cour EDH, Plén., 18 décembre 1986, **Johnston et al.** c. Irlande, A 112, §51 et s. et §55 et s. ; *AFDI*, 1987, 239, obs. C. Coussirat-Coustère ; *JDI*, 1987, 812, obs. P. Rolland ; Cour EDH, Plén., 27 octobre 1975, **Syndicat national de la police belge** c. Belgique, A 19, §38 ; *JDI*, 1978, 685, obs. P. Rolland ; *AFDI*, 1976, 121, chron. R. Pelloux ; *RDH*, 1976, 71, note G. Sperduti. Cour EDH, GC, 25 avril 1996, **Gustafsson** c. Suède, *Rec.* 1996-II, §52 ; *JCP G*, 1997, I, 4000, n° 40, obs. F. Sudre ; *D.*, 1997, jur., 363, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly. Cour EDH, 2 juillet 2002, **Wilson, National Union of Journalists et al.** c. Royaume-Uni, *Rec.* 2002-V, §44 ; Cour EDH, 24 février 1998, **Botta**, *préc.*, §53.

¹³³¹ V. *supra* Partie 1, Chapitre 1, Section 2, §1, B, 2, n°154 et s.

¹³³² Cour EDH, Plén., 17 octobre 1986, **Rees**, *préc.*, §37.

493. Elle peut pour ce faire procéder à une interprétation consensuelle¹³³³. Dans ces hypothèses, selon le professeur F. Sudre, cette dernière « sert plutôt à réfréner une évolution du droit et est l'alibi commode d'un attentisme prudent, permettant au juge européen de refuser de mettre à la charge de l'Etat une obligation positive qui aurait pour effet d'étendre le contenu du droit protégé »¹³³⁴. Elle est alors déterminante pour décider si le droit invoqué doit être protégé au moyen d'obligations positives structurelles¹³³⁵.

494. Dès l'arrêt *Rees*, la Cour a en effet constaté que « par leur législation, leur jurisprudence ou leur pratique administrative, plusieurs États donnent aux transsexuels la faculté de changer leur état civil pour l'adapter à leur identité nouvellement acquise. Ils la subordonnent toutefois à des conditions plus ou moins strictes et maintiennent certaines réserves expresses (par exemple quant aux obligations antérieures). Les autres États n'offrent pas - ou pas encore - pareille faculté. On peut donc dire, pour le moment, qu'il n'y a guère de communauté de vues en la matière et que, dans l'ensemble, le droit paraît traverser une phase de transition. Partant, il s'agit d'un domaine où les États contractants jouissent d'une grande marge d'appréciation »¹³³⁶.

495. Une telle absence de consensus est presque systématiquement relevée dans les arrêts où la Cour exerce un contrôle de proportionnalité afin de déterminer la mise au jour d'une obligation structurelle : dans les affaires de transsexualisme, que ce soit en matière de changement d'état civil¹³³⁷, ou de droits parentaux¹³³⁸, mais aussi dans des affaires concernant les conditions de

¹³³³ Le professeur F. Rigaux en donne la définition suivante : « face à certains concepts utilisés dans la Convention, la Cour recherche le sens qu'ils ont pu acquérir depuis que celle-ci a été conçue, pareille évolution sémantique n'étant acceptée que si un nombre suffisant d'États partie à la Convention y ont adhéré » (F. RIGAUX, « Interprétation consensuelle et interprétation évolutive », in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la CEDH*, Bruylant, coll. « Droit et justice », 1998, p. 41). Sur cette méthode d'interprétation se reporter à COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, *Dialogue entre juges*, Conseil de l'Europe, 2008, 164 p.

¹³³⁴ F. SUDRE, « A propos du dynamisme interprétatif de la Cour EDH », *JCP G*, 2001, I, 335.

¹³³⁵ Une telle utilisation de l'interprétation consensuelle a pu être critiquée : « Nous considérons que le devoir de protéger le droit de toute personne au respect de sa vie privée ne doit pas dépendre de l'existence éventuelle d'un consensus européen, même lorsque le domaine considéré revêt un caractère délicat. Le consensus porte sur les différents moyens de garantir la protection des droits en question, mais doit toujours parvenir, d'une manière ou d'une autre, à protéger des droits aussi importants » (Cour EDH, 7 mars 2006, *Evans* c. Royaume-Uni, req. 6339/05, opinion dissidente commune aux juges Traja et Mijović, §5 ; *RTDciv.*, 2006, 255, note J.-P. Marguénaud). Une fois l'obligation structurelle dégagée, l'interprétation consensuelle sert en revanche à déterminer les mesures à prendre (v. *infra* Partie 2, Chapitre 2, Section 3, §1, B, 1, n° 563 et s.

¹³³⁶ Cour EDH, Plén., 17 octobre 1986, *Rees*, *préc.*.

¹³³⁷ Cour EDH, Plén., 27 septembre 1990, *Cossey* c. Royaume-Uni, A 184, §40 ; *JDI*, 1991, 806, obs. P. Tavernier. Cour EDH, GC, 30 juillet 1998, *Sheffield et Horsham* c. Royaume-Uni, *Rec.* 1998-V, §57 ; *RTDH*, 1999, note M. Levinet.

¹³³⁸ Cour EDH, GC, 22 avril 1997, *X, Y et Z* c. Royaume-Uni, *Rec.* 1997-II, §44 ; *RTDH*, 1998, 130, note F. Rigaux.

changement de nom¹³³⁹, le droit à la connaissance des ses origines¹³⁴⁰, le droit à un délai de rétractation de la mère en cas d'abandon de son enfant¹³⁴¹, le droit à la liberté d'expression dans des lieux privés ouverts au public¹³⁴², le droit d'un individu de choisir quand et de quelle manière il veut mettre fin à ses jours¹³⁴³, le recours à la procréation médicalement assistée¹³⁴⁴. La manière de procéder à l'étude de l'existence du consensus n'est cependant pas exempte de critiques¹³⁴⁵ et ne masque pas le clair objectif poursuivi par la Cour dans ces cas de figure, à savoir ne pas trop s'engager sur le terrain de domaines sensibles pour la souveraineté des États.

496. La Cour peut en outre également conférer une « *importante latitude* » aux États sans procéder à une interprétation consensuelle et en invoquant, par exemple dans le domaine environnemental, que la question touche un « *domaine social et technique difficile* »¹³⁴⁶, ou encore dans le domaine social que « *les questions en litige impliquent de fixer des priorités pour ce qui est de l'affectation des ressources limitées de l'Etat* »¹³⁴⁷.

497. L'interprétation consensuelle aboutit à démontrer l'incertitude quant à la protection du droit invoqué par la Convention. En l'absence d'identification d'un intérêt explicitement protégé

¹³³⁹ Cour EDH, 25 novembre 1994, **Stjerna**, *préc.*, §39.

¹³⁴⁰ Cour EDH, GC, 13 février 2003, **Odièvre** c. France, *Rec.* 2003-III, §47 ; *JCP G*, 2003, II, 10049, note A. Gouttenoire et F. Sudre ; *RTDciv.*, 2003, 276, obs. J. Hauser ; *JCP G*, 2003, I, 120, étude Ph. Malaurie ; *RTDciv.*, 2003, 375, obs. J.-P. Marguénaud ; *RTDH*, 2004, 405, obs. V. Bonnet.

¹³⁴¹ Cour EDH, 10 janvier 2008, **Kearns**, *préc.*, §77.

¹³⁴² Cour EDH, 6 mai 2003, **Appleby et al.** c. Royaume-Uni, req. 44306/98, §46.

¹³⁴³ Cour EDH, 20 janvier 2011, **Haas** c. Suisse, *Rec.* 2011-..., §53 ; *JCP G*, 2011, act. 122, chron. Ch. Byk ; *JCP G*, 2011, 914, chron. F. Sudre ; *RTDciv.*, 2011, 311, note J.-P. Marguénaud ; *JDI*, 2012, chron. 6, obs. E. Birden.

¹³⁴⁴ Cour EDH, GC, 10 avril 2007, **Evans** c. Royaume-Uni, *Rec.* 2007-I, §81 ; *RDSS*, 2007, 810, note D. Roman ; *JDI*, 2008-3, 798, note C. Renaut ; *RTDciv.*, 2007-3, 545, note J. Hauser ; *JCP G*, 2007, 22, 41, note B. Mathieu ; *RTDciv.*, 2007, 295, note J.-P. Marguénaud. Pour des détenus : Cour EDH, GC, 4 décembre 2007, **Dickson** c. Royaume-Uni, *Rec.* 2007-V, §81 ; *RTDH*, 2008, 879, comm. N. Gallus ; *RTDciv.*, 2008, 2, 272, note J. Hauser ; *JCP G*, 2008, I 110, chron. F. Sudre ; *Rev. sc. crim.*, 2008, 1, 140, chron. J.-P. Marguénaud et D. Roets ; *RJPF*, 2008, 5, p.14, note E. Putman ; *AJDA*, 2008, 978, chron. J.-F. Flauss.

¹³⁴⁵ De nombreux auteurs l'ont déjà relevé. Ainsi, il a été souligné « *l'indétermination du "dénominateur commun" et de son sens – qualitatif ou quantitatif* », laissant « *au juge européen toute discrétion pour mettre à jour ou non, l'existence d'un "consensus" européen* » (F. SUDRE, « A propos du dynamisme interprétatif de la Cour EDH », *op. cit.*, 335 ; F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 259-260). Voir également H. SURREL, « Pluralisme et recours au consensus dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in M. LEVINET (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruylant, coll. « Droit et Justice », 2010, p. 61-86.

¹³⁴⁶ Cour EDH, 21 février 1990, **Powell et Rayner**, *préc.*, §44.

¹³⁴⁷ Cour EDH, Déc., 4 janvier 2005, **Pentiacova et 48 al.** c. Moldavie, *Rec.* 2005-I.

par la Convention, la Cour estime devoir laisser une large latitude aux États et exerce alors un contrôle restreint.

2. Une incertitude quant la protection conventionnelle du droit invoqué

498. À la différence de la méthodologie décrite *infra*, dans laquelle la Cour invoque simplement l'importance d'un intérêt conventionnel afin de proclamer l'existence d'une obligation structurelle, dans le cas présent, la Cour refuse de déclarer explicitement que le droit invoqué par les requérants est protégé par la Convention. En l'absence de reconnaissance d'un droit, l'obligation structurelle corrélative ne sera que très rarement dégagée.

499. La Cour peut soit refuser d'opérer un quelconque examen de la législation en cause¹³⁴⁸, soit procéder à un contrôle restreint de cette dernière afin de déterminer si l'État a une obligation de la modifier. Ainsi, tel que l'annonce la Grande Chambre dans son arrêt *Evans*, « *la question centrale qui se pose au regard de l'article 8 n'est pas de savoir s'il était loisible au législateur d'opter pour d'autres dispositions, mais de déterminer si, dans l'établissement de l'équilibre requis, le Parlement a excédé la marge d'appréciation qui est la sienne en la matière* »¹³⁴⁹.

500. Le type de contrôle de proportionnalité inauguré par l'arrêt *Rees*, tranche avec celui traditionnellement employé par les organes européens jusqu'alors. Dans l'opinion jointe à l'arrêt *Odièvre*, les juges dissidents observent qu'« *il ne s'agit donc pas de vérifier si l'ingérence dans le droit de la requérante au respect de la vie privée est proportionnée au but poursuivi mais de déterminer si l'obligation mise à la charge de l'État n'est pas excessive au regard du droit individuel à protéger, même si dans les deux cas les principes sont d'une certaine manière comparables en ce*

¹³⁴⁸ « *La Cour n'a point pour tâche de se substituer aux autorités finlandaises compétentes pour définir la politique la plus opportune en matière de réglementation de changement des patronymes en Finlande* » Cour EDH, 25 novembre 1994, *Stjerna*, préc., §39. « *La Cour n'est pas convaincue que, en dépit de l'évolution qui s'est indéniablement fait jour dans le domaine de la protection des minorités tant en droit international, comme en témoigne la convention-cadre, que dans les législations nationales, on puisse considérer que l'article 8 implique pour les États une obligation positive en matière sociale aussi étendue* » Cour EDH, GC, 18 janvier 2001, *Chapman* c. Royaume-Uni, Rec. 2001-I, §98 ; *GACEDH*, n° 48 ; *RTDH*, 2001, 887, obs. F. Sudre ; *RTDH*, 2001, 999, note F. Benoît-Rohmer ; *RTDciv.*, 2001, 448, chron. J.-P. Marguénaud ; *EDL*, mai 2001, 2, note M. Levinet.

¹³⁴⁹ Cour EDH, GC, 10 avril 2007, *Evans*, préc., §91.

qui concerne l'équilibre à assurer entre les droits de l'individu et de la société »¹³⁵⁰. Pour le professeur J.-P. Marguénaud, il s'agit d'un « principe de proportionnalité inversée ». Selon cet auteur, « l'objectif légitime que les obligations positives permettent d'atteindre n'est pas, comme d'habitude, l'intérêt général, mais la protection de l'individu. Dès lors, le rapport de proportionnalité ne sert plus à empêcher que les restrictions aux droits garantis par la Convention ne soient trop douloureuses mais à éviter que les extensions des droits de l'homme ne deviennent trop lourdes pour l'État. (...) Autrement dit, le principe de proportionnalité ne joue pas, en la matière, en faveur de l'individu, mais contre lui puisque la rupture du juste équilibre le prive d'une obligation positive qui aurait rendu son droit plus effectif »¹³⁵¹. Ainsi, pour reprendre les termes du professeur P. Muzny, dans ces hypothèses, « la proportionnalité joue, non point au niveau de l'appréciation de l'abstention, mais à celui de la détermination de l'obligation positive »¹³⁵².

501. S. Van Drooghenbroeck, identifie quant à lui deux types de proportionnalité. Définissant cette dernière comme une « technique d'arbitrage entre intérêts conflictuels juridiquement protégés », il distingue la « proportionnalité appréciation » en tant qu'« élément d'appréciation de la validité de limitations étatiques affectant une prérogative conventionnelle préalablement identifiée », de la « proportionnalité interprétation » consistant en un « arbitrage (...) aux fins de statuer sur l'existence et la portée même des prérogatives conventionnelles et, corrélativement des obligations étatiques mises en jeu par la situation litigieuse »¹³⁵³. C'est donc cette dernière catégorie qui s'applique dans le cas de figure ici étudié. La « proportionnalité interprétation » comporte alors une différence majeure avec la « proportionnalité appréciation ». En effet, « les questions de l'atteinte matérielle, d'une part, et de la justification, d'autre part, telles qu'elles sont distinguées dans le cadre des "ingérences actives" classiques, se trouvent ici "écrasées" en une seule »¹³⁵⁴. En outre, selon le professeur O. de Schutter, « la question de savoir si

¹³⁵⁰ Cour EDH, GC, 13 février 2003, **Odièvre**, préc., opinion dissidente commune aux juges Wildhaber, Bratza, Bonello, Loucaides, Cabral Barreto, Tulkens et Pellonpää, §7.

¹³⁵¹ J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, 5^{ème} éd. 2011, p. 66. De même voir J.-P. MARGUÉNAUD, J. MOULY, « L'alcool et la drogue dans les éprouvettes de la CEDH : vie privée du salarié et principe de proportionnalité », *D* 2005, p. 36 ; F. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET, G. GONZALEZ, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 6^{ème} éd., 2011, p. 29.

¹³⁵² P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme*, *Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, op. cit., p. 110, §127.

¹³⁵³ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, prendre l'idée simple au sérieux, Bruylant, op.cit., p. 76.

¹³⁵⁴ *Ibid.*, p. 141. Voir les références citées p. 141, note de bas de page n° 356. C. WARBRICK, « The structure of article

une ingérence a été commise ne fait pas l'objet d'une analyse distincte de la question de savoir si le droit revendiqué existe en effet c'est à dire s'il a l'extension prévue par le requérant »¹³⁵⁵. Dans ce cas de figure, afin de décerner ou non un brevet de conventionnalité à la législation en cause, la Cour exerce « un contrôle abstrait et la pratique d'un categorial balancing »¹³⁵⁶. Autre particularité de la démarche de la Cour, la recherche de l'existence et du contrôle de l'obligation sont alors confondus.

502. La Cour identifie les différents intérêts en présence. L'intérêt général est alors bien souvent très valorisé. Elle invoque par exemple la difficulté pour les États de procéder aux modifications qu'impliquerait la reconnaissance de la possibilité pour les transsexuels opérés de modifier leur sexe sur les registres d'état civil¹³⁵⁷. Elle relève encore « l'intérêt de la société dans son ensemble de préserver la cohérence d'un ensemble de règles de droit de la famille plaçant au premier plan le bien de l'enfant »¹³⁵⁸, ou l'intérêt général visant à « protéger la santé de la mère et de l'enfant lors de la grossesse et de l'accouchement, et d'éviter des avortements, en particulier des avortements clandestins, ou des abandons « sauvages ». Le droit au respect de la vie, valeur supérieure garantie par la Convention, n'est ainsi pas étranger aux buts que recherche le système français »¹³⁵⁹. Il peut en outre s'agir de protéger « le principe de la primauté du consentement et tend à promouvoir la clarté et la sécurité juridiques » et de « faire prévaloir le respect de la dignité humaine et de la libre volonté » et « de ménager un juste équilibre entre les parties au traitement

8 », EHRLR, 1998-1, p. 35 : « Where the article 8§1 duty of respect involves a positive obligation, the Court tends to collapse the inquiry as to what the duty is with the question of whether the duty has been breached ». J.-P. MARGUÉNAUD, J. MOULY, « Les clauses relatives au domicile du salarié dans le contrat de travail : du bon usage du principe européen de proportionnalité », obs. sous Cass. Soc., 12 janvier 1999, *D.*, 1999, 645, spéc. p. 645-648. J. GERARDS, H. SENDEN, « The Structure of Fundamental Rights and the European Court of Human Rights », *IJCL*, vol. 7, n° 4, Octobre 2009, p. 619-648, spéc. 2.2.

¹³⁵⁵ O. de SCHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américains et européens*, Bruylant, 1999, p. 369). De même voir B. MOUTEL, *L'« effet horizontal » de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français. Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, op. cit., p. 162 et s.

¹³⁵⁶ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, op.cit., p. 257 ; F. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENoire, M. LEVINET, G. GONZALEZ, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 40.

¹³⁵⁷ Cour EDH, Plén., 17 octobre 1986, *Rees*, préc., §42 et s.

¹³⁵⁸ Droit à l'adoption par un transsexuel : Cour EDH, GC, 22 avril 1997, *X, Y et Z* c. Royaume-Uni, *Rec.* 1997-II, §47 ; *RTDH*, 1998, 130, note F. Rigaux.

¹³⁵⁹ Législation concernant l'accouchement sous X : Cour EDH, GC, 13 février 2003, *Odièvre*, préc., §45.

par FIV »¹³⁶⁰.

503. En revanche, l'intérêt invoqué par les requérants est très souvent minimisé. La Cour affirme par exemple ne pas être « *persuadée que le parcours personnel des requérantes démontre que la non-reconnaissance par les autorités de leur nouveau sexe leur cause des inconvénients d'une gravité suffisante pour que l'on puisse considérer qu'il y a dépassement de la marge d'appréciation de l'État en la matière* »¹³⁶¹, ou encore que les « *conséquences juridiques* » de la législation en cause « *sont peu susceptibles d'entraîner des épreuves excessives dans les circonstances de l'espèce* »¹³⁶². De même, la Cour souligne que « *lorsqu'un nombre restreint de personnes dans un lieu (2 à 3 % de la population touchée, selon l'étude de 1992 sur le sommeil) pâtissent particulièrement d'une mesure générale, le fait qu'elles peuvent déménager, si elles le choisissent, sans subir de perte financière est un élément de poids dans l'appréciation du caractère globalement raisonnable de la mesure en question* »¹³⁶³.

504. Lorsque la Cour relève en revanche que la gravité de l'atteinte au droit individuel n'est pas justifiable au regard des autres intérêts en jeu, elle estime que le juste équilibre a été rompu et consacre une obligation structurelle¹³⁶⁴. Généralement, cependant, la Cour conclut que la législation en cause assure un juste équilibre entre les intérêts en présence et n'impose nulle obligation positive structurelle de garantir par voie législative l'intérêt invoqué par les requérants¹³⁶⁵.

¹³⁶⁰ Cour EDH, GC, 10 avril 2007, **Evans**, *préc.*, §74 et 89.

¹³⁶¹ Cour EDH, GC, 30 juillet 1998, **Sheffield et Horsham**, *préc.*, §59. Voir également Cour EDH, 6 mai 2003, **Appleby et al.**, *préc.*, §47-48.

¹³⁶² Droit à l'adoption par un transsexuel : Cour EDH, GC, 22 avril 1997, **X, Y et Z**, *préc.*, §48-51.

¹³⁶³ Cour EDH, GC, 8 juillet 2003, **Hatton et al.** c. Royaume-Uni, *Rec.* 2003-VIII, §127 ; *JCP G*, 2004, I, 107, chron. F. Sudre ; *RTDciv.*, 2003, 762, obs. J.-P. Marguénaud. Voir aussi Cour EDH, Déc., 2 décembre 2004, **Botti** c. Italie, req. 77360/01 ; Cour EDH, Déc., 4 janvier 2005, **Pentiacova et 48 al.**, *préc.*.

¹³⁶⁴ La Cour constate par exemple que la requérante « *se trouve quotidiennement placée dans une situation globale incompatible avec le respect dû à sa vie privée. Dès lors, même eu égard à la marge nationale d'appréciation, il y a rupture du juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu* » (Cour EDH, Plén., 25 mars 1992, **B.** c. France, A 232-C, §63), ou encore qu'« *aucun facteur important d'intérêt public n'entrant en concurrence avec l'intérêt de la requérante en l'espèce à obtenir la reconnaissance juridique de sa conversion sexuelle, (...) la notion de juste équilibre inhérente à la Convention fait désormais résolument pencher la balance en faveur de la requérante* » (Cour EDH, GC, 11 juillet 2002, **Christine Goodwin** c. Royaume-Uni, *Rec.* 2002-VI, §93 ; *GACEDH*, n° 45, *RTDciv.*, 2002, 862, chron. J.-P. Marguénaud ; *D.*, 2003, 2032, note A.-S. Chavent-Leclère ; *RTDH*, 2003, 1157, note A. Marienburg-Wachsmann et P. Wachsmann ; *JCP G*, 2003, I, 109, n° 16 et 22, chron. F. Sudre.). Voir également Cour EDH, 11 septembre 2007, **L.** c. Lituanie, *Rec.* 2007-IV, §59.

¹³⁶⁵ Cour EDH, Plén., 17 octobre 1986, **Rees**, *préc.*, §46 ; Cour EDH, 21 février 1990, **Powell et Rayner**, *préc.*, §45 ; Cour EDH, Plén., 27 septembre 1990, **Cossey**, *préc.*, §42 ; Cour EDH, GC, 22 avril 1997, **X, Y et Z**, *préc.*, §48-51 ; Cour EDH, GC, 30 juillet 1998, **Sheffield et Horsham**, *préc.*, §61 ; Cour EDH, GC, 8 juillet 2003, **Hatton et al.**, *préc.*, §125-127 et 129 ; Cour EDH, 6 mai 2003, **Appleby et al.**, *préc.*, §49 ; Cour EDH, GC, 10 avril 2007, **Evans**,

505. Ce type de déclenchement des obligations structurelles est propre à la technique des obligations positives et ne trouve pas d'équivalent lorsque la Cour mobilise une obligation négative¹³⁶⁶. Dans le chapitre précédent, il a été démontré que l'un des motifs sous-jacent au choix de la Cour de se placer sur le terrain d'une obligation négative était la volonté de conférer une large marge d'appréciation étatique. Cette volonté se manifeste alors au stade du contrôle : la soumission de l'existence de l'obligation structurelle à l'exercice d'un contrôle du juste équilibre entre les intérêts en jeu s'accompagne alors d'une très grande latitude laissée aux États. Dans ces hypothèses, elle refuse donc bien souvent de se prononcer sur le fond de la législation. Elle exige cependant que cette dernière prenne effectivement en compte tous les intérêts en présence, en particulier par la mise en place de procédures¹³⁶⁷. La simple évocation de la nécessité de concilier les intérêts en jeu suffit à dégager l'obligation structurelle procédurale. Ces obligations entrent donc dans la méthodologie décrite ci-après. En effet, des obligations structurelles peuvent être également mises au jour, sans détour par la mise en balance des intérêts et simplement grâce à l'invocation de la nécessité de protéger un droit conventionnel. La liberté des États est alors beaucoup plus limitée et ce type de contrôle n'est pas propre à la technique des obligations positives, la Cour ayant dégagé ce type d'obligation en se plaçant aussi bien sur le terrain d'une obligation positive que négative.

B. Les obligations structurelles justifiées par la protection d'un droit conventionnel

506. Dans certains cas, la Cour impose des obligations structurelles sans procéder à une mise en balance préalable des intérêts en présence. Ces obligations s'imposent en effet afin d'assurer la protection de certaines « droits », « valeurs » ou « intérêts » conventionnels¹³⁶⁸.

préc., §91 ; Cour EDH, GC, 13 février 2003, **Odièvre**, *préc.*, §49.

¹³⁶⁶ Une exception cependant : Cour EDH, GC, 3 novembre 2011, **S.H. et al.** c. Autriche, *Rec.* 2011-..., §88 et s.; *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 6 novembre 2011, obs. N. Hervieu ; *AJDA*, 2012, 143, chron. L. Burgorgue-Larsen ; *JCP G*, 2012, 87, chron. F. Sudre.

¹³⁶⁷ Cour EDH, GC, 8 juillet 2003, **Hatton et al.**, *préc.*, §128 ; Cour EDH, GC, 13 février 2003, **Odièvre**, *préc.*, §49.

¹³⁶⁸ La Cour utilise bien souvent indistinctement les termes « droit » et « intérêt ». Selon P. Ducoulombier « *si le droit et intérêt ne sont pas totalement identiques, les notions entretiennent des liens qui ne peuvent être rompus* ». Ainsi, « *il y a donc une différence de degré plutôt que de nature entre l'intérêt privé et le droit, ce qui explique la proximité des deux notions qui ne permet pas de conclure à une identification totale mais qui justifie une certaine synonymie. À la base du droit se trouve un intérêt, une valeur reconnue par la société comme légitime, mais tous les intérêts* ».

Réduites dans un premier temps, ces obligations structurelles se sont multipliées ces dernières années, signe de la construction progressive d'un droit commun européen¹³⁶⁹. L'appréciation du champ d'application *ratione materiae* de la Convention est évolutive. Ainsi, la liste des obligations structurelles exigées pour assurer la protection des droits conventionnels n'est pas figée et est au contraire amenée à s'étoffer et à se préciser au fur et à mesure des requêtes soumises à l'examen de la Cour.

507. La Cour utilise généralement des artifices argumentatifs afin de renforcer sa motivation. Elle insiste souvent sur l'importance de l'intérêt en jeu afin de justifier de dégager ces obligations structurelles. Elle cite ainsi les « *valeurs fondamentales* », les « *aspects essentiels de la vie privée* »¹³⁷⁰, le « *devoir primordial* » de protection du droit à la vie¹³⁷¹, l'existence d'un « *intérêt primordial, protégé par la Convention* »¹³⁷², « *l'importance des enjeux* » concernés, ou encore leur caractère « *crucial pour le fonctionnement de la démocratie* »¹³⁷³ pour justifier de dégager ces obligations.

508. L'identification d'un intérêt fondamental dans une société démocratique permet tout d'abord à la Cour d'exiger une protection pénale afin de réprimer certaines atteintes jugées particulièrement graves à des droits conventionnels¹³⁷⁴. De telles obligations sont exigées au titre des articles 2, 3, 4 et 8 CEDH dès lors qu'est portée atteinte à la vie, à l'intégrité physique ou morale d'une personne, ou qu'une personne est réduite en esclavage ou soumise à des travaux forcés¹³⁷⁵.

légitimes ne sont pas consacrés sous forme de droit, ce qui permet de maintenir une distinction sans verser dans une opposition frontale et stérile des deux notions » (P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 64 et 71-72).

¹³⁶⁹ V. *infra*, Partie 3, Chapitre 1, Section 2, §2, n° 762 et s. et *infra*, Partie 3, Chapitre 2, Section 1, §1, n° 815 et s.

¹³⁷⁰ Cour EDH, 26 mars 1985, **X et Y** c. Pays-Bas, A 91, §27 ; *Rev. sc. crim.*, 1985, 629, obs. L.-E. Pettiti ; *JDI*, 1986, 1082, chron. P. Rolland et P. Tavernier ; *CDE*, 1988, 462, chron. G. Cohen-Jonathan.

¹³⁷¹ Cour EDH, GC, 28 octobre 1998, **Osman**, *préc.*, §115.

¹³⁷² Cour EDH, Plén., 7 juillet 1989, **Gaskin** c. Royaume-Uni, A 160, §49 ; *JDI*, 1990, chron. P. Tavernier ; *RTDH*, 1990, 361, obs. P. Lambert. Cour EDH, 27 octobre 2009, **Haralambie** c. Roumanie, req. 21737/03, §85.

¹³⁷³ Cour EDH, 17 septembre 2009, **Manole et al.** c. Moldavie, *Rec.* 2009-..., §99 et 108. Voir aussi Cour EDH, 30 juillet 2009, **Danilenkov et al.** c. Russie, *Rec.* 2009-..., §124 ; *JCP G*, 2010, doct., 70, obs. F. Sudre.

¹³⁷⁴ Voir *infra* Partie 3, Chapitre 2, Section 1, §2, B, n° 842 et s.

¹³⁷⁵ Article 8 CEDH : Cour EDH, 26 mars 1985, **X et Y**, *préc.*, §27 ; Cour EDH, 22 octobre 1996, **Stubbings et al.** c. Royaume-Uni, *Rec.* 1996-IV, §64 ; *RTDH*, 1998, 781, obs. J. Sace. Article 3 CEDH : Cour EDH, 23 septembre 1998, **A.** c. Royaume-Uni, *Rec.* 1998-VI, §22 ; *JCP G*, 1999, I, 105, n° 11, obs. F. Sudre ; Cour EDH, GC, 10 mai 2001, **Z et al.** c. Royaume-Uni, *Rec.* 2001-V, §73 ; *JCP G*, 2001, I 342, chron. F. Sudre. Article 3 et 8 CEDH : Cour EDH, 4 décembre 2003, **M.C.** c. Bulgarie, *Rec.* 2003-XII, §153 ; *RTDciv.*, 2004, p. 364, obs. J.-P. Marguénaud ; *JCP G*, 2004, I, 107, n° 1, obs. F. Sudre. Article 2 CEDH : Cour EDH, GC, 28 octobre 1998, **Osman**, *préc.*, §115 ; Cour EDH, 14 mars 2002, **Paul et Audrey Edwards** c. Royaume-Uni, *Rec.*, 2002-II, §54 ; *JCP G*, 2002, I, 157, n° 2, obs.

Étant donnée la gravité des faits en cause au regard du standard de société démocratique, la Cour impose l'adoption d'une législation et d'une procédure pénales effectives. Lorsque l'atteinte au droit est jugée d'une gravité moindre ou qu'elle n'est pas volontaire la Cour se contente d'exiger un cadre normatif et procédural de nature civile ou administrative¹³⁷⁶.

509. Lorsque sont en cause des droits susceptibles de limitation, la Cour impose des obligations procédurales de conciliation¹³⁷⁷, c'est-à-dire exige « *que les mesures touchant les droits fondamentaux soient dans certains cas soumises à une forme de procédure devant un organe indépendant, compétent pour contrôler les motifs de ces mesures et les éléments de preuve pertinents* »¹³⁷⁸. Cela implique, par exemple « *de prévoir une procédure judiciaire qui soit entourée des garanties de procédure nécessaires et qui permette ainsi aux tribunaux nationaux de trancher (...) efficacement et équitablement tout litige éventuel entre particuliers* »¹³⁷⁹. Elle a ensuite ajouté que « *this principle applies with all the more force when it is the State itself which is in dispute with an individual* »¹³⁸⁰.

F. Sudre ; *JDI*, 2003, 534, chron. E. Decaux et P. Tavernier ; Cour EDH, 28 mars 2000, **Kılıç** c. Turquie, *Rec.* 2000-III, § 62 ; Cour EDH, 28 mars 2000, **Mahmut Kaya** c. Turquie, *Rec.* 2000-III, §85 ; *JDE*, 2001, 76, 34, chron. P. Lambert. Article 4 CEDH : Cour EDH, 26 juillet 2005, **Siliadin** c. France, *Rec.* 2005-VII, §112 ; *GACEDH*, n° 17 ; *JCP G*, 2005, II, 10142, note F. Sudre ; *D.*, 2006, 346, note D. Roets ; Cour EDH, 7 janvier 2010, **Rantsev** c. Chypre et Russie, *Rec.* 2010-..., §284 ; *JCP G*, act. 132, F. Sudre ; *HRLR*, 10-3 (2010), 546, note J. Allain ; *AJDA*, 2010, 997, chron. J.-F. Flauss ; *Rev. sc. crim.*, 2010, 675, chron. J.-P. Marguénaud et D. Roets ; Cour EDH, Déc., 29 novembre 2011, **V.F.** c. France, req. 7196/10 ; *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 15 décembre 2011, obs. N. Hervieu.

¹³⁷⁶ Voir par exemple en matière de négligence médicales : Article 2 CEDH : Cour EDH, GC, 17 janvier 2002, **Calvelli et Ciglio** c. Italie, *Rec.*, 2002-I, §51 ; *JCP G*, 2002, I, 157, n° 1, obs. F. Sudre. Article 8 : Cour EDH, Déc., 5 octobre 2006, **Trocclier** c. France, *Rec.* 2006-XIV ; Cour EDH, 15 novembre 2007, **Benderskiy** c. Ukraine, req. 22750/02, §61-62 ; Cour EDH, 2 juin 2009, **Codarcea** c. Roumanie, req. 31675/04, §102-105 ; *JCP G*, 2009, 143, chron. F. Sudre.

¹³⁷⁷ V. *supra* Partie 1, Chapitre 1, Section 1, §3, A, 2, n° 116 et s.

¹³⁷⁸ Cour EDH, 20 mars 2007, **Tysiāc** c. Pologne, *Rec.* 2007-I, §117 ; *RDSS*, 2007, 643, note D. Roman ; *RTDH*, 2007, 855, note J.-M. Larralde ; *JCP G*, 2007, I, 106, n° 6, obs. F. Sudre. Voir aussi par exemple Cour EDH, Plén., 7 juillet 1989, **Gaskin**, *préc.*, §49 ; Cour EDH, 16 octobre 2008, **Taliadorou et Stylianou** c. Chypre, req. 39627/05 et 39631/05, §35 ; Cour EDH, 28 avril 2009, **Karakó** c. Hongrie, req. 39311/05, §19 ; Cour EDH, 27 juillet 2010, **Aksu** c. Turquie, req. 4149/04 et *al.*, §68 ; *AJDA*, 2010, 2362, chron. J.-F. Flauss ; Cour EDH, 12 juin 2012, **Savda** c. Turquie, req. 42730/05, §98-99.

¹³⁷⁹ Cour EDH, 25 juillet 2002, **Sovtransavto Holding** c. Ukraine, *Rec.* 2002-VII, §96 ; *JCP G*, 2003, I, 109, n° 24, obs. F. Sudre. Cour EDH, GC, 11 janvier 2007, **Anheuser-Busch Inc** c. Portugal, *Rec.* 2007-I, §83 ; *RJC*, 2008, 4, 271, chron. J.-F. Flauss.

¹³⁸⁰ Cour EDH, 7 juillet 2009, **Plechanow** c. Pologne, req. 22279/04, §100 ; Cour EDH, 3 novembre 2009, **Sierpiński** c. Pologne, req. 38016/07, §69. De même « *la Cour estime que, au titre des obligations découlant de l'article 1 du Protocole n° 1, l'État doit à tout le moins instaurer un cadre législatif minimum, prévoyant notamment une instance adéquate permettant aux personnes se trouvant dans une situation telle que celle du requérant en l'espèce de se prévaloir effectivement de leurs droits et d'en obtenir la sanction* » (Cour EDH, 14 janvier 2010, **Kotov** c. Russie,

510. La Cour a dégagé par ailleurs des obligations de réglementation de certaines activités afin de prévenir des atteintes aux droits conventionnels, par exemple les activités médicales¹³⁸¹, les activités dangereuses et potentiellement polluantes¹³⁸², l'utilisation de la force publique meurtrière¹³⁸³. De telles réglementations sont également imposées afin d'éviter des atteintes à l'article 4¹³⁸⁴ ou encore à l'article 10 CEDH¹³⁸⁵.

511. Des obligations très semblables sont mise au jour alors que la Cour choisit de se placer sur le terrain d'une obligation négative. Un parallèle peut en effet être fait avec les garanties procédurales et législatives dégagées lors du contrôle de la légalité ou de la nécessité d'une ingérence, donc lorsque la Cour annonce contrôler une obligation négative¹³⁸⁶. Le contenu des obligations et la manière dont procède la Cour afin de les dégager sont identiques aux obligations décrites ci dessus. Concernant leur contenu, est exigée la mise en place de législations et/ou de procédures visant l'effectivité des droits. Il s'agit donc également d'obligations structurelles. Pour ce qui est du critère de mise au jour de ces obligations, la Cour peut les dégager en invoquant simplement la nécessité de protéger un droit conventionnel. Par exemple, le « *rôle fondamental* » de la « *protection des données à caractère personnel* » exige que « *la législation interne* » ménage « *des garanties appropriées pour empêcher toute communication ou divulgation de données à* »

req. 54522/00, §117).

¹³⁸¹ Article 2 : Cour EDH, GC, 8 juillet 2004, **Vo** c. France, *Rec.* 2004-VIII, §89 ; *GACEDH*, n° 10 ; *D.*, 2004, 2456, note J. Pradel ; *Rev. dr. fam.*, 2004, comm. n° 194 obs. P. Murat ; *JCP G*, 2004, II, 10158, note M. Levinet ; *RTDciv.*, 2004, 799, chron. J.-P. Marguénaud ; *RDP*, 2005, 765, chron. F. Sudre ; *RDP*, 2005, 1417 note X. Bioy. Article 8 : Cour EDH, Déc., 5 octobre 2006, **Trocellier**, *préc.* ; Cour EDH, 15 novembre 2007, **Benderskiy**, *préc.*, §61-62.

¹³⁸² Article 2 : Cour EDH, GC, 30 novembre 2004, **Öneryildiz**, *préc.*, §90 ; Cour EDH, 24 avril 2012, **Iliya Petrov** c. Bulgarie, req. 19202/03, §55. Article 8 : Cour EDH, 27 janvier 2009, **Tătar** c. Roumanie, req. 67021/01, §87 ; *JDI*, 2010, 1008, obs. P. Tavernier ; *RJE*, 2010-1, 61, chron. J.-P. Marguénaud et S. Nadaud ; *RTDE*, 2010, 233, note A. Pomade ; Cour EDH, 30 mars 2010, **Băcilă**, *préc.*, §61 ; Cour EDH, 14 février 2012, **Hardy & Maile**, *préc.*, §222 et s.

¹³⁸³ Cour EDH, GC, 20 décembre 2004, **Makaratzis** c. Grèce, *Rec.* 2004-XI, §57-58 ; *RDP*, 2005, 768, obs. M. Levinet ; *JDI*, 2005, 509, note M. Eudes ; *JT*, 2005, 116, 39, chron. P. Lambert ; *AJDA*, 2005, 541, chron. J.-F. Flauss. Confirmé par Cour EDH, GC, 6 juillet 2005, **Natchova et al.** c. Bulgarie, *Rec.* 2005-VII, §96 ; *RTDH*, 2005, 171, obs. D. Rosenberg.

¹³⁸⁴ Cour EDH, 7 janvier 2010, **Rantsev**, *préc.*, §211.

¹³⁸⁵ Cour EDH, 14 septembre 2010, **Dink** c. Turquie, req. 2668/07 et *al.*, §137 ; *Gaz. Pal.*, 2011, 61, 21, note C. Michalski ; Cour EDH, 17 septembre 2009, **Manole et al.**, *préc.*, §100 ; Cour EDH, GC, 7 juin 2012, **Centro Europa 7 S.r.l. et Di Stefano** c. Italie, *Rec.* 2012-..., §134.

¹³⁸⁶ Voir *supra* Partie 1, Chapitre 1, Section 1, §3, B, n° 125 et s. La Cour exige par exemple « *qu'une ingérence de l'exécutif dans les droits d'un individu soit soumise à un contrôle efficace que doit normalement assurer, au moins en dernier ressort, le pouvoir judiciaire car il offre les meilleures garanties d'indépendance, d'impartialité et de procédure régulière* » (Cour EDH, Plén., 6 septembre 1978, **Klass et al.** c. Allemagne, A 28, §50 ; *JDI*, 1980, 463, obs. P. Rolland.

caractère personnel relatives à la santé qui ne serait pas conforme aux garanties prévues à l'article 8 de la Convention »¹³⁸⁷.

512. La manière dont sont dégagées ces obligations structurelles ne dépendent donc pas de la voie employée, c'est-à-dire du choix de la Cour de mobiliser une obligation positive ou négative. Le critère permettant le déclenchement puis le contrôle de ces obligations structurelles n'est donc pas inhérent au choix de la Cour de contrôler une obligation positive ou une obligation négative. Il dépend uniquement du caractère structurel des obligations dégagées. Ainsi, dans le cas où la Cour identifie clairement l'existence d'un intérêt conventionnel jugé suffisamment important, elle peut exiger l'obligation structurelle permettant d'en assurer son effectivité. Elle vérifie ensuite si la législation est suffisamment protectrice, imposant alors une obligation de résultat. Toutefois, en cas d'incertitude quant à l'existence d'une protection conventionnelle du droit invoqué, la Cour a systématiquement recours à la technique des obligations positives et procède alors à la mise en balance des intérêts en présence afin de déterminer si une obligation structurelle doit être dégagée, concluant, la plupart du temps, à son inexistence.

En revanche, le critère employé afin de mettre à la charge de l'Etat une obligation individuelle est tout autre, il s'agit de démontrer que les autorités avaient connaissance du risque ou de la survenance d'une atteinte à un droit conventionnel.

§2. Les obligations individuelles, dépendantes du critère de la connaissance

513. Afin d'imposer à l'État des obligations positives individuelles dans une affaire, la Cour recherche si les autorités étatiques avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance de l'atteinte ou du risque d'atteinte à un droit conventionnel. Ce critère, développé en matière d'obligation individuelle de prévention¹³⁸⁸ (A), est transposable aux autres obligations individuelles

¹³⁸⁷ Cour EDH, 25 février 1997, *Z c. Finlande*, *Rec.* 1997-I, §95 ; *JDI*, 1998, 178, obs. O. de Frouville ; *JCP G*, 1998, I, 107, 6, chron. F. Sudre ; Cour EDH, GC, 4 décembre 2008, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, *Rec.* 2008-..., §103 ; *GACEDH*, n° 42 ; *RFDA*, 2009, 741, note S. Peyrou-Pistoulet ; *JCP G*, 2009, I, 104, obs. F. Sudre.

¹³⁸⁸ Ce critère a cependant été appliqué une fois en matière d'obligations structurelles de prévention : « *la connaissance du problème répandu des abus sexuels sur des enfants s'était largement développée au cours des dix années précédentes. On ne saurait donc dire que le gouvernement défendeur n'avait pas eu l'occasion de mettre en place un système de protection des enfants face aux pédophiles sur Internet.* » (Cour EDH, 2 décembre 2008, *K.U. c. Finlande*, *Rec.* 2008-..., §48).

(B).

A. Une condition classique en matière d'obligation de prévention

514. Stuart Mill en 1859, à propos de « *la fonction préventive du gouvernement* » écrivait que « *si une personne publique, ou même une personne privée, voit quelqu'un se préparer évidemment à commettre un crime, rien ne la force à observer sans rien faire et d'attendre que le crime soit commis, mais elle peut intervenir pour l'empêcher* »¹³⁸⁹. Il établissait donc que, si un organe de l'État avait connaissance d'un risque d'atteinte à un droit individuel, il devait intervenir pour tenter d'empêcher que l'atteinte se produise. Le critère de la connaissance du risque d'atteinte à un droit a été consacré en droit international général (1) et a été repris et progressivement assoupli par la Cour EDH (2).

1. Un critère issu du droit international général

515. En droit international général, le critère de la connaissance a été utilisé afin de déterminer la responsabilité de l'État pour manquement à ses obligations de prévention, autrement appelées obligations de due diligence ou de vigilance¹³⁹⁰.

516. Par exemple, il a été utilisé concernant la responsabilité de l'État à raison des dommages soufferts par des étrangers sur son territoire. Dans une sentence arbitrale de 1927 de la Commission générale des réclamations États-Unis - Mexique¹³⁹¹, la responsabilité de ce dernier,

¹³⁸⁹ J. STUART MILL, *De la liberté*, trad., L. Lenglet à partir de la traduction de D. White, Gallimard, coll. « Folio essais », 1990, p. 211.

¹³⁹⁰ Le rapprochement entre la méthodologie adoptée dans ce domaine et celle de la Cour EDH a déjà été opéré par L.-A. SICILIANOS, « La responsabilité de l'État pour absence de prévention et de répression des crimes internationaux », in H. ASCENSIO, E. DECAUX, A. PELLET (dir.), *Droit international pénal*, Pédone, 2000, p. 125, §25. Voir également H. TRAN, *Les obligations de vigilance des États parties à la CEDH – Essai sur la transposition en droit européen des droits de l'homme d'un concept de droit international général*, Th. Strasbourg, dact., 2011, p. 65 et s., §64 et s.

¹³⁹¹ Commission générale des réclamations États-Unis – Mexique, 6 mai 1927, **Kennedy**, États-Unis c. Mexique, RSA, vol. IV, p. 194-203. L'arbitre M. Huber avait établi qu'« *il faut assimiler à l'action volontaire l'inaction des pouvoirs publics dans des situations où, en vertu de la mission qui leur est confiée, ils sont appelés à protéger les droits des étrangers et où, en l'espèce, ils sont en état de ce faire. Cela est surtout vrai si les pouvoirs publics ont été avertis*

pour défaut de prévention du meurtre d'un ressortissant américain lors d'affrontements entre les ouvriers mexicains et les cadres américains d'une compagnie gérant une mine sur le sol mexicain, n'avait pas été retenue, faute de démonstration de l'existence de cette condition. D'une part, l'arbitre avait estimé que la première demande de protection adressée par les employés américains aux autorités mexicaines ne révélait aucun « *danger imminent* »¹³⁹². D'autre part, il avait considéré qu'il n'y avait pas de preuves suffisantes que les autorités mexicaines avaient eu connaissance de la seconde demande de protection¹³⁹³. Les deux éléments constitutifs de la condition aujourd'hui appliquée par la Cour européenne des droits de l'homme étaient donc déjà établis : devait être prouvée l'existence d'un risque d'atteinte imminente aux droits d'un individu, risque dont les autorités avaient connaissance¹³⁹⁴.

Dans la majorité des affaires de ce type, il était cependant très difficile de prouver ces deux éléments d'appréciation stricte¹³⁹⁵, et de manière générale dans ce domaine, il y avait « *en pratique une grande difficulté à démontrer que, dans un cas donné, les autorités locales* » avaient

d'un danger menaçant les étrangers, ou si le gouvernement du pays dont le damnifié est ressortissant a demandé l'intervention des pouvoirs publics du lieu » (Sentence arbitrale, 1^{er} mai 1925, **Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol**, Espagne c. Royaume-Uni, RSA, vol. II, p. 643).

¹³⁹² « *Taking into account the circumstances set forth by the company, I do not see that it might be a question of imminent danger which would require urgent measures either that very day or at the beginning of the next day* » (*Ibid.*, p. 199).

¹³⁹³ « *There is not sufficient evidence that this second demand reached the Municipal President* » (*Ibid.*, p. 199).

¹³⁹⁴ Voir également les affaires suivantes : « *There is, however, no evidence to show that any request for protection had been made to the Mexican authorities prior to the killing of Kislingbury and Smith* » Commission générale des réclamations États-Unis – Mexique, 10 avril 1929, **Smith**, États-Unis c. Mexique, RSA, vol. IV, p. 469. « *While a Government is not an insurer of aliens it has a duty to use such means of protection as are within its capacity to protect them against apprehended illegal acts of which it has notice* ». Commission générale des réclamations États-Unis – Mexique, 24 octobre 1930, **Chapman**, États-Unis c. Mexique, RSA, vol. IV, p. 632.

¹³⁹⁵ Voir par exemple une autre affaire dans laquelle les autorités américaines invoquaient « *that the Panamanian Government incurred a liability under international law, because its officials had not taken the precaution of increasing for that day the police force at Juan Diaz, although they knew some time in advance that the meeting would assemble there* ». Cet argument ne fut cependant pas admis et l'arbitre conclut qu'un manque de protection des autorités du Panama n'avait pas été prouvé (Commission générale des réclamations États-Unis – Panama, 22 mai 1933, **W. A. Noyes**, États-Unis c. Panama, RSA, vol. VI, p. 311). Toutefois voir les affaires suivantes dans lesquelles le critère de la connaissance a été identifié : Commission générale des réclamations Grande-Bretagne – Mexique, 3 août 1931, **James W. Hambleton**, Grande-Bretagne c. Mexique, RSA, vol. V, p. 277-280 ; Commission générale des réclamations Grande-Bretagne – Mexique, 3 août 1931, **Edith Henry**, Grande-Bretagne c. Mexique, RSA, vol. V, p. 268-272 ; Commission générale des réclamations Grande-Bretagne – Mexique, 3 août 1931, **J.H. Hendersen**, Grande-Bretagne c. Mexique, RSA, vol. V, p. 274-275 ; Commission générale des réclamations France – Mexique, 15 juin 1929, **Louis et Joseph Feuillebois**, France c. Mexique, RSA, vol. V, p. 542-544 (affaires citées par H. TRAN, *Les obligations de vigilance des États parties à la CEDH – Essai sur la transposition en droit européen des droits de l'homme d'un concept de droit international général*, Th. Strasbourg, dact., 2011, §66).

« manqué à leur devoir de protection »¹³⁹⁶. Il y a ici une différence majeure avec la Cour EDH qui a adopté quant à elle une appréciation de plus en plus souple du critère de la connaissance favorisant ainsi une extension continue des obligations individuelles de prévention.

517. Cette condition a également été appliquée par la Cour Internationale de Justice dans l'affaire du *Détroit de Corfou*. Elle a reconnu la responsabilité du gouvernement albanais du fait que « le mouillage du champ de mines » n'avait « pu échapper à » sa « connaissance ». Le critère de la connaissance du risque en tant que déclencheur des obligations étatiques a alors été clairement établi, la CIJ estimant que les obligations « dériv[ai]ent pour l'Albanie de cette connaissance »¹³⁹⁷.

518. Cette condition a été inaugurée par la Commission et la Cour de Strasbourg dans l'affaire *Osman*¹³⁹⁸, à l'occasion de laquelle la Cour a conféré pour la première fois un effet horizontal indirect à l'article 2 CEDH¹³⁹⁹. Un professeur, après avoir harcelé pendant plusieurs mois un de ses élèves et sa famille, avait tué par balle le père et blessé le fils.

Le critère de la connaissance, invoqué par le gouvernement britannique devant la Commission¹⁴⁰⁰ a été repris tel quel par la Commission¹⁴⁰¹, puis par la Cour. Cette dernière a considéré que « face à l'allégation que les autorités ont failli à leur obligation positive de protéger

¹³⁹⁶ Ch. ROUSSEAU, *Droit international public, t. V, Les rapports conflictuels*, Sirey, 1983, p. 74.

¹³⁹⁷ CIJ, Arrêt, 9 avril 1949, **Détroit de Corfou (fond)**, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Albanie, *Rec.* 1949, p. 22. A cet égard se reporter à D. LÉVY, « La responsabilité pour omission et la responsabilité pour risque en droit international public », *RGDIP*, 1961, p. 756 et s. Voir également CIJ, Arrêt, 24 mai 1980, **Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran**, États-Unis d'Amérique c. Iran, *Rec.* 1980, p. 31 et s., spéc. §64, 66 et 68 ; CIJ, Arrêt, 26 février 2007, **Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide**, Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro, *Rec.* 2007, §431 ; *RGDIP*, 2007, 305, note Ph. Weckel ; *AFDI*, 2007, 279, obs. O. Corten ; *AFDI*, 2007, 280, obs. E. Savarese ; CIJ, Arrêt, 20 avril 2010, **Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay**, Argentine c. Uruguay, *Rec.* 2010, §204 ; *RGDIP*, 2011, p. 39, obs. Y. Kerbrat ; *AFDI*, 2010, 249, obs. L. Trigeaud.

¹³⁹⁸ Cour EDH, GC, 28 octobre 1998, **Osman**, *préc.*, §116. Des obligations individuelles de prévention avaient déjà été dégagées auparavant mais la connaissance du risque étant évidente, la Cour n'avait donc pas eu besoin de l'examiner (Cour EDH, 21 juin 1988, **Plattform « Ärzte für das Leben »** c. Autriche, A 139, §34 et s. ; *JDI*, 1989, 824, chron. P. Tavernier).

¹³⁹⁹ La Commission EDH avait précédemment reconnu une telle possibilité (ComEDH, Déc., 28 février 1983, **W.** c. Royaume-Uni, req. 9348/81, *D.R.* 32, p. 210, §12). Sur l'effet horizontal voir *supra* Partie 1, Chapitre 1, Section 1, §2, B, 2, n° 97 et s.

¹⁴⁰⁰ Selon le gouvernement : « it will be only in exceptional cases, where there is and is known to be a real, direct and immediate threat to life and an assumption of responsibility to carry out an act or acts, that the police could be under any obligation to take specific actions » (ComEDH, Déc., 17 mai 1996, **Osman** c. Royaume-Uni, req. 23452/94 et ComEDH, Rapp., 1^{er} juillet 1997, **Osman** c. Royaume-Uni, req. 23452/94, §86).

¹⁴⁰¹ ComEDH, Rapp., 1^{er} juillet 1997, **Osman**, *préc.*, §92.

le droit à la vie dans le cadre de leur devoir de prévenir et réprimer les atteintes contre la personne (...), il lui faut se convaincre que lesdites autorités savaient ou auraient dû savoir sur le moment qu'un ou plusieurs individus étaient menacés de manière réelle et immédiate dans leur vie du fait des actes criminels d'un tiers, et qu'elles n'ont pas pris, dans le cadre de leurs pouvoirs, les mesures qui, d'un point de vue raisonnable, auraient sans doute pallié ce risque »¹⁴⁰².

L'absence de connaissance du risque d'atteinte à un droit conventionnel empêche tout déclenchement des obligations positives. En effet comme la Cour a pu l'affirmer par la suite « *pour qu'il y ait obligation positive, il doit être établi que les autorités savaient ou auraient dû savoir sur le moment qu'un individu donné était menacé de manière réelle et immédiate(...) du fait des actes criminels d'un tiers et qu'elles n'ont pas pris, dans le cadre de leurs pouvoirs, les mesures qui, d'un point de vue raisonnable, auraient sans doute pallié ce risque »¹⁴⁰³.*

519. Le critère de la connaissance a été également repris par le juge interaméricain¹⁴⁰⁴ ainsi que par le juge administratif français¹⁴⁰⁵ pour déterminer le déclenchement d'une obligation

¹⁴⁰² Cour EDH, GC, 28 octobre 1998, **Osman**, préc., §116.

¹⁴⁰³ Cour EDH, 3 avril 2001, **Keenan** c. Royaume-Uni, Rec. 2001-III, §90 ; JCP G, 2001, I, 342, n° 4, chron. F. Sudre ; Rev. sc. crim., 2001, 881, chron. F. Tulkens ; AJDA, 2001, 1060, chron. J.-F. Flauss ; Cour EDH, 31 mai 2007, **Kontrová** c. Slovaquie, req. 7510/04, §50 ; Cour EDH, 9 juin 2009, **Opuz**, préc., §129 ; Cour EDH, 14 septembre 2010, **Dink**, préc., §65.

¹⁴⁰⁴ « *En efecto, el carácter erga omnes de las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implica una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo »* (§123). la Cour de San José fit au paragraphe suivant référence à la jurisprudence européenne (§124) ; Cour IADH, Fond et réparations, 31 janvier 2006, **Massacre de Pueblo Bello** c. Colombie, C 140 ; RTDH, 2008, 1007, chron. L. Hennebel et H. Tigroudja. « *El Tribunal observa que el Estado conocía las condiciones de internación que la Casa de Reposo Guararapes ofrecía en la época de los hechos. La violencia en contra de sus pacientes ya había sido el contexto de la muerte de dos personas internadas en dicho hospital »* Cour IADH, Fond et réparations, 4 juillet 2006, **Ximenes Lopez** c. Brésil, C 149, §143 ; RTDH, 2008, 1021, chron. L. Hennebel et H. Tigroudja. Voir aussi Cour IADH, Fond et réparations, 29 mars 2006, **Communauté indigène Sawhoyamaya** c. Paraguay, C 146, §155 ; RTDH, 2008, 1038, chron. L. Hennebel et H. Tigroudja.

¹⁴⁰⁵ « *Considérant qu'il ressort des motifs de l'arrêt attaqué que la cour administrative d'appel de Versailles a relevé, d'une part, que le danger provoqué par la combustion des matelas en mousse, tant en raison de la nature des fumées dégagées que de l'extrême rapidité de l'embrasement, de même que la fréquence des incidents provoqués par des détenus enflammant leur matelas, étaient connus de l'administration pénitentiaire, sans que celle-ci ait mis en œuvre de dispositions préventives appropriées »* (CE, 17 décembre 2008, **Garde des Sceaux, ministre de la Justice c. M. et M^{me} Z.**, n° 292088, Leb., p. 465 ; AJDA, 2009, 432, concl. I. de Silva ; AJ pénal, 2009, 86), « *lorsque l'action ou la carence de l'autorité publique crée un danger caractérisé et imminent pour la vie des personnes, portant ainsi une atteinte grave et manifestement illégale à cette liberté fondamentale, et que la situation permet de prendre utilement des mesures de sauvegarde dans un délai de quarante-huit heures, le juge des référés peut, au titre de la procédure particulière prévue par cet article, prescrire toutes les mesures de nature à faire cesser le danger*

individuelle de prévention¹⁴⁰⁶. Le critère de la connaissance est en outre aujourd'hui largement utilisé par la Cour EDH en matière d'obligations individuelles de prévention et ce, de manière de plus en plus assouplie.

2. Un critère assoupli par la Cour EDH

520. En matière d'obligation individuelle de prévention, le critère de la connaissance a été dégagé pour la première fois par la Cour dans l'arrêt *Osman* précité en ce qui concerne le contrôle de l'article 2 CEDH, et a ensuite été appliqué à de nombreuses autres dispositions : article 3, 4, 8, 9, 10, 11 CEDH¹⁴⁰⁷. Il est très probable qu'il soit étendu à d'autres dispositions lorsque la Cour aura à traiter des affaires lui en donnant l'occasion¹⁴⁰⁸.

521. Ainsi, il est désormais mobilisé dans de nombreux cas de figure. Dans son application la plus fréquente, correspondant à celle faite en droit international général en matière de prévention des dommages subis par des étrangers sur le territoire d'un État, ainsi que par la Cour de Strasbourg dans l'affaire *Osman*, il permet de déclencher une obligation positive individuelle de prévention lorsque l'atteinte au droit conventionnel est provoquée par le fait d'une personne privée. Il s'agit alors de l'hypothèse d'application horizontale indirecte de la Convention EDH.

La Cour a utilisé le critère de la connaissance dans des affaires concernant des mauvais traitements ou des atteintes à la vie infligés à des détenus par d'autres détenus¹⁴⁰⁹, ou encore à des

résultant de cette action ou de cette carence » (CE, Sect., 16 novembre 2011, **Ville de Paris et Société d'Économie Mixte Parisienne**, n° 353172 et 353173, *Leb.*, p. ; *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 9 novembre 2011, obs. S. Slama). Pour d'autres références voir I. FOUCHARD, « Décès violents de détenus en prison », *AJDA*, 2011, p. 142-149.

¹⁴⁰⁶ Ce critère a également gagné la responsabilité pénale individuelle. En droit pénal français, une nouvelle catégorie de faute a été introduite par la loi du 10 juillet 2000. Il s'agit de la faute « caractérisée » qui est avérée lorsqu'une personne physique a eu un comportement qui « *exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elle ne pouvaient ignorer* » (article 121-3 Code Pénal). Sur le sujet voir Y. MAYAUD, « La loi Fauchon du 10 juillet 2000 après plus de cinq ans d'application... », *AJ pénal*, 2006, n° 4, p. 146-153 ; A. PONSEILLE, « La faute caractérisée en droit pénal », *Rev. sc. crim.*, 2003, n° 1, p. 79-90.

¹⁴⁰⁷ Pour les références aux arrêts se reporter aux notes de bas de page ci-dessous.

¹⁴⁰⁸ Dans l'affaire *Storck*, relative à l'article 5 CEDH, l'utilisation du critère de la connaissance de l'atteinte est implicite (Cour EDH, 16 juin 2005, **Storck** c. Allemagne, *Rec.* 2005-V, §106 ; *GACEDH*, n° 18 ; *JCP G*, 2005, I, 159, n° 7, chron. F. Sudre ; *RTDH*, 2006, 237, note I. Soumy ; *EdinLR*, Vol. 10, 399, note A. I. L. Campbell).

¹⁴⁰⁹ Article 3 : Cour EDH, 3 juin 2003, **Pantea** c. Roumanie, *Rec.*, 2003-VI, §192 ; *D.*, 2003, 2268, obs. J.-F. Renucci ; *JCP G*, 2003, I, 160, n° 2, obs. F. Sudre ; Cour EDH, 27 mai 2008, **Rodić et al.** c. Bosnie-Herzégovine, req. 22893/05, §70 ; Cour EDH, 20 février 2011, **Preminyin** c. Russie, req. 44973/04, §84-86 ; Cour EDH, 8 septembre

enfants¹⁴¹⁰ ou à des femmes¹⁴¹¹, par des membres de leur entourage familial, ou encore lorsque des mauvais traitements avaient été infligés à un enfant par d'autres enfants de son quartier¹⁴¹². Il est également pris en compte afin de déterminer la responsabilité de l'État en cas de meurtres commis par des détenus bénéficiant d'une autorisation de sortie, ou d'une libération conditionnelle¹⁴¹³.

Il a de plus été mobilisé dans des affaires où un groupe de témoins de Jéhovah¹⁴¹⁴, le local d'un journal pro-Kurde¹⁴¹⁵, ou encore le local d'un parti politique défendant la minorité macédonienne en Grèce¹⁴¹⁶ avaient été victimes d'attaques par des personnes privées. De même il a été mis en jeu dans une affaire dans laquelle un journaliste d'origine arménienne avait été assassiné par des militants ultranationalistes turcs¹⁴¹⁷. Le critère de la connaissance a également été appliqué afin de déterminer l'existence d'une obligation de prévention vis-à-vis des victimes de réseaux de

2011, **Oshurko** c. Ukraine, req. 33108/05, §70-72 ; Cour EDH, 20 octobre 2011, **Stasi** c. France, req. 25001/07, §79 et 94-95 ; *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 23 octobre 2011, obs. N. Hervieu ; *AJDA*, 2012, 143, chron. L. Burgorgue-Larsen ; *Rev. sc. crim.*, 2012, 238, obs. D. Roets. Article 2 : Cour EDH, 14 mars 2002, **Paul et Audrey Edwards**, *préc.*, §60 ; Cour EDH, 10 janvier 2012, **Česnulevičius** c. Lituanie, req. 13462/06, §85-86.

¹⁴¹⁰ Article 3 : Cour EDH, GC, 10 mai 2001, **Z et al.**, *préc.*, §74 ; Cour EDH, 10 octobre 2002, **D.P. & J.C** c. Royaume-Uni, req. 38719/97, §112-119 ; *RTDH*, 2003, 1355, obs. A. Gouttenoire ; Cour EDH, 26 novembre 2002, **E. et al.**, *préc.*, §92-96 ; Cour EDH, 27 septembre 2011, **M. et C.** c. Roumanie, req. 29032/04, §107 et s. ; Cour EDH, 15 novembre 2011, **M.P. et al.** c. Bulgarie, req. 22457/08, §111 et s. Articles 3 et 8 : Cour EDH, 15 septembre 2009, **E.S.** et al. c. Slovaquie, req. 8227/04, §43. Article 2 : Cour EDH, 31 mai 2007, **Kontrová**, *préc.*, §52 ; Cour EDH, 15 janvier 2009, **Branko Tomašić et al.** c. Croatie, req. 46598/06, §53 ; Article 8 : Cour EDH, 12 juin 2008, **Bevacqua et S.** c. Bulgarie, req. 71127/01, §72.

¹⁴¹¹ Article 2 : Cour EDH, 9 juin 2009, **Opuz**, *préc.*, §131-136 ; Cour EDH, 15 janvier 2009, **Branko Tomašić et al.**, *préc.*, §53. Articles 3 et 8 : Cour EDH, 15 septembre 2009, **E.S. et al.** c. Slovaquie, req. 8227/04, §43. Article 8 : Cour EDH, 14 octobre 2010, **A.** c. Croatie, req. 55164/08, §57 ; Cour EDH, 30 novembre 2010, **Hajduová**, *préc.*, §50 ; Cour EDH, 24 avril 2012, **Kalucza** c. Hongrie, req. 57693/10, §61.

¹⁴¹² Articles 3 et 8 : Cour EDH, 24 juillet 2012, **Dordevic** c. Croatie, req. 41526/10, §144-146.

¹⁴¹³ Cour EDH, GC, 24 octobre 2002, **Mastromatteo** c. Italie, *Rec.* 2002-VIII, §69 et 76 ; *JCP G*, 2003, I, 109, n° 1, obs. F. Sudre ; *Europe*, 2003, 2, 24, note N. Deffains ; *JDE*, 2003, 96, 44, chron. P. Lambert ; *JDI*, 2003, 544, chron. E. Decaux, P. Lambert ; *JDI* 2003, 544, chron. E. Decaux, P. Lambert. Cour EDH, 15 décembre 2009, **Maiorano et al.**, *préc.*, §110 et s. Cour EDH, 17 janvier 2012, **Choreftakis et Choreftaki**, *préc.*, §48.

¹⁴¹⁴ Cour EDH, 3 mai 2007, **Membres de la Congrégation des témoins de Jéhovah de Gldani et al.** c. Géorgie, req. 71156/01, §110-111 (article 3) et §133 (article 9) ; *RQDI*, 2007, 20-2, 292, obs. A. Mirentxu, G. David.

¹⁴¹⁵ Article 10 CEDH : Cour EDH, 16 mars 2000, **Özgür Gündem** c. Turquie, *Rec.* 2000-III, §44 ; *RTDH*, 2001, 95, obs. P. de Fontbressin ; *JCP G*, 2001, I, 291, n° 38, obs. F. Sudre.

¹⁴¹⁶ Article 11 CEDH : Cour EDH, 20 octobre 2005, **Ouranio Toxo et al.** c. Grèce, *Rec.* 2005-X, §43 ; *JDI*, 2006, 1154, obs. P. Tavernier. Dans une affaire plus ancienne concernant une obligation de prévention relative à l'article 11 CEDH, la connaissance du risque était évidente et n'avait donc pas fait l'objet d'un examen spécifique (Cour EDH, 21 juin 1988, **Plattform « Ärzte für das Leben »**, *préc.*, §34 et s.).

¹⁴¹⁷ Cour EDH, 14 septembre 2010, **Dink**, *préc.*, § 70 (article 2), §138 (article 10).

prostitution¹⁴¹⁸.

522. Outre son utilisation dans des contentieux concernant une application horizontale indirecte de la Convention, la Cour peut également employer le critère de la connaissance dans des hypothèses d'effet vertical.

D'une part, dans des hypothèses dans lesquelles l'atteinte au droit conventionnel ne provient pas directement d'une action d'une autorité de l'État, il peut s'agir de déterminer l'existence d'une obligation de prévention des actes de suicide de détenus¹⁴¹⁹, de personnes gardées à vue¹⁴²⁰, de personnes effectuant leur service militaire¹⁴²¹, ou encore d'une obligation de soin à l'égard des détenus¹⁴²². Il sert en outre à contrôler la prévisibilité d'événements à la source de l'atteinte à un droit conventionnel alors que la victime était sous la responsabilité des autorités étatiques¹⁴²³. De manière plus récente, le critère de la connaissance est appliqué par la Cour pour déterminer si existe, à la charge de l'État, des obligations individuelles de prévention en cas d'effondrement d'une décharge¹⁴²⁴, de catastrophe naturelle¹⁴²⁵, d'attaques par des chiens¹⁴²⁶, d'explosion de mines

¹⁴¹⁸ Article 4 CEDH : Cour EDH, 7 janvier 2010, **Rantsev**, *préc.*, §286 et § 294-296 ; Cour EDH, Déc., 29 novembre 2011, **V.F.**, *préc.*.

¹⁴¹⁹ Article 2 CEDH : Cour EDH, 3 avril 2001, **Keenan**, *préc.*, §95.

¹⁴²⁰ Article 2 CEDH : Cour EDH, 16 novembre 2000, **Tanribilir** c. Turquie, req. 21422/93, §72 et 70 ; *JCP G*, 2001, 291, n° 4, chron. F. Sudre ; *AJDA*, 2000, 1006, chron. J.-F. Flauss ; Cour EDH, 27 juillet 2004, **A.A. et al.** c. Turquie, req. 30015/96, §50 ; Cour EDH, 30 novembre 2004, **A.K. et V.K.** c. Turquie, req. 38418/97, §47.

¹⁴²¹ Article 2 CEDH : Cour EDH, 7 juin 2005, **Kılınc et al.**, *préc.*, §43 ; Cour EDH, 27 avril 2006, **Ataman** c. Turquie, req. 46252/99, §67.

¹⁴²² Article 2 CEDH : Cour EDH, 13 juin 2002, **Anguelova** c. Bulgarie, *Rec.* 2002-IV, §127 ; *JDI*, 2003, 539, chron. E. Decaux et P. Tavernier ; Cour EDH, 7 février 2006, **Scavuzzo-Hager et al.** c. Suisse, req. 41773/98, §61 ; Cour EDH, 1^{er} juin 2006, **Tais** c. France, req. 39922/03, §97 et 100 ; Cour EDH, 16 novembre 2006, **Huyllu** c. Turquie, req. 52955/99, §63 ; Cour EDH, 9 octobre 2007, **Saoud** c. France, req. 9375/02, §100-101 ; *JCP G*, 2008, 21, chron. F. Sudre ; *JCP G*, 2008, 34, obs. J.-B. Thierry ; *Rev. sc. crim.*, 2008, 1, 140, chron. J.-P. Marguénaud et D. Roets ; Cour EDH, 18 décembre 2008, **Kats et al.** c. Ukraine, req. 29971/04, §106 ; Cour EDH, 27 janvier 2011, **Iordanovi** c. Bulgarie, req. 10907/04, §53-54. Article 3 : Cour EDH, 11 juillet 2006, **Riviere** c. France, req. 33834/03, §70 ; *RTDH*, 2007, 541, obs. M. Moliner-Dubost ; *RTDH*, 2007, 261, obs. J.-P. Céré.

¹⁴²³ Individu tué par une grenade alors qu'il se trouvait accompagné de gendarmes : Cour EDH, 21 novembre 2000, **Demiray** c. Turquie, *Rec.* 2000-XII, §45.

¹⁴²⁴ Article 2 : Cour EDH, GC, 30 novembre 2004, **Öneryildiz**, *préc.*, §101.

¹⁴²⁵ Article 2 : Coulée de boue, Cour EDH, 20 mars 2008, **Boudaïeva et al.**, *préc.*, §147 et 152 ; Chute d'arbre, Cour EDH, 14 juin 2011, **Ciechońska** c. Pologne, req. 19776/04, §61 ; *JCP G*, 2011, 914, chron. F. Sudre ; Inondations, Cour EDH, 28 février 2012, **Kolyadenko et al.** c. Russie, req. 17423/05 et *al.*, §165-166 (la question de la responsabilité de l'État du fait d'inondations s'était déjà posée dans l'affaire Cour EDH, Déc., 28 novembre 2006, **Murillo Saldias et al.** c. Espagne, req. 76973/01, mais la Cour ne s'était pas prononcée du fait que la requête était irrecevable pour d'autres motifs).

¹⁴²⁶ Article 2 : Cour EDH, 11 janvier 2001, **Berü** c. Turquie, req. 47304/07, §47. Article 8 : Cour EDH, 26 juillet 2011,

antipersonnelles¹⁴²⁷, d'électrocution survenue dans le bâtiment d'un transformateur électrique¹⁴²⁸, ou encore des obligations de protection des enfants, à la charge des autorités scolaires, en cas de fermeture de l'école en raison du froid et des mauvaises conditions climatiques¹⁴²⁹.

D'autre part, il intervient dans des contentieux dans lesquels l'atteinte provient directement d'une action d'un agent de l'État. Par exemple dans le cadre de « *l'organisation et la planification des opérations de police* »¹⁴³⁰. La Cour peut ainsi contrôler si les autorités étatiques pouvaient savoir que leurs actions ou leurs inactions étaient susceptibles d'entraîner une atteinte à un droit conventionnel. En ayant connaissance de ce risque, elles auraient du prendre les mesures de protection qui s'imposaient¹⁴³¹.

523. La Cour a consacré des obligations individuelles de prévention dans ces domaines, grâce à une appréciation de plus en plus extensive de la réalité (a), de l'immédiateté (b) et de l'individualité du risque (c). Ces trois critères sont cependant contrôlés *in concreto* et peuvent être interprétés de manière très différente en fonction de l'affaire en cause.

Georgel et Georgeta Stoicescu c. Roumanie, req. 9718/03, §51-57 ; *JCP G* 2011, act. 997, K. Grabarczyck ; *JCP G*, 2011, act. 997, K. Grabarczyck ; *JCP G*, 2012, 87, chron. F. Sudre.

¹⁴²⁷ Dans ces affaires, le critère de la connaissance n'est cependant pas examiné du fait qu'il était présent de manière évidente (Article 2 : Cour EDH, 12 décembre 2006, **Paşa et Erkan Erol** c. Turquie, req. 51358/99, §31 ; Cour EDH, 20 novembre 2007, **Amaç et Okkan** c. Turquie, req. 54179/00 et 54176/00, §42).

¹⁴²⁸ Article 2 : Cour EDH, 24 avril 2012, **Iliya Petrov**, *préc.*, §63.

¹⁴²⁹ Article 2 : enfant mort de froid sur le chemin entre l'école et son domicile (violation), Cour EDH, 10 avril 2012, **İlbeyi Kemaloğlu et Meriye Kemaloğlu** c. Turquie, req. 19986/06, §35-36.

¹⁴³⁰ Dans une affaire dans laquelle un carabinier avait tué par balles un manifestant lors d'un affrontement entre policiers et manifestant à l'occasion du G8 de Gênes, la Cour recherche si l'État pouvait prévoir qu'« *une attaque d'une telle violence [de la part des manifestants] se produirait à cet endroit précis et dans les conditions qui l'ont caractérisée* » (Cour EDH, GC, 24 mars 2011, **Giuliani et Gaggio** c. Italie, req. 23458/02, §254 ; *HRLR*, 2011, 11-3, 567, note S. Skinner ; *JCP G*, 2011, 753, obs. G. Gonzalez).

¹⁴³¹ Concernant une mineure de 16 ans soumise à un examen gynécologique durant sa garde à vue, la Cour estima que « *les autorités auraient pu, et même dû savoir qu'un examen gynécologique auquel une mineure est soumise sans pouvoir bénéficier des garanties adéquates, telles qu'un consentement recueilli en bonne et due forme ou un accompagnement adéquat, est de nature à causer un traumatisme supplémentaire à celui causé par les conditions de la privation de liberté* » (Cour EDH, 1^{er} février 2011, **Yazgöl Yilmaz** c. Turquie, req. 36369/06, §52 ; *AJDA*, 2011, 2000, chron. L. Burgogue-Larsen).

a. Un risque réel

524. L'appréciation de la réalité du risque peut être évidente dans certaines affaires, ce qui dispense la Cour de l'examiner. Tel est le cas lorsqu'est en cause une atteinte provenant directement des agents de l'État. Ainsi en cas d'utilisation de la force publique meurtrière, le risque d'atteinte au droit à la vie étant avéré, les autorités se doivent de faire preuve de « *précautions dans l'organisation et le contrôle* » des opérations¹⁴³². La preuve de la réalité du risque est en revanche plus difficile à apporter lorsque l'atteinte provient d'une personne privée ou d'un élément naturel. En particulier, cette question se pose de manière spécifique dans le domaine environnemental. Le risque n'est avéré que si les requérants démontrent l'existence d'un lien de causalité¹⁴³³ entre les effets d'une activité polluante et l'atteinte à un droit conventionnel. En effet, en cas d'échec à démontrer un tel lien de causalité, il ne peut être considéré que l'État avait connaissance du risque représenté par l'activité polluante et il ne peut donc lui être reproché d'avoir omis de prendre des mesures concrètes afin de prévenir ou réparer les atteintes alléguées par les requérants. Autrement dit, aucune obligation positive individuelle ne peut être établie à la charge de l'État. La question du lien de causalité peut donc se révéler centrale pour déterminer si des obligations positives sont en jeu dans une affaire donnée¹⁴³⁴.

525. Ainsi dans l'affaire *L.C.B.*, le père de la requérante avait servi dans les unités de ravitaillement sur l'île Christmas à l'époque où le Royaume-Uni y effectuait ses essais nucléaires. La Cour a refusé de consacrer une obligation positive d'information au titre de l'article 2 CEDH, dans la mesure où n'était pas prouvée « *l'existence d'un lien de causalité entre l'irradiation d'un père et l'apparition de la leucémie chez l'enfant conçu ultérieurement* »¹⁴³⁵. Une telle mesure aurait

¹⁴³² Cour EDH, GC, 27 septembre 1995, *McCann et al.* c. Royaume-Uni, A 324, §212 ; *GACEDH*, n° 11 ; *AFDI*, 1995, 485, chron. V Coussirat- Coustère ; *Rev. sc. crim.*, 1996, 462, obs. R. Koering-Joulin ; *RUDH*, 1996, 9, chron. F. Sudre ; De même voir Cour EDH, 28 juillet 1998, *Ergi* c. Turquie, *Rec.* 1998-IV, §79 et s.

¹⁴³³ Sur le lien de causalité v. *supra* Partie 2, Chapitre 2, Section 1, §3, §473 et s.

¹⁴³⁴ Ce lien est clairement exprimé dans l'arrêt *Taşkın*. La Cour y énonce que l'article 8 est applicable « *lorsque les effets dangereux d'une activité auxquels les individus concernés risquent d'être exposés ont été déterminés dans le cadre d'une procédure d'évaluation de l'impact sur l'environnement, de manière à établir un lien suffisamment étroit avec la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention. S'il n'en allait pas ainsi, l'obligation positive de l'État – adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits des individus en vertu du paragraphe 1 de l'article 8 – serait réduite à néant* » (Cour EDH, 10 novembre 2004, *Taşkın et al.* c. Turquie, *Rec.* 2004-X, §113 ; *AJDA*, 2005, 549, obs. J.-F. Flauss ; *RDP*, 2005, 755, obs. C. Picheral ; *JDI*, 2005, 525, obs. P. Tavernier).

¹⁴³⁵ Cour EDH, 9 juin 1998, *L.C.B.* c. Royaume-Uni, *Rec.* 1998-III, §39 ; *JCP G*, 1999, I, 105, chron. F. Sudre.

en effet été exigée « *seulement s'il était apparu à l'époque comme vraisemblable que pareille irradiation de son père était susceptible d'entraîner des risques réels pour la santé de la requérante* »¹⁴³⁶.

La connexion entre le lien de causalité et le critère de la connaissance est également clairement établie dans l'affaire *Fadeïeva* relative à l'article 8 CEDH. La Cour a considéré que « *les nuisances environnementales dénoncées* » étaient « *entièrement imputables aux activités industrielles d'une entreprise déterminée* », à savoir l'aciérie Severstal. Elle en a conclu « *qu'en l'espèce les autorités étaient certainement à même d'apprécier les dangers induits par la pollution et de prendre des mesures propres à les prévenir ou les réduire. Il ressort de la combinaison de l'ensemble des éléments évoqués ci-dessus qu'il existe entre les émissions polluantes et le comportement de l'État un lien suffisant pour qu'une question se pose sous l'angle de l'obligation positive découlant de l'article 8 de la Convention* »¹⁴³⁷.

526. Il faut souligner ici la particularité du contrôle relatif à l'article 8 CEDH pour lequel la Cour énonce la condition de l'existence d'un « *lien suffisant* » entre « *les émissions polluantes et le comportement de l'État* » afin « *qu'une question se pose sous l'angle de l'obligation positive découlant de l'article 8 de la Convention* »¹⁴³⁸. Cette formulation est peu claire et recouvre en réalité l'examen du lien de causalité entre activité polluante et atteinte au droit comme condition de la connaissance de la réalité du risque par les autorités étatiques. La jurisprudence gagnerait en lisibilité si était simplement énoncé le critère de la connaissance de la réalité du risque et serait en outre plus cohérente en permettant d'établir un critère identique pour l'article 2 et l'article 8, non plus seulement matériellement mais également formellement.

527. La question du lien de causalité entre activité polluante et atteinte à un droit conventionnel peut être abordée au stade de l'examen de la qualité de victime¹⁴³⁹, de celui de l'applicabilité¹⁴⁴⁰, ou de l'application¹⁴⁴¹, de la disposition conventionnelle invoquée. En effet, elle

¹⁴³⁶ *Ibid.*, §38.

¹⁴³⁷ Cour EDH, 9 juin 2005, *Fadeïeva* c. Russie, *Rec.* 2005-IV, §91-92.

¹⁴³⁸ Cour EDH, 9 juin 2005, *Fadeïeva*, *préc.*, §91-92 ; Cour EDH, 10 février 2011, *Dubetska et al.* c. Ukraine, req. 30499/03, §123 ; *RJE*, 2011, 563, chron. J.-P. Marguénaud ; *D.*, 2011, 2694, chron. F.-G. Trébulle.

¹⁴³⁹ Cour EDH, 5 juin 2007, *Lemke* c. Turquie, req. 17381/02, §36.

¹⁴⁴⁰ Cour EDH, 10 novembre 2004, *Taşkın et al.*, *préc.*, §113 et s. ; *AJDA*, 2005, 549, obs. J.-F. Flauss ; Cour EDH, Déc., 17 janvier 2006, *Luginbühl*, *préc.* ; Cour EDH, 30 mars 2010, *Băcilă*, *préc.*, §63-64 ; Cour EDH, 10 février 2011, *Dubetska et al.*, *préc.*, §120-124.

¹⁴⁴¹ Cour EDH, 9 juin 1998, *L.C.B.*, *préc.*, §38 et s. ; Cour EDH, 9 juin 2005, *Fadeïeva*, *préc.*, §90 et s.

recoupe certaines questions de recevabilité. Elle comporte des liens étroits avec la gravité de l'atteinte, nécessaire pour déclarer l'existence d'une atteinte à un droit conventionnel¹⁴⁴², et la question de la recevabilité *ratione personae*¹⁴⁴³.

528. Dans la plupart des affaires environnementales relatives à l'article 8, le lien de causalité est déjà démontré au niveau interne. Comme le mentionne le professeur P. Tavernier¹⁴⁴⁴, les requérants s'appuient alors pour prouver son existence sur des « *décisions de justice reconnaissant les activités en cause comme dangereuses pour l'environnement et la santé de la population* »¹⁴⁴⁵, « *sur des décisions administratives déclarant ces activités incompatibles avec les normes environnementales* »¹⁴⁴⁶, ou encore « *sur des rapports accessibles au public indiquant un certain degré de pollution d'une activité* »¹⁴⁴⁷. Il peut également s'agir de « *documents médicaux attestant de l'impact et du lien de causalité entre la pollution et la dégradation de sa santé* »¹⁴⁴⁸. Cette causalité pose cependant problème en l'absence de preuve établie au niveau interne. Dans l'affaire *L.C.B.* précitée¹⁴⁴⁹, la Cour avait ainsi refusé sur ce fondement de reconnaître le lien de causalité entre les rayonnements subis par le père de la requérante lors des essais nucléaires de l'île Christmas et la leucémie contractée postérieurement par sa fille.

529. La Cour semble cependant avoir considérablement infléchi sa jurisprudence dans son arrêt *Tătar*¹⁴⁵⁰. Dans cette affaire, la Cour a constaté « *l'absence de toute décision interne ou de tout autre document officiel qui indiqueraient d'une manière suffisamment claire le degré de danger que l'activité de la société Aurul représentait pour la santé humaine et l'environnement* »¹⁴⁵¹, mais a toutefois conclu que « *la pollution générée par l'activité de l'usine Săsar pouvait causer une détérioration de la qualité de vie des riverains et, en particulier, affecter le bien-être des requérants et les priver de la jouissance de leur domicile de manière à nuire à leur vie privée et familiale.*

¹⁴⁴² v. *supra* Partie 2, Chapitre 2, Section 1, §1, n° 461 et s.

¹⁴⁴³ Sur le lien de causalité v. *supra* Partie 2, Chapitre 2, Section 1, §3, n° 473 et s.

¹⁴⁴⁴ *JDI* 2010, 1008, obs. P. Tavernier.

¹⁴⁴⁵ Cour EDH, 10 novembre 2004, *Taşkın et al.*, *préc.*, §114.

¹⁴⁴⁶ Cour EDH, 2 novembre 2006, *Giacomelli c. Italie*, *Rec.* 2006-XII, §89 ; *D.*, 2007, 1324, note J.-P. Marguénaud.

¹⁴⁴⁷ Cour EDH, 9 juin 2005, *Fadeïeva*, *préc.*.

¹⁴⁴⁸ Cour EDH, 30 mars 2010, *Băcilă*, *préc.*, §63-64.

¹⁴⁴⁹ Cour EDH, 9 juin 1998, *L.C.B.*, *préc.*, §38-39.

¹⁴⁵⁰ Cour EDH, 27 janvier 2009, *Tătar*, *préc.*.

¹⁴⁵¹ *Ibid.*, §92.

L'article 8 trouve donc à s'appliquer »¹⁴⁵². L'utilisation du terme « *pouvait* » a grandement élargi les potentialités d'applicabilité de la Convention dans le cadre de ce type de contentieux. Autre nouveauté dans cet arrêt, les juges européens ont présenté pour la première fois une approche « *probabiliste* » du lien de causalité. Désormais, un lien de causalité serait identifié « *dans le cas d'une incertitude scientifique accompagnée d'éléments statistiques suffisants et convaincants* »¹⁴⁵³. Il a cependant été relevé que la Cour avait en réalité adopté une « *appréciation stricte* » de cette « *probabilité causale* » qui « *se remarque aux conditions cumulatives qu'elle exige pour sa détermination* »¹⁴⁵⁴. Les requérants avaient d'ailleurs échoué à démontrer une telle causalité en l'espèce « *entre l'exposition à certaines doses de cyanure de sodium et l'aggravation de l'asthme* »¹⁴⁵⁵. En outre, la Cour a dégagé cette nouvelle approche de la causalité pour immédiatement s'en affranchir à l'heure de la détermination de l'existence d'obligations positives. Elle a en effet affirmé que « *malgré l'absence d'une probabilité causale en l'espèce, l'existence d'un risque sérieux et substantiel pour la santé et pour le bien-être des requérants faisait peser sur l'État l'obligation positive d'adopter des mesures raisonnables et adéquates capables de protéger les droits des intéressés au respect de leur vie privée et leur domicile et, plus généralement, à la jouissance d'un environnement sain et protégé* »¹⁴⁵⁶. Toutefois, les juges dissidents¹⁴⁵⁷ tout comme la doctrine¹⁴⁵⁸, n'ont pas manqué de dénoncer le retour du lien de causalité à l'heure de déterminer la satisfaction équitable au titre de l'article 41 CEDH. La majorité a en effet justifié de rejeter tout satisfaction équitable en invoquant l'absence de lien de causalité « *entre la violation de la Convention et le préjudice allégué* »¹⁴⁵⁹.

¹⁴⁵² *Ibid.*, §96.

¹⁴⁵³ *Ibid.*, §104.

¹⁴⁵⁴ RTDE 2010, 233, note A. Pomade. Selon le juge Zupančič, la démarche probabiliste annoncée aurait en réalité été « *remplacée, sans aucune explication, par la démarche causale classique* » (Cour EDH, **Tătar**, *préc.*, opinion partiellement dissidente du juge Zupančič à laquelle se rallie la juge Gyulumyane). Les arrêts postérieurs confirment l'acception toujours stricte du lien de causalité (Cour EDH, 10 janvier 2012, **Di Sarno et al.** c. Italie, req. 30765/08, §108 ; JCP G, 2012, 150, obs. C. Picheral ; Lettre « *Actualités Droits-Libertés* » du CREDOF, 11 janvier 2012, obs. N. Hervieu),

¹⁴⁵⁵ Cour EDH, 27 janvier 2009, **Tătar**, *préc.*, §105.

¹⁴⁵⁶ *Ibid.*, §106.

¹⁴⁵⁷ Pour le juge Zupančič, ce choix de la majorité est « *scandaleux* » (Cour EDH, **Tătar**, *préc.*, opinion partiellement dissidente du juge Zupančič à laquelle se rallie la juge Gyulumyane).

¹⁴⁵⁸ JDI 2010-3, 1008, obs. P. Tavernier.

¹⁴⁵⁹ Cour EDH, 27 janvier 2009, **Tătar**, *préc.*, §130. Le juge Zupančič a encore dénoncé dans un arrêt postérieur « *la théorie archaïque du lien de causalité* » qui « *empêche de bénéficier d'une protection juridique même de la part de notre propre Cour face aux atteintes les plus graves portées à la dignité humaine et aux droits de l'homme les plus*

530. Reste que la preuve d'un lien de causalité entre une activité polluante et l'entrave à un droit conventionnel ne semble plus exigée afin d'admettre l'existence, voire la violation, d'obligations positives. Désormais l'existence d'un « *risque sérieux et substantiel pour la santé et pour le bien-être des requérants* » suffit. La Cour a confirmé cette jurisprudence dans son affaire *Di Sarno*. Ainsi, il suffit d'être en présence d'une activité jugée dangereuse pour que pèse sur l'État « *l'obligation positive d'adopter des mesures raisonnables et adéquates capables de protéger les droits des intéressés au respect de leur vie privée et de leur domicile et, plus généralement, à la jouissance d'un environnement sain et protégé* »¹⁴⁶⁰. L'éviction du lien de causalité offre de grandes perspectives d'extension des obligations positives étatiques et de renforcement du rôle préventif de l'État¹⁴⁶¹.

Pour que des obligations individuelles de prévention soient mises à la charge d'un État, il faut en outre démontrer l'existence d'un risque immédiat.

b. Un risque immédiat

531. Le critère de l'immédiateté du risque fait l'objet d'interprétations variables en fonction de la situation en cause.

Il est ainsi interprété strictement dans des affaires où l'atteinte est le fait d'une personne privée. Dans l'affaire *Osman* c'est une telle interprétation qui a justifié de conclure que les autorités britanniques n'ayant pas eu connaissance du risque d'atteinte à la vie des proches des requérants, il ne pouvait leur être imposé nulle obligation positive préventive concrète. La Cour a en effet estimé que les requérants n'avaient « *pas réussi à indiquer, dans le déroulement des événements ayant conduit à la fusillade tragique, le moment décisif à partir duquel on peut considérer que la police savait ou aurait dû savoir que la vie des Osman était réellement et immédiatement menacée par M. Paget-Lewis* »¹⁴⁶².

élémentaires » et réclame un renversement de la charge de la preuve au nom du principe de précaution (Cour EDH, 30 mars 2010, *Băcilă*, *préc.*, opinion concordante du juge Zupančič, §7).

¹⁴⁶⁰ Cour EDH, 10 janvier 2012, *Di Sarno et al.*, *préc.*, § 110 (collecte, traitement et élimination des déchets). Comparer avec la démarche de la CIJ qui s'en tient à une conception stricte du lien de causalité (CIJ, Arrêt, 20 avril 2010, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, *préc.*, §250, 254, 257, 259, 269, 264).

¹⁴⁶¹ Voir *infra* Partie 3, Chapitre 2, Section 1, §1, A, n° 816 et s.

¹⁴⁶² Cour EDH, GC, 28 octobre 1998, *Osman*, *préc.*, §121. De même v. Cour EDH, 7 janvier 2010, *Rantsev*, *préc.*,

L'appréciation du critère est d'autant plus stricte quand il est impossible d'identifier à l'avance l'auteur de l'atteinte. Tel est le cas lorsque « *le nombre peu élevé de chiens errants et leur localisation en dehors du village* » ne permettent pas de constater « *que les autorités savaient ou auraient dû savoir que M^{lle} Gazal était exposée à un danger de mort imminent à cause de ces quelques chiens errants* »¹⁴⁶³.

532. En revanche, le critère de l'immédiateté ne s'applique pas concernant la prévention des atteintes à la santé des personnes placées sous la responsabilité de l'État. En effet, tel que la Cour l'a affirmé « *face à des personnes détenues, placées en garde à vue ou venant, (...), de faire l'objet d'une arrestation et se trouvant donc dans un rapport de dépendance par rapport aux autorités de l'Etat, ces dernières ont une obligation de protection de la santé* »¹⁴⁶⁴. Dès lors, à partir du moment où les autorités pénitentiaires, policières ou militaires¹⁴⁶⁵ ont connaissance de la dégradation de la santé physique ou mentale d'une personne, elles se doivent de prendre toutes les mesures nécessaires afin de prévenir tout acte d'automutilation, toute atteinte à leur santé ou à celle des tiers. Il n'est alors pas nécessaire de démontrer l'immédiateté du risque.

La Cour, en matière de prévention du suicide, a ainsi estimé que malgré l'impossibilité de conclure qu'un détenu « *courait un risque immédiat tout au long de sa détention (...) son état étant variable, il avait besoin d'une surveillance étroite pour parer à une aggravation subite* »¹⁴⁶⁶. Elle a ensuite affirmé très explicitement que le critère de l'immédiateté, « *que la Cour a dégagé dans des*

§222. Elle parvint à la même conclusion relativement à l'article 8 CEDH (§128). L'analyse des faits par la Cour fut cependant contestée par le juge E. De Meyer qui estima quant à lui que les autorités « *savaient que du mal avait déjà été fait. Depuis décembre 1987 elles ne pouvaient plus guère douter que d'autres faits, plus graves encore, étaient à prévoir* » (Cour EDH, GC, **Osman**, préc., opinion partiellement dissidente et partiellement concordante de M. Le Juge De Meyer, à laquelle déclarent se rallier MM. Les juges Lopes Rocha et Casadevall).

¹⁴⁶³ Cour EDH, 11 janvier 2001, **Berü**, préc., §47.

¹⁴⁶⁴ Cour EDH, 9 octobre 2007, **Saoud**, préc., §98. La Cour a également affirmé : « *However, even where it is not established that the authorities knew or ought to have known about any such risk, there are certain basic precautions which police officers and prison officers should be expected to take in all cases in order to minimise any potential risk to protect the health and well-being of the arrested person* » (Cour EDH, 16 février 2012, **Eremiášová et Pechová** c. République Tchèque, req. 23944/04, §110).

¹⁴⁶⁵ Les personnes effectuant leur service militaire peuvent également être considérés comme se situant sous la responsabilité de l'État. Voir par exemple : Cour EDH, 7 juin 2005, **Kılınc et al.**, préc., §43.

¹⁴⁶⁶ Cour EDH, 3 avril 2001, **Keenan**, préc., §96. Pour d'autres affaires concernant des détenus : Cour EDH, 16 octobre 2008, **Renolde** c. France, Rec. 2008-..., §89 ; JCP G, 2008, II, 10196, note B. Belda ; Rev. sc. crim., 2009, 173, obs. J.-P. Marguénaud ; Cour EDH, 21 octobre 2008, **Kilavuz** c. Turquie, req. 8327/03, §92-93 ; Cour EDH, 1^{er} juin 2010, **Jasińska** c. Pologne, req. 28326/05, §69 ; Gaz. Pal., 2011, 14-15, 30-32, obs. C. Murillo ; Personnes effectuant leur service militaire : Cour EDH, 7 juin 2005, **Kılınc et al.**, préc., §43 et s. ; Cour EDH, 27 avril 2006, **Ataman**, préc., §58 ; Cour EDH, 19 juillet 2012, **Ketreb** c. France, req. 38447/09, §83.

cas où le risque de mort était dû à un facteur extérieur à la victime (...), ne saurait entrer péremptoirement en jeu en matière de suicide »¹⁴⁶⁷. Cependant, s'il n'est pas possible de démontrer que les autorités étatiques avaient connaissance de la fragilité mentale de la personne, nulle obligation positive individuelle de prévention ne peut leur être imposée¹⁴⁶⁸.

De même, dans des affaires dans lesquelles des personnes étaient décédées alors qu'elles se trouvaient sous la responsabilité de la police qui venait de procéder à leur arrestation, la Cour a vérifié si les autorités avaient pu avoir connaissance de leur vulnérabilité pour déterminer si elles auraient du prendre en l'espèce des mesures particulières de vigilance afin d'éviter leur décès¹⁴⁶⁹. Tel est également le cas dans l'hypothèse où l'instabilité mentale d'un détenu peut être une menace pour les autres personnes incarcérées¹⁴⁷⁰, ou au contraire quand la maladie mentale d'un détenu le rend particulièrement vulnérable face aux autres détenus¹⁴⁷¹.

Par ailleurs, le risque doit être individuel.

c. Un risque individuel

533. Le risque est considéré comme individualisé dans des affaires où il est possible de savoir qu'un individu bien identifié est visé par une menace particulière, autrement dit par une

¹⁴⁶⁷ Cour EDH, 6 décembre 2011, **De Donder et De Clippel** c. Belgique, req. 8595/06, §76.

¹⁴⁶⁸ Personnes gardées à vue : Cour EDH, 16 novembre 2000, **Tanribilir**, *préc.*, §76 ; Cour EDH, 27 juillet 2004, **A.A. et al.**, *préc.*, §50 ; Cour EDH, 30 novembre 2004, **A.K. et V.K.**, *préc.*, §47. Personnes détenues : Cour EDH, Déc., 7 janvier 2003, **Younger** c. Royaume-Uni, *Rec.* 2003-I ; Cour EDH, 5 juillet 2005, **Trubnikov** c. Russie, req. 49790/99, §74-76 ; Cour EDH, 11 avril 2006, **Uçar** c. Turquie, req. 52392/99, §86-88.

¹⁴⁶⁹ Dans une affaire dans laquelle une personne était décédée du fait d'une consommation excessive de drogue, la Cour ne retint pas la responsabilité de l'État suisse, estimant que, « à supposer même que la lutte entre P. et les deux agents, ainsi que le voisin qui est venu à l'aide, ait aggravé les conditions de santé de P., la Cour estime que, pour engager la responsabilité internationale de l'État défendeur, il fallait en plus que les agents aient raisonnablement pu se rendre compte que P. se trouvait dans un état de vulnérabilité exigeant un degré de précaution élevé dans le choix des techniques d'arrestation « usuelles » » Cour EDH, 7 février 2006, **Scavuzzo-Hager et al.**, *préc.*, §61). Dans une autre affaire, une personne ayant été laissée menottée face contre sol, avait succombé à la suite d'une asphyxie dite « posturale » ou « positionnelle », elle parvint à la conclusion opposée, relevant que « les policiers n'étaient pas dans l'ignorance de l'état de vulnérabilité du jeune homme, dû à sa maladie mentale, puisqu'ils en avaient été informés par l'une de ses sœurs présente lors des faits ». S'ajoutait à cela « ses blessures apparentes, notamment au visage, et le fait que, entravé aux mains et aux pieds, il ne présentait plus de danger pour autrui » (Cour EDH, 9 octobre 2007, **Saoud**, *préc.*, §100-101).

¹⁴⁷⁰ Cour EDH, 14 mars 2002, **Paul et Audrey Edwards**, *préc.*, §60 ; Cour EDH, 8 septembre 2011, **Oshurko**, *préc.*, §72.

¹⁴⁷¹ Cour EDH, 3 juin 2003, **Pantea**, *préc.*, §191-192.

menace déterminée qui s'applique à une personne ou un groupe de personnes en particulier, et non au reste de la population en général.

Ainsi, un risque individuel est identifié lorsqu'un individu avait informé les autorités du fait qu'il avait été victime de mauvais traitements commis par des tierces personnes et de la crainte que ces faits ne se reproduisent¹⁴⁷², ou encore lorsque les services de la protection de l'enfance sont avertis des mauvais traitements subis par un mineur dans sa famille¹⁴⁷³.

En revanche, l'existence d'un risque individuel ne peut être retenue dans le cas où il est impossible pour les autorités de prévoir un risque vis-à-vis d'une personne en particulier¹⁴⁷⁴. Ainsi, dans l'affaire *Ebcin*¹⁴⁷⁵, la requérante, fonctionnaire turque, avait été agressée à une période où l'état d'urgence avait été déclaré et où de nombreux fonctionnaires étaient victimes d'agression et de meurtres dans la région. La Cour a pris « acte de l'absence d'une plainte quelconque de la part de la requérante quant à une menace qu'elle aurait pu recevoir, ou même quant à un acte qu'elle aurait pu percevoir comme de l'intimidation » et a estimé que « pour dire que la requérante encourait un risque individuel, que les autorités connaissent ou auraient dû connaître, il lui faut des éléments concrets, lesquels normalement auraient mené ou auraient dû mener les forces de l'ordre à opérer dans le cadre de leurs fonctions, par notamment des arrestations ou perquisitions s'agissant d'éventuels suspects, lorsque le degré de suspicion requis est atteint aux moments déterminants »¹⁴⁷⁶.

534. La difficulté d'identifier le caractère individuel du risque est en outre au fondement du régime particulier régissant les actes commis par des détenus bénéficiant d'une autorisation de sortie ou d'une libération conditionnelle¹⁴⁷⁷. Comme la Cour l'a affirmé dans l'affaire

¹⁴⁷² Par exemple : Cour EDH, 14 octobre 2010, *A.*, préc., §57 ; Cour EDH, 16 mars 2000, *Özgür Gündem*, préc., §44 ; Cour EDH, 31 mai 2007, *Kontrová*, préc., §52 ; Cour EDH, 15 janvier 2009, *Branko Tomašić et al.*, préc., §53.

¹⁴⁷³ Cour EDH, GC, 10 mai 2001, *Z et al.*, préc., §74 ; Cour EDH, 26 novembre 2002, *E. et al.*, préc., §92-96.

¹⁴⁷⁴ Cette solution est classique en droit international général. Ainsi, dans une sentence arbitrale dans laquelle un ressortissant britannique avait été tué sur le territoire mexicain, il ne fut retenu aucune responsabilité des autorités mexicaines, dans la mesure où il fut estimé que « *in no country in the world can isolated crimes of this nature be prevented (...). Moreover, it is admitted in the claimant's affidavit that Mr. Francis had, on previous occasions, made trips between the mining property and the city of Douglas with perfect safety. The authorities, therefore, had no reason to anticipate that there was any special danger on the road which he took on this occasion.* » (Commission des réclamations Grande-Bretagne – Mexique, 15 février 1930, *A. H. Francis*, Grande-Bretagne c. Mexique, RSA, vol. V, p. 100, §5).

¹⁴⁷⁵ Cour EDH, 1^{er} février 2011, *Ebcin* c. Turquie, req. 19506/05.

¹⁴⁷⁶ *Ibid.*, §46-47.

¹⁴⁷⁷ H. TRAN, *Les obligations de vigilance des États parties à la CEDH – Essai sur la transposition en droit européen des droits de l'homme d'un concept de droit international général*, op. cit., §122 et s.

Mastromatteo, il faut distinguer les situations dans lesquelles est exigée « une protection rapprochée d'un ou de plusieurs individus identifiables à l'avance comme cibles potentielles d'une action meurtrière » et celles où il s'agit « d'assurer une protection générale de la société contre les agissements éventuels d'un ou de plusieurs personnes purgeant une peine d'emprisonnement pour avoir commis des crimes violents et d'en définir l'étendue »¹⁴⁷⁸. Cependant, dans ce domaine particulier, l'impossibilité d'identifier au préalable la victime potentielle peut ne pas être prise en compte lorsque de nombreux éléments attestaient de la dangerosité du détenu. C'est alors ce dernier élément qui prime afin de reconnaître que l'État pouvait avoir connaissance du risque¹⁴⁷⁹.

535. Ce critère de l'individualité du risque peut en outre être considérablement assoupli dans certaines affaires, la Cour ayant alors tendance à apprécier l'existence d'un risque général afin de mettre une obligation positive de prévention à la charge de l'État. Le recul de l'individualisation du risque touche aussi bien l'identification de la menace que celle de la victime potentielle.

536. D'une part, des données d'ordre général peuvent intervenir afin d'apprécier l'existence d'une menace. Cette appréciation du contexte général peut permettre de reconnaître la responsabilité de l'État dans des hypothèses où il n'existait pas de preuves de l'implication directe d'agents étatiques. Ainsi, à l'occasion d'affaires concernant le meurtre de personnalités pro-kurdes en Turquie, la Cour s'est appuyée sur le contexte général de répression anti-kurde, largement orchestrée par les autorités turques, pour constater que le « risque » que ces personnes soient abattues « pouvait passer pour réel et imminent » et que « les autorités savaient ou auraient dû savoir que ce risque provenait probablement des activités de personnes ou de groupes agissant au su ou avec l'assentiment d'agents des forces de l'ordre »¹⁴⁸⁰. Ces affaires sont d'ailleurs les premières dans lesquelles la Cour a reconnu l'existence du critère de la connaissance et donc imposé des obligations positives individuelles de prévention à un État¹⁴⁸¹.

¹⁴⁷⁸ Cour EDH, GC, 24 octobre 2002, *Mastromatteo*, préc., §69 ; *JCP G* 2003, I, 109, n° 1, obs. F. Sudre ; *Europe* 2003, 2, 24, note N. Deffains ; *JDE* 2003, 96, 44, chron. P. Lambert ; *JDI* 2003, 544, chron. E. Decaux, P. Lambert. Voir également Cour EDH, 17 janvier 2012, *Choreftakis et Choreftaki*, préc., §48 ; Cour EDH, Déc., 23 novembre 1999, *Bromiley* c. Royaume-Uni, req. 33747/96.

¹⁴⁷⁹ Cour EDH, 15 décembre 2009, *Maiorano et al.*, préc., §110 et s.

¹⁴⁸⁰ Cour EDH, 28 mars 2000, *Kılıç*, préc., §66 et 68 ; Cour EDH, 28 mars 2000, *Mahmut Kaya*, préc., §89 et 91 ; Cour EDH, 10 octobre 2000, *Akkoç* c. Turquie, *Rec.* 2000-X, §81 et 83.

¹⁴⁸¹ B. CONFORTI, « Exploring the Strasbourg Case-Law : Reflections on State Responsibility for the Breach of Positive Obligations », *op. cit.*, p. 132.

537. L'appréciation du caractère général d'une menace a permis à la Cour d'étendre la responsabilité de l'État aux risques de catastrophe naturelle ou inhérent à des activités dangereuses. Entre autres exemples, un tel risque est identifié concernant les personnes habitant dans une zone sujette à de fréquentes coulées de boues¹⁴⁸², ou encore relativement à un bâtiment d'un transformateur électrique non sécurisé¹⁴⁸³. La Cour est cependant allée beaucoup plus loin dans une affaire dans laquelle la requérante avait été attaquée par un groupe de chiens dans un quartier de Bucarest. Elle s'est fondée sur des données dont avaient connaissance les autorités, sur le nombre problématique de chiens errants de la ville et la régularité de ce genre d'incident, pour considérer que « *where an issue in the general interest is at stake, which reaches a degree of gravity such that it becomes a public health issue, it is incumbent on the public authorities to act in good time, in an appropriate and consistent manner* »¹⁴⁸⁴. L'individualité du risque est alors totalement écartée au profit de la simple recherche d'un risque d'ordre général. Ce type d'appréciation, critiquée par le juge L. López Guerra¹⁴⁸⁵, porte en germe une possibilité d'extension phénoménale des obligations positives étatiques.

538. D'autre part, il faut relever une autre tendance de la jurisprudence strasbourgeoise, la catégorisation des victimes. La Cour identifie certaines catégories de personnes vulnérables¹⁴⁸⁶.

¹⁴⁸² Cour EDH, 20 mars 2008, **Boudaïeva et al.**, préc., §137 et s. Voir également concernant des inondations Cour EDH, 28 février 2012, **Kolyadenko et al.**, préc., §165. Une autre affaire est intéressante à cet égard. Un détenu s'occupant de la ferme de la prison avait été grièvement blessé par un taureau. La Cour, du fait de témoignages contradictoires, ne put conclure que les autorités avaient connaissance du risque que représentait ce taureau pour l'intégrité physique du requérant. Elle jugea cependant « *The question is therefore whether the Government complied with the obligation to protect the applicant, in the circumstances of the case and given that an uncastrated bull is an inherently dangerous animal, as the domestic courts recognized* » (Cour EDH, 19 avril 2012, **Gorgiev c. ex-République yougoslave de Macédoine**, req. 26984/05, §73).

¹⁴⁸³ Cour EDH, 24 avril 2012, **Iliya Petrov**, préc., §63.

¹⁴⁸⁴ Cour EDH, 26 juillet 2011, **Georgel et Georgeta Stoicescu**, préc., §51 et 59.

¹⁴⁸⁵ Ce point a été critiqué par le juge López Guerra dans son opinion partiellement dissidente. Il dénonça « *undue extension of the concept of positive obligations* », considérant que « *In the present case it is obvious that the authorities had no knowledge of the existence of a real and immediate, individual risk to the applicant, but were aware of a general situation of risk that might affect citizens in general, rather than only* ».

¹⁴⁸⁶ L. Dutheil-Warolin a identifié quatre catégories de personnes vulnérables les enfants, les personnes atteintes d'une maladie, les victimes de tortures, les personnes en détention (L. DUTHEIL-WAROLIN, *La notion de vulnérabilité de la personne physique en droit privé*, Th. Limoges, 2004, dact., p. 166 et s.). A. B. Caire en a reconnu une autre, celle des minorités (A.-B. CAIRE, *Relecture du droit des présomptions à la lumière du droit européen des droits de l'homme*, Pedone, 2012, p. 312). P. Ducoulombier ajoute une autre catégorie relative à « *l'état de pauvreté* » (P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 633).

L'appartenance à l'une de ces catégories constitue une présomption de vulnérabilité¹⁴⁸⁷, facteur favorisant ou emportant de manière automatique la qualification de l'existence du risque¹⁴⁸⁸.

539. Tel est le cas des personnes subissant des violences domestiques. Dans l'arrêt *Opuz*, la Cour a souligné que la violence domestique était « *un problème général commun à tous les États membres* » dont la « *gravité* » devait être prise en compte « *en examinant les faits de la cause* »¹⁴⁸⁹. Dans cette affaire où la mère de la requérante avait été tuée par le mari de cette dernière, elle a estimé que du fait des nombreux mauvais traitements subis par la requérante et sa mère de la main du mari de celle-ci, et dont les autorités avaient été informées, « *les autorités locales auraient dû prévoir que H.O. s'apprêtait à commettre une agression mortelle* »¹⁴⁹⁰.

540. Les détenus constituent une autre catégorie de personnes vulnérables. La Cour a ainsi estimé que « *la vulnérabilité des détenus s'exprime spécifiquement au regard du suicide, le taux de suicides étant, en Belgique comme dans d'autres pays, nettement plus élevé dans la population carcérale que dans la population générale. Elle a du reste déjà souligné que toute privation de liberté physique peut entraîner, de par sa nature, des bouleversements psychiques et, par conséquent, des risques de suicide* »¹⁴⁹¹. Ce constat est renforcé quand un détenu montre des troubles mentaux, et d'autant plus lorsqu'il est atteint de schizophrénie, maladie pour laquelle « *le risque de suicide est bien connu et élevé* »¹⁴⁹². La maladie mentale d'un détenu peut également le

¹⁴⁸⁷ La Cour a explicitement affirmé : « *il faut donc partir de la présomption que les enfants étaient vulnérables tant en raison de leur qualité d'enfants que de leur histoire personnelle* » (Cour EDH, 13 décembre 2011, **Kanagaratnam et al.** c. Belgique, req. 15297/09, §67). Pour A. B. CAIRE, la vulnérabilité est une « *présomption concept* », ainsi « *la vulnérabilité constitue le motif des obligations positives créées par le juge européen ; c'est leur raison d'être* » (A.-B. CAIRE, *Relecture du droit des présomptions à la lumière du droit européen des droits de l'homme*, op. cit., p. 312). Pour cet auteur, la présomption concept est « *assimilable à une source du droit, elle constitue l'un des motifs, l'une des raisons d'être d'une règle de droit* » (ibid., p. 93). Elle est distincte, même si elle comporte des points communs, de la présomption-preuve (« *le passage opéré par le juge ou la loi d'un ou plusieurs faits connus à un fait inconnu* », son « *objectif primordial* » est « *de faciliter une preuve difficile, de remédier à l'absence de preuve directe, en bref pallier les difficultés probatoires en cas de doute sur les faits* », ibid., p. 115) et de la présomption-postulat (elles ont pour fonction « *d'attribuer la charge de la preuve* » ex : présomption d'innocence, ibid., p. 126). Sur les catégories de personnes vulnérables voir également H. TRAN, *Les obligations de vigilance des États parties à la CEDH – Essai sur la transposition en droit européen des droits de l'homme d'un concept de droit international général*, op. cit., §127.

¹⁴⁸⁸ Il justifie également une diligence accrue de la part de l'État. (v. *infra* Partie 2, Chapitre 2, Section 3, §2, B, 2, n° 624).

¹⁴⁸⁹ Cour EDH, 9 juin 2009, **Opuz**, préc., §132.

¹⁴⁹⁰ Ibid., §136. Voir également Cour EDH, 30 novembre 2010, **Hajduová**, préc., §50.

¹⁴⁹¹ Cour EDH, 6 décembre 2011, **De Donder et De Clippel**, préc., §75.

¹⁴⁹² Cour EDH, 3 avril 2001, **Keenan**, préc. §94. Cour EDH, 21 octobre 2008, **Kilavuz**, préc., §91 ; Cour EDH, 6 décembre 2011, **De Donder et De Clippel**, préc., §76.

rendre vulnérable par rapport à des mauvais traitements commis par ses codétenus, et justifier une « *surveillance accrue* » de la part des autorités pénitentiaires¹⁴⁹³. Les juges européens ont jugé de manière identique concernant les détenus ayant servi d'informateurs à la police, considérant qu'une telle coopération oblige les autorités à prendre des mesures afin d'assurer la sécurité du témoin¹⁴⁹⁴.

541. Peut également être prise en compte l'origine ethnique ou religieuse. Un détenu serbe ayant commis des crimes de guerre contre des bosniaques, incarcéré dans une prison composée à 90% de bosniaques, courrait, pour les juges strasbourgeois, un risque sérieux pour son intégrité physique, compte tenu du fait « *que les relations interethniques à la prison de Zenica étaient à l'image de ce qu'elles étaient ailleurs : de graves cas de violence motivée par des considérations ethniques visant des détenus d'origine serbe ou croate étaient recensés* »¹⁴⁹⁵. De même, il a été jugé qu'une personne appartenant à la communauté religieuse Hare Krishna était très susceptible d'être à nouveau victime d'attaque au moment où avait lieu une fête majeure de la religion orthodoxe en Serbie¹⁴⁹⁶.

542. Un raisonnement identique a été mené concernant les femmes victimes de réseaux de prostitution à Chypre¹⁴⁹⁷. La Cour s'est fondée sur deux rapports, l'un de la Médiateure chypriote, l'autre du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, pour considérer « *qu'il y a à Chypre depuis les années 70 un grave problème : des jeunes femmes étrangères sont forcées de travailler dans l'industrie du sexe* ». À partir de ces données, elle a conclu qu'« *il ne peut donc y avoir aucun doute quant au fait qu'en l'espèce, les autorités chypriotes savaient qu'un nombre important de femmes étrangères venant notamment de l'ex-URSS étaient amenées à Chypre par des trafiquants qui obtenaient pour elles des visas d'artistes et qu'à leur arrivée elles étaient exploitées sexuellement par des propriétaires et des directeurs de cabarets* »¹⁴⁹⁸. Ainsi, « *les policiers disposaient en l'espèce de signes suffisants pour concevoir, compte tenu des problèmes de traite à Chypre, un soupçon raisonnable que M^{lle} Rantseva soit au risque de manière réelle et immédiate*

¹⁴⁹³ Cour EDH, 3 juin 2003, **Pantea**, *préc.*, §192.

¹⁴⁹⁴ Cour EDH, 17 avril 2012, **J.L.** c. Lettonie, req. 23893/06, §68.

¹⁴⁹⁵ Cour EDH, 27 mai 2008, **Rodić et al.**, *préc.*, §70.

¹⁴⁹⁶ Cour EDH, 14 décembre 2010, **Milanović** c. Serbie, req. 44614/07, §89 ; *JCP G*, 2011, 182, chron. F. Sudre ; *JDI*, 2011, 1328, obs. X. Souvignet.

¹⁴⁹⁷ Cour EDH, 7 janvier 2010, **Rantsev**, *préc.*.

¹⁴⁹⁸ *Ibid.*, §294.

d'être victime de traite ou d'exploitation »¹⁴⁹⁹. En outre, la Cour a suivi une démarche similaire concernant les étrangers demandeurs d'asiles qui constituent « *un groupe de la population particulièrement défavorisé et vulnérable qui a besoin d'une protection spéciale* »¹⁵⁰⁰.

543. Un nouveau pas vers la dissolution de l'individualisation du risque a été franchi avec l'arrêt *Kayak*, la Cour invoquant cette fois-ci « *le rôle essentiel des autorités scolaires dans la protection de la santé et du bien-être des élèves, en tenant compte de la vulnérabilité particulière due à leur âge* »¹⁵⁰¹. Dans cette affaire dans laquelle un élève avait été mortellement poignardé à l'extérieur de l'école par un de ses camarades plus âgé, et alors que rien ne laissait présager un tel acte¹⁵⁰², la Cour a tout de même conclu à la violation de l'article 2 CEDH. La Cour, considérant que « *la mission confiée à l'institution scolaire implique le devoir primordial de veiller à la sécurité des élèves afin de les protéger contre toutes les formes de violences dont ils pourraient être victimes pendant le temps où ils sont placés sous sa surveillance* »¹⁵⁰³, a justifié son constat de violation en relevant le défaut de moyens de surveillance des élèves déployés au sein de l'établissement¹⁵⁰⁴. Les opinions des juges jointes à l'arrêt ont à juste titre relevé les risques de dérives portées en germe par ce type de jurisprudence¹⁵⁰⁵.

¹⁴⁹⁹ *Ibid.*, §223.

¹⁵⁰⁰ Cour EDH, GC, 21 janvier 2011, **M.S.S.** c. Belgique et Grèce, *Rec.* 2011-..., §251 ; *JCP G*, 2011, 914, chron. F. Sudre ; *JCP G*, 2011, 124, zoom C. Picheral ; *JCP G*, 2011, 760, note E. Dubout ; *JCP A*, 2011, 48, 25, obs. G. Marti ; *JDI*, 2012, chron. 6, obs. S. Marmin. « *La Cour n'aperçoit de toute façon pas comment les autorités pouvaient ignorer ou ne pas supposer que le requérant était sans domicile en Grèce. (...) selon le HCR, il est notoire qu'à ce jour un demandeur d'asile de sexe masculin et d'âge adulte n'a à peu près aucune chance de recevoir une place dans un centre d'accueil et que d'après une étude menée de février à avril 2010, tous les demandeurs d'asile « Dublin » interrogés par le HCR étaient sans-abri. Ceux-ci vivent donc en grand nombre, à l'instar du requérant, dans des parcs ou des immeubles désaffectés* » (§258).

¹⁵⁰¹ Cour EDH, 10 juillet 2012, **Kayak** c. Turquie, req. 60444/08, §59.

¹⁵⁰² « *En l'espèce, la Cour observe que le proche des requérants trouva tragiquement la mort à l'issue d'un enchaînement de circonstances fortuites. Rien avant le drame n'aurait permis aux autorités internes, et notamment à l'administration scolaire, de penser que la victime requerrait une protection particulière ou que la vie de celle-ci était menacée de manière réelle et immédiate du fait des actes criminels d'autrui. En effet, au moment des faits, aucun élément n'aurait permis d'identifier le proche des requérants comme cible potentielle d'une action meurtrière de E.G.* ». (Cour EDH, 10 juillet 2012, **Kayak**, *préc.*, §56).

¹⁵⁰³ *Ibid.*, §59.

¹⁵⁰⁴ *Ibid.*, §61-66. Elle releva également qu'un élève de 18 ans n'aurait pas dû être scolarisé dans cet établissement (§57), et que le personnel enseignant présent au moment de l'altercation n'avait pas agi avec suffisamment de diligence (§65), mais ces considérations semblent avoir moins de poids.

¹⁵⁰⁵ Le juge F. Tulkens souligne que « *les autorités scolaires n'étaient pas en mesure de connaître la vie privée de la victime et elles ne pouvaient pas non plus connaître les relations entre celle-ci et l'auteur de l'acte incriminé ; dès lors, l'hostilité existant entre eux était imprévisible pour celles-ci. Dans ces circonstances, faire peser sur le personnel enseignant une obligation générale de surveillance revient à lui imposer un fardeau excessif* ». Puis elle dénonce le « *modèle éducatif sous-jacent à ce type de considération* », qui reviendrait à une « *"carcéralisation"* de

544. Cette catégorisation des victimes trouve cependant des limites. Ainsi, le raisonnement de la Cour dans l'affaire *Rantseva* n'a pas été suivi dans la décision *V. F. c. France*¹⁵⁰⁶. De même, dans un tout autre domaine, dans une affaire dans laquelle un détenu homosexuel avait subi des violences de la part de ses codétenus¹⁵⁰⁷, les juges de la majorité ont refusé de retenir l'existence de la connaissance du risque du fait que le requérant ne s'était pas plaint de ces faits auprès des autorités pénitentiaires¹⁵⁰⁸. Cette appréciation a été contestée par les juges dissidents D. Spielmann et A. Nussberger qui ont estimé qu'« *en ce qui concerne la gestion du milieu carcéral, l'obligation positive imposée par l'article 3 de la Convention ne dépend pas uniquement des connaissances effectives des autorités : elle recouvre aussi ce que celles-ci « auraient dû savoir » et leur impose d'éviter la mise en danger des détenus et les traitements tels que ceux dont le requérant a fait l'objet. Or, dans le cas présent, la vulnérabilité du requérant et son angoisse étaient connues* ».

545. Il semble donc que la catégorisation des victimes n'en est qu'à ses débuts et que cette tendance forte de la jurisprudence strasbourgeoise pourrait être amenée à prospérer encore davantage dans les années à venir, facteur d'une extension croissante des obligations positives individuelles de prévention.

546. Le critère de la connaissance, appliqué pour la première fois dans l'affaire *Osman* a depuis lors connu une application de plus en plus fréquente et assouplie, au service de la consécration d'obligations individuelles de prévention de plus en plus contraignantes pour les États. Dans une publication de 2004, B. Conforti, juge italien à la Cour de 1998 à 2001, constatait le peu d'importance pratique des obligations de prévention, signalant qu'il était beaucoup plus facile d'engager la responsabilité de l'État du fait d'une insuffisance de la législation, donc pour manquement à une obligation structurelle que pour manquement à une obligation individuelle : « *the*

l'enseignement » en faisant « *des écoles et internats des zones sécurisées avec des patrouilles policières aux alentours* ». Les juges A. Sajo et G. Raimondi relèvent qu'« *une école ne peut maîtriser le comportement des enfants qui se trouvent hors de ses murs et aucun État, aussi paternaliste soit-il, n'est en mesure de contrôler tous les actes de ses citoyens* ».

¹⁵⁰⁶ Cour EDH, Déc., 29 novembre 2011, *V.F., préc.*. Ce point a été critiqué par N. Hervieu (*Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 15 décembre 2011, obs. N. Hervieu).

¹⁵⁰⁷ Cour EDH, 20 octobre 2011, *Stasi, préc.*.

¹⁵⁰⁸ *Ibid.*, §94.

*breach of an obligation of prevention is easy to ascertain if it is the result of the lack or inadequacy of legislation – that is, of legislative provisions deterring individuals from behaving in a way that is condemned by the Convention. By contrast, a finding of violation is difficult to reach when the breach is or should be, solely the result of the negligence of the authorities in protecting a person against the wrongful action of other persons »*¹⁵⁰⁹. Si ce constat est toujours vrai, il doit cependant être précisé étant donnée l'évolution de la jurisprudence européenne. L'assouplissement continu du critère de la connaissance a en effet permis ces dernières années d'engager de plus en plus fréquemment la responsabilité de l'État pour manquement à une obligation individuelle de prévention. Cette évolution n'est pas sans soulever des critiques. Le juge Zupančič, dans une affaire relative au suicide d'un détenu, a ainsi estimé que « *la norme que nous avons établie dans le cadre factuel ici en question se rapproche de la responsabilité objective, au sens où les autorités pénitentiaires sont en pratique responsables même si elles n'ont pas commis de faute propre, à moins de pouvoir elles-mêmes prouver (renversement de la charge de la preuve) que la survenance de l'événement en question était impossible à prévenir (...). D'un point de vue totalement pragmatique, j'aurais tendance à dire notamment qu'une norme aussi stricte ne saurait s'imposer aux quarante-sept Etats couverts par notre juridiction internationale »*¹⁵¹⁰.

Il faut ajouter que ce critère de la connaissance est également transposable concernant les autres obligations individuelles.

B. Un critère transposable aux autres obligations individuelles

547. Selon les obligations individuelles en jeu, la connaissance peut être évidente (2) ou à démontrer (1).

¹⁵⁰⁹ B. CONFORTI, « Exploring the Strasbourg Case-Law : Reflections on State Responsibility for the Breach of Positive Obligations », *op. cit.*, p. 134.

¹⁵¹⁰ Cour EDH, 19 juillet 2012, **Ketreb**, *préc.*, opinion dissidente du juge Zupančič, §137.

1. Une connaissance évidente du risque ou de l'existence d'une atteinte

548. Le critère de la connaissance n'entre pas explicitement en jeu concernant certaines obligations individuelles du fait de son caractère évident.

Tout d'abord, en cas d'obligation d'adopter une décision administrative ou juridictionnelle compatible avec la Convention¹⁵¹¹, certaines obligations peuvent surgir en amont ou en aval de ces décisions. En amont de la décision, la connaissance du risque d'atteinte peut être considérée comme évidente du fait que les autorités nationales savent que leur décision est susceptible d'entraver les droits individuels. En aval de la décision, la connaissance de l'existence de l'atteinte est avérée, cette dernière trouvant sa source dans la décision des autorités étatiques.

Ainsi, en amont de la décision, les précautions nécessaires doivent être prises afin de limiter le risque d'atteinte au droit. Dans ces affaires sont en cause des droits susceptibles de limitations. La Cour vérifie uniquement si les autorités nationales ont ménagé un équilibre satisfaisant entre les différents droits en cause et mis en œuvre les garanties procédurales nécessaires. Tel qu'il a été démontré *supra*, ces garanties procédurales peuvent être imposées par la Cour lorsqu'elle mobilise une obligation positive tout comme négative¹⁵¹². De telles obligations sont ainsi dégagées aussi bien lorsque la Cour contrôle une obligation négative, par exemple lorsqu'une décision de retrait de la garde parentale a été prise¹⁵¹³, ou une obligation positive, en cas de décision de refus de procéder à un avortement thérapeutique¹⁵¹⁴. La même obligation est pourtant en jeu, celle d'assurer un processus décisionnel équitable afin d'assurer une prise en compte de tous les intérêts en présence. Cette obligation a en outre le même régime ; sa mise en œuvre doit avoir lieu dès lors que la décision étatique est susceptible de porter atteinte à un droit conventionnel.

En aval d'une décision portant atteinte à un droit conventionnel il peut s'agir de prendre des mesures dans l'objectif de mettre fin à l'atteinte. Par exemple, alors qu'une décision de retrait de la garde parentale a été prise, « l'article 8 implique le droit d'un parent à des mesures propres à le

¹⁵¹¹ Il peut s'agir de décisions administratives de refus portant atteinte à un droit conventionnel (refus de changement de nom, refus d'enregistrement d'un syndicat, etc..) ou de décisions de justice refusant de trancher en faveur du requérant, soit dans un litige contre l'État soit dans un litige entre personnes privées.

¹⁵¹² Voir *supra* Partie 1, Chapitre 1, Section 1, §3, B, n° 125 et s.

¹⁵¹³ Cour EDH, Plén., 8 juillet 1987, *W. c. Royaume-Uni*, A 121.

¹⁵¹⁴ Cour EDH, 20 mars 2007, *Tysiak, préc.*, §113.

réunir avec son enfant et l'obligation des autorités nationales de les prendre »¹⁵¹⁵.

549. Ensuite, la connaissance du risque d'atteinte peut également être considéré comme évidente en cas d'obligation d'exécution des décisions de justice¹⁵¹⁶. Cette obligation, dans un premier temps déduite de l'article 6§1 CEDH¹⁵¹⁷, a ensuite été rattachée à des dispositions substantielles, telles que l'article 8 CEDH¹⁵¹⁸, 10 CEDH¹⁵¹⁹, ou encore 1 du Protocole 1 CEDH¹⁵²⁰. La simple existence de la décision de justice implique l'obligation pour l'État de l'exécuter¹⁵²¹.

550. Dans ces cas de figure, la connaissance du risque ou de l'existence d'une atteinte est évidente. En revanche, concernant les obligations procédurales d'enquête, la connaissance de la survenance de l'atteinte est à démontrer.

2. Une connaissance à démontrer de la survenance de l'atteinte

551. Il semble possible d'avancer que le critère de la connaissance est également

¹⁵¹⁵ Cour EDH, 23 septembre 1994, **Hokkanen**, *préc.*, §54.

¹⁵¹⁶ Voir *supra* Partie 1, Chapitre 1, Section 2, §2, n° 173.

¹⁵¹⁷ Cour EDH, 19 mars 1997, **Hornsby** c. Grèce, *Rec.* 1997-II, §40 ; *GACEDH*, n° 33 ; *AFDI*, 1997, 571, obs. V. Coussirat-Coustère ; *JCP G*, 1997, II, 22949, obs. O. Dugrip et F. Sudre.

¹⁵¹⁸ En matière de garde parentale : Cour EDH, 23 septembre 1994, **Hokkanen**, *préc.*, §60 ; Cour EDH, 25 janvier 2000, **Ignaccolo-Zenide**, *préc.*, §96. En matière environnementale : Cour EDH, 10 novembre 2004, **Taşkın et al.**, *préc.*, § 124- 125. En matière de protection du domicile : Cour EDH, 26 février 2004, **Cvijetić** c. Croatie, req. 71549/01, §51 ; Cour EDH, 20 avril 2004, **Surugiu** c. Roumanie, req. 48995/99, §65.

¹⁵¹⁹ Cour EDH, 26 mai 2009, **Kenedi** c. Hongrie, req. 31475/05, §45 ; Cour EDH, 10 mai 2012, **Frasila et Ciocirlan** c. Roumanie, req. 25329/03, §60 ; *JCP G*, 2012, 1059, obs. L. Milano.

¹⁵²⁰ Cour EDH, GC, 25 mars 1999, **Iatridis** c. Grèce, *Rec.* 1999-II §58 ; *JCP G*, 2000, I, 203, n° 30, chron. F. Sudre. Cour EDH, 28 mars 2000, **Dimitrios Georgiadis** c. Grèce, req. 41209/98, §31 ; Cour EDH, 31 mars 2005, **Matheus** c. France, req. 62740/00, §69-70 ; *RDP*, 2006, 801, obs. G. Gonzalez ; Cour EDH, 21 janvier 2010, **Barret et Sirjean** c. France, req. 13829/03, § 40-41 ; *JCP G*, 2010, 859, chron. F. Sudre ; *RTDciv.*, 2010, 293, chron. J.-P. Marguénaud et P. Rémy-Corlay ; Cour EDH, 21 janvier 2010, **Fernandez et al.** c. France, req. 28440/05, §31.

¹⁵²¹ Le critère de la connaissance a été appliqué de manière contestable dans une affaire dans laquelle une personne atteinte d'un cancer n'avait pu se voir délivrer gratuitement des médicaments nécessaires à sa guérison malgré des décisions juridictionnelles nationales enjoignant les autorités à le faire. La Cour invoquant que les autorités étatiques avaient connaissance « *of the need for appropriate treatment in the applicant's case, in the lack of which a real and immediate risk to the applicant's life existed* » sembla conditionner l'obligation d'exécution des décisions de justice à cette connaissance. La sensible question sociale en jeu explique probablement pourquoi la Cour a pris ces précautions argumentatives inutiles, alors qu'en principe une décision de justice doit être exécutée du seul fait qu'elle a été édictée (Cour EDH, 10 avril 2012, **Panaïtescu** c. Roumanie, req. 30909/06, §36).

pertinent en matière d'obligations de réparation, plus précisément dans le cadre de la mise en œuvre d'obligations procédurales d'enquête¹⁵²². Ces obligations consistent à conduire une enquête effective devant si possible mener à l'indemnisation des victimes, ainsi qu'à l'identification et à la punition des coupables, que ces derniers soient des agents de l'État ou des personnes privées. La Cour a ainsi affirmé que « *le simple fait que les autorités aient été informées du décès donnait ipso facto naissance à l'obligation, découlant de l'article 2, de mener une enquête efficace sur les circonstances dans lesquelles il s'était produit* »¹⁵²³, sous réserve toutefois que l'allégation d'atteinte à un droit conventionnel soit « *défendable* »¹⁵²⁴. La Cour IADH l'avait établi avant son homologue européenne en affirmant que « *quand il s'agit de délits portant atteinte à des droits inhérents à la personne, ceux-ci doivent faire l'objet d'enquêtes d'office, conformément au devoir de l'État de maintenir l'ordre public* »¹⁵²⁵.

552. De plus, selon le juge strasbourgeois, « *les autorités ont l'obligation d'agir dès qu'une plainte officielle est déposée. Même lorsqu'une plainte proprement dite n'est pas formulée, il y a lieu d'ouvrir une enquête s'il existe des indications suffisamment précises donnant à penser qu'on se trouve en présence de cas* » d'atteintes à un droit conventionnel¹⁵²⁶. Autrement dit, « *les autorités doivent agir d'office, une fois que la question a été portée à leur attention. Elles ne peuvent laisser à un proche l'initiative de déposer formellement une plainte ou de prendre la responsabilité de mener les investigations nécessaires* »¹⁵²⁷. La Cour a affirmé que les autorités n'étaient cependant tenues d'agir d'office que pour les actes intentionnels. Elle a ainsi estimé qu'une telle enquête d'office ne s'imposait pas dans une affaire où une femme d'origine rom avait été stérilisée sans son consentement, du fait que les médecins n'avaient pas agi dans l'intention de

¹⁵²² V. *supra*, Partie 1, Chapitre 1, Section 2, §1, B, 1, b, ii, n° 149 et s.

¹⁵²³ Cour EDH, 28 juillet 1998, **Ergi**, *préc.*, §82. De même voir Cour EDH, 2 septembre 1998, **Yaşa** c. Turquie, *Rec.* 1998-VI, §110 ; *JCP G*, 1999, I, 105, n° 2, obs. F. Sudre ; Cour EDH, 10 juillet 2001, **Avşar** c. Turquie, *Rec.* 2001-VII, §396.

¹⁵²⁴ Cour EDH, GC, 6 avril 2000, **Labita** c. Italie, *Rec.* 2000-IV, §131 ; *RTDH*, 2001, 117, obs. M.-A. Beernaert ; *JDI*, 2001, 198, obs. E. Delaplace ; *JCP G*, 2001, I, 291, chron. F. Sudre. Sur cette question se reporter à J. F. AKANDJI-KOMBÉ, « L'obligation positive d'enquête sur le terrain de l'article 3 CEDH », in C.-A. CHASSIN (dir.), *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 130-131.

¹⁵²⁵ Cour IADH, Fond, 29 juillet 1988, **Velásquez Rodríguez** c. Honduras, C 4, §180 ; *RGDIP*, 1990, 455, obs. G. Cohen-Jonathan. La version française est issue de ce commentaire.

¹⁵²⁶ Cour EDH, 3 mai 2007, **Membres de la Congrégation des témoins de Jéhovah de Gldani et al.**, *préc.*, §97. Le déclenchement de l'obligation du seul fait de la connaissance de l'atteinte, sans besoin de dépôt de plainte a été reconnu dès l'arrêt Cour EDH, GC, 27 juin 2000, **İlhan** c. Turquie, *Rec.* 2000-VII, §63 ; *JDE*, 2001, 76, 34, chron. P. Lambert ; *JDI*, 2001, 161, chron. E. Decaux et P. Tavernier ; *AJDA*, 2000, 1006, chron. J.-F. Flauss.

¹⁵²⁷ Cour EDH, GC, 8 avril 2004, **Tahsin Acar** c. Turquie, *Rec.* 2004-III, §221 ; *JDI*, 2005, 497, obs. P. Tavernier.

maltraiter cette dernière¹⁵²⁸.

553. Cette distinction semble cependant difficile à appliquer dans les faits, et il paraîtrait plus pertinent de se fonder sur la gravité de l'atteinte au droit que sur son caractère volontaire ou non afin de déterminer la nécessité de mener une enquête en l'absence de plainte des victimes. Cette jurisprudence est en outre contredite par des affaires postérieures. Ainsi la Cour a pu réaffirmer cette obligation de mener une enquête d'office dans une affaire où un détenu, chargé de s'occuper du bétail de la ferme de la prison, avait été blessé par un taureau, affaire qui n'impliquait donc manifestement aucune intention de nuire de la part des autorités macédoniennes¹⁵²⁹. La jurisprudence de la Cour mériterait d'être éclaircie sur ce point afin d'éviter de contestables divergences quant aux critères exigés afin de mettre des obligations d'enquête et de poursuite à la charge des États.

554. Au terme de ce paragraphe, il est possible d'avancer que le critère de la connaissance du risque ou de l'existence d'une atteinte à un droit conventionnel est pertinent en tant que déclencheur des obligations individuelles quelle que soit leur nature.

De plus, au cours de cette section concernant les critères de déclenchement des obligations, le régime des obligations individuelles a été clairement distingué de celui des obligations structurelles. Concernant ces dernières, le critère de la connaissance n'est pas pertinent et la Cour procède de deux manières distinctes. Les obligations structurelles sont soit dégagées de manière automatique grâce à l'invocation de la nécessité de protéger un droit conventionnel, soit, en cas d'incertitude quant au contour du droit, la Cour soumet l'existence de l'obligation structurelle à une mise en balance des intérêts en présence. Un régime différencié entre obligations structurelles et individuelles est également visible au stade de l'examen de leur respect.

¹⁵²⁸ Cour EDH, 8 novembre 2011, *V.C. c. Slovaquie*, req. 18968/07, §126 ; *JCP G*, 2011, 2418, note K. Grabarczyk ; *JCP G*, 2012, 163, chron. F. Sudre.

¹⁵²⁹ Cour EDH, 19 avril 2012, *Gorgiev, préc.*, §64.

SECTION 3 : L'examen du respect des obligations positives

555. Avant d'étudier la méthodologie suivie par la Cour afin de contrôler le respect des obligations positives, il s'agit d'apporter une précision terminologique relativement aux notions d'obligations de moyen et de résultat. Ces dernières sont en effet essentielles en ce qu'elles conditionnent la manière dont la Cour effectue son contrôle. Est ici utilisée la distinction entre obligation de moyen, autrement appelée obligation de comportement, et obligation de résultat issue du droit civil¹⁵³⁰. Cette classification a été adoptée par la Cour¹⁵³¹ et sera donc employée dans les développements suivants¹⁵³².

556. L'obligation de moyen exige que l'État s'efforce d'adopter des mesures avec due diligence, mais n'impose pas qu'il parvienne à un certain résultat. L'exemple souvent donné afin d'illustrer cette catégorie d'obligation est celui du médecin qui doit s'efforcer de mettre en œuvre

¹⁵³⁰ Selon le professeur C. P. Economides, cette distinction est issue du droit continental, influencé par le droit romain, et est largement inconnue de la *Common Law*. Un des pionniers de sa transposition en droit international serait Reuter (P. REUTER, *Droit international public*, PUF, coll. « Thémis », 1^{ère} éd., 1958, p. 140 et s.). C. P. ECONOMIDES, « Content of the Obligation : Obligations of Means and Obligations of Result », in J. CRAWFORD, A. PELLET, S. OLLESON (ed.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, 2010, p. 375. Voir aussi J. COMBACAU, « Obligation de résultat et obligation de comportement quelques questions et pas de réponse », in *Mélanges offerts à P. REUTER, Le droit international : unité et diversité*, Pedone, 1981, p. 194.

¹⁵³¹ « S'il incombe aux États contractants d'adopter des mesures raisonnables et appropriées afin d'assurer le déroulement pacifique des manifestations licites, ils ne sauraient pour autant le garantir de manière absolue et ils jouissent d'un large pouvoir d'appréciation dans le choix de la méthode à utiliser. En la matière, ils assument en vertu de l'article 11 (art. 11) de la Convention une obligation de moyens et non de résultat » (Voir par exemple : Cour EDH, 21 juin 1988, **Plattform « Ärzte für das Leben »**, préc., §34). La formulation de la Cour peut cependant porter à confusion en ce qu'elle mentionne également dans ce passage la liberté de choix des moyens employés par l'État, question qui rappelle davantage la classification proposée par le professeur R. Ago.

¹⁵³² Il ne sera donc pas question de la distinction proposée par le professeur R. Ago entre obligation de résultat et obligation de comportement spécifiquement déterminé (R. AGO, « Sixième Rapport sur la responsabilité des États », *Annuaire de la Commission du droit international*, 1977, vol. II, 1^{ère} partie, p. 4 et s.). Le professeur R. Ago avait proposé de les intégrer aux articles 20 et 21 du projet sur la responsabilité des États. Le critère de distinction de ces deux types d'obligations résidait dans la liberté laissée à l'État afin de choisir les mesures à mettre en œuvre. En cas d'obligation de résultat, il devait atteindre un certain résultat par les mesures de son choix. En revanche, en cas d'obligation de comportement spécifiquement déterminé, les moyens à employer lui étaient imposés et il ne disposait pas de liberté de choix à cet égard. Cette classification avait été introduite avant cet auteur par Triepel, Anzilotti, puis Donati. Reprise et consolidée par le professeur R. Ago, elle fut très critiquée (J. COMBACAU, « Obligation de résultat et obligation de comportement quelques questions et pas de réponse », *op. cit.*, p. 181-204 ; J. SALMON, « Le fait étatique complexe : une notion contestable », *AFDI*, 1982, p. 724 et s.) et elle ne fut pas retenue par le rapporteur suivant, le professeur J. Crawford (J. CRAWFORD, « Deuxième rapport sur la responsabilité des États », *Annuaire de la Commission du droit international*, 1999, vol. II, 1^{ère} partie, p. 20-27, §52-80), pas plus que dans le projet d'articles sur la responsabilité des États pour fait internationalement illicite.

tous les moyens possibles afin de soigner son patient. Si ces mesures ont effectivement été prises, il ne saurait lui être reproché le décès de ce dernier. En revanche, l'obligation de résultat implique que si le résultat n'est pas atteint, l'obligation est automatiquement violée. Dès lors, selon les termes du professeur J. Combacau « *l'enjeu de la distinction est le mode d'établissement de la responsabilité du débiteur* »¹⁵³³. Selon ce même auteur, les obligations de résultat sont des « *obligation de réussir* », alors que les obligations de moyen, également appelées de comportement ou de due diligence sont « *des obligations de s'efforcer* »¹⁵³⁴. La distinction entre les deux catégories d'obligations réside dans « *le degré de probabilité de la réalisation de l'objectif poursuivi par créancier (...) : là où la réalisation est hautement probable, la loi ou le contrat instituent des obligations de résultat ; là où elle est plus essentiellement aléatoire, ils se bornent à réduire l'aléa et ne mettent en œuvre qu'une obligation de moyen* »¹⁵³⁵.

557. Ces précisions terminologiques effectuées, venons en à la question de l'examen du respect des obligations positives. Pour déterminer si une ingérence est justifiée ou si elle constitue une violation de la Convention, la Cour recherche si elle est prévue par la loi, poursuit un but légitime et est nécessaire dans une société démocratique. Bien que cette « *réglementation des limitations* » ait été conçue dans le cadre de l'examen des obligations négatives relatives aux droits susceptibles de limitations¹⁵³⁶, et que la Cour l'applique de manière aléatoire en matière d'obligations positives, elle peut également s'avérer pertinente concernant ces dernières, sous réserve de quelques aménagements. Nous le verrons successivement concernant les obligations structurelles (§1) puis les obligations individuelles (§2).

§1. En matière d'obligations structurelles

558. Les obligations structurelles sont des obligations de résultat. La nature de ces obligations ne présume cependant pas de la marge d'appréciation de l'État dans le choix des

¹⁵³³ J. COMBACAU, « Obligation de résultat et obligation de comportement quelques questions et pas de réponse », *op. cit.*, p. 194.

¹⁵³⁴ *Ibid.*, p. 196.

¹⁵³⁵ *Ibid.*, p. 196.

¹⁵³⁶ Il est issu de la DUDH (O. de FROUVILLE, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international*, Pedone, 2004, p. 76 et s.

mesures. En effet, le résultat exigé par la Cour peut être plus ou moins précis, établissant ainsi une latitude étatique variable. Il s'agit ici de voir quel est le résultat attendu et comment la Cour procède pour le déterminer, puis pour contrôler son existence. Seront étudiées l'adéquation relative du critère de la légalité de l'atteinte (A), puis l'exigence de mesures nécessaires dans une société démocratique (B).

A. Une adéquation relative du critère « prévu par la loi »

559. La condition, selon laquelle une ingérence dans les droits garantis doit être « prévue par la loi »¹⁵³⁷ est inscrite dans la Convention aux paragraphes 2 des articles 8 à 11. Selon la lettre du texte, cette prescription s'applique uniquement aux « ingérences » c'est-à-dire aux atteintes commises par une action étatique, en manquement à une obligation négative. Cette condition peut cependant être également pertinente en ce qui concerne certaines obligations positives. Une exigence de prévision par la loi des ingérences passives a été défendue par le professeur F. Sudre. Ce dernier a en effet estimé que la recherche de la légalité de l'atteinte, tout comme l'identification du but légitime, étaient « *tout aussi pertinentes en matière d'ingérences actives que d'ingérences passives (omission, décisions de refus, mesures suffisantes)* »¹⁵³⁸. Certains auteurs ont cependant défendu que l'exigence de légalité n'était pas opérationnelle en matière d'obligations structurelles. Tel que l'a avancé le professeur O. de Schutter, dans le cas où « *les insuffisances de la réglementation interne de l'État* » sont « *dénoncées par la requête individuelle, il n'y aurait aucun sens à réclamer qu'en outre, l'"ingérence", qui consisterait en l'espèce dans le maintien en vigueur d'une loi contraire aux obligations qu'impose la Convention, soit "prévue par la loi" : d'imposer cette condition serait purement tautologique* »¹⁵³⁹.

¹⁵³⁷ Les organes européens ont une acception large de la « loi », conception « matérielle et non formelle », qui « désigne donc l'ensemble du droit en vigueur qu'il soit législatif, réglementaire ou jurisprudentiel » (GACEDH, p. 54). Est également exigée à ce titre une certaine « qualité » de la loi, c'est-à-dire que cette dernière soit suffisamment prévisible et accessible (Cour EDH, Plén., 7 décembre 1976, **Handyside**, préc., §48).

¹⁵³⁸ F. SUDRE, « Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 380. GACEDH, n° 2, p. 29.

¹⁵³⁹ O. de SCHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américains et européens*, *op. cit.*, p. 361-362. Dans le même sens voir B. MOUTEL, *L'« effet horizontal » de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français. Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, *op. cit.*, p. 106, §126 et S. BESSON, « Les obligations positives de protection des droits fondamentaux : un essai de dogmatique comparative », *op. cit.*, p. 89 : « Dans le cas du

560. Il semble toutefois que le critère de la légalité peut, à certains égards, être utilisé en matière d'obligations structurelles. En effet, il ne faut pas oublier que la Cour exige au titre de la légalité de l'ingérence que la loi détienne certaines qualités. Cette dernière doit être « accessible » et « prévisible »¹⁵⁴⁰ ainsi, « le droit interne doit offrir une certaine protection contre des atteintes arbitraires de la puissance publique aux droits garantis »¹⁵⁴¹. L'insuffisance de protection par la loi peut donc être censurée par cette voie. La Cour impose alors au titre de la légalité de l'ingérence des obligations structurelles législatives ou procédurales¹⁵⁴². L'affaire de Grande Chambre *Centro Europa 7 S.r.l. et Di Stefano*¹⁵⁴³ constitue une illustration intéressante de cette affirmation. La société requérante s'était vue attribuer une concession pour la radiodiffusion télévisuelle terrestre. Cependant, du fait de l'inaction de l'administration et du législateur, elle n'avait obtenu que très tardivement la radiofréquence nécessaire. La Cour a identifié l'existence d'une ingérence¹⁵⁴⁴, et après avoir estimé que cette ingérence n'était pas « prévue par la loi », faute d'une prévisibilité et de garanties suffisantes offertes par cette dernière, elle a conclu au « manquement de l'État à son obligation positive de mettre en place un cadre législatif et administratif approprié pour garantir un pluralisme effectif dans les médias »¹⁵⁴⁵.

561. L'examen de la légalité de l'atteinte peut donc permettre à la Cour, au nom de l'exigence de qualité de la loi, d'imposer à l'État des obligations positives structurelles. Cette voie est cependant employée uniquement lorsque la Cour considère que le fait générateur de l'atteinte est une ingérence, soit parce qu'elle la considère comme étant d'une certaine gravité, soit car la lésion du droit est directement le fait des autorités étatiques. Il pourrait être envisageable de généraliser cette approche aux hypothèses où l'atteinte provient d'une omission étatique. Tout le contrôle serait

législateur, la situation est claire, puisque c'est en principe l'objet de l'obligation positive que de légiférer. L'omission consiste donc précisément en l'absence de législation et exiger une base légale dans ce cas serait absurde ».

¹⁵⁴⁰ Cour EDH, Plén., 26 avril 1979, **Sunday Times** c. Royaume-Uni (n° 1), A 30, §49 ; *CDE*, 1980, 481, chron. G. Cohen-Jonathan ; *JDI*, 1980, 471, chron. P. Rolland.

¹⁵⁴¹ Cour EDH, Plén., 2 août 1984, **Malone** c. Royaume-Uni, A 82, §67 ; *GACEDH*, n° 41, *Rev. sc. crim.*, 1984, 145, obs. L.-E. Pettiti ; *JT*, 1985, 414, obs. P. Lambert ; *AFDI*, 1985, 393, obs. V. Coussirat-Coustère.

¹⁵⁴² Voir *supra* Partie 1, Chapitre 1, Section 1, §3, B, n° 125 et s. Voir Cour EDH, Plén., 2 août 1984, **Malone**, *préc.*, §67 (article 8) ; Cour EDH, 18 février 1991, **Fredin** c. Suède (n° 1), A192, §50 ; Cour EDH, GC, 4 mai 2000, **Rotaru** c. Roumanie, *Rec.* 2000-V, §59 ; *RTDH*, 2001, 137, obs. O de Schutter ; *JDI*, 2001, 203, obs. D. Leclercq-Delapierre ; *JCP G*, 2001, I, 291, chron. F. Sudre.

¹⁵⁴³ Cour EDH, GC, 7 juin 2012, **Centro Europa 7 S.r.l. et Di Stefano**, *préc.*.

¹⁵⁴⁴ *Ibid.*, §136-138.

¹⁵⁴⁵ *Ibid.*, §154-156.

cependant englobé dans l'examen de la légalité. Il n'y aurait donc pas trois étapes comme lors du contrôle classique des ingérences (prévu par la loi / but légitime / nécessité dans une société démocratique) mais une seule étape, celle de la légalité de l'atteinte. Ce dernier aspect impliquerait également la détermination des mesures exigées. Ces dernières sont, par ailleurs, celles jugées nécessaires dans une société démocratique.

B . Des mesures nécessaires dans une société démocratique

562. Pour déterminer les mesures exigées de l'État au titre des obligations structurelles, le juge européen a recours de manière aléatoire à l'interprétation consensuelle (1). En outre, la mise en balance des intérêts en présence est exercée afin de fixer le résultat attendu des autorités nationales (2).

1. Un recours aléatoire à l'interprétation consensuelle afin de fixer les mesures exigées

563. Pour établir les mesures exigées de l'État, la Cour peut de manière aléatoire avoir recours à l'interprétation consensuelle. Cette dernière peut servir à déterminer si un droit invoqué doit ou non être protégé par la Convention pour identifier si une obligation structurelle doit être dégagée¹⁵⁴⁶. L'objet de l'interprétation consensuelle opérée ici est distinct, il ne porte pas sur l'existence du droit invoqué, c'est-à-dire sur le champ d'application *ratione materiae* du droit mais sur la détermination des mesures exigées de l'État. En effet, le droit conventionnel et l'atteinte à ce dernier sont bien identifiés, l'obligation structurelle est dégagée, mais il reste à déterminer quelles mesures doivent être exactement exigées de l'État.

564. Ainsi, dans le cas où la Cour identifie une communauté de vue, elle exige l'adoption d'une mesure législative ou procédurale spécifique, réduisant alors à néant la marge d'appréciation de l'État. Par exemple, considérant que « *l'évolution du droit et de la pratique* » en

¹⁵⁴⁶ Voir *supra* Partie 2, Chapitre 2, Section 1, §1, A, 1, n° 592 et s.

matière de répression des infractions à caractère sexuel « traduit l'avancée des sociétés vers une égalité effective et le respect de l'autonomie sexuelle de tout individu », elle établit que « conformément aux normes et aux tendances contemporaines en la matière, il y a lieu de considérer que les obligations positives qui pèsent sur les États membres en vertu des articles 3 et 8 de la Convention commandent la criminalisation et la répression effective de tout acte sexuel non consensuel, y compris lorsque la victime n'a pas opposé de résistance physique »¹⁵⁴⁷.

565. Dans une autre affaire, sans pour autant relever l'existence d'un consensus « sur la question du maintien de l'action publique contre les auteurs de violences familiales dans le cas où les victimes retirent leur plainte », elle a identifié certains points communs dans les législations des États membres, en vertu desquels « il apparaît que plus l'infraction est grave et le risque de récidive élevé, plus les autorités de poursuite ont tendance à maintenir l'action publique dans l'intérêt général malgré le retrait de la plainte de la victime »¹⁵⁴⁸. Ce constat lui a alors permis de conclure que « le cadre législatif alors en vigueur, notamment la disposition exigeant une maladie ou une incapacité de travail d'une durée minimale de dix jours, était en deçà des mesures que l'État aurait dû prendre pour satisfaire à son obligation positive de mettre en place et d'appliquer de manière effective un système réprimant toutes les formes de violence familiale et offrant aux victimes des garanties suffisantes »¹⁵⁴⁹.

566. En l'absence de consensus, la Cour accorde en principe une large marge d'appréciation aux États. Elle peut cependant parvenir à des conclusions variées.

Tout d'abord, elle peut refuser d'imposer une mesure particulière et se contenter de contrôler si le système législatif et procédural existant respecte les exigences conventionnelles. Par exemple « eu égard à la marge d'appréciation dont doivent jouir les États face à la diversité des systèmes et traditions juridiques et des pratiques, (...), la Cour estime que le délai prévu par la législation française vise à atteindre un équilibre et une proportionnalité suffisants entre les intérêts en cause »¹⁵⁵⁰.

¹⁵⁴⁷ Cour EDH, 4 décembre 2003, **M.C.**, *préc.*, §165-166.

¹⁵⁴⁸ Cour EDH, 9 juin 2009, **Opuz**, *préc.*, §138-139.

¹⁵⁴⁹ *Ibid.*, §145.

¹⁵⁵⁰ Cour EDH, 10 janvier 2008, **Kearns**, *préc.*, §83. Voir également Cour EDH, GC, 13 février 2003, **Odièvre**, *préc.*, §47 et 49 ; Cour EDH, GC, 10 avril 2007, **Evans**, *préc.*, § 77 et 90 ; Cour EDH, 10 mai 2011, **Mosley** c. Royaume-Uni, req. 48009/08, §124 et s.; Cour EDH, 17 janvier 2012, **Choreftakis et Choreftaki**, *préc.*, §55 et 60.

567. Elle peut en outre considérer que la marge nationale d'appréciation a été outrepassée et que malgré l'absence de consensus sur la question, la législation en cause n'est pas satisfaisante. L'insuffisance de la prise en compte de l'intérêt conventionnel dans la législation ou la procédure nationale justifie alors de réduire la liberté de l'État. La Cour procède alors de deux manières. Dans la plupart des affaires, sans pour autant prescrire une mesure particulière, elle estime que les procédures en place ne sont pas satisfaisantes¹⁵⁵¹. Dans d'autres affaires, elle s'est montrée plus précise. Elle a ainsi jugé que « *l'absence de toute mesure procédurale de nature à contraindre le père prétendu à se plier à l'injonction d'un tribunal n'est conforme au principe de proportionnalité que si le système en question offre d'autres moyens grâce auxquels une autorité indépendante peut statuer rapidement sur l'action en recherche de paternité* »¹⁵⁵².

568. La Cour s'appuie également sur certaines normes internationales¹⁵⁵³, telles que la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989¹⁵⁵⁴, la Charte sociale européenne¹⁵⁵⁵, des Recommandations du Comité des ministres du Conseil de l'Europe¹⁵⁵⁶, ou plus vaguement « *l'évolution normative des dispositions européennes* »¹⁵⁵⁷, afin de déterminer les mesures exigées de l'État.

569. Dans la majorité des affaires toutefois, le juge européen n'a pas recours à l'interprétation consensuelle afin de déterminer la mesure exigée de l'État. Dans la décision *Trocellier*, il a par exemple exigé en vertu de l'article 2 CEDH « *les mesures réglementaires nécessaires à ce que les médecins s'interrogent sur les conséquences prévisibles que l'intervention médicale projetée peut avoir sur l'intégrité physique de leurs patients et qu'ils en informent*

¹⁵⁵¹ Concernant les délais afin que des enfants puissent initier des procédures d'établissement ou de contestation de paternité : Cour EDH, 20 décembre 2007, **Phinikaridou** c. Chypre, req. 23890/02, §65 ; Cour EDH, 6 juillet 2010, **Backlund** c. Finlande, req. 36498/05, §50 et 56-58 ; *Gaz. Pal.*, 2010, 314, 41, obs. H. Carvallo ; Cour EDH, 6 juillet 2010, **Grönmark** c. Finlande, req. 17038/04, §52-53 et 59-60. Concernant les délais afin que des pères puissent initier des procédures d'établissement ou de contestation de paternité : Cour EDH, 24 novembre 2005, **Shofman** c. Russie, req. 74826/01, §42 et 44-45 ; Cour EDH, 12 janvier 2006, **Mizzi** c. Malte, *Rec.* 2006-I, §61 et 65.

¹⁵⁵² Concernant la possibilité de contraindre un père présumé à faire des tests ADN afin de prouver la paternité : Cour EDH, 7 février 2002, **Mikulić**, *préc.*, §65.

¹⁵⁵³ V. *supra* Partie 1, Chapitre 1, Section 2, §1, B, 2, n°154 et s.

¹⁵⁵⁴ Cour EDH, 23 septembre 1998, **A.**, *préc.*, §22.

¹⁵⁵⁵ Cour EDH, GC, 25 avril 1996, **Gustafsson**, *préc.*, §53.

¹⁵⁵⁶ Cour EDH, 12 juin 2008, **Bevacqua**, *préc.*, §83 ; Cour EDH, 17 septembre 2009, **Manole et al.**, *préc.*, §102 et 105 ;

¹⁵⁵⁷ Cour EDH, GC, 30 novembre 2004, **Öneryildiz** c. Turquie, *préc.* §61 et 93.

préalablement ceux-ci de manière à ce qu'ils soient en mesure de donner un accord éclairé »¹⁵⁵⁸. Puis constatant que le droit français prévoyait une telle mesure, il n'a pas censuré la France sur ce point.

570. En outre, la Cour peut avoir certaines exigences concernant la manière dont la norme a été adoptée. Ce type de contrôle est apparu relativement au domaine du droit à un environnement sain. La Cour exige que des études d'impact soient menées et que la population soit consultée avant l'adoption d'une réglementation sur l'environnement.

Une telle exigence a été seulement évoquée dans l'affaire *Powell et Rayner*. La Cour a souligné que les mesures visant à « *contrôler le bruit des avions à l'aéroport de Heathrow* » avait été « *adoptées progressivement après consultation des différents groupes d'intérêts et personnes concernés, elles ont tenu compte des normes internationales en vigueur, de l'évolution technique en matière d'aviation et des différents niveaux de nuisance subis par les riverains* »¹⁵⁵⁹. Elle a ensuite été explicitement exigée dans l'affaire *Hatton*, la Cour affirmant que « *le processus décisionnel doit nécessairement comporter la réalisation d'enquêtes et d'études appropriées, de manière à permettre l'établissement d'un juste équilibre entre les divers intérêts concurrents en jeu. Il n'en résulte pas pour autant que des décisions ne peuvent être prises qu'en présence de données exhaustives et vérifiables sur tous les aspects de la question à trancher* »¹⁵⁶⁰.

Ce contrôle reste toutefois bien souvent très superficiel. La Cour vérifie uniquement si la consultation et les enquêtes ont été organisées¹⁵⁶¹ mais non si les intérêts de tous ont été effectivement pris en compte dans la législation. Dans l'affaire *Hatton* elle se contenta par exemple d'affirmer ne déceler « *par ailleurs aucun vice fondamental dans la procédure ayant abouti à l'adoption de la réglementation de 1993 concernant les restrictions aux vols de nuit* »¹⁵⁶². Dans certaines affaires subséquentes, elle a cependant été plus minutieuse constatant par exemple que « *la décision d'octroyer une autorisation à la mine d'or d'Ovacık adoptée le 19 octobre 1994 par le ministère de l'Environnement a été précédée d'une série d'enquêtes et d'études menées sur une*

¹⁵⁵⁸ Cour EDH, Déc., 5 octobre 2006, **Trocellier**, *préc.*.

¹⁵⁵⁹ Cour EDH, 21 février 1990, **Powell et Rayner**, *préc.*, §43.

¹⁵⁶⁰ Cour EDH, GC, 8 juillet 2003, **Hatton et al.**, *préc.*, §128.

¹⁵⁶¹ Elle conclut donc à la violation en l'absence d'études d'impact et de consultation de la population : Cour EDH, 9 juin 2005, **Fadeïeva**, *préc.*, §131 ; Cour EDH, 2 novembre 2006, **Giacomelli**, *préc.*, §86 ; Cour EDH, 27 janvier 2009, **Tătar**, *préc.*, §113-117 ; Cour EDH, 21 juillet 2011, **Grimkovskaya c. Ukraine**, req. 38182/03, §67, 69 et s. et 72. Il en est de même si elles ont été menées trop tardivement : Cour EDH, 7 avril 2009, **Brândușe**, *préc.*, §73.

¹⁵⁶² Cour EDH, GC, 8 juillet 2003, **Hatton et al.**, *préc.*, §129.

longue période. Une étude d'impact a été effectuée conformément à l'article 10 de la loi sur l'environnement (...). Le 26 octobre 1992, une réunion destinée à informer la population de la région a été organisée. Au cours de cette réunion, cette étude a été portée à la connaissance des participants qui ont pu formuler leurs observations »¹⁵⁶³.

571. Cette exigence a été transposée de manière limitée à d'autres domaines. En outre, contrairement aux hypothèses où elle est appliquée au domaine environnemental, elle ne semble pas être une obligation autonome. Elle n'est qu'un élément parmi d'autres permettant d'évaluer la proportionnalité de la législation. Dans l'affaire *Evans*, la Chambre faisant référence entre parenthèses au §128 de l'arrêt *Hatton* précité a relevé que « la loi de 1990 a été adoptée après une analyse exceptionnellenent minutieuse des implications sociales, éthiques et juridiques des avancées en matière de fécondation et d'embryologie humaines et qu'elle est le fruit d'un vaste ensemble de réflexions, de consultations et de débats »¹⁵⁶⁴. Cette formule a été reprise presque telle quelle par la Grande Chambre¹⁵⁶⁵. Dans l'affaire *Dickson*, la Cour a en revanche déploré l'absence de telles consultations. La Grande Chambre a en effet affirmé qu'« étant donné que la politique n'a pas été transcrite dans une loi, le Parlement n'a jamais mis en balance les intérêts en jeu ni débattu des questions de proportionnalité qui se posent à cet égard »¹⁵⁶⁶. Cette affirmation apparaît comme un moyen assoupli d'exiger de l'État qu'il encadre ce type de politique par une loi.

572. Enfin, dans la grande majorité des affaires, la Cour ne précise pas quelle mesure est exigée et se contente de vérifier si la législation offre une protection suffisante de l'intérêt conventionnel invoqué¹⁵⁶⁷. Il faut préciser que le contrôle opéré par la Cour ne se fait généralement

¹⁵⁶³ Cour EDH, 10 novembre 2004, *Taşkın et al.*, préc., §120.

¹⁵⁶⁴ Cour EDH, 7 mars 2006, *Evans*, préc., §86.

¹⁵⁶⁵ Cour EDH, GC, 10 avril 2007, *Evans*, préc., §63.

¹⁵⁶⁶ Cour EDH, GC, 4 décembre 2007, *Dickson*, préc., §83.

¹⁵⁶⁷ Législations ou procédures suffisantes : Cour EDH, 22 octobre 1996, *Stubbings et al.*, préc., §65 et s. ; Cour EDH, 27 août 1997, *M.S.* c. Suède, *Rec.* 1997-IV, §43 et s. ; ; *D.*, 2000, jur., 521, note I. Laurent-Merle ; Cour EDH, 17 juillet 2008, *I.* c. Finlande, req. 20511/03, §39-40 ; *JCP G*, 2009, I, 104, obs. F. Sudre ; Cour EDH, GC, 24 octobre 2002, *Mastromatteo*, préc., §72-73 ; Cour EDH, 27 octobre 2009, *Haralambie*, préc., §89 ; Cour EDH, 23 septembre 2010, *Obst*, préc., §45 ; Cour EDH, 3 février 2011, *Siebenhaar*, préc., §42 ; Cour EDH, 20 janvier 2011, *Haas*, préc., §58 ; Cour EDH, 21 juin 2012, *E.S.* c. Suède, req. 5786/08, §60. Législations ou procédures insuffisantes : Cour EDH, 26 mars 1985, *X et Y*, préc., §30 ; Cour EDH, 27 octobre 1994, *Kroon*, préc., §37-40 ; Cour EDH, Plén., 7 juillet 1989, *Gaskin*, préc., §49 ; Cour EDH, 23 septembre 1998, *A.*, préc., §23-24 ; Cour EDH, 28 mars 2000, *Mahmut Kaya*, préc., §95 ; Cour EDH, GC, 20 décembre 2004, *Makaratzis*, préc., §61-63 et 71-72 ; Cour EDH, GC, 19 octobre 2005, *Roche*, préc., §166-167 ; Cour EDH, 11 septembre 2007, *L.*, préc., §59 ; Cour EDH, 20 mars 2007, *Tysiāc*, préc., §121 et 125 ; Cour EDH, GC, 4 décembre 2007, *Dickson*, préc.. Cour EDH, 30 juillet 2009, *Danilenkov et al.*, préc., §132-136 ; Cour EDH, GC, 16 décembre 2010, *A, B et C* c. Irlande, *Rec.*

pas simplement par l'analyse des normes nationales dans l'abstrait. Elle vérifie également si en pratique, les législations et procédures sont effectives. Ce n'est qu'à cette condition qu'elle considère l'obligation structurelle comme respectée. Toutefois, même si la Cour n'y fait pas toujours référence, il est possible d'avancer que sont en réalité exigées les mesures qui permettent d'assurer un juste équilibre entre les intérêts en présence dans une société démocratique.

2. Une obligation de résultat, la nécessité d'assurer un juste équilibre entre les intérêts en présence

573. Les obligations structurelles sont des obligations de résultat. La législation des États membres doit être compatible avec les exigences conventionnelles. Quelle est cependant la substance de ces dernières ? Comment la Cour détermine si les normes nationales respectent bien la Convention ? Cette appréciation est opérée à l'aune du standard européen de société démocratique. Tout comme seules sont admises les restrictions aux droits nécessaires dans une société démocratique¹⁵⁶⁸, doivent être exigées les mesures nécessaires dans une société démocratique. Dans les deux cas le contrôle exercé est celui du juste équilibre entre les intérêts en présence.

574. Le juste équilibre n'aurait cependant pas sa place en matière de contrôle des droits intangibles. Une violation du droit à la vie (article 2 CEDH), de l'interdiction de la torture (article 3 CEDH), de l'esclavage et du travail forcé (article 4 CEDH)¹⁵⁶⁹ ne saurait en principe être justifiée par la protection d'un but légitime quel qu'il soit. Cette affirmation ne semble cependant pertinente qu'en ce qui concerne les obligations négatives individuelles, c'est-à-dire par exemple les obligations pour les agents de l'État de ne pas tuer une personne en dehors des cas prévus à l'article 2 CEDH, de ne pas torturer et de ne pas soumettre une personne à l'esclavage ou au travail forcé. Il n'est en revanche pas opérationnel en ce qui concerne les obligations structurelles ni pour certaines

2010-..., §263-266 ; *JCP G*, 2011, act. 58, obs. M. Levinet ; *JCP G*, 2011, 94, chron. F. Sudre ; *HRLR*, 2011, 11-3, 556, note E. Wicks ; *RTDciv.*, 2011, 303, note J.-P. Margénaud ; *D.*, 2011, 1360, note S. Hennette-Vauchez ; *JCP G*, 2011, 1449, chron. Ch. Byk ; *JDI*, 2011, 1342, obs. E. Birden. Sur la jurisprudence de la Cour IADH et du Comité DH en matière de contrôle des obligations structurelles, se reporter à : R. PISILLO MAZZESCHI, « Responsabilité de l'État pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme », *RCADI*, 2008, t. 333, p. 327 et s.

¹⁵⁶⁸ G. COHEN-JONATHAN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Economica PUAM, 1989, p. 550 ; F. JACQUEMOT, *Le standard européen de société démocratique*, Université Montpellier 1, Collection Thèses n° 4, 2006, p. 201 et s.

¹⁵⁶⁹ S'ajoute bien sûr également l'article 7 CEDH, article qui n'entre pas dans le champ de cette étude.

obligations positives individuelles.

575. Nulle législation et nulle procédure ne peuvent être exonérées du respect du juste équilibre entre les intérêts en présence. Prenons l'exemple d'une législation protégeant le droit à la vie. Il ne serait pas acceptable que soit exigé que chaque individu soit en permanence surveillé afin d'éviter de telles atteintes, ou que des peines disproportionnées ou des traitements inhumains et dégradants soient infligés afin de les réparer. Malgré l'importance du droit à la vie, les mesures mises en œuvre afin de le protéger ne doivent pas exagérément atteindre d'autres droits. La Cour l'a d'ailleurs explicitement affirmé. Dans une affaire dans laquelle un détenu avait tué une personne après avoir bénéficié d'une libération conditionnelle, la Cour a conclu que « *le système grec de libération conditionnelle, comme il a été appliqué en l'espèce, n'a pas perturbé le juste équilibre qui devait exister entre l'objectif de la réinsertion sociale de Z.L. et le but de l'empêcher de récidiver* »¹⁵⁷⁰.

576. Le Conseil d'État français a opéré un contrôle du même type dans une affaire concernant également l'obligation de protection du droit à la vie. Ce dernier a jugé conventionnelle la décision implicite de refus du ministre de la justice rejetant la demande formulée par l'observatoire international des prisons visant à l'adoption d'une réglementation concernant le risque de combustion du matériel de literie assurant une protection efficace des personnes détenues. Pour ce faire il a estimé que « *l'édition d'une nouvelle réglementation relative à la résistance au feu des matelas utilisés en prison [ne] serait [pas] de nature à contrecarrer le risque d'incendie de façon conciliable avec les autres impératifs de sûreté, d'hygiène et de confort qu'il appartient également à l'administration pénitentiaire de prendre en compte* »¹⁵⁷¹. Il s'agit donc bien, en matière d'obligations structurelles d'exiger les mesures aptes à assurer le juste équilibre entre les différents intérêts en présence, équilibre nécessaire dans une société démocratique. Voyons à présent comment sont contrôlées les obligations individuelles.

¹⁵⁷⁰ Cour EDH, 17 janvier 2012, **Choreftakis et Choreftaki**, *préc.*, §60.

¹⁵⁷¹ CE, 17 décembre 2008, **Section française de l'Observatoire international des prisons**, n° 305594, *Leb.*, p. 463, concl. M. Guyomar ; *AJDA*, 2008, 2364, obs. M.-C. Montecler ; *AJ pénal*, 2009. 86, obs. E. Péchillon ; *Cah. fonc. publ.*, 2010, n° 2, p. 38, F. Lenica.

§2. En matière d'obligations individuelles

577. Les mesures exigées sont soumises de manière aléatoire à l'exigence de prévision par la loi (A), et doivent être nécessaires dans une société démocratique (B).

A. Des mesures « prévues par la loi »

578. Concernant des obligations individuelles, cette condition est appliquée par la Cour mais de manière sensiblement différente en fonction des cas de figure. Cette condition peut en effet jouer en tant qu'encadrement du comportement étatique (1). Elle agit alors de manière similaire à son application traditionnelle aux ingérences actives. La limitation du droit protégé, qu'elle soit le fruit d'une action ou d'une omission étatique, doit être prévue, et encadrée par la loi. Elle peut en outre prendre un tout autre sens, spécifique aux obligations positives, lorsqu'elle devient le fondement de l'action étatique (2).

1. Une exigence parfois nécessaire, la légalité en tant qu'encadrement de l'action étatique

579. La loi joue en tant qu'encadrement de l'action étatique dans deux cas de figure. Tout d'abord, en matière d'obligation d'adoption de décisions administratives et juridictionnelles conventionnelles (a). Ensuite, lorsque sont en jeu des obligations de prévention (a).

a. En matière d'obligation d'adopter des décisions administratives et juridictionnelles conventionnelles

580. Lorsque la Cour apprécie la conventionnalité d'une décision administrative ou juridictionnelle portant atteinte à un droit susceptible de limitation¹⁵⁷², elle choisit de manière

¹⁵⁷² Il peut s'agir de décisions administratives de refus, portant atteinte à un droit conventionnel (refus de changement de

aléatoire de contrôler tantôt une obligation positive tantôt une obligation négative. Tel qu'il a été démontré dans le chapitre précédent, il est en effet difficile de dégager des critères objectifs afin de qualifier ce type d'obligation de positive ou négative¹⁵⁷³. La Cour utilise alors des critères divers mais étrangers à la nature de l'obligation afin d'opérer son choix¹⁵⁷⁴.

581. En principe, quand elle choisit de contrôler une obligation négative s'applique alors la clause d'ordre public. La Cour recherche si l'ingérence était prévue par la loi, poursuivait un but légitime et était proportionnée au but légitime poursuivi ou autrement dit si un juste équilibre entre les intérêts en présence a été assuré. Cependant, lorsqu'elle décide de contrôler la décision administrative ou juridictionnelle sous l'angle d'une obligation positive, tel n'est pas toujours le cas. La Cour affirme souvent, reprenant en substance les formules introduites par les arrêts *Powell et Rayner* puis *Keegan*¹⁵⁷⁵ que « les principes applicables » au contrôle des obligations positives et négatives sont « assez voisins »¹⁵⁷⁶ ou « comparables »¹⁵⁷⁷ et que « dans les deux cas, il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble; de même, dans les deux hypothèses l'État jouit d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer les dispositions à prendre afin d'assurer le respect de la Convention »¹⁵⁷⁸. L'exigence de prévision par la loi n'est alors pas annoncée et la Cour ne l'examine généralement pas¹⁵⁷⁹. Toutefois, il existe des exceptions. Ainsi, l'examen de la condition de légalité a été effectué dans certaines affaires dans lesquelles étaient en cause soit des décisions administratives¹⁵⁸⁰ ou

nom, refus d'enregistrement d'un syndicat, etc..) ou de décisions de justice refusant de trancher en faveur du requérant, soit dans un litige contre l'État soit dans un litige entre personnes privées.

¹⁵⁷³ V. *supra* Partie 2, Chapitre 1, Section 2, §1, A, 1, b, n° 415 et s.

¹⁵⁷⁴ Volonté de conférer une large marge nationale d'appréciation, qualification en terme négatif ou positif du fait étatique afin de procéder à l'attribution du fait à l'État etc... V. *supra* Partie 2, Chapitre 1.

¹⁵⁷⁵ F. SUDRE, « Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 378.

¹⁵⁷⁶ Cour EDH, 21 février 1990, *Powell et Rayner*, *préc.*, §41.

¹⁵⁷⁷ Cour EDH, 26 mai 1994, *Keegan*, *préc.*, §50.

¹⁵⁷⁸ Cour EDH, 24 juin 2004, *Von Hannover c. Allemagne*, *Rec.* 2004-VI, §57 ; *GACEDH*, n° 43 ; *RTDciv.*, 2004, 802, obs. J.-P. Marguénaud ; *JCP G*, 2004, I, 161, n° 8, obs. F. Sudre ; *D.*, 2005, 340, note J.-L. Halperin ; Cour EDH, 15 novembre 2007, *Pfeifer*, *préc.*, §37 ; Cour EDH, 12 juin 2003, *Van Kück c. Allemagne*, 2003-VII, §71 ; *RTDciv.*, 2004, 361, obs. J.-P. Marguénaud ; *RDC* 2004, 788, obs. A. Debet ; Cour EDH, 31 janvier 2012, *Sindicatul « Păstorul cel Bun » c. Roumanie*, req. 2330/09, §59.

¹⁵⁷⁹ Parmi de nombreux autres exemple, voir l'affaire *Stjerna* (décision de refus de changement de nom) dans laquelle la Cour EDH n'opère pas un contrôle de la légalité de l'atteinte dans la mesure où elle a mobilisé une obligation positive (Cour EDH, 25 novembre 1994, *Stjerna*, *préc.*, §38 et s.).

¹⁵⁸⁰ Décision de la direction cantonale de l'état civil de supprimer les liens de filiation entre une mère et sa fille du fait de l'adoption de cette dernière par le concubin de sa mère : Cour EDH, 13 décembre 2007, *Emonet et al. c. Suisse*, req. 39051/03, §72-73 ; *RTDciv.*, 2008, 2, 272, note J. Hauser ; *AJDA*, 2008, 978, chron. J.-F. Flauss. Refus d'inscrire

juridictionnelles¹⁵⁸¹ et dans lesquelles avait pourtant été mobilisée une obligation positive. Elle a même affirmé dans l'affaire *Emonet*, modifiant ainsi la formule initiale : « *que l'on aborde la question sous l'angle d'une obligation positive de l'État (...) ou sous celui d'une obligation négative (...), les principes applicables sont assez voisins. Une « ingérence » dans le droit au respect de la vie familiale méconnaît l'article 8 sauf si, « prévue par la loi », elle poursuit un ou des buts légitimes au regard du second paragraphe de cette disposition et est « nécessaire dans une société démocratique » pour les atteindre* »¹⁵⁸².

582. Dans une affaire dans laquelle était en cause une décision administrative de refus de changement de nom, le juge Wildhaber s'était en outre prononcé pour un contrôle uniforme des obligations positives et négatives qui impliquerait que « *dès qu'une obligation dite positive se trouve en cause, la Cour devrait rechercher, comme dans l'hypothèse d'une obligation dite négative, s'il y a eu ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale garanti par le paragraphe 1 de l'article 8 (...), si pareille ingérence était "prévue par la loi", poursuivait des buts légitimes et était "nécessaire dans une société démocratique" au sens du paragraphe 2* »¹⁵⁸³. Si l'affirmation ne paraît pas pertinente pour toutes les obligations que la Cour qualifie de positives¹⁵⁸⁴, elle doit cependant s'imposer concernant les obligations d'adopter des décisions administratives et juridictionnelles conventionnelles¹⁵⁸⁵.

583. Lorsqu'est en cause ce type d'obligation, l'absence d'un contrôle de la légalité de l'atteinte en cas de mobilisation d'une obligation positive emporte en effet des conséquences très

l'origine ethnique roumaine sur la carte d'identité du requérant : Cour EDH, 27 avril 2010, **Ciubotaru** c. Moldavie, req. 27138/04 4, §54. Refus de modification de nom : Cour EDH, 21 octobre 2008, **Güzel Erdagöz** c. Turquie, req. 37483/02, §53 et s. Refus d'enregistrement d'un syndicat : Cour EDH, 31 janvier 2012, **Sindicatul « Păstorul cel Bun »**, *préc.*, §67 et s.

¹⁵⁸¹ Refus d'exequatur d'un jugement d'adoption bolivien : Cour EDH, 28 juin 2007, **Wagner et J.M.W.L.**, *préc.*, §125. Décision du Tribunal fédéral des assurances de n'autoriser les remboursements des frais de conversion sexuelle qu'au terme d'un délai de deux ans : Cour EDH, 8 janvier 2009, **Schlumpf** c. Suisse, req. 29002/06, §109 ; *AJDA*, 2009, 872, chron. J-F. Flauss.

¹⁵⁸² Cour EDH, 13 décembre 2007, **Emonet et al.**, *préc.*, §67.

¹⁵⁸³ Cour EDH, 25 novembre 1994, **Stjerna**, *préc.*, Opinion concordante du juge L. Wildhaber.

¹⁵⁸⁴ La condition de légalité s'applique différemment en cas d'obligation structurelle voir *supra* Partie 2, Chapitre 2, Section 3, §1, A, n° 559 et s.

¹⁵⁸⁵ Le Comité DH examine quant à lui la condition de légalité en cas de décision de refus de changement de nom. Ce dernier ne qualifie pas ce type d'obligation de négative ou de positive et se contente de rechercher si « *le rejet par l'État partie de la demande de changement de nom constitue une immixtion arbitraire ou illégale dans la vie privée des auteurs* ». Il estime alors que « *la décision de l'État partie reposant sur les lois et règlements en vigueur aux Pays-Bas, l'immixtion ne peut pas être considérée comme illégale. Il reste à déterminer si elle est arbitraire* » (Comité DH, Const., 31 octobre 1994, **Coeriel et Aurik** c. Pays-Bas, comm. n° 453/1991, §10.3).

contestables. Une même situation, impliquant les mêmes obligations pour l'État, peut alternativement être examinée sous l'angle d'une obligation positive ou négative. Il n'est alors pas justifiable que la Cour impose tantôt un encadrement par la loi, tantôt non. Par exemple, en cas de licenciement portant atteinte à la liberté d'expression ou au droit à la vie privée, il est difficile d'accepter que le juge national examine si l'employeur public a respecté la loi¹⁵⁸⁶, alors qu'une telle exigence n'est pas imposée lorsqu'est en cause un employeur privé¹⁵⁸⁷. Dans le premier cas, la Cour choisit de contrôler une obligation négative et examine donc si l'ingérence était prévue par la loi, ce qui n'est parfois pas le cas dans la seconde hypothèse où la Cour mobilise une obligation positive. Il serait donc bienvenu que la Cour uniformise son contrôle lorsqu'elle contrôle la conventionnalité d'une décision administrative ou juridictionnelle afin d'examiner systématiquement si l'atteinte constituée par les décisions de refus des autorités nationales de protéger un droit conventionnel, était prévue par la loi. En outre, l'examen de la légalité des mesures est également pertinent en matière d'obligation de prévention.

b. En matière d'obligation de prévention

584. En matière d'obligation de prévention¹⁵⁸⁸, les mesures prises par les autorités étatiques doivent respecter la loi. La Cour l'a affirmé dès l'arrêt *Osman*, identifiant comme « *autre considération pertinente* » à examiner « *la nécessité de s'assurer que la police exerce son pouvoir de juguler et de prévenir la criminalité en respectant pleinement les voies légales et autres garanties qui limitent légitimement l'étendue de ses actes d'investigations criminelles et de traduction des délinquants en justice* »¹⁵⁸⁹.

¹⁵⁸⁶ Licenciement par un collège public (article 8 CEDH) : Cour EDH, 3 avril 2007, **Copland** c. Royaume-Uni, *Rec.* 2007-I, §45 et s.; *JCP G*, 2007, I, 182, chron. F. Sudre ; *RTDH*, 2009, 779, note F. Kéfer et S. Cornélis ; *JDI*, 2008, 808, note S. Despina. Licenciement par une maison de retraite majoritairement détenue par le Land de Berlin (article 10 CEDH) : Cour EDH, 21 juillet 2011, **Heinisch** c. Allemagne, *Rec.* 2011-..., §49.

¹⁵⁸⁷ Requérante licenciée par la TVE entreprise privée (article 10 CEDH) : Cour EDH, 29 février 2000, **Fuentes Bobo** c. Espagne, req. 39293/98, §45 ; *D.*, 2001, 574, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly. Licenciement des requérants par leur employeur privé à la suite de la publication d'articles et de dessins dans le bulletin de leur syndicat (Article 10 CEDH) : Cour EDH, GC, 12 septembre 2011, **Palomo Sánchez et al.**, *préc.*, §58 et s. Non renouvellement du contrat d'un prêtre s'étant déclaré en faveur du célibat optionnel des prêtres (article 8 CEDH) : Cour EDH, 15 mai 2012, **Fernández Martínez** c. Espagne, req. 56030/07, §78 et s.

¹⁵⁸⁸ V. *supra* Partie 2, Chapitre 2, Section 2, §2, A, 2, n° 520 et s. et *infra* Partie 3, Chapitre 2, Section 1, §1, A, n° 821.

¹⁵⁸⁹ Cour EDH, GC, 28 octobre 1998, **Osman**, *préc.*, §116. De même voir Cour EDH, 9 juin 2009, **Opuz**, *préc.*, §129 et

585. L'obligation de prévention exige, afin de garantir les droits d'une personne, de limiter les droits de tierces personnes. Il peut alors s'agir, lorsque les autorités ont connaissance de mauvais traitements commis contre un enfant par son entourage familial de le retirer de la garde de sa famille. Cette mesure portera donc atteinte aux droits à la vie familiale de ses parents. Afin de les protéger, et de ne pas limiter leurs droits plus que nécessaire, il faut alors que l'État suive les voies légales. L'obligation positive de prévention et l'obligation négative de non ingérence ne sont en effet que les deux faces d'une même médaille, et en tant que telles doivent être toutes deux soumises au respect de la loi. Dans une toute autre logique, la loi peut par ailleurs servir de fondement de l'action étatique.

2. Une exigence généralement aléatoire, la légalité en tant que fondement de l'action étatique

586. La Cour exerce un contrôle de la légalité de l'atteinte de manière aléatoire lorsqu'est en cause une obligation individuelle. En effet, un tel contrôle de la légalité peut revenir à exiger de l'État qu'il détienne un cadre législatif et/ou procédural, c'est à dire à lui imposer une obligation structurelle¹⁵⁹⁰. Il peut également impliquer d'imposer à l'État de respecter son droit national. Or en fonction de la marge d'appréciation que la Cour désire laisser à l'État, elle peut ne pas vouloir lui imposer de telles contraintes. Dans l'hypothèse étudiée ci dessus, la « loi » servait de limitation de l'action étatique. Ici, elle est la raison d'être, le fondement de cette action. La loi interne prescrit aux autorités publiques d'agir¹⁵⁹¹. Dans le cas précédent si l'État agissait « trop », il pouvait aller à l'encontre de la « loi ». Ici, cette dernière est violée en cas d'absence ou d'insuffisance de l'action étatique.

587. La condition de légalité peut en principe jouer pour tout type d'obligation individuelle déduite de tout type de droit conventionnel, que ces derniers soient susceptibles de

Cour EDH, 15 décembre 2009, **Maiorano et al.**, *préc.*, §106.

¹⁵⁹⁰ Sur la définition de l'obligation structurelle Voir *supra* Partie 3, Chapitre 2, n° 452.

¹⁵⁹¹ B. Moutel avait appelé à une telle application « novatrice » de la condition de prévisibilité par la loi. Elle avait suggéré que cette dernière pourrait servir « afin d'établir si l'obligation positive de l'État "était prévue par la législation interne" ». B. MOUTEL, *L'« effet horizontal » de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français. Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, op. cit., p. 107, § 26.

limitations ou non. Elle peut selon les affaires être un facteur totalement ignoré, un facteur facilitant le constat de violation ou en revanche un facteur déterminant pour conclure à la responsabilité de l'État. Ceci dépend en réalité de la marge de manœuvre laissée aux États par la Cour.

588. Ainsi, dans l'affaire *Botta c. Italie*, affaire dans laquelle étaient en cause des droits économiques et sociaux, la condition de respect de la loi a été totalement occultée. La Cour a conclu de manière opportune à l'inapplicabilité de l'article 8 CEDH, évitant en conséquence tout contrôle au fond et alors que l'État n'avait pas respecté le droit interne¹⁵⁹².

589. En matière environnementale, il est annoncé par la Cour comme un critère à prendre en compte parmi d'autres, critère dont la violation ne pourrait en soi permettre d'engager la responsabilité de l'État. Dans l'affaire *Fadeïeva*, la Cour a ainsi affirmé que « *dans les cas où l'État est tenu de prendre des mesures positives, le choix de celles-ci relève en principe de sa marge d'appréciation. Étant donné la diversité des moyens propres à garantir le droit au "respect de la vie privée", le fait pour l'État concerné de ne pas mettre en œuvre une mesure déterminée prévue par le droit interne ne l'empêche pas de remplir son obligation positive d'une autre manière. En pareilles circonstances, la condition selon laquelle l'atteinte litigieuse n'est pas justifiée si elle n'est pas "prévue par la loi" ne peut s'appliquer de la même manière que dans l'hypothèse où est en cause une ingérence directe de l'État(...). Aussi, lorsqu'un requérant dénonce un manquement d'un État à l'obligation de garantir ses droits protégés par la Convention, la légalité interne doit-elle être considérée non comme un critère autonome et décisif mais plutôt comme l'un des nombreux éléments à prendre en compte pour apprécier si l'État concerné a ménagé un "juste équilibre" au sens de l'article 8 § 2 de la Convention* »¹⁵⁹³.

590. Cette position revient à conférer une large marge nationale d'appréciation aux États. La Cour affirme en effet que les autorités ont la liberté de choix des moyens afin d'accomplir leurs obligations positives. Elles peuvent pour ce faire soit employer les mesures prévus par la loi interne, soit utiliser tout autre moyen à leur disposition. Cette affirmation est cependant restée cantonnée au domaine environnemental. Dans ces affaires, lorsque la Cour estime que la loi n'a pas été appliquée elle examine si d'autres mesures ont été prises. Cependant, il est conclu bien souvent à

¹⁵⁹² En effet, comme l'écrit B. Moutel, « *en l'espèce, une législation interne mettait à la charge de l'État l'obligation de garantir aux personnes handicapées le respect de certains droits, devoir qui ne fut pas observé* » (B. MOUTEL, *L'« effet horizontal » de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français. Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, op. cit., p. 107, § 26).

¹⁵⁹³ Cour EDH, 9 juin 2005, *Fadeïeva*, préc., §96 et 98.

l'insuffisance des mesures alternatives. La violation du droit interne s'avère alors être un critère décisif afin de conclure à la violation¹⁵⁹⁴. Ainsi, c'est généralement uniquement parce qu'il y a eu violation du droit interne que la Cour conclut à la violation de la Convention¹⁵⁹⁵. L'affirmation de l'arrêt *Fadeïeva* paraît donc être davantage de la part de la Cour un principe de façade qu'une réelle directive de contrôle. D'une certaine manière, le fondement de l'obligation n'est alors pas la Convention mais le droit interne¹⁵⁹⁶. La Cour est en effet réticente dans ce domaine sensible à imposer des obligations substantielles consistant par exemple à exiger la fermeture d'une usine polluante. En revanche, si une telle décision nationale existe, son exécution sera exigée.

591. En revanche, l'attitude adoptée par la Cour devient sensiblement différente lorsqu'une obligation structurelle a été prescrite. Elle vérifie alors scrupuleusement si cette dernière a été appliquée au requérant. La marge d'appréciation laissée à l'État est alors nulle. Aucune mesure alternative ne peut être envisageable et l'État n'a d'autre choix que de mettre en œuvre l'obligation structurelle imposée par la Cour afin de se conformer à son obligation.

592. Deux situations doivent être distinguées. Selon la première, l'obligation structurelle est garantie par la législation nationale mais cette dernière n'a pas été correctement appliquée en l'espèce. La Cour exige par exemple des garanties procédurales afin de protéger les données personnelles relatives à la santé. Si de telles garanties existent en droit interne mais n'ont pas été appliquées en l'espèce, la Cour conclura à la violation de la Convention¹⁵⁹⁷. Entre nombreux autres exemples¹⁵⁹⁸, tel sera également le cas si le droit interne prévoit des garanties légales

¹⁵⁹⁴ C. Picheral l'a déjà relevé. « *Enfin, une troisième limite pourrait se faire jour, jetant un éclairage particulier sur la subsidiarité de la garantie conventionnelle, si l'on observe que dans les affaires où la Cour a conclu à une violation de la Convention, le droit national de l'environnement avait lui-même été méconnu, soit dans ses prescriptions substantielles, soit dans ses exigences procédurales* ». C. PICHERAL, « L'hypothèse d'un "droit à l'environnement" », *op. cit.*, II. A. Voir aussi J.-F. FLAUSS, « Le droit à l'environnement, entre juridicisation et justiciabilisation », *AIDH*, 2006, p. 531-546, spéc. p. 533.

¹⁵⁹⁵ La Cour opère ce constat dans Cour EDH, GC, 8 juillet 2003, **Hatton et al.**, *préc.*, §120, affaire dans laquelle il n'y avait aucune irrégularité vis-à-vis du droit interne et où la Cour conclut donc à la non violation. Pour des exemples contraires : Cour EDH, 10 novembre 2004, **Taşkın et al.**, *préc.*, §117 ; Cour EDH, 16 novembre 2004, **Moreno Gómez**, *préc.*, §61 ; Cour EDH, 7 avril 2009, **Brândușe**, *préc.*, §71 ; Cour EDH, 30 mars 2010, **Băcilă**, *préc.*, §67-68 ; Cour EDH, 25 novembre 2010, **Mileva et al.** c. Bulgarie, req. 43449/02 et 21475/04, §98 et s.

¹⁵⁹⁶ La démarche de la Cour est identique dans une affaire dans laquelle la requérante n'avait pu bénéficier d'un test génétique afin de savoir si son fœtus était atteint d'une maladie génétique, alors même que la loi prévoyait une telle possibilité (Cour EDH, 25 mai 2011, **R.R.** c. Pologne, *Rec.* 2011-..., §156-158 ; *JCP G*, 2011, 914, chron. F. Sudre ; *RTDH*, 2012, 609, obs. J.-M. Larralde).

¹⁵⁹⁷ Cour EDH, 17 juillet 2008, **I.**, *préc.*, §39-41.

¹⁵⁹⁸ Quelques exemples parmi d'autres : Cour EDH, 31 mai 2007, **Kontrová**, *préc.*, §53 ; Cour EDH, 16 décembre 2008,

relativement à l'arrestation de mineurs et qu'elles n'ont pas été appliquées en l'espèce¹⁵⁹⁹.

593. Selon une seconde situation, l'obligation structurelle n'a pas été respectée, le cadre normatif et procédural n'étant pas jugé suffisamment protecteur, ce qui jouera comme facteur facilitant le constat de manquement à l'obligation individuelle¹⁶⁰⁰. La Cour dans son affaire *Makaratzis*¹⁶⁰¹, après avoir jugé que « *le cadre juridique un peu mince décrit ci-dessus ne semble pas suffisant pour offrir le niveau de protection du droit à la vie "par la loi" qui est requis dans les sociétés démocratiques contemporaines en Europe* », a estimé que « *cette conclusion relative à l'état du droit grec est confirmée par les éléments dont dispose la Cour quant à l'incidence que le cadre juridique et administratif a eue à l'époque sur la manière de conduire l'opération de police potentiellement meurtrière qui s'est soldée par l'arrestation du requérant* ».

594. Le critère de la légalité, s'il joue parfois de manière différenciée par rapport à la manière dont il s'applique au contrôle des obligations négatives, est néanmoins pertinent en matière d'obligations positives. La jurisprudence européenne pourrait gagner en rigueur et en cohérence si la Cour l'utilisait davantage dans ce domaine. Par ailleurs, sont exigées les mesures jugées nécessaires dans une société démocratique.

B. Des mesures nécessaires dans une société démocratique

595. Les mesures exigées dépendent de la nature de l'obligation en jeu (1). Elles sont en outre presque toujours soumises à la mise en balance des intérêts en jeu (2).

Rupa c. Roumanie (n° 1), req. 58478/00, §178 ; Cour EDH, 25 mai 2011, **R.R.**, *préc.*, §158 ; Cour EDH, 19 juillet 2012, **Ketreb**, *préc.*, §98.

¹⁵⁹⁹ Cour EDH, 17 octobre 2006, **Okkahl** c. Turquie, *Rec.* 2006-XII, §69-70. Voir aussi une affaire dans laquelle un mineur s'était suicidé alors qu'il avait été placé dans une prison pour adultes : Cour EDH, 9 octobre 2012, **Çoşelav** c. Turquie, req. 1413/07, §60.

¹⁶⁰⁰ Cf. la démarche suivie par la CIJ lorsqu'elle estima concernant des obligations issues de la Convention contre la torture que « *le fait que la législation requise ait été adoptée seulement en 2007 a nécessairement affecté l'exécution par le Sénégal de ses obligations découlant du paragraphe 2 de l'article 6 et du paragraphe 1 de l'article 7 de la convention* » (CIJ, Arrêt, 20 juillet 2012, **Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader**, *préc.*, §77. Voir également §119).

¹⁶⁰¹ Cour EDH, GC, 20 décembre 2004, **Makaratzis**, *préc.*, §62-63.

1. Des mesures dépendantes de la nature de l'obligation en jeu

596. Le caractère de moyen ou de résultat de l'obligation en jeu conditionne la manière de procéder à l'examen de mesures prises par l'Etat¹⁶⁰². Si une obligation de moyen est en jeu, le juge recherche si l'État a pris des mesures raisonnables. S'il s'agit d'une obligation de résultat, il suffit de rechercher si un résultat donné a, ou non, été atteint.

a. Obligation de moyen

597. Il sera étudié quelles sont les obligations concernées (i) avant d'établir si des mesures raisonnables sont exigées en la matière (ii).

i. Les obligations concernées

598. Le Professeur R. Pisillo Mazzeschi a identifié en tant qu'obligations de moyen ou de diligence, « *les obligations d'adopter des mesures visant à prévenir les violations des droits de l'homme* », celles « *d'adopter des mesures visant à enquêter sur les violations des droits de l'homme* », et enfin celles « *d'adopter des mesures visant à faciliter la protection de certains droits de l'homme* »¹⁶⁰³.

599. La première obligation de moyen ou de diligence identifiée par la Cour a été l'obligation individuelle de prévention. En 1988, dans l'affaire *Plattform « Ärzte für das Leben »*, affaire dans laquelle a été pour la première fois déduite de la Convention une obligation individuelle de prévention, la Cour a affirmé que « *s'il incombe aux États contractants d'adopter des mesures raisonnables et appropriées afin d'assurer le déroulement pacifique des manifestations licites, ils ne sauraient pour autant le garantir de manière absolue et ils jouissent d'un large pouvoir d'appréciation dans le choix de la méthode à utiliser (...). En la matière, ils assument en vertu de l'article 11 (art. 11) de la Convention une obligation de moyens et non de résultat. (...) La Cour n'a*

¹⁶⁰² Pour la définition des obligations de moyens et de résultats se reporter *supra* Partie 2, Chapitre 2, Section 3, n° 555 et s.

¹⁶⁰³ R. PISILLO MAZZESCHI, « Responsabilité de l'État pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme », *op. cit.*, p. 390 et s. Il cite également les « *obligations d'adopter certaines mesures visant à réparer les violations des droits de l'homme* » (p. 422). Cet auteur étudie en effet toutes les obligations positives qu'elles soient textuelles ou prétoriennes, obligations primaires ou secondaires. Cette question ne sera pas abordée ici en ce qu'elle sort de l'objet de l'étude. La réparation ne concerne pas la technique des obligations positives, c'est-à-dire le procédé visant à déduire de dispositions substantielles des obligations d'action qui n'y étaient initialement pas prescrites.

*pas à juger de l'opportunité ou de l'efficacité de la tactique suivie en l'occurrence par les forces de l'ordre, mais seulement à rechercher si l'on peut défendre la thèse que les autorités compétentes n'ont pas pris les dispositions nécessaires »*¹⁶⁰⁴.

600. De même, dans l'affaire *Osman*, la Cour a indiqué que pour conclure à la violation de l'obligation de prévention tirée de l'article 2 CEDH, « *il suffit au requérant de montrer que les autorités n'ont pas fait tout ce que l'on pouvait raisonnablement attendre d'elles pour empêcher la matérialisation d'un risque certain et immédiat pour la vie, dont elles avaient ou auraient dû avoir connaissance* »¹⁶⁰⁵. La violation est donc constatée, non pas si l'État n'a pas pu empêcher l'atteinte au droit à la vie mais si ce dernier n'a pas pris les mesures raisonnables s'imposant dans les circonstances de l'affaire. Les obligations de prévention en droit de la CEDH, tout comme leurs homologues en droit international général ou conventionnel, sont donc des obligations de moyens ou de due diligence¹⁶⁰⁶.

601. La proximité entre ces obligations se retrouve également concernant le vocabulaire utilisé par le juge. Comme l'écrivait le professeur J. Salmon, en droit international public, la notion de « raisonnable » a été classiquement utilisée en tant que « *moyen d'apprécier l'adéquation des moyens aux fins* » ou encore comme « *moyen d'apprécier l'adéquation d'un comportement aux circonstances* », notamment en matière d'obligations de diligence consacrées en droit international général¹⁶⁰⁷. Le terme de « raisonnable » indique alors qu'est en jeu une obligation de moyen, celle à

¹⁶⁰⁴ Cour EDH, 21 juin 1988, *Plattform « Ärzte für das Leben »*, préc., §34 et 36.

¹⁶⁰⁵ Cour EDH, GC, 28 octobre 1998, *Osman*, préc., §116. Elle indique également plus haut que pour que la responsabilité de l'État soit engagée pour manquement à une obligation positive, il faut être convaincu que les autorités « *n'ont pas pris, dans le cadre de leurs pouvoirs, les mesures qui, d'un point de vue raisonnable, auraient sans doute pallié ce risque* » (*Ibid.*).

¹⁶⁰⁶ R. PISILLO MAZZESCHI, « Responsabilité de l'État pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme », *op. cit.*, p. 395. La CIJ a explicitement qualifié l'obligation de prévention du génocide d'obligations de moyen : « *il est clair que l'obligation dont il s'agit est une obligation de comportement et non de résultat, en ce sens que l'on ne saurait imposer à un État quelconque l'obligation de parvenir à empêcher, quelles que soient les circonstances, la commission d'un génocide : l'obligation qui s'impose aux États parties est plutôt celle de mettre en œuvre tous les moyens qui sont raisonnablement à leur disposition en vue d'empêcher, dans la mesure du possible, le génocide. La responsabilité d'un État ne saurait être engagée pour la seule raison que le résultat recherché n'a pas été atteint ; elle l'est, en revanche, si l'État a manqué manifestement de mettre en œuvre les mesures de prévention du génocide qui étaient à sa portée, et qui auraient pu contribuer à l'empêcher. En la matière, la notion de « due diligence », qui appelle une appréciation in concreto, revêt une importance cruciale* » (CIJ, Arrêt, 26 février 2007, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, préc., §430).

¹⁶⁰⁷ J. SALMON, « Le concept de raisonnable en droit international public », in *Mélanges offerts à P. REUTER, Le droit international : unité et diversité*, Pedone, 1981, p. 453-454 et p. 456.

la charge de l'État de prendre toutes les mesures possibles afin de protéger le droit en cause¹⁶⁰⁸. La Cour utilise également le terme de « diligence » concernant des obligations de prévention. Elle a ainsi affirmé que « l'obligation de protéger la vie des personnes détenues implique également de leur dispenser avec diligence les soins médicaux à même de prévenir une issue fatale »¹⁶⁰⁹. La Cour a dégagé des obligations individuelles de prévention de nombreuses autres dispositions substantielles, articles 2, 3, 4, 8, 9, 10, CEDH¹⁶¹⁰, obligations qui sont donc également des obligations de moyen.

602. Les obligations procédurales d'enquête¹⁶¹¹ constituent la deuxième catégorie d'obligations individuelles qualifiable d'obligations de moyen. La Cour l'a clairement établi en affirmant qu'« il ne s'agit pas d'une obligation de résultat, mais de moyens »¹⁶¹². Elle a également ajouté que « les autorités doivent avoir pris les mesures raisonnables qui s'offraient à elles pour obtenir des éléments de preuve se rapportant à l'incident »¹⁶¹³, ou encore que l'enquête doit être « menée rapidement et avec une diligence raisonnable »¹⁶¹⁴. Le Comité DH¹⁶¹⁵ et la Cour IADH¹⁶¹⁶

¹⁶⁰⁸ « L'État est-il exonéré s'il a fait ce qu'on peut raisonnablement lui demander, en tenant compte de la situation effective ? » (Sentence arbitrale, 1^{er} mai 1925, **Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol**, Espagne c. Royaume-Uni, RSA, vol. II, p. 644).

¹⁶⁰⁹ Cour EDH, 1^{er} juin 2006, **Taïs**, *préc.*, §96 ; Cour EDH, 9 octobre 2007, **Saoud**, *préc.*, §98. Elle fait aussi référence à un « devoir de diligence » (Cour EDH, 15 décembre 2009, **Maiorano et al.**, *préc.*, §121).

¹⁶¹⁰ Voir *supra* Partie 2, Chapitre 2, Section 2, §2, A, 2, n° 520 et s. et *infra* Partie 3, Chapitre 2, Section 1, §1, A, n° 821. Pour un récapitulatif des obligations de prévention en droit international des droits de l'homme se reporter à R. PISILLO MAZZESCHI, « Responsabilité de l'État pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme », *op. cit.*, p. 176-506.

¹⁶¹¹ v. *supra*, Partie 1, Chapitre 1, Section 2, §1, B, 1, b, ii, n° 149 et s.

¹⁶¹² Cour EDH, 4 mai 2001, **Shanaghan** c. Royaume-Uni, req. 37715/97, §90 ; Cour EDH, 10 juillet 2001, **Avşar**, *préc.*, §394. Pour d'autres exemples : Cour EDH, GC, 24 mars 2011, **Giuliani et Gaggio**, *préc.*, §301 ; Cour EDH, 14 décembre 2010, **Milanović**, *préc.*, §86.

¹⁶¹³ Cour EDH, 24 janvier 2008, **Osmanoğlu** c. Turquie, req. 48804/99, §88.

¹⁶¹⁴ Cour EDH, 30 juin 2011, **Girard**, *préc.*, §69 ; Cour EDH, 12 juin 2008, **Bevacqua et S.**, *préc.*, §73.

¹⁶¹⁵ Le Comité l'a explicitement affirmé en matière d'effet horizontal indirect ; « dans certaines circonstances, il peut arriver qu'un manquement à l'obligation énoncée à l'article 2 de garantir les droits reconnus dans le Pacte se traduise par une violation de ces droits par un État partie si celui-ci tolère de tels actes ou s'abstient de prendre des mesures appropriées ou d'exercer la diligence nécessaire pour prévenir et punir de tels actes commis par des personnes privées, physiques ou morales, enquêter à leur sujet ou réparer le préjudice qui en résulte en sorte que lesdits actes sont imputables à l'État partie concerné » Comité DH, Observation générale n° 31, 29 mars 2004, **Nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte**, §8).

¹⁶¹⁶ « Toutefois, il est évident que l'obligation de prévention est une obligation de moyen ou de comportement et qu'il n'est pas démontré que le fait qu'elle ne soit pas remplie résulte du seul fait qu'un droit ait été violé. (...) L'obligation d'enquête, comme celle de prévention, est une obligation de moyen ou de comportement dont un résultat non satisfaisant ne signifie pas qu'elle n'ait pas été remplie » (Cour IADH, Fond, 29 juillet 1988, **Velásquez Rodríguez**, *préc.*, §175 et 177). La traduction française provient du commentaire précité.

ont également qualifié ces deux catégories d'obligations individuelles de prévention et d'enquêtes d'obligations de moyen¹⁶¹⁷.

603. La dernière catégorie citée par le professeur R. Pisillo Mazzeschi est l'« *obligation d'adopter des mesures visant à faciliter la protection de certains droits de l'homme* ». Il cite à ce titre l'obligation déduite de l'article 8 CEDH visant à favoriser la réunion d'un enfant avec sa famille¹⁶¹⁸. Il évoque encore « *l'obligation positive de permettre aux Tsiganes de suivre leur mode de vie* », consacrée par l'arrêt *Chapman*¹⁶¹⁹. Outre les exemples donnés par cet auteur, peuvent être identifiées comme obligations de moyen, les obligations d'exécution des décisions de justice, ou encore les garanties procédurales exigeant que l'individu soit partie prenante au processus décisionnel pouvant mener à léser ses droits. Toutes ces obligations ont en commun l'existence d'un aléa, extérieur à la volonté de l'État et qui rend incertaine la possibilité d'atteindre un résultat précis. Dans toutes ces hypothèses, il est donc simplement exigé de l'État qu'il s'efforce d'atteindre ce résultat. Il s'agit à présent d'étudier la manière dont sont déterminées les mesures exigées.

ii. L'exigence de mesures raisonnables

604. Les obligations de moyen impliquent donc que l'État adopte des mesures « raisonnables ». Les autorités ne doivent pas avoir fait preuve de « *négligence* » ou d'« *un défaut de précaution* »¹⁶²⁰, mais avoir au contraire « *déployé la vigilance voulue* »¹⁶²¹. Il s'agit alors de mettre en œuvre « *les efforts auxquels on pouvait normalement s'attendre* »¹⁶²². L'appréciation de ce qui est « raisonnable » ou « normal » est cependant hautement évolutive. Selon Perelman, le déraisonnable est « *ce qui est inadmissible dans une communauté à un moment donné* »¹⁶²³. Dans le même sens, le professeur J. Salmon écrivait : « *notion confuse, par excellence, donc, le concept de raisonnable*

¹⁶¹⁷ R. PISILLO MAZZESCHI, « Responsabilité de l'État pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme », *op. cit.*, p. 401 et s.

¹⁶¹⁸ Cour EDH, Plén., 22 juin 1989, *Eriksson, préc.*, §71 ; Cour EDH, 27 novembre 1992, *Olsson, préc.*, §90. R. PISILLO MAZZESCHI, « Responsabilité de l'État pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme », *op. cit.*, p. 424 et s.

¹⁶¹⁹ Cour EDH, GC, 18 janvier 2001, *Chapman, préc.*, §678.

¹⁶²⁰ Cour EDH, GC, 27 septembre 1995, *McCann et al., préc.*, §212.

¹⁶²¹ Cour EDH, 9 octobre 1997, *Andronicou et Constantinou c. Chypre, Rec.* 1997-VI, §181 ; *JCP G*, 1998, I-107, n° 5, chron. F. Sudre ; *Rev. sc. crim.*, 1998, 379, note R. Koering-Joulin ; *RTDH*, 1999, 541, comm., A. Reiter-Korkmaz. Cour EDH, GC, 24 mars 2011, *Giuliani et Gaggio, préc.*, §249.

¹⁶²² Cour EDH, 20 avril 2004, *Surugiu, préc.*, §68.

¹⁶²³ Ch. PERELMAN, « Le raisonnable et le déraisonnable en droit », *APD*, t. 23, 1978, p. 35-42, cité par J. SALMON, « Le concept de raisonnable en droit international public », *op. cit.*, p. 453-454 et p. 475.

apparaît comme jugement de valeur faisant appel à des appréciations du milieu social »¹⁶²⁴.

605. La jurisprudence a cependant établi des critères objectifs de contrôle. Peuvent être exigées, d'une part des mesures aptes à prévenir ou réparer la lésion du droit, d'autre part des mesures mettant en œuvre des moyens dont l'État dispose. Ces deux critères avaient déjà été établis par la jurisprudence arbitrale en matière de responsabilité de l'État pour les dommages subis par des étrangers sur son territoire. Ainsi, dans une affaire dans laquelle un ressortissant britannique avait été tué sur le territoire mexicain, la Commission des réclamations Grande-Bretagne – Mexique tint les propos suivants : « *there is no direct evidence whatever of negligence on the part of the authorities, and the British Agent did not even suggest any specific measures that they should have taken. In no country in the world can isolated crimes of this nature be prevented, and even if, in view of the disturbed state of the country, the Mexican authorities had regularly patrolled the road, it cannot be said that this would necessarily have prevented the murder* »¹⁶²⁵. Même si l'État avait organisé des patrouilles régulières, le meurtre n'aurait probablement pas été évité. Ces mesures auraient été inutiles afin d'empêcher l'atteinte et ne devaient donc pas être exigées. En outre, l'État ne disposait d'aucun autre moyen afin d'éviter le décès de ce ressortissant britannique.

606. Revenons tout d'abord sur le premier critère selon lequel seules des mesures aptes à prévenir ou réparer la lésion du droit peuvent être exigées. Relativement aux obligations de prévention, le professeur R. Ago constatait que « *l'Etat ne saurait avoir de responsabilité que dans les cas où il aurait omis d'adopter les mesures normalement susceptibles d'empêcher les particuliers de commettre des actes préjudiciables et où de tels actes auraient été accomplis à cause de cette omission* »¹⁶²⁶. Ce constat est transposable concernant toutes les obligations de moyen. La

¹⁶²⁴ J. SALMON, « Le concept de raisonnable en droit international public », *op. cit.*, p. 449.

¹⁶²⁵ Commission des réclamations Grande-Bretagne – Mexique, 15 février 1930, **A. H. Francis**, Grande-Bretagne c. Mexique, RSA, vol. V, p. 99. De même : « *Dès cet instant, l'État est tenu, s'il dispose de moyens susceptibles d'avoir un effet dissuasif à l'égard des personnes soupçonnées de préparer un génocide, (...) de mettre en œuvre ces moyens, selon les circonstances* » CIJ, Arrêt, 26 février 2007, **Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide**, *préc.*, §431 ; « *lorsque l'action ou la carence de l'autorité publique crée un danger caractérisé et imminent pour la vie des personnes, (...) et que la situation permet de prendre utilement des mesures de sauvegarde dans un délai de quarante-huit heures, le juge des référés peut, au titre de la procédure particulière prévue par cet article, prescrire toutes les mesures de nature à faire cesser le danger résultant de cette action ou de cette carence* » (CE, Sect., 16 novembre 2011, **Ville de Paris et Société d'Économie Mixte Parisienne**, *préc.*).

¹⁶²⁶ R. AGO, « Septième Rapport sur la responsabilité des États », *op. cit.*, p. 34, §16.

Cour a par exemple estimé qu'engage la responsabilité de l'Etat, « *l'absence de mise en œuvre de mesures raisonnables qui auraient eu une chance réelle de changer le cours des événements ou d'atténuer le préjudice causé* »¹⁶²⁷. Elle conclut donc à la violation si elle estime que les mesures prises n'ont pas été adéquates¹⁶²⁸. Elle a ainsi jugé que « *la mesure ordonnée par les juridictions nationales n'apporte rien à la requérante, puisqu'elle ne lui offre aucune perspective réaliste de se voir éloigner de la source de pollution litigieuse* »¹⁶²⁹. Est alors exercée une forme de contrôle de proportionnalité. Il s'agit de déterminer si les mesures mises en œuvre sont suffisantes afin de protéger l'intérêt en cause. Les premières doivent être proportionnelles aux secondes. Ainsi, plus l'intérêt est jugé important par la Cour plus l'État devra s'efforcer de le protéger et donc renforcer les mesures adoptées. La valeur de l'intérêt sera également importante à l'heure de la mise en balance exercée avec les autres intérêts en jeu, question abordée *infra*.

607. Concernant le deuxième critère, Max Huber, dans l'*Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol*, avait explicitement affirmé que « *l'État n'est tenu qu'à exercer le degré de surveillance qui correspond aux moyens dont il dispose. Exiger que ces moyens soient à la hauteur des circonstances serait imposer à l'État des charges auxquelles il ne pourrait souvent pas faire face* »¹⁶³⁰. De même, la Cour de Strasbourg a considéré que « *sans perdre de vue les difficultés pour la police d'exercer ses fonctions dans les sociétés contemporaines, ni l'imprévisibilité du comportement humain ni les choix opérationnels à faire en termes de priorités et de ressources, il faut interpréter cette obligation de manière à ne pas imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif* »¹⁶³¹. La Cour interaméricaine a d'ailleurs repris telle quelle cette

¹⁶²⁷ Cour EDH, 9 juin 2009, **Opuz**, *préc.*, §136.

¹⁶²⁸ S. BESSON, « Les obligations positives de protection des droits fondamentaux : un essai de dogmatique comparative », *op. cit.*, p. 85.

¹⁶²⁹ Cour EDH, 9 juin 2005, **Fadeïeva**, *préc.*, §123. De même voir Cour EDH, 25 janvier 2000, **Ignaccolo-Zenide**, *préc.*, §112.

¹⁶³⁰ Sentence arbitrale, 1^{er} mai 1925, **Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol**, *préc.*, p. 644. Cité par D. LÉVY, « La responsabilité pour omission et la responsabilité pour risque en droit international public », *op. cit.*, p. 754.

¹⁶³¹ Cour EDH, GC, 28 octobre 1998, **Osman**, *préc.*, §116. Et parmi beaucoup d'autres arrêts voir : Cour EDH, 16 mars 2000, **Özgür Gündem**, *préc.*, §43 ; Cour EDH, 28 mars 2000, **Kılıç**, *préc.*, §63 ; Cour EDH, 3 avril 2001, **Keenan**, *préc.*, §90 ; Cour EDH, 14 mars 2002, **Paul et Audrey Edwards**, *préc.*, §55 ; Cour EDH, GC, 20 décembre 2004, **Makaratzis**, *préc.*, §69 ; Cour EDH, 11 janvier 2001, **Berü**, *préc.*, §47.

formule¹⁶³². Autrement dit, il ne doit pas s'agir d'une « *obligation exorbitante et irréaliste* »¹⁶³³, et ne sont exigées que les mesures « *reasonably available* »¹⁶³⁴. Il peut donc être uniquement exigé de l'État qu'il mette en œuvre les moyens dont il dispose¹⁶³⁵.

L'appréciation des moyens exigibles de l'État peut être cependant aléatoire en fonction des affaires. Plus l'intérêt invoqué est jugé important dans une société démocratique, moins la Cour accepte les justifications tirées des défaillances de l'organisation interne, ou du manque de moyens financiers de l'État¹⁶³⁶. L'argument du manque de ressources intervient alors fréquemment pour justifier de refuser la mise au jour d'obligations positives en matière sociale¹⁶³⁷.

Le degré de vigilance exigée est en outre variable en fonction du degré de maîtrise de l'État sur les auteurs de l'atteinte. L'obligation est logiquement très contraignante quand ces derniers sont des agents étatiques. Elle l'est beaucoup moins lorsqu'il s'agit de personnes privées et encore moins quand la lésion du droit est le fruit d'un événement naturel. La Cour l'a explicitement affirmé dans l'affaire *Budayeva* dans laquelle une coulée de boue avait causé la mort de plusieurs personnes et enseveli des maisons. La Cour a distingué la situation de celle en cause dans l'affaire *Öneryildiz*¹⁶³⁸ (effondrement dans une décharge). Elle a estimé que dans cette dernière affaire, « *in a situation where lives and property were lost as a result of events occurring under the responsibility of the public authorities, the scope of measures required for the protection of dwellings was indistinguishable from the scope of those to be taken in order to protect the lives of the residents. Treatment of waste, a matter relating to industrial development and urban planning, is regulated*

¹⁶³² « *Teniendo en cuenta las dificultades que implica la planificación y adopción de políticas públicas y las elecciones de carácter operativo que deben ser tomadas en función de prioridades y recursos, las obligaciones positivas del Estado deben interpretarse de forma que no se imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada* » Cour IADH, Fond et réparations, 29 mars 2006, **Communauté indigène Sawhoyamaya**, *préc.*, §155.

¹⁶³³ Cour EDH, 25 août 2009, **Giuliani et Gaggio** c. Italie, *préc.*, §255.

¹⁶³⁴ Cour EDH, 26 novembre 2002, **E. et al.**, *préc.*, §99.

¹⁶³⁵ S. BESSON, « Les obligations positives de protection des droits fondamentaux : un essai de dogmatique comparative », *op. cit.*, p. 84.

¹⁶³⁶ Cour EDH, 27 octobre 2009, **Haralambie**, *préc.*, §95 ; Cour EDH, 27 mai 2008, **Rodić et al.**, *préc.*, §71 ; Cour EDH, 6 décembre 2011, **De Donder et De Clippel**, *préc.*, §84 ; Cour EDH, GC, 21 janvier 2011, **M.S.S.**, *préc.*, §223 ; Cour EDH, 10 avril 2012, **Panaïtescu**, *préc.*, §35. Cf. CIJ, Arrêt, 20 juillet 2012, **Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader**, *préc.*, §112-113.

¹⁶³⁷ Cour EDH, GC, 18 janvier 2001, **Chapman**, *préc.*, §98 ; Cour EDH, Déc., 4 janvier 2005, **Pentiacova et 48 al.**, *préc.* ; Cour EDH, Déc., 22 septembre 2005, **Gheorghe** c. Roumanie, req. 19215/04. Voir *infra*, Partie 3, Chapitre 2, Section 2, §1, n° 875.

¹⁶³⁸ Cour EDH, GC, 30 novembre 2004, **Öneryildiz**, *préc.*.

and controlled by the State, which brings accidents in this sphere within its responsibility. Accordingly, the Court concluded that the authorities were required to do everything within their power to protect private proprietary interests ». En revanche elle a considéré « *that natural disasters, which are as such beyond human control, do not call for the same extent of State involvement. Accordingly, its positive obligations as regards the protection of property from weather hazards do not necessarily extend as far as in the sphere of dangerous activities of a man-made nature* »¹⁶³⁹.

Il existe en outre des obligations individuelles de résultat.

b. Obligation de résultat

608. Certaines obligations individuelles peuvent être qualifiées d'obligations de résultat. La vérification du respect de l'obligation est alors simplifiée. Si le résultat fixé par la Cour n'est pas atteint, l'obligation est considérée comme violée. À ce titre le professeur R. Pisillo Mazzeschi cite l'« *obligation d'adopter certains actes juridiques (administratifs ou juridictionnels)* »¹⁶⁴⁰, obligation qualifiée dans ces lignes d'obligation d'adopter des obligations administratives et juridictionnelle conventionnelles¹⁶⁴¹. Dans le cadre de ces obligations, la Cour vérifie simplement si un juste équilibre a été assuré entre les différents intérêts en jeu, et si les garanties procédurales ont été respectées. Ce dernier aspect est qualifié d'obligation « *concrète* » par cet auteur, obligation qui consiste « *à faciliter la participation effective à la prise de décision* »¹⁶⁴². Cet auteur cite ensuite d'autres obligations « *concrètes* » qui peuvent « *consister à fournir des informations ou l'accès à des informations*¹⁶⁴³, (...) à fournir des soins médicaux ou des mesures

¹⁶³⁹ Cour EDH, 20 mars 2008, **Boudaïeva et al.** c. Russie, *Rec.* 2008-..., §173-174 ; *AJDA*, 2008, 1929, chron. J.-F. Flauss.

¹⁶⁴⁰ R. PISILLO MAZZESCHI, « Responsabilité de l'État pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme », *op. cit.*, p. 374 et s.

¹⁶⁴¹ *Ibid.*, p. 378.

¹⁶⁴² Par exemple : Cour EDH, Plén., 8 juillet 1987, **B.** c. Royaume-Uni, A 121, §63.

¹⁶⁴³ En matière environnementale : Cour EDH, GC, 19 février 1998, **Guerra et al.**, *préc.*, §60 ; Cour EDH, 9 juin 1998, **McGinley et Egan**, *préc.*, §97 ; Cour EDH, GC, 19 octobre 2005, **Roche**, *préc.*, §155 ; Cour EDH, GC, 30 novembre 2004, **Öneryildiz**, *préc.*, §90. En matière de traitement médical : Cour EDH, 25 mai 2011, **R.R.**, *préc.*, §156.

*d'assistance*¹⁶⁴⁴ »¹⁶⁴⁵. Il faut ajouter plus généralement toutes les obligations de prestation, celles de fournir un avocat à une femme souhaitant engager une procédure de séparation de corps¹⁶⁴⁶, ou encore de garantir un régime végétarien à un détenu¹⁶⁴⁷.

609. La différence entre obligation de moyen et de résultat n'est cependant pas toujours évidente à établir. Ainsi, en matière d'obligation de moyen, la Cour peut exercer un contrôle si strict de l'action étatique qu'elle revient en réalité à imposer des obligations de résultat. En outre, cette classification ne présume pas de la liberté laissée aux États afin de remplir leurs obligations. En effet, la marge de manœuvre conférée aux États peut, selon la formulation et le contrôle de l'obligation, être beaucoup plus contraignante en cas d'obligation de moyen que d'obligation de résultat¹⁶⁴⁸.

610. En outre, en terme de contrôle, les deux critères dégagés ci-dessus concernant la détermination des mesures en cas d'obligation de moyen semblent également opérationnels en matière d'obligations de résultat. Sont exigées les mesures nécessaires et aptes à assurer la garantie de l'effectivité du droit, dans la limite des moyens dont l'État dispose¹⁶⁴⁹. Ainsi, il ne peut être exigé que des médecins donnent à un patient une information qu'ils ne détiennent pas. Ils ne sont tenus que d'informer des « *conséquences prévisibles que l'intervention médicale projetée peut avoir sur l'intégrité physique de leurs patients* ». Si les troubles subis par une requérante ne pouvaient être considérés comme tels, la Cour conclut qu'« *il serait difficile* » de les inclure « *par principe dans l'obligation d'information pesant sur les médecins* »¹⁶⁵⁰. En revanche, l'invocation d'une simple « *difficulté de retrouver de vieux documents inévitablement dispersés* » ne suffit pas afin de dispenser l'État de fournir certaines informations¹⁶⁵¹.

¹⁶⁴⁴ ComEDH, Rapp., 8 juillet 1993, **Hurtado** c. Suisse, req. 17549/90, §79.

¹⁶⁴⁵ Les autres obligations citées n'entrent pas dans le champ de cette étude dans la mesure où il s'agit d'obligations textuelles.

¹⁶⁴⁶ Cour EDH, 9 octobre 1979, **Airey** c. Irlande, *préc.*, §26 et 33.

¹⁶⁴⁷ Cour EDH, 7 décembre 2010, **Jakóbski** c. Pologne, req. 18429/06, §52-54; *Rev. sc. crim.*, 2011, 208 chron. J.-P. Marguénaud et D. Roets ; *AJDP*, 2011, 258, note M. Herzog-Evans ; *JDI*, 2011, 1351, obs. S. Marmin.

¹⁶⁴⁸ Voir *infra* Partie 3, Chapitre 2, Section 2, §1, B, 1, n° 733.

¹⁶⁴⁹ Ces critères s'appliquent à toute obligation de résultat et sont donc également pertinents en matière d'obligations structurelles. La Cour recherche si l'État a adopté des mesures adéquates. Voir par exemple Cour EDH, 20 mars 2007, **Tysiāc**, *préc.*, §125-128.

¹⁶⁵⁰ Cour EDH, Déc., 5 octobre 2006, **Trocellier**, *préc.*.

¹⁶⁵¹ Cour EDH, GC, 19 octobre 2005, **Roche**, *préc.*, §161.

611. Enfin, les obligations de résultat, tout comme les obligations individuelles de moyen, sont, sauf exception, soumises à une mise en balance des intérêts en présence. Une omission peut alors être justifiée par la protection d'autres intérêts jugés plus importants que celui invoqué par les requérants.

2. Des mesures soumises à la mise en balance des intérêts en présence

612. L'invocation d'un intérêt légitime peut justifier de limiter, voire de dissoudre, les mesures exigées des autorités de l'État. Il s'agit d'étudier quelles sont les obligations concernées (a), puis comment sont identifiés les intérêts en jeu (b).

a. Les obligations concernées

613. En matière d'obligations individuelles, la soumission des mesures exigées à l'examen du juste équilibre entre les intérêts en présence dépend en partie de la nature du droit en cause, absolu ou susceptible de limitation, et en partie de la nature de l'obligation individuelle en jeu¹⁶⁵². Les obligations soumises à cette mise en balance (i), puis celles qui n'y sont pas soumises (ii) vont être identifiées.

i. Les obligations individuelles soumises à la balance des intérêts

614. Certaines obligations inhérentes à des droits absolus sont soumises à la balance des intéressés en présence. Tel est le cas en matière d'obligation de prévention, lorsque le fait générateur est le fait d'une personne privée¹⁶⁵³.

¹⁶⁵² « Il apparaît en revanche légitime de relativiser, par une recherche d'une "juste équilibre", les obligations étatiques positives déduites des articles 2 et 3 lorsque le fait générateur de la lésion du droit garanti se situe dans l'acte d'un particulier » S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, prendre l'idée simple au sérieux*, op.cit., p. 142-143. En ce sens voir également P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 236 et s. Certains auteurs excluent cependant toute mise en balance des intérêts dès lors qu'est en jeu une obligation déduite d'un droit absolu (J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, *Les obligations positives en vertu de la CEDH. Un guide pour la mise en œuvre de la CEDH*, Ed. du Conseil de l'Europe, Précis sur les droits de l'homme, n° 7, 2006, p. 20).

¹⁶⁵³ En ce sens voir B. MOUTEL, *L'« effet horizontal » de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français. Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, op. cit., p. 243, §290 et s.

Dès l'arrêt *Osman*¹⁶⁵⁴, la Cour a affirmé que les obligations individuelles de prévention devaient être interprétées en gardant à l'esprit « *la nécessité de s'assurer que la police exerce son pouvoir de juguler et de prévenir la criminalité en respectant pleinement (...) les garanties figurant aux articles 5 et 8 de la Convention* »¹⁶⁵⁵. Autrement dit « *la police doit s'acquitter de ses fonctions d'une manière compatible avec les droits et libertés des individus. Dans les circonstances de l'espèce, elle ne saurait être critiquée pour avoir accordé du poids à la présomption d'innocence, ou n'avoir pas usé de son pouvoir d'arrêter, de perquisitionner et de saisir* »¹⁶⁵⁶.

Ensuite, dans l'affaire *Opuz*, concernant des violences domestiques ayant mené au décès de la mère de la requérante, la Cour a annoncé rechercher « *si les autorités locales ont ménagé l'équilibre voulu entre les droits de la victime au titre des articles 2 et 8* »¹⁶⁵⁷. Cette affirmation peut surprendre dans la mesure où était en cause l'article 2, droit absolu. Elle est cependant totalement justifiée. Les obligations individuelles de prévention, tout comme celles d'enquête, impliquent en effet nécessairement un conflit de droits subjectifs. Les mesures exigées de l'État afin de protéger ou réparer les droits risquant d'être lésés ou ayant été lésés auront des conséquences sur les droits des tiers. Par exemple, « *in respect of a measure of restraint ordered against an individual, the interest of the protection of a person's physical integrity conflicts with the other person's right to liberty* »¹⁶⁵⁸.

De même, les mesures de prévention du suicide des détenus « *peuvent être prises afin de diminuer les risques d'automutilation sans empiéter sur l'autonomie individuelle* »¹⁶⁵⁹. Les mesures de protection au titre de l'article 2 CEDH ne doivent donc pas porter une atteinte démesurée au droit à la vie privée du détenu.

¹⁶⁵⁴ Cour EDH, GC, 28 octobre 1998, *Osman*, préc.. Voir aussi Cour EDH, 15 décembre 2009, *Maiorano et al.*, préc., §106 ; Cour EDH, 27 septembre 2011, *M. et C.*, préc., §116.

¹⁶⁵⁵ Cour EDH, GC, 28 octobre 1998, *Osman*, préc., §116.

¹⁶⁵⁶ *Ibid.*, §121.

¹⁶⁵⁷ Cour EDH, 9 juin 2009, *Opuz*, préc., §140.

¹⁶⁵⁸ Cour EDH, 24 avril 2012, *Kalucza*, préc., §63. Ceci a également été souligné par des juges : « *L'interaction entre la protection offerte par l'article 5 § 1 de la Convention et les obligations positives au titre des articles 2 et 3 a été examinée à plusieurs reprises par la Cour et cette dernière a constamment répété que pareilles obligations positives devaient respecter pleinement les garanties consacrées par l'article 5* » Cour EDH, GC, 15 mars 2012, *Austin et al.* c. Royaume-Uni, Rec. 2012-..., opinion dissidente commune des juges F. Tulkens, D. Spielmann et L. Garlicki, §8 ; JCP G, 2012, 738, obs. F. Sudre ; AJDA, 2012, 1728, chron. L. Burguorgue-Larsen.

¹⁶⁵⁹ Cour EDH, 19 juillet 2012, *Ketreb*, préc., §73.

615. La recherche d'un juste équilibre entre les intérêts en jeu s'impose également concernant les obligations d'enquête. Les mesures adoptées ne doivent pas aller excessivement à l'encontre des droits des tiers¹⁶⁶⁰. Une personne suspectée ne peut être emprisonnée, ou son domicile perquisitionné, sans motif valable et sans que soient suivies les procédures définies par la loi. Les obligations positives d'enquête déduites des droits absolus ne doivent pas porter une atteinte disproportionnée aux autres droits conventionnels¹⁶⁶¹.

Ce constat s'applique *a fortiori* aux obligations de prévention et d'enquête déduites des droits susceptibles de limitations, ainsi qu'aux obligations d'adopter des décisions administratives ou juridictionnelles conventionnelles, obligations qui sont exclusivement issues de droits dérogeables.

616. Pour ce qui est des obligations de prestation, seules celles qui sont déduites de droits non absolus peuvent être soumises au juste équilibre. La Cour a par exemple imposé une obligation de fournir à un détenu un régime végétarien après avoir tenu les propos suivants : « *the Court observes that according to the second paragraph of Article 9 of the Convention restrictions are permitted, inter alia, for the protection of public health or morals or for the protection of the rights and freedoms of others. Whilst the Court is prepared to accept that a decision to make special arrangements for one prisoner within the system can have financial implications for the custodial institution and thus indirectly on the quality of treatment of other inmates, it must consider whether the State can be said to have struck a fair balance between the interests of the institution, other prisoners and the particular interests of the applicant* ». Elle conclut à la violation estimant que « *the Court is not persuaded that the provision of a vegetarian diet to the applicant would have entailed any disruption to the management of the prison or to any decline in the standards of meals served to other prisoners* »¹⁶⁶².

La Cour impose également des obligations d'information après avoir relevé l'absence d'un « *intérêt public* »¹⁶⁶³ ou de « *motif impérieux* »¹⁶⁶⁴ à ne pas communiquer certaines informations.

¹⁶⁶⁰ Pour S. Van Drooghenbroeck, en revanche ces garanties procédurales seraient « *indépendantes de la proportionnalité* » (S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, prendre l'idée simple au sérieux*, op. cit., p. 313).

¹⁶⁶¹ Voir P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 264 et 434.

¹⁶⁶² Cour EDH, 7 décembre 2010, **Jakóbski**, préc., §54.

¹⁶⁶³ Cour EDH, 9 juin 1998, **McGinley et Egan**, préc., §101.

¹⁶⁶⁴ Cour EDH, GC, 19 octobre 2005, **Roche**, préc., §161.

Prise *a contrario*, cette affirmation implique donc que de telles obligations pourraient ne pas être mises au jour si un intérêt général ou l'intérêt de tiers l'exigeait.

En revanche, certaines obligations individuelles ne sont pas soumises à l'examen du juste équilibre.

ii. Les obligations individuelles non soumises à la balance des intérêts

617. L'éviction de la pesée des intérêts peut se justifier en raison du droit absolu en cause ou du fait du caractère particulier de l'obligation en jeu. Selon S. Van Drooghenbroeck certaines obligations positives issues de droits absolus ne devraient pas être soumises à la pesée des intérêts, mais ce dans une hypothèse particulière. « *Si la lésion du droit garanti est constituée du seul fait de l'abstention étatique querellée (...), alors il semble logique que nul "juste équilibre" ne puisse intervenir, l'obligation positive devant être tout aussi "absolue" que l'obligation négative correspondante.* »¹⁶⁶⁵. Il cite à cet égard l'arrêt *LCB* et le rapport de la Commission dans l'affaire *Hurtado*¹⁶⁶⁶. Dans ces deux affaires nulle balance des intérêts n'a été opérée. Si l'État détient des informations liées au droit à la vie des requérants, ou si une personne sous son autorité nécessite des soins, nulle justification de l'omission tirée de la protection d'un autre intérêt ne peut être admise. Cette constatation peut être transposée à toute obligation individuelle de résultat tirée d'un droit absolu. Les seuls paramètres à prendre en compte au titre du contrôle de proportionnalité sont ceux abordés ci-dessus ; l'État détient-il les moyens nécessaires et a-t-il adopté les mesures adéquates afin que le droit soit protégé ?

618. La Cour a par exemple refusé d'admettre une justification fondée sur un argument économique. Elle a ainsi estimé que « *le fait que le requérant n'ait pas bénéficié de soins médicaux appropriés alors qu'il était blessé à la tête pendant sa garde à vue et cela au seul motif qu'il n'avait pas payé les frais relatif à l'acte médical, a porté atteinte à sa dignité. Il s'ensuit que la manière dont les autorités médicales et judiciaires se sont occupées du requérant a méconnu l'obligation positive qui leur incombait au titre de l'article 3 de la Convention. La Cour en déduit qu'il est établi que l'assistance médicale a fait défaut alors que le requérant se trouvait encore placé en garde à vue* »¹⁶⁶⁷.

619. La question se pose différemment lorsqu'est en cause une obligation individuelle

¹⁶⁶⁵ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, prendre l'idée simple au sérieux*, op. cit., p. 142.

¹⁶⁶⁶ Cour EDH, 9 juin 1998, *L.C.B.*, préc., §36-41 et ComEDH, Rapp., 8 juillet 1993, *Hurtado*, préc., §79-80.

¹⁶⁶⁷ Cour EDH, 12 octobre 2010, *Umar Karatepe* c. Turquie, req. 20502/05, §72.

procédurale de conciliation¹⁶⁶⁸. La proportionnalité y joue en effet à un autre niveau. Les mesures exigées, accès à une procédure, possibilité d'exposer ses arguments de manière équitable, sont nécessaires afin d'assurer la juste mise en balance des intérêts en présence par l'autorité chargée par exemple de décider d'un retrait de la garde parentale¹⁶⁶⁹ ou encore de trancher une demande d'avortement thérapeutique¹⁶⁷⁰. Selon les termes de S. Van Drooghenbroeck, la proportionnalité s'exerce alors formellement¹⁶⁷¹. Il ne peut donc être dérogé à ces obligations en invoquant la protection d'intérêts de tiers et il n'existe pas d'exemple dans lequel la Cour aurait accepté un défaut de mise en œuvre de ces garanties procédurales en excipant de la protection d'un intérêt général. Comme le souligne le professeur J.-F. Akandji-Kombé, « *le principe du "juste équilibre" ne gouverne que de très loin, voire pas du tout, l'examen des manquements allégués à certaines obligations procédurales, spécialement à celles qui ont trait à la conduite des procédures internes. En la matière, aucune justification ne paraît avoir grâce aux yeux de la Cour* »¹⁶⁷².

Reste à déterminer comment la Cour procède afin d'identifier les différents intérêts en jeu.

b. L'identification des intérêts en jeu

620. Le professeur L.-A. Sicilianos a identifié trois critères afin de déterminer le degré de vigilance exigé de l'État lorsqu'est en cause une obligation de diligence. Parmi eux figure « *l'importance des intérêts juridiques à protéger* »¹⁶⁷³. Ce dernier critère est en effet un facteur de renforcement des obligations individuelles. Plus l'intérêt à garantir est jugé important dans une

¹⁶⁶⁸ V. *supra* Partie 1, Chapitre 1, Section 1, §3, A, 2, a, n° 117 et s.

¹⁶⁶⁹ Cour EDH, Plén., 8 juillet 1987, **B.**, *préc.*, §63.

¹⁶⁷⁰ Cour EDH, 20 mars 2007, **Tysiāc**, *préc.*, §117.

¹⁶⁷¹ S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, prendre l'idée simple au sérieux*, *op. cit.*, p. 170.

¹⁶⁷² J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, *Les obligations positives en vertu de la CEDH. Un guide pour la mise en œuvre de la CEDH*, *op. cit.*, p. 21.

¹⁶⁷³ Les deux autres critères sont le « *concept de raisonnable – élastique par excellence* », abordé ci-dessus (Voir *supra* Partie 2, Chapitre 2, Section 3, §3, B, 1, a, ii, n° 604 et s.), et « *la probabilité de perpétration des agissements criminels qu'il s'agit d'empêcher* ». Le dernier se rapproche du critère de la connaissance du risque identifié *supra* comme élément déclencheur des obligations individuelles (voir *supra* Partie 2, Chapitre 2, Section 2, §2, A, n° 514 et s.). L.-A. SICILIANOS, « La responsabilité de l'État pour absence de prévention et de répression des crimes internationaux », *op. cit.*, p. 125.

société démocratique, plus l'État doit s'efforcer de le protéger. En outre, le poids de l'intérêt en jeu joue à l'heure d'opérer la mise en balance avec les autres intérêts touchés.

621. Ces derniers ne doivent être limités que dans la mesure où cela est nécessaire dans une société démocratique, c'est-à-dire que leur restriction doit être proportionnée à l'objectif poursuivi, à savoir la protection du droit allégué par les requérants, droit qui est l'objet de l'obligation positive. Le contrôle exercé est alors le reflet de celui opéré en cas d'ingérence justifiée par la clause d'ordre publique¹⁶⁷⁴. La Cour recherche à savoir si des mesures suffisantes ont été prises pour protéger l'intérêt allégué. Ces mesures ne doivent cependant pas aller de manière démesurée à l'encontre de l'intérêt général et des droits des tiers, et ne limiter ces derniers que dans la mesure où cela est nécessaire à la protection du droit en cause.

622. Ainsi, un manquement à une obligation individuelle positive, tout comme un manquement à une obligation négative pourra être justifié s'il poursuit un but légitime¹⁶⁷⁵. La Cour l'a souligné : « *toute ingérence dans la jouissance d'un droit ou d'une liberté reconnus par la Convention doit poursuivre un but légitime. De même, dans les affaires impliquant une obligation positive, il doit y avoir une justification légitime à l'inaction de l'État* »¹⁶⁷⁶. Ainsi, selon le professeur P. Muzny, « *à travers la recherche du juste équilibre, c'est une méthode en terme de justification qui en vient à s'appliquer, le caractère proportionné ou non du comportement concerné découlant du caractère pertinent et suffisant de la justification avancée par l'État au soutien de son comportement* »¹⁶⁷⁷.

623. Cette mise en balance intègre alors plusieurs types d'intérêts : l'intérêt allégué par les requérants, des intérêts d'ordre général et le cas échéant les intérêts de tiers, personnes privées. Il faut souligner à ce titre que la prise en compte des intérêts privés peut être opérée par le biais d'un but légitime. En effet, la protection des droits des tiers est un but légitime identifié dans la clause

¹⁶⁷⁴ C'est pourquoi la Cour au moment d'examiner le respect d'une obligation négative et plus précisément la justification d'une ingérence peut invoquer les obligations positives : limitation de l'article 10 CEDH justifiée par les obligations positives issues de l'article 8 (CEDH Cour EDH, 16 novembre 2004, **Karhuvaara et Italehti** c. Finlande, *Rec.* 2004-X). V. *supra* Partie 1, Chapitre 1, Section 3, §1, B, n° 224.

¹⁶⁷⁵ A la différence près que, concernant une obligation positive individuelle, cette justification sera également possible dans certains cas lorsqu'est en jeu un droit indérogeable, ce qui n'est pas possible concernant une obligation négative.

¹⁶⁷⁶ Cour EDH, GC, 22 juin 2004, **Broniowski**, *préc.*, §148 ; Cour EDH, 25 septembre 2012, **Archidiocèse catholique d'Alba Iulia** c. Roumanie, req. 33003/03, §89.

¹⁶⁷⁷ P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme, Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, *op. cit.*, p. 121.

d'ordre public des paragraphes 2 des articles 8 à 11 CEDH¹⁶⁷⁸. La protection exigée par la Cour, c'est-à-dire l'existence et l'étendue de l'obligation positive individuelle dépend alors du poids donné à chacun des intérêts en présence. Pour déterminer la valeur de l'intérêt à protéger au titre des obligations positives, la Cour peut se référer à la situation *in concreto* ou *in abstracto* de la personne.

624. Concernant la situation *in concreto*, la Cour examine l'étendue de l'atteinte au droit¹⁶⁷⁹ et recherche si l'individu alléguant la violation d'un de ses droits avait d'autres solutions¹⁶⁸⁰. Pour ce qui est de la situation *in abstracto*, la Cour a déterminé certaines catégories de personnes qu'elle juge vulnérables. Cette vulnérabilité joue afin de faciliter le déclenchement de l'obligation individuelle de prévention en ce qu'elle facilite le constat d'existence d'une connaissance du risque¹⁶⁸¹. Elle justifie en outre une diligence accrue de la part des autorités¹⁶⁸². Ce constat est visible dans certaines affaires dans lesquelles la Cour exige une protection particulière des mineurs¹⁶⁸³, des

¹⁶⁷⁸ B. MOUTEL, *L'« effet horizontal » de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français. Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, op. cit., p. 166-168 et p. 177 et s.

¹⁶⁷⁹ « La Cour note cependant que les intéressés ont dû subir pendant plus de trois ans les nuisances causées par la station, avant de déménager avec les inconvénients que cela comporte. Ils ne l'ont fait que lorsqu'il apparut que la situation pouvait se prolonger indéfiniment et sur prescription du pédiatre de la fille de Mme López Ostra (...). Dans ces conditions, l'offre de la municipalité ne pouvait pas effacer complètement les nuisances et inconvénients vécus » (Cour EDH, 9 décembre 1994, **López Ostra**, préc., §57). « Given the nature and severity of the allegations, the first applicant and her children required protection immediately, and not a year or two years after the allegations first came to light. The Court finds that during this period no effective remedy was open to the first applicant by which she could secure protection for herself and her children against the acts of her former husband » (Cour EDH, 15 septembre 2009, **E.S. et al.**, préc., §43).

¹⁶⁸⁰ Cour EDH, Plén., 28 mai 1985, **Abdulaziz, Cabales et Balkandali** c. Royaume-Uni, A 94, §68 ; *JDI*, 1986, 1084, obs. P. Rolland ; *CDE*, n° 4, 1988, 476, Chron. G. Cohen-Jonathan ; Cour EDH, 19 février 1996, **Gül**, préc., §39 ; Cour EDH, 9 juin 2005, **Fadeïeva**, préc., §121 ; Cour EDH, 21 juillet 2011, **Grimkovskaya**, préc., §65.

¹⁶⁸¹ *V. supra*, Partie 2, Chapitre 2, Section 2, §2, A, 2, c, n° 538 et s.

¹⁶⁸² La Cour n'agit cependant pas de manière systématique. Par exemple, dans une autre affaire dans laquelle un enfant avait été maltraité par des voisins mineurs d'origine croate, la Cour n'a pris en compte ni le handicap, ni l'origine serbe de l'enfant maltraité afin de déterminer les mesures exigibles de l'État (Cour EDH, 24 juillet 2012, **Dordevic**, préc., §147-150).

¹⁶⁸³ Cour EDH, 4 décembre 2003, **M.C.**, préc., §183 ; Cour EDH, 12 octobre 2006, **Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga** c. Belgique, *Rec.* 2006-XI, §55 et 58 ; *RTDH*, 2007, 823, note B. Masson ; Cour EDH, 17 octobre 2006, **Okkaly**, préc., §70 ; Cour EDH, 1^{er} février 2011, **Yazgüel Yilmaz**, préc., §42 ; Cour EDH, 27 septembre 2011, **M. et C.**, préc., §119 ; Cour EDH, 20 mars 2012, **C.A.S. et C.S.**, préc., §74, 78 et 81 ; Cour EDH, 31 juillet 2012, **M. et al.** c. Italie et Bulgarie, req. 40020/03, §105.

détenus¹⁶⁸⁴, des femmes battues¹⁶⁸⁵, des femmes enceintes¹⁶⁸⁶, des personnes malades¹⁶⁸⁷ ou atteintes d'un handicap¹⁶⁸⁸, des minorités¹⁶⁸⁹, des demandeurs d'asile¹⁶⁹⁰. Il faut souligner que la Cour de San José procède de manière similaire, relativement à certaines catégories de personnes vulnérables¹⁶⁹¹. Il est alors possible de considérer que la nécessité de protéger certaines valeurs objectives, considérées comme des buts d'intérêt général, justifie le renforcement des obligations de vigilance¹⁶⁹². Dans les exemples donnés ci-dessus, une valeur objective est implicitement mise en œuvre, celle prescrivant de protéger les plus faibles. L'intérêt invoqué et l'intérêt général jouent alors dans le même sens : celui du renforcement de l'obligation individuelle.

625. D'autres valeurs peuvent en outre être invoquées. Pour justifier d'imposer une diligence renforcée en cas d'obligation d'enquête sur des faits ayant porté atteinte aux articles 2 ou 3 CEDH, la Cour peut ainsi invoquer d'une part l'importance des droits en jeu, et d'autre part que « *la prompte ouverture d'une enquête par les autorités (...) peut, d'une manière générale, être considérée comme capitale pour maintenir la confiance du public et son adhésion à l'état de droit et pour prévenir toute apparence de tolérance d'actes illégaux ou de collusion dans leur perpétration* »¹⁶⁹³.

626. Dans l'hypothèse spécifique où le droit à la vie a été lésé du fait d'une négligence

¹⁶⁸⁴ Cour EDH, GC, 27 juin 2000, **Salman** c. Turquie, *Rec.* 2000-VI, §99.

¹⁶⁸⁵ Cour EDH, 9 juin 2009, **Opuz**, *préc.*, §147 ; Cour EDH, 12 juin 2008, **Bevacqua et S.**, *préc.*, §64 et 74 ; Cour EDH, 15 septembre 2009, **E.S. et al.**, *préc.*, §43 ; Cour EDH, 30 novembre 2010, **Hajduová**, *préc.*, §50.

¹⁶⁸⁶ Cour EDH, 25 mai 2011, **R.R.**, *préc.*, §160.

¹⁶⁸⁷ Cour EDH, 3 avril 2001, **Keenan**, *préc.*, §111.

¹⁶⁸⁸ Cour EDH, 3 novembre 2011, **M.B.** c. Roumanie, req. 43982/06, §52 et 57.

¹⁶⁸⁹ Cour EDH, 16 février 2012, **Eremiášová et Pechová**, *préc.*, §131 ; Cour EDH, GC, 18 janvier 2001, **Chapman**, *préc.*, §96.

¹⁶⁹⁰ Cour EDH, GC, 21 janvier 2011, **M.S.S.**, *préc.*, §251, 259, et 263.

¹⁶⁹¹ « *De estas obligaciones generales derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como extrema pobreza o marginación y niñez* » (Cour IADH, Fond et réparations, 29 mars 2006, **Communauté indigène Sawhoyamaya**, *préc.*, §154). Certains auteurs ont ainsi souligné que « *la Cour, sans doute plus que son homologue européen, adopte une approche catégorielle des droits et elle tente de tirer le maximum de conséquences juridiques de la particularité de certains groupes identifiés : enfants, personnes handicapées, personnes déplacées, communautés indigènes* » (RTDH, 2008, 1029, chron. L. Hennebel et H. Tigroudja, p. 1029).

¹⁶⁹² Cf. CII, Arrêt, 20 juillet 2012, **Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader**, *préc.*, §115. « *La Cour considère que l'obligation de l'État de poursuivre, prévue au paragraphe 1 de l'article 7 de la convention, est destinée à permettre la réalisation de l'objet et du but de celle-ci, qui est « d'accroître l'efficacité de la lutte contre la torture » (préambule de la convention). C'est pour cela que les poursuites doivent être engagées sans retard* ».

¹⁶⁹³ Cour EDH, 14 mars 2002, **Paul et Audrey Edwards**, *préc.*, §72.

médicale, la Cour estime que, « outre la question du respect des droits découlant de l'article 2 dans une affaire donnée, des considérations plus générales appellent également un prompt examen des affaires de décès en milieu hospitalier. La connaissance des faits et des erreurs éventuellement commises dans l'administration de soins médicaux est essentielle pour permettre aux établissements concernés et au personnel médical de remédier aux défaillances potentielles et de prévenir des erreurs similaires. Le prompt examen de telles affaires est donc important pour la sécurité des usagers de l'ensemble des services de santé »¹⁶⁹⁴.

627. Dans l'affaire *Frasila et Ciocirlan*¹⁶⁹⁵, la Cour a procédé de la même manière. Elle a tout d'abord relevé l'importance de l'intérêt individuel invoqué, ce dernier touchant « le mode d'exercice d'une profession à laquelle la Cour reconnaît un rôle essentiel dans une société démocratique, à savoir celui de "chien de garde" ». Elle a donc estimé qu'« un élément essentiel pour la liberté d'expression, à savoir son mode d'exercice, était en jeu pour les requérants ». Elle a ensuite fait référence au rôle de l'État en tant qu'« ultime garant du pluralisme, surtout pour ce qui est des médias audiovisuels dont les programmes se diffusent souvent à très grande échelle ». Puis après avoir constaté que la situation de la presse en Roumanie n'était pas « satisfaisante » du fait que cette dernière « souffr[ait] de pressions extérieures exercées par des politiciens et des détenteurs du pouvoir économique », elle a conclu que « dans ces conditions, les mesures que l'État devait prendre, vu son rôle de garant du pluralisme et de l'indépendance de la presse, sont d'une réelle importance ».

628. Dans d'autres affaires, un but d'intérêt général peut en revanche agir en tant que réducteur, voire destructeur, de l'obligation positive individuelle. L'intérêt invoqué par le requérant et le but d'intérêt général sont alors contradictoires, et ce dernier va alors dans le sens de la protection des intérêts de tiers. Dans des arrêts concernant le droit à un environnement sain, est ainsi invoqué, au titre du but d'intérêt général « le bien être économique de la ville de Llorca »¹⁶⁹⁶, ou encore la contribution à « l'activité économique de la région de Vologda »¹⁶⁹⁷. L'intérêt privé concurrent, celui des entreprises polluantes, est alors renforcé par l'intérêt général. La Cour apprécie

¹⁶⁹⁴ Cour EDH, 27 juin 2006, *Byrzykowski* c. Pologne, req. 11562/05, §117 ; Cour EDH, GC, 9 avril 2009, *Šilih* c. Slovénie, req. 71463/01, §196 ; Cour EDH, 23 mars 2010, *Oyal* c. Turquie, req. 4864/05, §76.

¹⁶⁹⁵ Cour EDH, 10 mai 2012, *Frasila et Ciocirlan*, préc., §63-64.

¹⁶⁹⁶ Cour EDH, 9 décembre 1994, *López Ostra*, préc., §58.

¹⁶⁹⁷ Cour EDH, 9 juin 2005, *Fadeïeva*, préc., §101.

alors les mesures prises par l'État au regard des ces intérêts en jeu. Seule la particulière gravité de la lésion du droit individuel justifie alors d'aller à l'encontre des motifs d'intérêts général et des droits des tiers, imposant ainsi à l'État de prendre les mesures nécessaires à la sauvegarde du premier¹⁶⁹⁸.

629. Les affaires dans lesquelles des parents contestent l'absence de mesures prises afin de favoriser leur réunion avec leur enfant (ex : en cas de retrait de la garde parentale ou encore d'adoption), constituent d'autres exemples dans lesquels l'intérêt général peut aller dans le sens de la protection des droits des tiers, au détriment des droits invoqués par les requérants. L'intérêt de l'enfant, auquel s'ajoute le but légitime de protection des personnes les plus vulnérables, l'emportera nécessairement sur celui des parents¹⁶⁹⁹. La Cour a ainsi établi qu' « à cet égard, un juste équilibre doit être ménagé entre les intérêts de l'enfant à demeurer placé et ceux du parent à vivre avec lui (...). En procédant à cet exercice, la Cour attachera une importance particulière à l'intérêt supérieur de l'enfant qui, selon sa nature et sa gravité, peut l'emporter sur celui du parent. Notamment, (...) l'article 8 de la Convention ne saurait autoriser le parent à voir prendre des mesures préjudiciables à la santé et au développement de l'enfant »¹⁷⁰⁰.

630. Enfin, il faut s'attarder sur le contrôle des obligations d'adopter des décisions administratives et juridictionnelles conventionnelles. Ici, le contrôle opéré par les juges strasbourgeois consiste à vérifier si ces autorités ont procédé à une juste balance des intérêts en cause et ont pris leur décision dans le respect des garanties procédurales¹⁷⁰¹. Au sein de ces obligations, un cas de figure a été particulièrement discuté par la doctrine, celui dans lequel le juge national est amené à trancher un litige entre deux personnes privées. Plusieurs auteurs ont dénoncé le caractère inadéquat d'un contrôle de ces obligations au regard du principe de proportionnalité

¹⁶⁹⁸ Comparer l'affaire *Hatton* dans laquelle l'atteinte au droit est minimisée et où la Cour estime que les mesures individuelles ont été suffisantes (Cour EDH, GC, 8 juillet 2003, **Hatton et al.**, *préc.*, §127), et les affaires suivantes dans lesquelles la gravité de la lésion du droit était beaucoup plus importante et où la Cour estime donc que les mesures ne sont pas suffisantes (Cour EDH, 9 décembre 1994, **López Ostra**, *préc.*, §57-58 ; Cour EDH, 30 mars 2010, **Băcilă**, *préc.*, §69-72).

¹⁶⁹⁹ Cour EDH, 23 septembre 1994, **Hokkanen**, *préc.*, §58 ; Cour EDH, 27 juin 2000, **Nuutinen** c. Finlande, *Rec.* 2000-VIII, §128. Par exemple, le défaut d'exécution d'une décision de justice enjoignant à un orphelinat de remettre des enfants à leur parents adoptifs peut être justifié par l'intérêt des enfants (Cour EDH, 22 juin 2004, **Pini et Bertani et Manera et Atripaldi**, *préc.*, §152 et s.).

¹⁷⁰⁰ Cour EDH, 7 août 1996, **Johansen** c. Norvège, *Rec.* 1996-III, §78 ; *JCP G*, 1997, I, 4000, obs. F. Sudre ; Cour EDH, GC, 13 juillet 2000, **Scozzari et Giunta** c. Italie, req. 39221/98 et 41963/98, §169 ; *JDE*, 2001, 76, 34, chron. P. Lambert ; *RTDciv.*, 2001, 439, chron. J.-P. Margénaud.

¹⁷⁰¹ En fonction de la marge d'appréciation que la Cour souhaite laisser à l'État, elle contrôle les deux éléments ou uniquement le respect des garanties procédurales (V. *infra*, Partie 3, Chapitre 1, Section 2, §1, B, 2, b, n° 751 et s.).

« classique », c'est-à-dire celui s'appliquant à une obligation négative et consistant à rechercher si l'ingérence est proportionnée au but légitime poursuivi. Les professeurs J.-P. Marguénaud et J. Mouly¹⁷⁰² ont ainsi appelé à un « *recadrage théorique des conditions de la combinaison de l'effet horizontal et du principe de proportionnalité* ». Pour ces auteurs doit s'appliquer en revanche dans ces hypothèses, un « *principe de proportionnalité privatisée* », c'est-à-dire « *un nouveau principe de proportionnalité qui vise à faire la balance entre deux intérêts privés clairement opposés en tant que tels* ». L'examen d'un quelconque but d'intérêt général devrait alors être absent du contrôle opéré par la Cour. Cependant, il est possible d'avancer que le contrôle de tels buts garde toute sa pertinence dans ce contexte¹⁷⁰³. Cette prise en compte appelle cependant des précautions nécessaires. Le fait imputable à l'État est alors uniquement la décision du juge et en aucun cas le fait de la personne privée¹⁷⁰⁴. Il s'agit donc d'examiner si la décision du juge, et non le fait de la personne privée poursuit un but légitime et assure un juste équilibre entre les intérêts en présence¹⁷⁰⁵.

631. En outre, même si la Cour ne fait pas toujours mention d'un intérêt général, il est en réalité toujours implicite. La balance des deux intérêts privés ne peut se faire qu'au regard de l'intérêt général, c'est-à-dire l'intérêt de la société démocratique tel qu'entendu par les juges européens. Ce n'est qu'à l'aune du standard de la société démocratique que les juges pourront évaluer quel est l'intérêt privé à privilégier¹⁷⁰⁶. Par ailleurs, la protection des droits des tiers est un but

¹⁷⁰² J.-P. MARGUÉNAUD, J. MOULY, « L'alcool et la drogue dans les éprouvettes de la CEDH : vie privée du salarié et principe de proportionnalité », *op. cit.*, p. 37. Dans le même sens voir V. VAN DER PLANCKE et N. VAN LEUVEN, « La privatisation du respect de la Convention européenne des droits de l'homme : faut-il reconnaître un effet horizontal généralisé ? », *CRIDHO Working Paper*, 2007/03, p. 24, §17 ; F. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET, G. GONZALEZ, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 38 et s.

¹⁷⁰³ En ce sens voir B. MOUTEL, *L'« effet horizontal » de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français. Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, *op. cit.*, p. 172 et s.

¹⁷⁰⁴ Par exemple, licenciement, expulsion du domicile, refus de remboursement des frais médicaux par une assurance privée.

¹⁷⁰⁵ La Cour a procédé à une telle confusion dans les affaires suivantes : Cour EDH, Déc., 7 novembre 2002, **Madsen c. Danemark**, req. 58341/00 ; *JCP E*, 2004, 373, obs. J. Raynaud ; *D.*, 2005, 36, note J. Mouly et J.-P. Marguénaud ; Cour EDH, Déc., 9 mars 2004, **Wretlund c. Suède**, req. 46210/99 ; *D.*, 2005, 36, note J. Mouly et J.-P. Marguénaud. Voir également Cour EDH, GC, 12 septembre 2011, **Palomo Sánchez et al.**, *préc.*, opinion dissidente des Juges Tulkens, David Thór Björgvinsson, Jočienė, Popović et Vučinić, §9. Le juge français a également procédé à ce contrôle contestable dans une affaire où était en cause un licenciement par une entreprise privée : « *Qu'en statuant par ces seuls motifs qui ne justifiaient ni le caractère indispensable pour l'entreprise d'un transfert de domicile, alors que le salarié proposait d'avoir une résidence à Montpellier, ni le caractère proportionné au but recherché de cette atteinte à la liberté de choix du domicile du salarié et alors qu'elle n'explique pas en quoi les attributions de M. X... exigeaient une présence permanente à Montpellier, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* » (Cass. Soc., 12 janvier 1999, **Spileers c. SARL Omni Pac**, n° 96-40755, *Bull. civ.*, n° 7 ; *D.*, 1999, 645, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly).

¹⁷⁰⁶ J. Habermas l'a bien mis en lumière tout en le critiquant. « *Dans la mesure où il n'y a pas de critères rationnels pour établir une telle hiérarchie, la décision est soit arbitraire, soit prise de façon irréfléchie en fonction de critères et de*

légitime identifié dans les clauses d'ordre public. Il peut donc être justifié de moduler une obligation positive en faveur d'un individu, afin de protéger les droits d'un autre individu.

hiérarchies usuelles. À mesure qu'un tribunal constitutionnel adopte la théorie de la hiérarchie des valeurs et fonde sur elle sa pratique décisionnelle, on voit s'accroître le risque de jugements irrationnels » (J. HABERMAS, Droit et démocratie, entre faits et normes, Gallimard, 1997, p. 282).

Conclusion du Chapitre 2

632. S'il n'existe pas un régime uniforme de contrôle des obligations conventionnelles, il a cependant été possible de dresser certaines grandes lignes communes.

Lorsqu'est en cause une obligation négative, une ingérence doit être identifiée pour déclencher l'applicabilité du droit. De même, une atteinte à un droit conventionnel doit être relevée comme préalable à la mise en jeu d'une obligation positive. Certaines spécificités inhérentes au contrôle des obligations positives sont cependant à souligner. L'appréciation de l'existence de l'atteinte peut être plus stricte en cas d'obligation positive, en particulier quand ces dernières entrent en jeu dans certains domaines sensibles, tels qu'en matière environnementale ou sociale. Ensuite, la question de la recevabilité *ratione materiae*, c'est-à-dire celle de savoir si un droit conventionnel est en cause, peut s'avérer cruciale afin de déterminer si une obligation positive doit ensuite être dégagée. La Cour utilise pour ce faire la technique de l'inhérence et du lien direct et immédiat. Enfin, la recevabilité *ratione personae* peut être plus difficile à identifier lorsqu'une obligation positive est en jeu. La démonstration d'un lien de causalité entre le fait étatique et l'atteinte au droit est en effet plus périlleuse à démontrer que lorsqu'est en cause une obligation négative.

633. Une fois l'applicabilité du droit retenue, certaines conditions doivent être réunies pour qu'une obligation conventionnelle entre en jeu.

Une obligation structurelle sera dégagée si un droit conventionnel est clairement identifié. La Cour peut mettre au jour une telle obligation en se plaçant aussi bien sur le terrain d'une obligation positive que négative. En revanche, en cas d'incertitude quant au contour du droit, la Cour préfère mobiliser une obligation positive. Exerçant bien souvent une interprétation consensuelle, elle confère une large marge d'appréciation aux États. Elle vérifie alors uniquement si la législation litigieuse a ménagé un juste équilibre entre les intérêts en jeu et n'accepte que très rarement de consacrer une obligation structurelle.

En cas d'obligation individuelle, un contrôle spécifique aux obligations positives a été

identifié. Une obligation positive individuelle sera imposée s'il est démontré que l'État avait connaissance du risque ou de la survenance d'une atteinte à un droit. Si cette connaissance nécessite d'être démontrée en matière d'obligation de prévention, d'information, ou encore d'enquête, elle est en revanche évidente concernant certaines autres obligations (obligation d'exécution des décisions de justice, obligation d'adopter des décisions administratives et juridictionnelles compatibles avec la Convention, garanties procédurales).

634. Enfin, une fois l'obligation conventionnelle dégagée, son respect doit être examiné. L'application de la clause d'ordre public peut alors s'avérer pertinente, à condition d'y intégrer certains aménagements.

L'examen de la légalité des mesures peut, relativement aux obligations structurelles, s'appliquer sous l'angle de la qualité de la loi. Pour ce qui est des obligations individuelles, le critère de la légalité peut intervenir de manière classique, en tant qu'encadrement de l'action étatique, relativement aux obligations de prévention et aux obligations d'adopter des décisions administratives et juridictionnelles conventionnelles. Il peut également, de manière différenciée par rapport aux obligations négatives, servir de fondement à l'action étatique.

La question du but légitime poursuivi et de la nécessité de l'atteinte dans une société démocratique s'applique de manière quelque peu différente en matière d'obligations positives. Deux types de contrôle de proportionnalité s'exercent dans ce domaine. L'État est tout d'abord tenu d'adopter les mesures nécessaires à la protection du droit conventionnel. Les mesures adoptées doivent donc être proportionnées au droit à protéger. En outre les obligations positives, sauf exception concernant les obligations individuelles de résultat déduites des droits absolus, peuvent être modulées voire supprimées par l'exercice d'une mise en balance des intérêts en cause. Une différence majeure apparaît alors avec le régime applicable aux obligations négatives. Les obligations positives structurelles, et certaines individuelles, même inhérentes à des droits intangibles, sont susceptibles de limitations justifiées par la protection d'un but légitime ou des droits des tiers.

Conclusion de la Partie 2

635. Au terme de cette étude du régime des obligations positives prétoriennes un double constat peut être livré. Le premier est relatif à la distinction juridique entre obligations positives et négatives, le second à l'emploi de la technique des obligations positives par le juge européen.

636. Tout d'abord, l'étude de la jurisprudence européenne démontre le caractère majoritairement non pertinent de la classification en termes positifs ou négatifs des obligations issues des droits de l'homme. Les obligations d'adopter des décisions administratives et juridictionnelles et les obligations structurelles, c'est-à-dire les obligations de mise en place d'un cadre normatif et procédural, ne peuvent être qualifiées objectivement de positives ou négatives. Dans une même situation, il sera toujours possible de considérer alternativement que l'organe étatique avait soit l'obligation positive d'assurer une protection au droit en cause, soit l'obligation négative de ne pas y porter atteinte. La législation nationale inconventionnelle peut l'être aussi bien parce que l'on considère que le législateur aurait dû adopter une norme plus protectrice et donc qu'il a failli à une obligation positive, ou que l'on estime qu'il a, par sa législation, permis l'atteinte au droit conventionnel et donc qu'il a manqué à une obligation négative. Dès lors, il semble plus judicieux d'adopter une formulation « neutre » de ces obligations et d'abandonner les qualificatifs positifs et négatifs en ce qui les concerne. Les seules obligations pour lesquelles ces derniers s'avèrent pertinents sont les obligations impliquant une exécution « physique » ou « concrète » de la part d'un organe étatique.

Ce constat est confirmé par l'étude du contrôle des obligations conventionnels. Un cadre du contrôle commun de ces dernières a été proposé. Quelle que soit l'obligation en jeu, la Cour procède implicitement ou explicitement en trois étapes. Tout d'abord l'existence d'une atteinte à un droit conventionnel est recherchée, ensuite est examiné si une obligation conventionnelle entre en jeu, et dans l'affirmative, il est procédé à l'examen du respect de cette obligation.

637. Ensuite, l'étude du régime des obligations positives prétoriennes a permis de

mettre en lumière un usage instrumentalisé de la technique des obligations positives. Le juge a recours au terme « obligation positive » sans égard au contenu de l'obligation en ce qu'elle imposerait une obligation d'action. La technique lui permet en réalité de moduler son contrôle, en accordant tantôt une large marge d'appréciation aux États, et tantôt en l'annihilant totalement en faisant référence au rôle de « protecteur » des droits de l'homme de l'État. Elle constitue alors un instrument de choix au service de la politique jurisprudentielle du juge. Nous le verrons dès à présent en abordant la portée des obligations positives prétoriennes.

PARTIE 3 : LA PORTÉE DES OBLIGATIONS POSITIVES PRÉTORIENNES

638. Dans une démocratie libérale, le législateur est chargé de créer la norme, de définir les règles de vie en société, et de décider du rôle des pouvoirs publics et des choix des ressources et des moyens à employer. La technique des obligations positives est le révélateur d'une redistribution de cette mission. Comme l'a constaté le professeur D. Capitant, le consensus autour de la consécration d'obligations positives prétoriennes peut être *« rattaché au mouvement général qui recherche de manière accrue et dans des domaines toujours plus largement définis auprès du pouvoir juridictionnel un contrepoids au pouvoir des majorités politiques, instaurant ainsi une nouvelle modalité de la séparation des pouvoirs, la légitimité démocratique des organes politiques trouvant un pendant dans la légitimité aristocratique, fondée non pas sur la naissance, mais sur la raison, qui est celle du juge »*¹⁷⁰⁷.

639. La technique des obligations positives permet en effet au juge européen d'acquérir un pouvoir normatif. Ce dernier développe un pouvoir d'injonction vis-à-vis des États (Chapitre 1), et définit désormais le rôle des États dans une démocratie libérale (Chapitre 2).

¹⁷⁰⁷ D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, LGDJ, coll. « bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2001, p. 205.

CHAPITRE 1 : Le développement du pouvoir d'injonction du juge

640. Le principe de subsidiarité n'est, jusqu'à présent, pas explicitement consacré par la Convention¹⁷⁰⁸. Cependant, comme le souligne J. Callewaert, « *plusieurs dispositions attestent de son impact sur le système de protection* » conventionnel¹⁷⁰⁹ : l'article 1^{er} CEDH, « *qui confie en premier lieu aux États contractants le soin de garantir la jouissance des droits et libertés reconnus dans le Titre 1* »¹⁷¹⁰, l'article 13 CEDH, en vertu duquel les États doivent mettre en place des recours effectifs ouverts aux individus alléguant d'une violation de la Convention, l'article 35§1 CEDH, qui impose aux requérants d'épuiser les voies de recours interne avant de saisir la Cour, donnant ainsi l'occasion aux autorités nationales de redresser la violation, et enfin l'article 53 CEDH, qui permet aux États d'assurer un niveau de garantie des droits au niveau national supérieur aux exigences conventionnelles.

641. La Cour a en outre reconnu dans sa jurisprudence que le principe de subsidiarité devait également s'appliquer afin de conférer aux États une liberté de choix des moyens afin de se conformer à la Convention. Dès son *affaire linguistique belge*, la Cour a affirmé qu'elle « *ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi elle perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré par la Convention. Les autorités nationales demeurent libres de choisir les mesures qu'elles estiment appropriées dans les* »

¹⁷⁰⁸ Cependant, le principe de subsidiarité est cité à plusieurs reprises dans la déclaration finale de la Conférence de Brighton sur l'avenir de la Cour EDH des 19 et 20 avril 2012. Le texte prévoit ainsi qu'« *une référence au principe de subsidiarité et à la doctrine de la marge d'appréciation, telle que développée dans la jurisprudence de la Cour, devrait être incluse dans le préambule de la Convention et invite le Comité des Ministres à adopter un instrument d'amendement en ce sens d'ici fin 2013, tout en rappelant l'engagement des États parties à donner plein effet à leur obligation de garantir les droits et libertés définis dans la Convention* » (§12, b). En outre la Conférence « *réitère l'invitation adressée au Comité des Ministres par les Conférences d'Interlaken et d'Izmir à appliquer pleinement le principe de subsidiarité, selon lequel les États parties peuvent choisir de quelle manière ils entendent satisfaire à leurs obligations en vertu de la Convention* » (§29 b).

¹⁷⁰⁹ J. CALLEWAERT, « La subsidiarité dans l'Europe des droits de l'homme : la dimension substantielle », in M. VERDUSSEN (dir.), *L'Europe de la subsidiarité*, Bruylant, 2000, p. 15.

¹⁷¹⁰ *Ibid.*, p. 15.

domaines régis par la Convention. Le contrôle de la Cour ne porte que sur la conformité de ces mesures avec les exigences de la Convention »¹⁷¹¹. Si elle a depuis régulièrement proclamé la liberté de choix des moyens laissée aux États en application des obligations positives conventionnelles¹⁷¹², la réalité est aujourd'hui bien éloignée de ces affirmations de principe.

642. En cas de constat de violation de la Convention, la Cour peut, en vertu de l'article 41 CEDH (ancien article 50), fixer une satisfaction équitable que l'État doit verser au requérant. En revanche, elle s'est dans un premier temps refusée à indiquer aux États les mesures à prendre afin d'exécuter un arrêt¹⁷¹³. Elle a ainsi affirmé dès son arrêt *Marckx*¹⁷¹⁴ que sa décision, « *déclaratoire pour l'essentiel, (...) laisse à l'État le choix des moyens à utiliser dans son ordre juridique interne pour s'acquitter de l'obligation qui découle pour lui de l'article 53*¹⁷¹⁵ ».

643. Tel que le prévoit l'article 46§2 CEDH (ancien article 54), l'organe chargé de surveiller l'exécution des arrêts de la Cour est le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe. Dans un premier temps timide, ce dernier n'hésite plus depuis la fin des années 1990 à exiger l'adoption de mesures aussi bien individuelles que structurelles¹⁷¹⁶. Depuis 2004, la Cour est également sortie de sa réserve et a développé plusieurs pratiques afin d'indiquer aux États les mesures à prendre en exécution d'un arrêt. La procédure de l'arrêt pilote lui permet d'exiger des mesures structurelles¹⁷¹⁷.

¹⁷¹¹ Cour EDH, Plén., 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »* c. Belgique, A 6, §10 ; *GACEDH*, n° 9 ; *AFDI*, 1968, 201, obs. R. Pelloux ; *RBDI*, 1970, 353, obs. J. Verhoeven.

¹⁷¹² Parmi beaucoup d'autres affaires, voir : Cour EDH, Plén., 27 octobre 1975, *Syndicat national de la police belge* c. Belgique, A 19, §39 ; *JDI*, 1978, 685, obs. P. Rolland ; *AFDI*, 1976, 121, chron. R. Pelloux ; *RDH*, 1976, 71, note G. Sperduti ; Cour EDH, 9 octobre 1979, *Airey* c. Irlande, A 32, §26 ; *GACEDH*, n° 2 ; *JDI*, 1982, 187, chron. P. Rolland ; *AFDI*, 1980, 323, chron. R. Pelloux ; Cour EDH, 26 octobre 1984, *De Cubber* c. Belgique, A 86, §35 ; Cour EDH, Plén., 25 mars 1992, *B.* c. France, A 232-C, §63 ; Cour EDH, GC, 8 juillet 2003, *Hatton et al.* c. Royaume-Uni, *Rec.* 2003-VIII, §123 ; *JCP G*, 2004, I, 107, chron. F. Sudre ; *RTDciv.*, 2003, 762, obs. J.-P. Marguénaud ; Cour EDH, 4 octobre 2007, *Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VGT)* n° 2 c. Suisse, req. 32772/02, §48 ; Cour EDH, 28 avril 2009, *Karakó* c. Hongrie, req. 39311/05, §19 ; Cour EDH, 10 mai 2011, *Mosley* c. Royaume-Uni, req. 48009/08, §107.

¹⁷¹³ Voir E. LAMBERT, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, Bruylant, 1999, p. 118.

¹⁷¹⁴ Cour EDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx* c. Belgique, A 31, §58 ; *GACEDH*, n° 51 ; *JT*, 1979, 513, obs. F. Rigaux ; *JDI*, 1982, 1983, obs. P. Rolland.

¹⁷¹⁵ Actuel article 46§1 CEDH : « *Les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties* ».

¹⁷¹⁶ E. LAMBERT, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, op. cit., p. 167 et s. ; F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, coll. « Droit fondamental », 10^{ème} éd., 2011, p. 813-815.

¹⁷¹⁷ Cour EDH, GC, 22 juin 2004, *Broniowski* c. Pologne, *Rec.* 2004-V ; *GACEDH*, n° 74 ; *RTDH*, 2005, 203, obs. E. Lambert-Abdelgawad ; *JDI*, 2005, 544, obs. P. Tavernier ; *RDP*, 2005, 758 et 809, obs. F. Sudre et H. Surrel.

La Cour impose en outre des mesures individuelles aussi bien que structurelles au titre des articles 41 et 46 CEDH¹⁷¹⁸. Selon M. Eudes, « *la juridiction de Strasbourg a effectivement commencé à user d'un nouveau pouvoir d'injonction afin d'assurer de façon préventive une bonne exécution de ses arrêts au principal* »¹⁷¹⁹. Il sera défendu ici que la technique des obligations positives participe de ce mouvement. Ceci est dû à la nature des obligations positives.

644. En principe sont distinguées l'obligation primaire, c'est-à-dire celle de respecter la Convention, et l'obligation secondaire, c'est-à-dire celle « *née de l'engagement de la responsabilité internationale de l'État* »¹⁷²⁰. En droit international, cette dernière recouvre le « *maintien du devoir d'exécuter l'obligation* »¹⁷²¹, la « *cessation et non-répétition* »¹⁷²² du fait internationalement illicite, et enfin la réparation du « *préjudice causé par le fait internationalement illicite* »¹⁷²³. Seulement, lorsqu'une obligation positive est en jeu, l'obligation primaire et l'obligation secondaire pourront avoir le même contenu¹⁷²⁴. Le professeur R. Ago l'a bien expliqué. « *Qu'on fasse d'abord l'hypothèse de l'infraction d'un devoir d'agir. Dans ce cas, il est évident que la règle juridique internationale voulait qu'un changement dans le monde extérieur se produisît, changement qui — illicitement — ne s'est point réalisé. Il en résulte que l'obligation de réaliser la même situation qui aurait existé sans*

¹⁷¹⁸ Mesures individuelles : Cour EDH, GC, 8 avril 2004, **Assanidzé** c. Géorgie, *Rec.* 2004-II, §198 ; ; *RGDIP*, 2004, 742, chron. Ph. Weckel ; *JDI*, 2005, 469, obs. M. Eudes ; *Europe*, 2004, 10, 32, obs. I. Kitsou-Milounas ; *JDE*, 2005, 120, 168, obs. F. Krenc ; *RTDH*, 2005, 767, note G. Cohen-Jonathan ; Cour EDH, GC, 8 juillet 2004, **Ilascu et al.** c. Moldavie et Russie, *Rec.* 2004-VII, §490 ; *GACEDH*, n° 70, *JDI*, 2005, 472, obs. O. de Frouville ; *RDP*, 2005, 759, obs. F. Sudre ; *RGDIP*, 2004, 1036, obs. Ph. Weckel ; *JDE*, 2005, 120, 168, obs. F. Krenc ; *RTDH*, 2005, 767, note G. Cohen-Jonathan ; *EDL*, 2005, n° 15, 5, obs. F. Benoît-Rohmer ; *RGDIP*, 2005, 581, note I. Petculescu ; Cour EDH, 12 avril 2011, **Gluhaković** c. Croatie, req. 21188/09, §89. Mesures structurelles : Cour EDH, 11 septembre 2007, **L.** c. Lituanie, *Rec.* 2007-IV, §74 ; Cour EDH, 13 juillet 2010, **Kurić et al.** c. Slovénie, req. 26828/06, §407 ; *AJDA*, 2010, 2362, chron. J.-F. Flauss ; *D.*, 2011, 193, obs. J.-F. Renucci ; Cour EDH, 26 juillet 2011, **M. et al.** c. Bulgarie, req. 41416/08, §138.

¹⁷¹⁹ M. EUDES, *La pratique judiciaire interne de la Cour européenne des droits de l'homme*, Pedone, 2005, p. 405. L'injonction a pu être définie comme « *un acte de commandement (...) répondant à une finalité spécifique : celle de la jonction du droit et du fait* » ; autrement dit, elle est un instrument visant à « *exécuter une norme préexistante* » (A. PERRIN, *L'injonction en droit public français*, Ed. Panthéon Assas, 2009, p. 18 et 21).

¹⁷²⁰ E. LAMBERT, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, op. cit., p. 101.

¹⁷²¹ Article 29 du projet d'articles sur la responsabilité des États pour fait internationalement illicite.

¹⁷²² Article 30 du projet d'articles sur la responsabilité des États pour fait internationalement illicite.

¹⁷²³ Article 31§1 du projet d'articles sur la responsabilité des États pour fait internationalement illicite.

¹⁷²⁴ Tel n'est pas le cas si une obligation négative est en jeu. « *À la différence du fait illicite d'omission, le délit d'action, en tant que violation d'une obligation juridique d'abstention, opère donc une transformation radicale de l'obligation préexistante violée, puisqu'à un devoir juridique d'abstention il substitue un devoir nouveau et concret d'action, le devoir de rétablir la situation préexistante au délit, l'obligation à la restitutio in integrum* » (R. AGO, « Le délit international », *RCADI*, 1939, t. 68, p. 505-506).

l'illicite se traduit précisément dans l'obligation de créer exactement le changement prévu par la règle violée. Il n'est pas utile de discuter ici si cette obligation est exactement la même qui existait auparavant et qui survit, ou si au contraire — comme il semble plus exact — elle est une obligation nouvelle de contenu identique à la précédente qui s'est éteinte à la suite du délit, et à laquelle elle s'est substituée. Ce qui est important, c'est qu'en tout cas ici le contenu et la nature juridique de l'obligation qui incombe à l'État coupable sont toujours les mêmes : il s'agit toujours d'une obligation de faire, et de faire toujours la même action. Cela en laissant de côté naturellement toute autre obligation ultérieure de dédommagement qui pourrait encore naître du délit. Un État qui s'est obligé à effectuer la remise à un autre État d'une chose déterminée reste évidemment obligé par la suite d'effectuer toujours la même remise. En cas de fait illicite d'omission, on peut donc dire que l'obligation juridique fondamentale de réaliser la situation qui aurait existé si le délit ne s'était pas produit peut s'analyser en une obligation à l'exécution spécifique »¹⁷²⁵. Ainsi, en dégagant et concluant au non respect d'une obligation positive, la Cour indique également aux États les mesures à prendre en exécution de son arrêt.

645. La technique des obligations positives a permis de développer le pouvoir d'injonction du juge à deux titres. Elle a tout d'abord agi en amont du constat de violation, en permettant d'étendre la compétence de la Cour (Section 1). Elle a ensuite eu des effets en aval du constat de violation en autorisant la Cour à développer une certaine gradation des obligations imposées (Section 2).

¹⁷²⁵ *Ibid.*, p. 504-505. De même voir F. LATTY, « Actions and Omissions » in J. CRAWFORD, A. PELLET, S. OLLESON, *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, 2010, p. 362.

SECTION 1 : L'extension de la compétence de la Cour

646. La technique des obligations positives, en tant que procédé interprétatif permettant au juge européen de déduire d'une disposition conventionnelle des obligations étatiques d'action qui n'y sont pas prescrites expressément, agit naturellement sur le champ d'application *ratione materiae* de la Convention, en provoquant une « *dilatation* » de ce dernier¹⁷²⁶. De manière plus surprenante elle agit également sur d'autres volets de la compétence de la Cour. Elle a en effet eu des effets majeurs sur la notion de juridiction de l'État au sens de l'article 1 CEDH, notion qui touche à la fois les compétences *ratione loci* et *personae* de la Cour (§1). Elle a également eu des implications directes sur la compétence *ratione temporis* de la Cour (§2).

§1. Les effets de la technique des obligations positives sur la juridiction de l'État au sens de l'article 1 CEDH

647. Après avoir défini la notion de juridiction de l'État au sens de l'article 1 CEDH (A), nous verrons que la technique des obligations positives a été source d'extension (B) et de fragmentation (C) de cette dernière.

A. La définition de la juridiction de l'État

648. Les traités internationaux sont, selon l'article 29 de la Convention de Vienne de 1969¹⁷²⁷, soumis à une application territoriale. Sauf précision contraire, le champ d'application *ratione loci* de ces derniers est donc contingent des frontières étatiques. Une première ébauche de

¹⁷²⁶ J. F. AKANDJI-KOMBÉ, « L'obligation positive d'enquête sur le terrain de l'article 3 CEDH », in C.-A. CHASSIN (dir.), *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 125.

¹⁷²⁷ « A moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie, un traité lie chacune des parties à l'égard de l'ensemble de son territoire ».

l'article 1 de la Convention de Rome prévoyait que les États devaient garantir¹⁷²⁸ les droits conventionnels « à toute personne résidant sur leur territoire ». Cette expression, jugée trop restrictive, fut finalement remplacée par les termes « *relevant de leur juridiction* »¹⁷²⁹. Ainsi l'article 1 CEDH dispose que « *les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention* ».

649. La responsabilité de l'État pour violation de la Convention EDH ne saurait donc être engagée qu'en raison des atteintes aux droits conventionnels commises à l'encontre des individus relevant de la juridiction dudit État. La notion de juridiction intervient alors comme facteur de limitation de la responsabilité étatique. Comme le souligne le Professeur Ph. Weckel, « *l'exigence d'un rattachement du fait illicite à la juridiction de l'État constitue une restriction par rapport au droit commun de la responsabilité internationale : les États ne garantissent le respect des droits de l'homme qu'à l'égard des personnes qui, à un titre ou à un autre relèvent de leur autorité* »¹⁷³⁰. Cette limitation trouve une justification logique et pragmatique. Selon le Professeur J. A. Carrillo-Salcedo, « *l'expression relevant de leur juridiction semble limiter le nombre des bénéficiaires de la Convention, mais ne fait qu'établir le lien nécessaire entre la victime d'une violation de la Convention et l'État partie à qui cette violation est imputable. Autrement dit, pour que la Convention soit applicable, il doit être possible à l'État de reconnaître les droits garantis par la Convention* »¹⁷³¹.

650. L'État détient la souveraineté exclusive sur son territoire. Sur ce dernier, la juridiction de l'État est donc présumée. Ainsi, tel que l'affirme la Cour, « *la juridiction d'un État, au sens de l'article 1, est principalement territoriale (...). Elle est présumée s'exercer normalement sur l'ensemble de son territoire* ». Mais « *à l'inverse, les actes des États contractants accomplis ou produisant des effets en dehors de leur territoire ne peuvent que dans des circonstances*

¹⁷²⁸ Le terme « garantir » fut ensuite remplacé par « reconnaître » (voir *supra* Partie 1, Chapitre 1, Section 3, §2, A, 1, n° 206 et s.).

¹⁷²⁹ Cour EDH, GC, Déc., 12 décembre 2001, **Bankovic et al.** c. Belgique, République Tchèque, Danemark, France, Allemagne, Grèce, Hongrie, Islande, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Norvège, Pologne, Portugal, Espagne, Turquie et Royaume-Uni, *Rec.* 2001-XII, §19 et s. ; *Europe*, 2002, comm. 208, V. Lechevallier ; *JCP G*, 2002, I, 105, n° 1, chron. F. Sudre ; *RGDIP*, 2002, 437, obs. Ph. Weckel ; *RTDH*, 2002, 1056, obs. G. Cohen-Jonathan ; *AJDA*, 2002, 500, chron. J.-F. Flauss.

¹⁷³⁰ *RGDIP*, 2004, 1038, obs. Ph. Weckel.

¹⁷³¹ J. A. CARRILLO- SALCEDO, « Article 1 », in L.-E. PETTITI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Economica, 2^{ème} éd., 1999, p. 134.

exceptionnelles s'analyser en l'exercice par eux de leur juridiction, au sens de l'article 1 »¹⁷³². La juridiction extraterritoriale de l'État dépend alors étroitement de ce que la Cour entend par "juridiction de l'État". La notion de juridiction est étrangère au droit international de la compétence (1). Elle est à la fois territoriale et personnelle (2).

1. Une notion de juridiction étrangère au droit international de la compétence

651. En droit international public, la notion de juridiction de l'État peut avoir deux acceptions. La Cour a un temps semblé hésiter entre ces deux définitions. Ainsi, selon C. Romainville, « *la Cour ne distingue pas le concept de juridiction "prescriptive", qui vise l'étendue des pouvoirs reconnus en droit international public aux États pour exercer leurs compétences, du concept de juridiction au sens du droit international de la responsabilité des États* »¹⁷³³. Selon le premier sens, la notion de juridiction peut être assimilable à celle de compétence¹⁷³⁴. Selon le second elle désigne l'autorité, ou le pouvoir exercé par l'État sur un territoire ou sur des individus¹⁷³⁵.

652. La Commission EDH¹⁷³⁶, les autres organes internationaux ou régionaux de

¹⁷³² Cour EDH, GC, 7 juillet 2011, **Al-Skeini et al.** c. Royaume-Uni, *Rec.* 2011-..., §131 ; *RGDIP*, 2012, 62, obs. P.-F. Laval ; *RTDH*, 2012, 647, obs. I. Panoussis ; *JDI*, 2012, chron. 6, obs. A. Schill. De même voir Cour EDH, GC, Déc., 12 décembre 2001, **Bankovic et al.**, *préc.*, §59. La formulation adoptée par la Cour a cependant évolué à partir de l'affaire *Bankovic*. Auparavant, elle affirmait que « *selon sa jurisprudence constante, la notion de "juridiction" au sens de l'article 1 de la Convention (art. 1) ne se circonscrit pas au territoire national des Hautes Parties contractantes. La responsabilité de ces dernières peut donc entrer en jeu à raison d'actes ou d'omissions émanant de leurs organes et déployant leurs effets en dehors de leur territoire* » (Cour EDH, GC, 18 décembre 1996, **Loizidou** c. Turquie (fond), *Rec.* 1996-VI, §52 ; *JDI*, 1997, 273, obs. P. Tavernier ; *RTDH*, 1998, 102, obs. J.-P. Cot ; *RGDIP*, 1998, 123, obs. G. Cohen-Jonathan).

¹⁷³³ C. ROMAINVILLE, « Contentieux irakien et extraterritorialité, de la nécessité de dépasser *Bankovic* », *RTDH*, 2009, p. 1021. Selon le professeur O. de Schutter, « *the European Court of Human Rights appears to hold to this confusion between the notion of "jurisdiction" as a source of potential State responsibility under Article 1 ECHR and the notion of (prescriptive) "jurisdiction" as the scope of the powers to legislate which public international law recognizes to a State, despite the absence of any logical connection between these two concepts* » O. de SCHUTTER, « Globalization and Jurisdiction : Lessons from the European Convention on Human Rights », *CRIDHO Working Paper*, 2005, n° 4, p. 9, note de bas de page n° 22.

¹⁷³⁴ « *When public international lawyers pose the problem of jurisdiction, they have in mind the State's right under international law to regulate conduct in matters not exclusively of domestic concern* » (F. A. MANN, « The doctrine of Jurisdiction in International Law », *RCADI*, 1964-I, vol. 82, p. 9).

¹⁷³⁵ « *The "ordinary meaning" of the word "jurisdiction" is "power or authority in general"* » (L. LOUCAIDES, « Determining the extraterritorial Effect of the European Convention : Facts, Jurisprudence, and the *Bankovic* Case », *EHRLR*, 2006, p. 394).

¹⁷³⁶ ComEDH, Déc., 26 mai 1975, **Chypre c. Turquie**, req. 6780/74 et 6950/75, *D.R.* 2, p. 150, §10.

protection des droits de l'homme¹⁷³⁷ ainsi que la Cour Internationale de Justice¹⁷³⁸ appliquent la seconde conception. Il en est de même pour la Cour EDH, bien que cette dernière proclame dans certains arrêts appliquer la notion de juridiction au sens de compétence¹⁷³⁹. Certains auteurs, après analyse minutieuse de la jurisprudence européenne, ont en effet soutenu que la notion de juridiction au sens de l'article 1 CEDH était « *étrangère au droit international de la compétence* »¹⁷⁴⁰.

653. Ainsi, selon les professeurs J. Velu et R. Ergec, « *les États contractants sont tenus de garantir les droits et libertés énoncés dans la Convention et ses protocoles pour tous les actes ou omissions de leurs agents exerçant l'autorité publique hors du territoire national. L'état ou la nationalité des victimes d'une violation commise en territoire étranger importe peu. La licéité, au*

¹⁷³⁷ « *In principle, the inquiry turns not on the presumed victim's nationality or presence within a particular geographic area, but on whether, under the specific circumstances, the State observed the rights of a person subject to its authority and control* » (ComIADH, 29 septembre 1999, **Coard et al.** c. Etats-Unis, Fond, §37, Résolution 109/99, Affaire 10. 951, *Rapport annuel* 1999). Se reporter à Ch. M. CERNA, « Extraterritorial Application of the Human Rights Instruments of the Inter-American System », in F. COOMANS, M. KAMMINGA (ed.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Intersentia, Antwerp, 2004. p. 141-174 et D. CASSEL, « Extraterritorial Application of Inter-American Human Rights Instruments », in F. COOMANS, M. KAMMINGA (ed.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Intersentia, Antwerp, 2004. p. 175-181). Sur la réécriture de l'article 2§1 du PIDCP par le Comité des droits de l'homme, voir Comité DH, Const., 29 juillet 1981, **Lopez Burgos** c. Uruguay, comm. n° 52/1979 ; Comité DH, Observation générale n° 31, 29 mars 2004, **Nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte**, §10 ; Comité DESC, Observation finale, 23 mai 2003, **Israel** (E/C.12/1/Add.90), §31. Voir D. MCGOLDRICK, « Extraterritorial Application of the International Covenant on Civil and Political Rights », in F. COOMANS, M. KAMMINGA (ed.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Intersentia, Antwerp, 2004. p. 41-72 et M. SCHEININ, « Extraterritorial Effect of the International Covenant on Civil and Political Rights », in F. COOMANS, M. KAMMINGA (ed.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Intersentia, Antwerp, 2004. p. 73-80.

¹⁷³⁸ CIJ, Avis, 9 juillet 2004, **Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé**, *Rec.* 2004, p. 136, §102-113.

¹⁷³⁹ Cour EDH, GC, Déc., 12 décembre 2001, **Bankovic et al.**, *préc.*, §59 et s. ; Cour EDH, GC, 8 avril 2004, **Assanidzé**, *préc.*, §137.

¹⁷⁴⁰ E. LAGRANGE, « L'application de la Convention de Rome à des actes accomplis par les États parties en dehors du territoire national », *RGDIP*, 2008, p. 522. Pour A. Guellali en droit international des droits de l'homme, « *la juridiction est l'obligation que possède chaque État de respecter et protéger les droits inhérents des individus. Sa fonction est de déterminer l'État responsable de la violation et non le titre juridique de l'État à agir* », et elle est basée sur « *l'incidence du pouvoir effectif de l'État sur la jouissance des droits reconnus et protégés par de telles Conventions* » (A. GUELLALI, « L'application extraterritoriale des droits de l'homme en cas de conflit armé ou d'occupation de territoire », *RDISDP*, 2006, p. 319 et 323-324). Selon P.-F. Laval, « *la Cour semble se méprendre sur la signification à donner au terme "juridiction" qui, s'il est parfois employé dans un sens voisin de celui de compétence, c'est-à-dire en tant qu'aptitude légale à exercer le pouvoir, renvoie d'abord, s'agissant du droit international de la responsabilité, à l'"autorité" ou au "pouvoir" lui-même* » (P.-F. LAVAL, « À propos de la juridiction extraterritoriale de l'État. Observations sur l'arrêt Al-Skeini de la Cour européenne des droits de l'homme du 7 juillet 2011 », *RGDIP*, 2012, p. 68-69). Pour M. Milanovic, « *the word 'jurisdiction' is meant to denote solely a sort of factual power that a state exercises over persons or territory. It is not a legal competence, nor is it, as we shall see, that notion of jurisdiction in general international law which delimits the municipal legal orders of states* ». (M. MILANOVIC, « From Compromise to Principle : Clarifying the Concept of State Jurisdiction in Human Rights Treaties », *HRLR*, 2008, 8, p. 417 ; M. MILANOVIC, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties : law, principles, and policy*, Oxford University Press, 2011, p. 53).

regard du droit international, du titre en vertu duquel ces actes ont été accomplis n'est pas davantage opérante. L'élément déterminant est une question de fait : au moment du comportement incriminé, les autorités de l'État exerçaient-elles un contrôle effectif sur les personnes qui se prétendent lésées ? »¹⁷⁴¹. Il est donc inutile de démontrer l'existence d'un titre de compétence ou la licéité du fait étatique au regard du droit international afin de déclarer la juridiction de l'État. De nombreux auteurs ont justement démontré et dénoncé les incohérences juridiques et éthiques auxquelles mèneraient de telles exigences¹⁷⁴². La notion de juridiction au sens de l'article 1 CEDH a alors pu être définie par le professeur E. Lagrange comme « un rapport d'assujettissement du requérant à l'État partie qui peut se déployer aussi bien sur le territoire du second qu'en dehors. Aux confins de la recevabilité et du fond, elle conjoint le pouvoir de l'État sur les personnes et la capacité de l'État à leur reconnaître les droits protégés par la Convention »¹⁷⁴³. La juridiction de l'État au sens de l'article 1 CEDH est donc à la fois personnelle et territoriale.

2. Une juridiction personnelle et territoriale

654. Dans sa décision *Bankovic*, la Cour a cependant émis une limite de taille à l'établissement de la juridiction de l'État, en affirmant que « la Convention est un traité multilatéral opérant, (...) dans un contexte essentiellement régional, et plus particulièrement dans l'espace juridique des États contractants (...). Elle n'a donc pas vocation à s'appliquer partout dans le monde, même à l'égard du comportement des États contractants »¹⁷⁴⁴. Critiquée par une partie de la

¹⁷⁴¹ J. VELU, R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1990, p. 68. Dans le même sens, voir J. A. CARRILLO- SALCEDO, « Article 1 », *op. cit.*, p. 134.

¹⁷⁴² E. LAGRANGE, « L'application de la Convention de Rome à des actes accomplis par les États parties en dehors du territoire national », *op. cit.*, p. 528 et s. ; C. ROMAINVILLE, « Contentieux irakien et extraterritorialité, de la nécessité de dépasser Bankovic », *op. cit.*, p. 1021-1022 ; P.-F. LAVAL, « À propos de la juridiction extraterritoriale de l'État. Observations sur l'arrêt Al-Skeini de la Cour européenne des droits de l'homme du 7 juillet 2011 », *op. cit.*, p. 68-69 ; M. MILANOVIC, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties : law, principles, and policy*, *op. cit.*, p. 61.

¹⁷⁴³ E. LAGRANGE, « L'application de la Convention de Rome à des actes accomplis par les États parties en dehors du territoire national », *op. cit.*, p. 522.

¹⁷⁴⁴ Cour EDH, GC, Déc., 12 décembre 2001, **Bankovic et al.**, *préc.*, §80.

doctrine¹⁷⁴⁵ et par certains juges¹⁷⁴⁶, la Cour est cependant revenue par la suite sur cette jurisprudence. Elle a ainsi admis la recevabilité de requêtes dont les faits s'étaient déroulés en dehors de l'« espace juridique des États contractants » et a retenu l'existence de la juridiction de certains États membres pour des faits commis au Kenya¹⁷⁴⁷, en Irak¹⁷⁴⁸, ou encore en haute mer¹⁷⁴⁹. Désormais, le seul critère déterminant est celui de l'existence d'un contrôle effectif, que ce dernier s'exerce sur le territoire d'un État tiers, partie ou non à la Convention, ou sur une personne, de manière indifférente à sa localisation¹⁷⁵⁰.

655. La Cour l'a affirmé explicitement dans son arrêt *Al-Skeini*¹⁷⁵¹, en distinguant bien ces deux hypothèses constituant des « *circonstances exceptionnelles susceptibles d'emporter exercice par l'État contractant de sa juridiction à l'extérieur de ses propres frontières* »¹⁷⁵².

¹⁷⁴⁵ *RTDH* 2002, 1082, obs. G. Cohen-Jonathan ; *AJDA*, 2002, 500, chron. J.-F. Flauss ; S. KARAGIANNIS, « Le territoire d'application de la convention européenne des droits de l'homme. Vaetera et Nova », *RTDH*, 2005, p. 110. *Contra*, le professeur Sudre se félicite que la Cour EDH « se garde de faire de la Convention "la bonne à tout faire" des relations internationales » (*JCP G* 2002, I, 105, n° 1, chron. F. Sudre). Pour le professeur Ph. Weckel, « le recentrage était nécessaire pour préserver la cohérence et l'effectivité du système européen » (*RGDIP*, 2002, 438, obs. Ph. Weckel). Pour le professeur F. Benoît-Rohmer, « la solution retenue est prudente, mais ne pouvait guère être différente. Reconnaître que la responsabilité des États défendeurs pouvait être engagée aurait pu avoir des conséquences très préjudiciables pour toutes les actions collectives militaires internationales futures » (F. BENOÎT-ROHMER, « Pour un espace juridique européen de protection des droits de l'homme », *EDL*, 2005, 15, p. 11).

¹⁷⁴⁶ Opinion concordante du juge L. Loucaides jointe à l'arrêt Cour EDH, GC, 8 avril 2004, *Assanidzé*, *préc.*. L. LOUCAIDES, « Determining the extraterritorial Effect of the European Convention : Facts, Jurisprudence, and the Bankovic Case », *op. cit.*, p. 399.

¹⁷⁴⁷ Cour EDH, GC, 12 mai 2005, *Öcalan c. Turquie*, *Rec.* 2005-IV, §91 ; *GACEDH*, n° 13 ; *JDI*, 2006, 1085, obs. E. Decaux ; *RFDA*, 2006, 308, note H. Labayle ; *JCP G*, 2005, 1451, chron. F. Sudre ; *AJDA*, 2005, 541, chron. J.-F. Flauss.

¹⁷⁴⁸ Cour EDH, 16 novembre 2004, *Issa et al. c. Turquie*, req. 31821/96, §71 ; *RTDH*, 2005, 767, note G. Cohen-Jonathan ; Cour EDH, 2 mars 2010, *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, *Rec.* 2010-..., §87 ; *JJCP G*, 2010, act. 327, K. Grabarczyk ; *JCP G*, 2010, 859, chron. F. Sudre ; *RTDH*, 2010, 959, com. Ph. Frumer ; *JDI*, 2011, 1324, obs. M. Boumghar ; *Rev. sc. crim.*, 2010, 675, chron. J.-P. Marguénaud et D. Roets. Cour EDH, GC, 7 juillet 2011, *Al-Skeini et al.*, *préc.*, §149 ; Cour EDH, GC, 7 juillet 2011, *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, *Rec.* 2011-..., §86 ; *RGDIP*, 2011, 983, obs. C.-A. Chassin ; *RTDH*, 2012, 647, obs. I. Panoussis ; *JDI*, 2012, chron. 6, obs. M. Boumghar.

¹⁷⁴⁹ La Cour jugea que du fait du « contrôle absolu et exclusif » exercé par un navire de guerre français sur le navire intercepté et son équipage, ces derniers relevaient de la juridiction de la France (Cour EDH, GC, 29 mars 2010, *Medvedyev et al. c. France*, *Rec.* 2010-..., §65-67).

¹⁷⁵⁰ R. WILDE, « Legal Space or "espace juridique" of the European Convention on human rights : is it relevant to extraterritorial state action ? », *EHRLR*, 2005, 2, 116 ; E. LAGRANGE, « L'application de la Convention de Rome à des actes accomplis par les États parties en dehors du territoire national », *op. cit.*, p. 544 ; M. MILANOVIC, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties : law, principles, and policy*, *op. cit.*, p. 53 ; P.-F. LAVAL, « À propos de la juridiction extraterritoriale de l'État. Observations sur l'arrêt *Al-Skeini* de la Cour européenne des droits de l'homme du 7 juillet 2011 », *op. cit.*, p. 65 et s.

¹⁷⁵¹ Cour EDH, GC, 7 juillet 2011, *Al-Skeini et al.*, *préc.*, §136-140.

¹⁷⁵² *Ibid.*, §132.

La première, qu'il est possible de qualifier de juridiction personnelle ou *ratione personae*¹⁷⁵³, concerne « l'autorité et le contrôle d'un agent de l'État ». Selon la Cour, « l'élément déterminant dans ce type de cas est l'exercice d'un pouvoir et d'un contrôle physiques sur les personnes en question »¹⁷⁵⁴. En l'état actuel de la jurisprudence européenne, un doute subsiste quant à savoir si les personnes tuées sur un territoire étranger lors d'un bombardement commis par les forces aériennes d'un État tiers, hypothèse de la décision *Bankovic*, seront considérées comme sous le « pouvoir » et le « contrôle physiques » des forces aériennes, et donc comme relevant de la juridiction personnelle de cet État au sens de l'article 1 CEDH¹⁷⁵⁵. En effet, il ne faut pas assimiler juridiction et attribution ; les deux éléments restent distincts. Le simple fait qu'une atteinte à un droit ait été commise par un agent d'un État et soit donc attribuable à ce dernier ne suffit pas pour conclure à la juridiction de cet État¹⁷⁵⁶.

La seconde circonstance emportant juridiction extraterritoriale d'un État se présente en cas de « contrôle effectif sur un territoire ». Une telle juridiction territoriale ou *ratione loci* peut être identifiée « lorsque, par suite d'une action militaire – légale ou non –, l'État exerce un contrôle effectif sur une zone située en dehors de son territoire »¹⁷⁵⁷.

¹⁷⁵³ La Cour avait déjà appliqué auparavant une conception personnelle de la juridiction : Cour EDH, 16 novembre 2004, *Issa et al.*, préc., §71 ; Cour EDH, GC, 12 mai 2005, *Öcalan*, préc., §91.

¹⁷⁵⁴ Cour EDH, GC, 7 juillet 2011, *Al-Skeini et al.*, préc., §136.

¹⁷⁵⁵ La Commission IADH a considéré qu'étaient sous le contrôle et l'autorité de l'État cubain, et donc sous sa juridiction, les personnes ayant trouvé la mort à bord d'un avion bombardé par les forces aériennes cubaines dans l'espace aérien international (ComIADH, 29 septembre 1999, *Armando Alejandro Jr., Carlos Costa, Mario de La Pena, et Pablo Morales c. Cuba*, Fond, Résolution 86/99, Affaire 11.589, *Rapport annuel* 1999, §25).

¹⁷⁵⁶ Cour EDH, GC, Déc., 12 décembre 2001, *Bankovic et al.*, préc., §75 ; Cour EDH, GC, 8 juillet 2004, *Ilascu et al.*, préc., §311 ; Cour EDH, GC, 7 juillet 2011, *Al-Jedda*, préc., §74 ; Cour EDH, GC, 7 juillet 2011, *Al-Skeini et al.*, préc., §130. A. GUELALI, « L'application extraterritoriale des droits de l'homme en cas de conflit armé ou d'occupation de territoire », *op. cit.*, p. 321-322 ; M. MILANOVIC, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties : law, principles, and policy*, *op. cit.*, p. 53 ; P.-F. LAVAL, « À propos de la juridiction extraterritoriale de l'État. Observations sur l'arrêt Al-Skeini de la Cour européenne des droits de l'homme du 7 juillet 2011 », *op. cit.*, p. 63. Certains auteurs ont ainsi défendu, pour contourner la jurisprudence *Bankovic*, que pour ce qui concerne les obligations de respecter les droits, et donc les obligations négatives, devrait être appliqué le simple critère du contrôle sur les agents étatiques, ce qui reviendrait dans ce cas à simplement exiger que le fait soit attribuable à l'État sans avoir à prouver l'existence de la juridiction de ce dernier. La juridiction ne serait alors pertinente qu'afin d'imposer des obligations de garantir les droits, et donc des obligations positives (M. MILANOVIC, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties : law, principles, and policy*, *op. cit.*, p. 210).

¹⁷⁵⁷ Cour EDH, GC, 7 juillet 2011, *Al-Skeini et al.*, préc., §138. De même voir : Cour EDH, GC, 23 mars 1995, *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires), A 310, §62 ; *GACEDH*, n° 1 ; *RUDH*, 1996, 6, obs. F. Sudre ; *RGDIP*, 1998, 123, obs. G. Cohen-Jonathan. La Cour manque cependant de rigueur dans la mesure où elle utilise tantôt le terme de contrôle global (Cour EDH, GC, 10 mai 2001, *Chypre c. Turquie*, Rec. 2001-IV, §77 ; *RTDH*, 2002, 807, obs. P. Tavernier ; *JCP G*, 2001, I, 342, n° 7, obs. F. Sudre 2789 ; *JDI*, 2002, 289, obs. E. Delaplace), tantôt celui de contrôle effectif.

656. La notion de juridiction de l'État au sens de l'article 1 CEDH ayant été définie, reste à aborder comment la technique des obligations positives a été utilisée par le juge européen afin d'étendre celle-ci.

B. La technique des obligations positives, source d'extension de la juridiction de l'État

657. La juridiction de l'État est présumée sur son territoire, cependant, en cas de perte de contrôle d'une partie de ce dernier, elle peut être remise en cause¹⁷⁵⁸. Toutefois, à partir de son arrêt de Grande Chambre *Ilascu* de 2004, la Cour a développé, grâce à la technique des obligations positives¹⁷⁵⁹ « appliquée à l'article 1^{er} de la Convention, une conception élargie de la notion de juridiction territoriale de l'État »¹⁷⁶⁰. En particulier, celle-ci a servi « de soutien au principe en vertu duquel l'État exerce sa juridiction sur l'ensemble de son territoire » en rendant « plus difficile la relativisation de sa responsabilité »¹⁷⁶¹.

La technique des obligations positives permet donc de reconnaître la juridiction de l'État sur une portion de son territoire dont il a perdu le contrôle (1). Cette utilisation de la technique est cependant source d'incohérences (2).

1. Une juridiction reconnue en l'absence de contrôle effectif d'un État sur son territoire

658. Dans l'affaire *Ilascu*, les requérants avaient été arrêtés, condamnés et détenus par les autorités de la République Moldave de Transnistrie (« RMT »). La « RMT » ayant fait sécession

¹⁷⁵⁸ Voir par exemple : Cour EDH, GC, 10 mai 2001, **Chypre c. Turquie**, *préc.*.

¹⁷⁵⁹ Les auteurs cités ci-après utilisent le terme « *théorie des obligations positives* ». Notre thèse est cependant de soutenir qu'il s'agit, dans le cadre de l'utilisation par la juge européen, d'une technique (V. *supra* Introduction, §2, C, n° 44.).

¹⁷⁶⁰ G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUSS, « Cour européenne des droits de l'homme et droit international général (2004) », *AFDI*, 2004, p. 786.

¹⁷⁶¹ J. TAVERNIER, « Compétence *ratione loci* : extraterritorialité et recevabilité », in P. DOURNEAU-JOSETTE et E. LAMBERT-ABDELGAWAD (dir.), *Quel filtrage des requêtes par la Cour européenne des droits de l'homme ?*, Ed. du Conseil de l'Europe, 2011, p. 118.

de la Moldavie, elle contrôlait une partie du territoire de cette dernière. La question était de savoir si les faits commis par les organes de la « RMT » sur une partie du territoire dont la Moldavie n'avait plus le contrôle pouvaient tout de même relever de la juridiction de cette dernière.

659. La Cour a établi que « *les engagements pris par une Partie contractante en vertu de l'article 1 de la Convention comportent, outre le devoir de s'abstenir de toute ingérence dans la jouissance des droits et libertés garantis, des obligations positives de prendre les mesures appropriées pour assurer le respect de ces droits et libertés sur son territoire (...). Ces obligations subsistent même dans le cas d'une limitation de l'exercice de son autorité sur une partie de son territoire, de sorte qu'il incombe à l'État de prendre toutes les mesures appropriées qui restent en son pouvoir* »¹⁷⁶². Puis plus loin elle affirma que « *même en l'absence de contrôle effectif sur la région transnistrienne, la Moldova demeure tenue, en vertu de l'article 1 de la Convention, par l'obligation positive de prendre les mesures qui sont en son pouvoir et en conformité avec le droit international – qu'elles soient d'ordre diplomatique, économique, judiciaire ou autre – afin d'assurer dans le chef des requérants le respect des droits garantis par la Convention* »¹⁷⁶³. Elle a conclu ensuite « *que les requérants relèvent de la juridiction de la République de Moldova au sens de l'article 1 de la Convention* »¹⁷⁶⁴.

660. La référence aux obligations positives issues de l'article 1 CEDH a donc permis à la Cour de surmonter l'absence de contrôle effectif de la Moldavie sur le territoire en cause afin de reconnaître sa juridiction. Cette position a reçu de nombreuses critiques. Celles-ci paraissent à certains égards justifiées, mais davantage quant à la motivation adoptée par la Cour que quant au résultat obtenu, à savoir l'établissement de la juridiction de la Moldavie.

661. Pour le juge L. Loucaides, l'identification de la juridiction de l'État alors que ce dernier ne contrôle pas la partie de territoire concernée, équivaut « *à élargir la notion de*

¹⁷⁶² Cour EDH, GC, 8 juillet 2004, **Ilascu et al.**, *préc.*, §313. Pour une application de cet arrêt de principe : Cour EDH, 15 novembre 2011, **Ivanțoc et al.** c. Moldavie et Russie, req. 23687/05, §105-106 ; *JDI*, 2012, chron. 6, obs. G. Dannenberg.. Par ailleurs, dans deux décisions elle a rappelé les principes dégagés dans l'affaire *Ilascu* mais a renvoyé l'examen de la question de la juridiction des États défendeurs à ses arrêts au fond, non encore rendus à ce jour : Cour EDH, GC, Déc., 14 décembre 2011, **Chiragov et al.** c. Arménie, req. 13216/05, §82-84 ; Cour EDH, GC, Déc., 14 décembre 2011, **Sargsyan** c. Azerbaïdjan, req. 40167/06, §73-75.

¹⁷⁶³ Cour EDH, GC, 8 juillet 2004, **Ilascu et al.**, *préc.*, §331. Dans l'affaire *Assanidzé*, elle avait déjà affirmé que « *le devoir général incombant à l'État en vertu de l'article 1 de la Convention implique et exige la mise en œuvre d'un système étatique de nature à garantir le respect de la Convention sur tout son territoire et à l'égard de chaque individu* » (Cour EDH, GC, 8 avril 2004, **Assanidzé**, *préc.*, §147).

¹⁷⁶⁴ Cour EDH, GC, 8 juillet 2004, **Ilascu et al.**, *préc.*, §335.

"juridiction" jusqu'à l'absurde » de manière « irréaliste et injuste »¹⁷⁶⁵. Le juge N. Bratza formule le même reproche en affirmant que la juridiction de l'État ne devrait pouvoir être établie que lorsque « l'État a le pouvoir de "reconna[ître] à toute personne (...) les droits et libertés" définis dans ce texte », dit pouvoir manifestement absent en l'espèce¹⁷⁶⁶.

662. Sans doute la Cour, en estimant que devaient être déduites de l'article 1 CEDH « des obligations positives de prendre les mesures appropriées pour assurer le respect de ces droits et libertés sur son territoire »¹⁷⁶⁷, a effectué une véritable réécriture de l'article 1 grâce à la technique des obligations positives. Comme l'écrit le professeur O. de Frouville, le juge européen procède « à l'assimilation au moins partielle de l'article 1^{er} de la Convention à l'article 1^{er} des Conventions de Genève de 1949 sur le droit humanitaire, en vertu duquel les États Parties s'engagent à "respecter et faire respecter" les Conventions en toutes circonstances. Certes, l'obligation de "faire respecter" est ici limitée au territoire de l'État considéré et ne s'étend pas au territoire des autres États Parties ou des États tiers »¹⁷⁶⁸.

Ce résultat est louable en ce qu'il manifeste le refus de la Cour de tolérer des zones de non-application de la Convention au sein du territoire des États membres. Cependant, la motivation adoptée par la Cour, et en particulier l'utilisation de la technique des obligations positives dans ce contexte, peut porter à confusion.

2. Une utilisation de la technique des obligations positives source d'incohérences

663. Selon le juge N. Bratza, « l'utilisation même de l'expression "obligations positives de l'État" et la référence qui est faite dans l'arrêt à la jurisprudence de la Cour au titre de l'article 1 concernant ces obligations me paraissent à la fois inutiles et trompeuses dans le contexte de la présente affaire »¹⁷⁶⁹. Il souligne en effet que les deux notions devraient s'appliquer à des moments

¹⁷⁶⁵ Cour EDH, GC, 8 juillet 2004, **Ilascu et al.**, préc., Opinion partiellement dissidente du juge L. Loucaides.

¹⁷⁶⁶ Cour EDH, GC, 8 juillet 2004, **Ilascu et al.**, préc., Opinion partiellement dissidente du juge N. Bratza, à laquelle se rallient les juges C. L. Rozakis, J. Hédigan, W. Thomassen et T. Pantiru, §8. Certains membres de la doctrine se sont rangés à ces critiques : *JDI* 2005, 475, obs. O. de Frouville.

¹⁷⁶⁷ Cour EDH, GC, 8 juillet 2004, **Ilascu et al.**, préc., §313.

¹⁷⁶⁸ *JDI* 2005, 475, obs. O. de Frouville.

¹⁷⁶⁹ Cour EDH, GC, 8 juillet 2004, **Ilascu et al.**, préc., Opinion partiellement dissidente du juge N. Bratza, à laquelle se rallient les juges C. L. Rozakis, J. Hédigan, W. Thomassen et T. Pantiru, §8.

différents et ne pas être liées, la juridiction étant un préalable à la détermination de la portée des obligations positives de l'État. Ainsi, il estime que la notion d'obligation positive « *a été conçue en considération d'un contexte factuel où l'État défendeur exerçait un contrôle complet et effectif sur l'ensemble de son territoire et où les individus se trouvant sur ce territoire relevaient indiscutablement de sa "juridiction" aux fins de la Convention* »¹⁷⁷⁰.

664. Cette confusion provient en réalité de l'utilisation par la Cour du même terme d'« obligation positive » afin de désigner deux catégories d'obligations pourtant bien distinctes. Selon le Professeur G. Cohen-Jonathan, « *les obligations positives assumées par l'État au titre de l'article 1^{er} de la Convention européenne ne sont peut-être pas purement et simplement assimilables à celles qui lui sont d'ordinaire imposées en vertu de la théorie du même nom* »¹⁷⁷¹. Il faut en effet différencier d'une part l'obligation positive générale d'assurer l'effectivité des droits conventionnels issue de l'article 1 CEDH et d'autre part les obligations positives spéciales.

Selon la définition donnée *supra*¹⁷⁷², une obligation positive spéciale est une obligation d'action à la charge des États déduite d'une disposition matérielle de la Convention. Son fondement juridique est l'un des droits conventionnels, combiné éventuellement avec l'article liminaire.

L'obligation générale issue de l'article 1 CEDH est l'obligation contractée par les États en signant et ratifiant la Convention EDH. En vertu de cette obligation de due diligence, les États doivent s'efforcer d'assurer l'effectivité des droits. Il s'agit de « *prendre les mesures appropriées pour assurer le respect de ces droits et libertés sur son territoire* »¹⁷⁷³. L'ajout du terme « positif » a alors un caractère rhétorique. Il sert à marquer le caractère obligatoire des engagements étatiques et la nécessité pour l'État d'agir en tant que promoteur de l'effectivité des droits. L'obligation « positive » générale issue de l'article 1 CEDH génère alors des obligations spéciales aussi bien négatives que positives.

665. La Cour l'affirme explicitement dans *Ilascu*. Elle estime ainsi que « *les obligations positives incombant à la Moldova concernent tant celles nécessaires pour rétablir son contrôle sur le territoire transnistrien, en tant qu'expression de sa juridiction, que celles destinées à assurer le respect des droits des requérants, y compris leur libération. (...) Quant à l'obligation*

¹⁷⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷⁷¹ G. COHEN-JONATHAN, « À propos des arrêts *Assanidzé* (8 avril 2004), *Ilascu* (8 juillet 2004) et *Issa* (16 novembre 2004). Quelques observations sur les notions de "juridiction" et d' "injonction" », *RTDH* 2005, p. 776.

¹⁷⁷² voir *supra* Partie 1, Chapitre 1, Section 3, §2, n° 204.

¹⁷⁷³ Cour EDH, GC, 8 juillet 2004, *Ilascu et al.*, *préc.*, §313.

relative au rétablissement du contrôle sur la Transnistrie, celle-ci suppose, d'une part, que la Moldova s'abstienne de soutenir le régime séparatiste de la « RMT » et, d'autre part, qu'elle agisse et prenne toutes les mesures à sa disposition, politiques, juridiques ou autres, en vue de rétablir son contrôle sur ce territoire »¹⁷⁷⁴. L'obligation « positive » générale ou obligation d'assurer l'effectivité des droits conventionnels sur le territoire étatique est donc une obligation de rétablir le contrôle sur l'ensemble de ce dernier. Or tel que l'établit la Cour, cette obligation générale, pourtant qualifiée de « positive » implique une pluralité d'obligations spéciales : à la fois des obligations négatives enjoignant l'État à ne pas soutenir un régime séparatiste sur son territoire et des obligations positives visant à mettre en œuvre les mesures nécessaires afin de « rétablir son contrôle sur ce territoire ».

666. Par ailleurs, ces deux catégories d'obligations positives interviennent à deux stades distincts du contrôle de la Cour.

L'obligation positive générale sert à établir la juridiction de l'État¹⁷⁷⁵. L'utilisation de la technique des obligations positives pour étendre la notion de juridiction au sens de l'article 1 CEDH apparaît comme un simple effet de motivation. Il s'agit d'insister sur la nécessité de protéger les droits conventionnels quelle que soit la situation. Il aurait d'ailleurs été possible d'établir la juridiction de l'État sans référence aux obligations positives. Comme le mentionne le juge Rees dans son opinion jointe à l'arrêt, « lorsque les circonstances empêchent un État d'exercer son autorité sur certaines parties de son territoire à cause d'un régime rebelle, sa responsabilité peut se trouver engagée même s'il ne fait pas preuve d'un manque d'engagement ou d'effort tel que cela constitue un acquiescement tacite aux activités de l'administration illégale »¹⁷⁷⁶. Ainsi, selon le professeur Ph. Weckel, « l'insurrection n'affecte pas, à la différence de l'occupation étrangère, la juridiction de l'État sur l'intégralité du territoire national, mais elle modifie le contenu de sa responsabilité »¹⁷⁷⁷. La juridiction de l'État ne doit alors pas être remise en cause et les autorités étatiques doivent agir à l'égard des insurgés comme elles agiraient vis-à-vis de n'importe quelle personne privée : elles doivent mettre en œuvre les mesures raisonnables afin de prévenir et réparer

¹⁷⁷⁴ Cour EDH, GC, 8 juillet 2004, **Ilascu et al.**, préc., §339-340.

¹⁷⁷⁵ *Ibid.*, §331-335.

¹⁷⁷⁶ Opinion partiellement dissidente du juge G. Ress jointe à l'arrêt Cour EDH, GC, 8 juillet 2004, **Ilascu et al.**, préc., §3.

¹⁷⁷⁷ *RGDIP*, 2004, 1041, obs. Ph. Weckel. De même voir G. COHEN-JONATHAN, « À propos des arrêts *Assanidzé* (8 avril 2004), *Ilascu* (8 juillet 2004) et *Issa* (16 novembre 2004). Quelques observations sur les notions de "juridiction" et d'"injonction" », *op. cit.*, p. 777.

les atteintes aux droits conventionnels qu'ils pourraient commettre¹⁷⁷⁸.

En revanche, les obligations positives spéciales interviennent au stade de la détermination de la responsabilité de la Moldavie. La Cour le martèle à plusieurs reprises en affirmant que « *la responsabilité de celle-ci pour les actes dénoncés – commis sur le territoire de la « RMT », sur lequel elle n'exerce aucune autorité effective s'établit à la lumière des obligations positives qui lui incombent en vertu de la Convention* »¹⁷⁷⁹. Elle procède alors à l'examen des obligations positives spéciales précitées. Pour la première, elle considère que la Moldavie a affirmé de manière continue sa « *volonté de rétablir le contrôle sur la région de Transnistrie* »¹⁷⁸⁰. Pour la seconde, elle estime en revanche que les autorités n'ont pris des mesures satisfaisantes afin d'assurer les droits des requérants que jusqu'en mai 2001, date à laquelle M. Ilascu avait été libéré alors que les autres requérants étaient toujours emprisonnés en Transnistrie¹⁷⁸¹. Elle conclut donc « *que la Moldova pourrait voir engager sa responsabilité au regard de la Convention du fait du manquement à ses obligations positives quant aux actes dénoncés postérieurs au mois de mai 2001* »¹⁷⁸².

667. Il y a donc bien deux catégories distinctes d'obligations positives en jeu dans cette affaire. Seule l'obligation positive générale intervient au niveau de la détermination de la juridiction de l'État. La technique des obligations positives appliquée à l'article 1 CEDH est alors facteur d'extension de cette dernière. Cet exemple montre bien le caractère polyvalent de la technique. Tout d'abord utilisée par les organes européens afin de déduire des différents droits conventionnels des obligations d'action qui n'y étaient pas expressément prescrites, elle sert désormais à reformuler l'article 1 CEDH et à étendre la notion de juridiction, facteur imprévisible d'extension du pouvoir de contrôle du juge et des obligations conventionnelles.

La technique des obligations positive joue également un rôle dans l'adoption d'une conception fragmentée de la juridiction, en admettant que cette dernière peut être identifiée de manière partielle, c'est-à-dire limitée.

¹⁷⁷⁸ Le professeur Ph. Weckel parle ainsi d'« *unification du régime de la responsabilité. Le fait des insurgés est en effet traité d'une manière comparable au fait des personnes privées, c'est-à-dire sur la base des obligations de due diligence* » RGDIP, 2004, 1041, obs. Ph. Weckel.

¹⁷⁷⁹ Cour EDH, GC, 8 juillet 2004, **Ilascu et al.**, préc., §335.

¹⁷⁸⁰ *Ibid.*, §340-345.

¹⁷⁸¹ *Ibid.*, §348.

¹⁷⁸² *Ibid.*, §352.

C. La technique des obligations positives, source de fragmentation de la juridiction de l'État

668. Tel que l'a affirmé la Cour dans l'affaire *Ilascu*, la présomption de juridiction de l'État sur son territoire « peut se trouver limitée dans des circonstances exceptionnelles »¹⁷⁸³. Ainsi, « la Cour considère que, si un État contractant se trouve dans l'impossibilité d'exercer son autorité sur l'ensemble de son territoire par une situation de fait contraignante, comme la mise en place d'un régime séparatiste accompagnée ou non par l'occupation militaire par un autre État, l'État ne cesse pas pour autant d'exercer sa juridiction au sens de l'article 1 de la Convention sur la partie du territoire momentanément soumise à une autorité locale soutenue par des forces de rébellion ou par un autre État. Une telle situation factuelle a néanmoins pour effet de réduire la portée de cette juridiction, en ce sens que l'engagement souscrit par l'État contractant en vertu de l'article 1 doit être examiné par la Cour uniquement à la lumière des obligations positives de l'État à l'égard des personnes qui se trouvent sur son territoire »¹⁷⁸⁴.

669. La Cour admet donc que la juridiction de l'État puisse être incomplète. La technique des obligations positives n'est pas étrangère à cette fragmentation de la juridiction. La référence aux obligations positives permet de dépasser l'absence de contrôle de l'État sur son territoire et de reconnaître une juridiction partielle, limitée à certaines de ces dernières. Ainsi, selon le professeur S. Karagiannis « ce détour par la théorie des obligations positives permet, apparemment, à la Cour de distinguer la "juridiction" des États contractants de la "portée de cette juridiction" dans certaines circonstances exceptionnelles. (...) Le jeu entre "juridiction" et "portée de juridiction" est, au surplus, inconnu de la jurisprudence et, probablement, l'insertion de la problématique des obligations positives, elle bien connue, vise à l'apprivoiser »¹⁷⁸⁵. Elle ouvre aussi la voie à la reconnaissance de la juridiction d'une pluralité d'États sur une même portion de territoire¹⁷⁸⁶.

¹⁷⁸³ Cour EDH, GC, 8 juillet 2004, *Ilascu et al.*, préc., §312.

¹⁷⁸⁴ *Ibid.*, §333.

¹⁷⁸⁵ S. KARAGIANNIS, « Le territoire d'application de la convention européenne des droits de l'homme. Vaetera et Nova », *op. cit.*, p. 77.

¹⁷⁸⁶ « La Cour semble adopter l'approche graduelle proposée par les requérants dans l'affaire *Bankovic* puisqu'elle admet clairement un fractionnement et une adaptation de l'imputabilité des actes retenant une responsabilité partagée entre la Moldavie et la Russie » (C. ROMAINVILLE, « Contentieux irakien et extraterritorialité, de la nécessité de dépasser *Bankovic* », *op. cit.*, p. 1025).

670. Ce fractionnement de la juridiction, que la Cour avait pourtant expressément refusé d'admettre dans sa décision *Bankovic*¹⁷⁸⁷ a été contesté. Le juge Ress a ainsi souligné la nécessité de distinguer "juridiction" et "responsabilité" de l'État. Selon le juge allemand, « *la "portée" de la juridiction demeure toujours identique, mais la responsabilité de l'État contractant qui découle de l'engagement pris au titre de l'article 1 peut passer pour ne se rapporter qu'aux obligations positives envers les personnes se trouvant sur son territoire et non à tous les actes commis par l'autorité locale soutenue par les forces rebelles en Transnistrie* »¹⁷⁸⁸.

671. Il aurait en effet été plus judicieux de séparer la question de la juridiction de celle de la détermination des obligations positives spéciales à la charge de l'État. Une chose est d'établir la juridiction de l'État, préalable indispensable à l'engagement de sa responsabilité au regard de la Convention, une autre est de déterminer la portée des obligations lui incombant dans une affaire donnée et sa responsabilité à cet égard. Les obligations exigibles auraient alors pu être établies au regard des critères classiquement utilisés par la Cour, à savoir celui du « *fardeau insupportable et excessif* »¹⁷⁸⁹.

672. Que la question de la juridiction de l'État et celle de la détermination des obligations positives soient liées ou séparées, le résultat est cependant le même et répond à une logique pragmatique. En effet, selon les mots du professeur E. Lagrange, « *l'État n'a pas plus l'occasion que la possibilité concrète de reconnaître à la personne qui lui est assujettie temporairement ou à certaines fins seulement tout le spectre des droits protégés par la Convention et les protocoles qui le lient* »¹⁷⁹⁰. En outre, un arrêt qui viendrait sanctionner un État pour n'avoir

¹⁷⁸⁷ « *La Cour estime toutefois que le texte de l'article 1 n'offre aucun appui à l'argument des requérants selon lequel l'obligation positive que fait cette disposition aux États contractants de reconnaître « les droits et libertés définis au titre I de la (...) Convention » peut être fractionnée et adaptée en fonction des circonstances particulières de l'acte extraterritorial en cause* » (Cour EDH, GC, Déc., 12 décembre 2001, **Bankovic et al.**, préc., §75).

¹⁷⁸⁸ Opinion partiellement dissidente du juge G. Ress jointe à l'arrêt Cour EDH, GC, 8 juillet 2004, **Ilaşcu et al.**, préc., §1. Le juge Bratza contesta également la possibilité d'admettre une juridiction « *réduite, l'État continuant à assumer des obligations positives à l'égard de toutes les personnes se trouvant sur son territoire s'agissant des droits garantis par la Convention* » (Opinion partiellement dissidente du juge N. Bratza, à laquelle se rallient les juges C. L. Rozakis, J. Hédigan, W. Thomassen et T. Pantiru). Pour d'autres critiques voir S. KARAGIANNIS, « *Le territoire d'application de la convention européenne des droits de l'homme. Vaetera et Nova* », *op. cit.*, p. 77.

¹⁷⁸⁹ Cour EDH, GC, 28 octobre 1998, **Osman c. Royaume-Uni**, *Rec.* 1998-VIII, §116 ; *GACEDH*, n° 12 ; *JCP G*, 1999, I, 105, chron. F. Sudre ; *JDI*, 1999, 269, obs. P. Tavernier. En ce sens : R. LAWSON, « *Life after Bankovic : on the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights* », in F. COOMANS, M. KAMMINGA (ed.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Intersentia, Antwerp, 2004. p. 106. Sur le contrôle des obligations positives : voir *supra* Partie 2, Chapitre 2.

¹⁷⁹⁰ E. LAGRANGE, « *L'application de la Convention de Rome à des actes accomplis par les États parties en dehors du territoire national* », *op. cit.*, p. 540.

pas accompli certaines obligations serait dépourvu de toute effectivité si l'absence de contrôle suffisant de l'État sur un territoire rendait illusoire l'exécution d'un tel arrêt¹⁷⁹¹.

673. Dès lors, une corrélation peut être établie entre le degré de contrôle assuré par l'État sur un territoire et la nature et la portée des obligations imposées¹⁷⁹². Si la Cour a pour la première fois explicitement affirmé un tel lien dans son affaire *Ilascu*, il était déjà présent en filigrane dans sa jurisprudence antérieure. Deux situations doivent être différenciées, celle concernant la juridiction de l'État sur son territoire (1) et celle relative à sa juridiction extraterritoriale (2).

1. Sur le territoire de l'État

674. L'État est tenu d'assurer sur son territoire l'ensemble des obligations conventionnelles, qu'elles soient positives ou négatives. Une exception concerne l'hypothèse de l'arrêt *Ilascu* dans laquelle un État perd le contrôle sur une partie de son territoire. Dans cette affaire, la Cour établit que « *les requérants relèvent de la juridiction de la République de Moldova au sens de l'article 1 de la Convention, mais que la responsabilité de celle-ci pour les actes dénoncés – commis sur le territoire de la « RMT », sur lequel elle n'exerce aucune autorité effective – s'établit à la lumière des obligations positives qui lui incombent en vertu de la Convention* »¹⁷⁹³.

675. La référence aux « *obligations positives qui lui incombent en vertu de la Convention* » porte à confusion. Cette référence répétée semble être employée par la Cour pour bien souligner l'absence de responsabilité directe de la Moldavie vis-à-vis de la condamnation et de la détention des requérants. La Cour confond alors la nature des obligations en cause et la question de

¹⁷⁹¹ Cour EDH, GC, 8 juillet 2004, *Ilascu et al.*, préc., Opinion dissidente du juge A. Kovler ; S. KARAGIANNIS, « Le territoire d'application de la convention européenne des droits de l'homme. Vaetera et Nova », *op. cit.*, p. 84.

¹⁷⁹² La Cour l'avait déjà affirmé : « *la portée de l'article 1 (...), est déterminante pour celle des obligations positives pesant sur les Parties contractantes et, partant, pour la portée et l'étendue de tout le système protection des droits de l'homme mis en place par la Convention* » (Cour EDH, GC, Déc., 12 décembre 2001, *Bankovic et al.*, préc., §65). P.-F. LAVAL, « À propos de la juridiction extraterritoriale de l'État. Observations sur l'arrêt Al-Skeini de la Cour européenne des droits de l'homme du 7 juillet 2011 », *op. cit.*, p. 81 ; R. LAWSON, « Life after Bankovic : on the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights », *op. cit.*, p. 120).

¹⁷⁹³ Cour EDH, GC, 8 juillet 2004, *Ilascu et al.*, préc., §335. De même, dans le dispositif de l'arrêt, elle conclut que « *les requérants relèvent de la juridiction de la République de Moldova au sens de l'article 1 de la Convention quant à ses obligations positives* ».

l'attribution du fait étatique. La Moldavie ne peut voir sa responsabilité engagée qu'au regard de ses « obligations positives » car les faits reprochés aux autorités de la « RMT », arrestation, condamnation et détention des requérants, constitutifs de manquement à des obligations négatives, ne lui sont pas attribuables. La « RMT » est un gouvernement sécessionniste et ne peut être considéré comme un organe de la Moldavie. Cependant, il ne faut pas exclure qu'un État puisse engager sa responsabilité pour un manquement à une obligation négative commis par un de ses organes sur une portion de territoire dont il a perdu le contrôle. La Moldavie aurait par exemple violé une obligation négative si un de ses agents avait commis une atteinte à un droit conventionnel (atteinte au droit à la vie, torture) sur le territoire contrôlé par la « RMT ».

676. De plus, la référence aux obligations positives ne renseigne pas sur la nature exacte des obligations exigibles de la Moldavie. Seul un type très particulier d'obligations positive est concerné ici et non l'ensemble des obligations positives à la charge des États en vertu de la Convention¹⁷⁹⁴. La Cour le précise au cours de son arrêt : « l'État en question se doit, avec tous les moyens légaux et diplomatiques dont il dispose envers les États tiers et les organisations internationales, d'essayer de continuer à garantir la jouissance des droits et libertés énoncés dans la Convention »¹⁷⁹⁵. La Cour examine ici des mesures traditionnellement exclues du contrôle du juge car considérées comme des actes de gouvernement¹⁷⁹⁶. La technique des obligations positives permet de manière bienvenue de rendre justiciables des actes auparavant laissés à l'entière discrétion des gouvernants.

677. En outre, selon les termes du professeur O. de Frouville « nécessairement ces mesures positives ne seront pas du même ordre que celles qu'un État a coutume d'adopter dans son ordre juridique interne pour « assurer » le respect des droits de l'homme »¹⁷⁹⁷. Par exemple, bien que les faits commis par la « RMT » puissent être considérés comme ceux d'une personne privée, il était inutile d'imposer à la Moldavie de mener des enquêtes effectives visant à identifier et à punir les auteurs des traitements inhumains et dégradants et des faits de torture subis par les requérants. L'absence de contrôle sur le territoire concerné aurait rendu impossible le succès d'une telle

¹⁷⁹⁴ En outre, tel que mentionné *supra*, la Moldavie a également à sa charge une obligation négative, celle de s'abstenir « de soutenir le régime séparatiste de la "RMT" » (Cour EDH, GC, 8 juillet 2004, *Ilascu et al.*, *préc.*, §340).

¹⁷⁹⁵ Cour EDH, GC, 8 juillet 2004, *Ilascu et al.*, *préc.*, §333. Voir également §340.

¹⁷⁹⁶ *JDI* 2005, 475, obs. O. de Frouville.

¹⁷⁹⁷ *Ibid.*.

obligation¹⁷⁹⁸.

678. En résumé, en présence d'une juridiction réduite du fait de la perte de contrôle d'un État sur son territoire, ce dernier est toujours soumis à des obligations négatives, celles à la charge de ses organes de ne pas porter atteinte aux droits conventionnels. Ses obligations positives sont cependant réduites. Lui sera uniquement imposé « *d'essayer de continuer à garantir la jouissance des droits et libertés énoncés dans la Convention* »¹⁷⁹⁹.

Voyons maintenant quelles sont les obligations conventionnelles imposées aux États en cas de juridiction extraterritoriale.

2. En dehors du territoire de l'État

679. Plusieurs auteurs ont déjà identifié deux situations en cas de juridiction extraterritoriale, mais en tirent des conclusions distinctes¹⁸⁰⁰.

680. La première situation concerne la juridiction *ratione loci* de l'État, c'est-à-dire lorsque ce dernier contrôle de manière effective une portion de territoire d'un État tiers, partie au Conseil de l'Europe ou non. La Cour affirmé de longue date que, dans ce cas de figure, « *la « juridiction » (...) vaut pour la totalité des droits matériels énoncés dans la Convention* »¹⁸⁰¹. En principe, l'État se voit donc imposer l'ensemble des obligations conventionnelles, qu'elles soient positives ou négatives.

681. Dans l'affaire *Al-Skeini*, dans laquelle les proches des requérants avaient été abattus par des soldats britanniques en Irak, la Cour a imposé une obligation positive d'enquête et

¹⁷⁹⁸ La Cour l'affirme expressément, elle « *estime qu'en l'absence de contrôle du territoire transnistrien par les autorités moldaves toute enquête judiciaire à l'encontre d'une personne habitant en Transnistrie ou liée à des faits commis en Transnistrie s'avérerait inefficace* » (§347).

¹⁷⁹⁹ Cour EDH, GC, 8 juillet 2004, *Ilascu et al.*, préc., §333. Voir également §340.

¹⁸⁰⁰ O. de SCHUTTER, « Globalization and Jurisdiction : Lessons from the European Convention on Human Rights », *op. cit.*, p. 13 ; M. MILANOVIC, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties : law, principles, and policy*, *op. cit.*, p. 209 et s. ; P.-F. LAVAL, « À propos de la juridiction extraterritoriale de l'État. Observations sur l'arrêt *Al-Skeini* de la Cour européenne des droits de l'homme du 7 juillet 2011 », *op. cit.*, p. 83-85.

¹⁸⁰¹ Cour EDH, GC, 10 mai 2001, *Chypre c. Turquie*, préc., §77 ; Cour EDH, GC, 7 juillet 2011, *Al-Skeini et al.*, préc., §138. Une telle solution a également été retenue par la CIJ (CIJ, Avis, 9 juillet 2004, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, préc., p. 180, §112).

conclut à sa violation. Elle avait au préalable établi la juridiction du Royaume-Uni en estimant « qu'après le renversement du régime baasiste et jusqu'à l'instauration du gouvernement intérimaire, le Royaume-Uni a assumé en Iraq (conjointement avec les Etats-Unis) certaines des prérogatives de puissance publique qui sont normalement celles d'un État souverain, en particulier le pouvoir et la responsabilité du maintien de la sécurité dans le sud-est du pays. Dans ces circonstances exceptionnelles, la Cour considère que le Royaume-Uni, par le biais de ses soldats affectés à des opérations de sécurité à Bassorah lors de cette période, exerçait sur les personnes tuées lors de ces opérations une autorité et un contrôle propres à établir, aux fins de l'article 1 de la Convention, un lien juridictionnel entre lui et ces personnes »¹⁸⁰².

682. L'État contrôlant un territoire étranger doit-il pour autant se voir imposer l'ensemble des obligations conventionnelles ? Pourrait-on par exemple imposer au Royaume-Uni de garantir par voie législative le droit au mariage des transsexuels sur la portion du territoire irakien qu'il contrôle ? Pour déterminer la portée des obligations positives exigibles, le critère pertinent pourrait être celui traditionnellement appliqué en la matière, celui du fardeau insupportable ou excessif¹⁸⁰³, et le cas échéant celui de la mise en balance des intérêts en présence¹⁸⁰⁴. La Cour a bien suivi une telle méthodologie dans l'affaire *Al-Skeini* en établissant qu'en l'espèce, « l'obligation procédurale découlant de l'article 2 doit être appliquée de manière réaliste, pour tenir compte des problèmes particuliers auxquels les enquêteurs avaient à faire face »¹⁸⁰⁵.

683. La deuxième situation concerne la juridiction *ratione personae*. Certains auteurs ont soutenu que seules des obligations négatives pourraient être imposées à l'État dans ce cas de figure, ce dernier n'étant tenu que de respecter et non de garantir les droits conventionnels aux personnes sous leur contrôle¹⁸⁰⁶. Il est vrai que jusqu'à présent, dans les affaires dans lesquelles l'État détenait une simple juridiction personnelle, la responsabilité avait été envisagée au seul regard

¹⁸⁰² Cour EDH, GC, 7 juillet 2011, *Al-Skeini et al.*, préc., §149.

¹⁸⁰³ R. LAWSON, « Life after Bankovic : on the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights », *op. cit.*, p. 106.

¹⁸⁰⁴ Sur le contrôle des obligations positives : voir *supra* Partie 2, Chapitre 2.

¹⁸⁰⁵ Cour EDH, GC, 7 juillet 2011, *Al-Skeini et al.*, préc., §168.

¹⁸⁰⁶ O. de SCHUTTER, « Globalization and Jurisdiction : Lessons from the European Convention on Human Rights », *op. cit.*, p. 13 ; P.-F. LAVAL, « À propos de la juridiction extraterritoriale de l'État. Observations sur l'arrêt *Al-Skeini* de la Cour européenne des droits de l'homme du 7 juillet 2011 », *op. cit.*, p. 84.

d'obligations négatives¹⁸⁰⁷. Certaines obligations positives ne pourraient-elles cependant pas être imposées dans ce cas de figure ?

684. La Cour a établi, relativement à la juridiction personnelle, les principes suivants dans l'affaire *Al-Skeini* : « Il est clair que dès l'instant où l'État, par le biais de ses agents, exerce son contrôle et son autorité sur un individu, et par voie de conséquence sa juridiction, il pèse sur lui en vertu de l'article 1 une obligation de reconnaître à celui-ci les droits et libertés définis au titre I de la Convention qui concernent son cas. En ce sens, dès lors, les droits découlant de la Convention peuvent être "fractionnés et adaptés" »¹⁸⁰⁸. Si la Cour avait entendu restreindre la responsabilité de l'État à ses seules obligations négatives, n'aurait-elle pas utilisé le terme de "respecter", alors que le terme « reconnaître » issu du texte de l'article 1 CEDH traduit par « *secure* » dans la version anglaise de la Convention, a été interprété par la Cour comme générant des obligations positives¹⁸⁰⁹. En outre, la formulation adoptée par la Cour selon laquelle l'État doit reconnaître à l'individu sous son « *contrôle et son autorité* » les droits et libertés « *qui concernent son cas* »¹⁸¹⁰, semble supposer que l'État est lié par toutes les obligations, qu'elles soient négatives ou positives, nécessaires afin d'assurer les droits de l'individu sous sa responsabilité.

685. Si des obligations structurelles sont logiquement exclues en l'absence de contrôle étatique du territoire¹⁸¹¹, certaines obligations individuelles pourraient être imposées¹⁸¹². M. Milanovic a suggéré une telle possibilité, en envisageant que des obligations procédurales et certaines obligations de prestations « *which exist solely to make the state negative obligations truly*

¹⁸⁰⁷ Voir par exemple Cour EDH, 16 novembre 2004, *Issa et al.*, préc..

¹⁸⁰⁸ Cour EDH, GC, 7 juillet 2011, *Al-Skeini et al.*, préc., §137.

¹⁸⁰⁹ Elle établit que « la Convention ne se contente pas d'astreindre les autorités suprêmes des États contractants à respecter elles-mêmes les droits et libertés qu'elle consacre; ainsi que le montrent (...) la version anglaise de l'article 1 (...) ("*shall secure*"), elle implique aussi qu'il leur faut, pour en assurer la jouissance, en empêcher ou corriger la violation aux niveaux inférieurs » (Cour EDH, Plén., 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, A 25, §238 ; *JDI*, 1980, 449, obs. P. Rolland). Voir *supra* Partie 1, Chapitre 1, Section 3, §2, A, 1, n° 206 et s.

¹⁸¹⁰ La version anglaise qui doit être probablement la version originale de l'arrêt, dans la mesure où il s'agit d'une affaire anglaise, est encore plus claire à cet égard : « *It is clear that, whenever the State through its agents exercises control and authority over an individual, and thus jurisdiction, the State is under an obligation under Article 1 to secure to that individual the rights and freedoms under Section 1 of the Convention that are relevant to the situation of that individual* » (Cour EDH, GC, 7 juillet 2011, *Al-Skeini et al.*, préc., §137).

¹⁸¹¹ Sauf, bien sûr, les obligations structurelles visant à encadrer et réglementer l'action des agents étatiques à l'étranger.

¹⁸¹² Les obligations structurelles sont des obligations de mettre en place un cadre normatif et procédural, alors que les obligations individuelles sont des obligations de mettre en œuvre un cadre normatif et procédural (voir *supra* Partie 3, Chapitre 2, n° 452).

effective, should apply coextensively with the negative obligations themselves »¹⁸¹³. En effet, rien n'empêcherait que l'État mène une enquête sur les faits ayant mené ses agents à donner la mort ou à commettre des actes de torture en territoire étranger. L'État se devrait également de fournir aux personnes qui seraient sous son contrôle nourriture, vêtements et soins comme pour n'importe quelle personne détenue.

686. En revanche, ce même auteur exclut toute imposition d'obligations de prévention des atteintes aux droits conventionnels commises par des personnes privées : « *those positive obligations which flow from the state's duty to secure or ensure human rights or prevent violations thereof – say prevent private violence or discrimination – require a threshold that sets out the limits of realistic compliance. And that threshold is precisely state jurisdiction, i.e. control over territory* ». Cette affirmation semble toutefois à nuancer. De telles obligations pourraient dans certaines hypothèses être envisageables. Comment justifier par exemple que des agents étatiques s'abstiennent d'intervenir afin d'empêcher que deux personnes sous leur contrôle physique ne s'entretuent, alors même qu'elles avaient connaissance de ce risque et qu'elles avaient les moyens de l'empêcher ? Il est dès lors possible d'avancer que même en cas de juridiction personnelle, des obligations positives individuelles, quelles qu'elles soient, ne peuvent être à priori exclues. Le critère pertinent pour déterminer les mesures exigibles de l'État pourrait alors simplement être celui s'appliquant classiquement au contrôle des obligations positives¹⁸¹⁴. Ainsi, la seule différence avec l'hypothèse ci-dessus évoquée est l'exclusion des obligations structurelles¹⁸¹⁵.

687. La technique des obligations positives appliquée à l'article 1 CEDH a donc permis d'étendre la notion de juridiction de l'État et d'admettre sa fragmentation. Cette même technique a en outre servi à étendre la compétence *ratione temporis* de la Cour.

¹⁸¹³ M. MILANOVIC, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties : law, principles, and policy*, op. cit., p. 216.

¹⁸¹⁴ Une telle hypothèse est défendue par R. LAWSON, « Life after Bankovic : on the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights », op. cit., p. 120.

¹⁸¹⁵ Cependant, un effet extraterritorial des normes pourrait être envisageable. Par exemple, la Cour pourrait exiger la réglementation de l'usage de la force par les agents de l'État présents sur un territoire étranger.

§2. Les effets de la technique des obligations positives sur la compétence *ratione temporis* de la Cour

688. Selon l'article 29 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, « à moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie, les dispositions d'un traité ne lient pas une partie en ce qui concerne un acte ou fait antérieur à la date d'entrée en vigueur de ce traité au regard de cette partie ou une situation qui avait cessé d'exister à cette date ». Ainsi, les obligations issues de la Convention EDH, comme celles issues de tout traité international, s'imposent à une Partie contractante uniquement pour les faits survenus après l'entrée en vigueur dudit traité.

689. Avant le Protocole 11, la compétence de la Cour, tout comme le droit de recours individuel devant la Commission, n'était pas automatique mais soumise à une acceptation par les États¹⁸¹⁶. Cependant, comme l'a souligné la Cour, « lorsque l'ancienne Cour a cessé de fonctionner en 1998, la juridiction de la Cour actuelle est devenue obligatoire pour les États contractants, ce à partir de la date d'acceptation par eux du droit de recours individuel »¹⁸¹⁷. En conséquence, depuis l'entrée en vigueur du protocole 11, la Cour européenne des droits de l'homme est compétente concernant les faits postérieurs à la date d'acceptation du droit de recours individuel, et pour les États ayant adhéré à la Convention après la mise en place de la nouvelle Cour, elle est compétente concernant les faits ayant eu lieu après l'entrée en vigueur de la Convention pour l'État défendeur¹⁸¹⁸.

690. Dans les faits, cependant, certaines difficultés peuvent survenir lorsque l'on cherche à établir la compétence *ratione temporis* de la Cour. Une première distinction doit être établie entre violations instantanées et violations continues. Pour ce qui est des premières, la Cour ne peut être compétente si elles se sont déroulées antérieurement à la « date critique »¹⁸¹⁹ c'est-à-dire soit la date d'entrée en vigueur de la Convention EDH, soit celle de l'acceptation du droit de recours individuel. Pour ce qui est des violations continues, si elles ont débuté avant la date de compétence

¹⁸¹⁶ Voir les anciens articles 25 et 46 CEDH.

¹⁸¹⁷ Cour EDH, GC, 18 septembre 2009, **Varnava et al.** c. Turquie, *Rec.* 2009-..., §133-134 ; *JDI*, 2010, 993, obs. S. Aktypis.

¹⁸¹⁸ Pour plus de précisions voir L. BIEULES BÎNZARU, « Compétence *ratione temporis* », in P. DOURNEAU-JOSETTE et E. LAMBERT-ABDELGAWAD (dir.), *Quel filtrage des requêtes par la Cour européenne des droits de l'homme ?*, Ed. du Conseil de l'Europe, 2011, p. 152-153.

¹⁸¹⁹ L'expression est employée par la Cour (voir par exemple Cour EDH, GC, 8 mars 2006, **Blečić** c. Croatie, *Rec.* 2006-III, §72 ; *JDI*, 2007, 686, obs. P. Tavernier).

de la Cour, elles peuvent néanmoins se prolonger après cette même date. Le juge européen peut alors admettre sa compétence pour juger de ces atteintes continues à partir de la « date critique »¹⁸²⁰.

691. La question de la recevabilité *ratione temporis* d'une requête semble *a priori* n'avoir aucun lien avec la question des obligations positives. La Cour a cependant utilisé la technique afin de reconnaître sa compétence pour contrôler le volet procédural d'un droit matériel alors que l'atteinte instantanée au volet substantiel de ce même droit avait eu lieu avant la « date critique ». Elle a alors fait une utilisation imprévue (A) et par certains aspects contestable (B) de la technique des obligations positives en cas de violation instantanées.

A. L'utilisation imprévue de la technique des obligations positives en cas de violation instantanée

692. La technique des obligations positives a entraîné une remise en cause progressive de la jurisprudence *Blecic* (1), ayant mené à la proclamation de la « détachabilité » des obligations d'enquête (2).

1. La remise en cause progressive de la jurisprudence *Blecic*

693. En cas de fait instantané, soit le fait s'est déroulé avant la date pertinente, auquel cas la Cour n'est pas compétente, soit il a eu lieu après, et la Cour est alors compétente. Des difficultés surviennent cependant lorsque le fait étatique est en réalité constitué d'une succession d'actions et/ou d'omissions et qu'il se déroule en partie avant et en partie après la date pertinente¹⁸²¹.

¹⁸²⁰ Selon l'article 14 § 2 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, « la violation d'une obligation internationale par le fait de l'État ayant un caractère continu s'étend sur toute la période durant laquelle le fait continue et reste non conforme à l'obligation internationale » Projet d'articles sur la responsabilité des États pour fait internationalement illicite, avec commentaires, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II, 2^e partie p. 31 et s.

¹⁸²¹ Le professeur Ago avait proposé la notion de fait complexe pour illustrer cette situation (R. AGO, « Cinquième Rapport sur la responsabilité des États », *Annuaire de la Commission du droit international*, 1976, vol. II, 1^{ère} partie, p. 23 et s.). Mais, très critiquée (J. SALMON, « Le fait étatique complexe : une notion contestable », *AFDI*, 1982, p. 709-738) cette qualification ne fut par retenue dans le projet de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

Tel peut être le cas concernant les obligations procédurales de réparation¹⁸²².

694. La Cour, dans son arrêt de Grande Chambre *Blecic*, a eu l'occasion de préciser la démarche à suivre dans un tel cas. Elle a estimé que « *la compétence temporelle de la Cour doit se déterminer par rapport aux faits constitutifs de l'ingérence alléguée. L'échec subséquent des recours introduits aux fins de redressement de l'ingérence ne saurait faire entrer celle-ci dans la compétence temporelle de la Cour* »¹⁸²³. Puis elle a ajouté qu'« *un justiciable qui estime qu'un État a violé ses droits garantis par la Convention est censé exercer d'abord les voies de recours disponibles en droit interne. Si celles-ci se révèlent infructueuses et que l'intéressé s'adresse ensuite à la Cour, la violation éventuelle de ses droits garantis par la Convention doit être considérée comme découlant non pas du refus de remédier à l'ingérence incriminée mais de l'ingérence elle-même, étant entendu que celle-ci peut revêtir la forme d'une décision de justice* »¹⁸²⁴. Ainsi, « *pour établir la compétence temporelle de la Cour, il est donc essentiel d'identifier dans chaque affaire donnée la localisation exacte dans le temps de l'ingérence alléguée. La Cour doit tenir compte à cet égard tant des faits dont se plaint le requérant que de la portée du droit garanti par la Convention dont la violation est alléguée* »¹⁸²⁵. Dans cette affaire, à la demande de la municipalité de Zadar, une décision de justice avait résilié le contrat de bail « *spécialement protégé* » de la requérante. La requérante, ayant épuisé les différents recours disponibles, n'avait pu obtenir gain de cause. La Grande Chambre a jugé, à la différence de la Chambre¹⁸²⁶, que la violation avait été causée par l'arrêt de la Cour suprême, antérieur à la date critique, et non par l'arrêt de la Cour constitutionnelle, postérieur à ladite date¹⁸²⁷. La Cour a donc décliné sa compétence concernant le grief relatif à l'annulation du bail mais l'a reconnue quant à la question de « *savoir si la décision de la Cour constitutionnelle, en particulier le refus de celle-ci d'annuler l'arrêt de la Cour suprême, était en*

¹⁸²² V. *supra*, Partie 1, Chapitre 1, Section 2, §1, B, 1, b, ii, n° 149 et s.

¹⁸²³ Cour EDH, GC, 8 mars 2006, **Blečić**, *préc.*, §77.

¹⁸²⁴ *Ibid.*, §78.

¹⁸²⁵ *Ibid.*, §82.

¹⁸²⁶ Cour EDH, 29 juillet 2004, **Blečić** c. Croatie, req. 59532/00.

¹⁸²⁷ « *Il en résulte que l'atteinte alléguée aux droits de la requérante tient à l'arrêt rendu par la Cour suprême le 15 février 1996. La décision rendue subséquentement par la Cour constitutionnelle a eu pour seul effet de laisser subsister l'ingérence supposée être résultée de l'arrêt de la Cour suprême, acte définitif qui était par lui-même susceptible de violer les droits de l'intéressée. Elle n'est donc pas en soi constitutive de l'ingérence. Dès lors, eu égard à la date à laquelle la Cour suprême a rendu son arrêt, l'ingérence alléguée échappe à la compétence temporelle de la Cour* » (Cour EDH, GC, 8 mars 2006, **Blečić**, *préc.*, §85).

soi incompatible avec la Convention »¹⁸²⁸.

695. L'arrêt *Blecic* visait donc à dissocier l'ingérence et les décisions refusant « *de remédier à l'ingérence incriminée* »¹⁸²⁹. Ces principes ont cependant fait long feu. La Cour, par le biais de la technique des obligations positives, s'est employée à les détricoter au fil de ses arrêts. Les obligations procédurales de réparation dégagées à partir de la plupart des droits substantiels sont devenues des instruments inattendus et particulièrement performants servant à étendre la compétence *ratione temporis* de la Cour.

696. Les principes identifiés dans l'arrêt *Blecic* ont tout d'abord été ébranlés dans des affaires relatives aux obligations d'enquête issues de l'article 2, type particulier d'obligation de réparation. Une incertitude subsistait quant à la compétence de la Cour relativement à ces obligations, lorsque l'atteinte au volet substantiel était survenue avant la « date critique », et alors que les mesures d'enquête s'étaient poursuivies postérieurement à cette date. Devait-on alors considérer les mesures d'enquête comme des auxiliaires de l'obligation substantielle, simples moyens de réparer l'atteinte au volet substantiel, ou comme des obligations distinctes et indépendantes ?

697. Antérieurement à l'arrêt *Blecic*, mis à part dans une décision isolée¹⁸³⁰, la Cour considérait l'obligation d'enquête comme un simple dérivé de l'obligation substantielle, et se déclarait donc incompétente vis-à-vis de l'une et de l'autre¹⁸³¹. L'application stricte de l'arrêt *Blecic* aurait dû confirmer une telle position. Les obligations procédurales s'imposent dès que les autorités ont connaissance d'une allégation d'atteinte à un droit conventionnel. Si cette connaissance survient avant la « date critique », nulle obligation ne devrait en principe naître étant donné que l'État n'est pas lié par la Convention¹⁸³². En outre, les gouvernements se sont souvent appuyés sur l'arrêt *Blecic*

¹⁸²⁸ *Ibid.*, §87.

¹⁸²⁹ *Ibid.*, §78.

¹⁸³⁰ Cour EDH, Déc., 2 septembre 2003, **Bălășoiu** c. Roumanie, req. 37424/97.

¹⁸³¹ « *It observes however that the alleged obligation under the Convention of the Romanian authorities to conduct an effective investigation capable of leading to the identification and punishment of all individuals responsible for the deaths of the applicants' relatives is derived from the aforementioned killings whose compatibility with the Convention cannot be examined by the Court* » (Cour EDH, Déc., 13 mars 2001, **Moldovan et al. et Rostaș et al.** c. Roumanie, req. 41138/98 et 64320/01). Voir également Cour EDH, Déc., 8 décembre 2005, **Voroshilov** c. Russie, req. 21501/02 (article 3 CEDH).

¹⁸³² Cour EDH, GC, 9 avril 2009, **Šilih** c. Slovénie, req. 71463/01, opinion dissidente des juges N. Bratza et R. Türmen, §4 ; RDP, 2010-3, obs. G. Gonzalez ; JDI, 2010, 3, 988, obs. C. de La Hougue. « *L'obligation procédurale – le cas échéant – imposée à l'Etat en vertu de l'article 2 apparaît en principe dès lors qu'un décès se produit entre les mains d'agents de l'Etat ou, comme en l'espèce, dès lors que les autorités concernées de l'Etat sont informées d'allégations défendables selon lesquelles le décès est le résultat d'une négligence médicale des services*

pour arguer que les « *procédures introduites aux fins du redressement de violations ne peuvent faire entrer dans la compétence temporelle de la Cour des événements survenus antérieurement* »¹⁸³³. Les obligations d'enquête pouvaient en effet être considérées comme des mesures de réparation de l'atteinte au volet substantiel du droit et, en tant que telles, ne pas entrer en ligne de compte dans la détermination de la localisation de l'ingérence. Si certaines sections ont jugé comme tel¹⁸³⁴, des dissensions sont toutefois apparues au sein de la Cour. Dans l'affaire *Teren Aksakal* de 2007, la deuxième section a ainsi considéré que les deux obligations substantielle et procédurale issues de l'article 2 CEDH étaient distinctes, soulignant « *la portée autonome* » des obligations d'enquête. Elle a donc accepté de contrôler le volet procédural tout en déclinant sa compétence pour ce qui est du volet substantiel de l'article invoqué¹⁸³⁵.

698. Une intervention de la Grande Chambre, appelée de leurs vœux par les juges dissidents de l'affaire précitée¹⁸³⁶, s'imposait afin de clarifier la situation. L'arrêt *Silih* lui en donna l'occasion¹⁸³⁷.

2. La proclamation de la « détachabilité » des obligations d'enquête

699. Dans l'affaire *Silih*, le fils du requérant était décédé à l'hôpital des suites d'une injection de médicaments auxquels il était allergique. L'injection en cause ainsi que le décès du garçon avaient eu lieu en mai 1993, et donc avant le 28 juin 1994, date de déclaration de la Slovénie

hospitaliers. Bien que cette obligation soit autonome – en ce sens qu'elle ne dépend pas de l'existence d'une violation matérielle de l'article 2 –, non seulement elle tire son origine du décès mais de plus elle est entièrement liée à celui-ci. Lorsque, comme en l'espèce, le décès est antérieur à la date de la ratification, aucune obligation découlant de la Convention ne s'impose à l'Etat en vertu de l'article 2, que ce soit en son volet matériel ou en son volet procédural, et la Cour n'a pas la compétence temporelle pour examiner un grief faisant état d'une violation de l'un ou l'autre aspect de cette disposition. En juger autrement impliquerait, comme dans l'arrêt Blečić, que la Convention lie cet Etat en ce qui concerne un fait ou une situation (le décès ou le manquement à enquêter sur le décès) antérieurs à l'entrée en vigueur de la Convention ».

¹⁸³³ Cour EDH, GC, 18 septembre 2009, *Varnava et al.*, préc., §136.

¹⁸³⁴ Décision adoptée par la première section : Cour EDH, Déc., 14 septembre 2006, *Kholodov et Kholodova* c. Russie, req. 30651/05 (article 2 CEDH).

¹⁸³⁵ Cour EDH, 11 septembre 2007, *Teren Aksakal* c. Turquie, req. 51967/99, §77 ; *AJDA*, 2008, 978, chron. J.-F. Flauss.

¹⁸³⁶ Cour EDH, 11 septembre 2007, *Teren Aksakal*, préc., opinion partiellement dissidente commune aux juges R. Türmen et A. Mularoni.

¹⁸³⁷ Cour EDH, GC, 9 avril 2009, *Šilih*, préc..

acceptant le droit de recours individuel. En revanche, tel que le mentionne la Cour, les mesures procédurales s'étaient déroulées postérieurement à cette date : « *la procédure pénale a débuté le 26 avril 1996 (...), à la suite de la demande introduite par les requérants le 30 novembre 1995, et la procédure civile a été entamée en 1995 (...) et est toujours pendante* »¹⁸³⁸. La Grande Chambre, confirmant la position de la Chambre¹⁸³⁹, établit sa compétence afin de contrôler le volet procédural de l'article 2 en établissant que « *l'obligation procédurale que recèle l'article 2 de mener une enquête effective est devenue une obligation distincte et indépendante. Bien qu'elle procède des actes concernant les aspects matériels de l'article 2, elle peut donner lieu à un constat d'« ingérence » distincte et indépendante, au sens de l'arrêt Blečić (...). Dans cette mesure, elle peut être considérée comme une obligation détachable résultant de l'article 2 et pouvant s'imposer à l'État même lorsque le décès est survenu avant la date critique* »¹⁸⁴⁰.

La technique des obligations positives, en permettant de créer à partir de dispositions substantielles des obligations procédurales « détachables », permet alors à la Cour d'étendre sa compétence *ratione temporis*. Si la solution vise clairement la garantie de l'effectivité des droits, elle est cependant contestable à plus d'un titre.

B. L'utilisation contestable de la technique des obligations positives en cas de violation instantanée

700. La proclamation de la « détachabilité » des obligations d'enquête issues de l'article 2 CEDH dans l'affaire *Silih* est critiquable à plusieurs égards. Tout d'abord elle entraîne un aménagement du principe de non rétroactivité des traités (1), ensuite elle inaugure des critères d'application incertains (1), enfin elle instaure une hiérarchisation douteuse des droits conventionnels (3).

¹⁸³⁸ Cour EDH, GC, 9 avril 2009, *Šilih*, préc., §165.

¹⁸³⁹ Cour EDH, 28 juin 2007, *Šilih* c. Slovénie, req. 71463/01, §94-97.

¹⁸⁴⁰ Cour EDH, GC, 9 avril 2009, *Šilih*, préc., §159.

1. Un aménagement du principe de non-rétroactivité des traités

701. Comme l'a souligné le professeur H. Surrel, si cette jurisprudence témoigne du « souci de renforcer la sauvegarde des droits garantis par la Convention ; elle n'en demeure pas moins l'expression d'un volontarisme qui se concilie difficilement avec les principes fondamentaux du droit des traités »¹⁸⁴¹. La CIJ a par exemple adopté une position plus orthodoxe. Elle a ainsi considéré que l'article 7§1 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants qui prévoit une obligation de poursuite des auteurs présumés d'actes de torture, obligation très proche de certaines obligations procédurales de réparation européennes, ne « s'applique qu'aux faits survenus après son entrée en vigueur pour l'État concerné. (...) La Cour relève que rien dans la convention contre la torture ne révèle une intention d'obliger un État partie à incriminer, en vertu de l'article 4, les actes de torture intervenus préalablement à son entrée en vigueur pour cet État, ni à établir sa compétence pour de tels actes, conformément à l'article 5. Il en découle, selon la Cour, que l'obligation de poursuivre, prévue à l'article 7, paragraphe 1, de la convention ne s'applique pas à de tels actes »¹⁸⁴².

702. En outre, dans l'affaire *Silih*, la Cour instrumentalise les références à la jurisprudence du Comité DH et de la Cour IADH, qui ont une position beaucoup plus respectueuse des canons du droit international. La Cour EDH avance que son « approche trouve également un appui dans la jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations unies et, surtout, dans celle de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, ces deux organes s'étant, quoique en vertu de dispositions distinctes, estimés compétents *ratione temporis* pour examiner les griefs procéduraux liés à des décès survenus à des dates qui échappaient à leur compétence temporelle »¹⁸⁴³.

703. Cependant, les références citées dans la Partie « Droit et pratique internationaux pertinents » de l'arrêt ne permettent manifestement pas de constituer un appui à la position adoptée par la Cour. Dans la première affaire du Comité DH citée, la requérante se plaignait du défaut

¹⁸⁴¹ H. SURREL, « L'extension audacieuse de la compétence *ratione temporis* de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de protection des droits procéduraux garantis par les articles 2 et 3 de la Convention », *RTDH*, 2012, p. 294-295. Voir également Cour EDH, GC, 9 avril 2009, *Šilih*, *préc.*, opinion dissidente des juges N. Bratza et R. Türmen, §13.

¹⁸⁴² CIJ, Arrêt, 20 juillet 2012, **Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader**, Belgique c. Sénégal, *Rec. à paraître*, §100.

¹⁸⁴³ Cour EDH, GC, 9 avril 2009, *Šilih*, *préc.*, §160.

d'enquête sur la disparition forcée de ses filles¹⁸⁴⁴, hypothèse de violation continue différente de l'affaire *Silih* qui concernait un fait instantané. En outre le Comité avait jugé dans cette affaire la requête irrecevable. Il avait estimé que le droit à un recours effectif reconnu à l'article 2§3 a) ne pouvait être invoqué que lorsqu'une violation d'un autre droit garanti par le Pacte avait été établie. La disparition des filles de la requérante ayant eu lieu avant l'entrée en vigueur du Pacte, il était impossible de conclure à une telle violation¹⁸⁴⁵. Le Comité, même en cas de disparition forcée, violation continue, refusait donc de reconnaître sa compétence *ratione temporis* pour contrôler l'enquête menée sur une disparition forcée ayant débuté avant la date critique¹⁸⁴⁶.

704. La deuxième affaire du Comité citée par la Cour concernait l'assassinat de l'ancien Président du Burkina Faso Thomas Sankara avant l'entrée en vigueur du Pacte pour cet État¹⁸⁴⁷. Le Comité avait toutefois estimé que « *les violations alléguées qui résulteraient du défaut d'enquête et de poursuite des coupables (...) avaient affecté* » les requérants, la femme et les enfants du président décédé, « *après l'entrée en vigueur du Pacte et du Protocole facultatif en raison du non-aboutissement, à ce jour, de la procédure engagée* ». Le Comité avait donc jugé « *que cette partie de la communication était recevable ratione temporis* »¹⁸⁴⁸. Il avait conclu dès lors à la violation de l'article 7 du Pacte du fait que le « *refus de mener une enquête sur la mort de Thomas Sankara, la non-reconnaissance officielle du lieu de sa dépouille, et la non-rectification de l'acte de décès constituent un traitement inhumain à l'égard de Mme Sankara et ses fils* »¹⁸⁴⁹, à la violation de l'article 14§1 PIDCP du fait du non-respect « *de l'obligation de respecter la garantie d'égalité de tous devant les tribunaux, (...) et des principes d'impartialité, d'équité et d'égalité implicites dans cette garantie* »¹⁸⁵⁰, ainsi qu'à celle de l'article 2§3a) PIDCP, en vertu duquel « *l'État partie est tenu d'assurer un recours utile et effectif à Mme Sankara et ses fils consistant notamment en une*

¹⁸⁴⁴ Comité DH, Const., 4 avril 1990, **S. E.** c. Argentine, comm. n° 275/1988.

¹⁸⁴⁵ « *However, the events which could have constituted violations of several articles of the Covenant and in respect of which remedies could have been invoked, occurred prior to the entry into force of the Covenant and of the Optional Protocol for Argentina. Therefore, the matter cannot be considered by the Committee, as this aspect of the communication is inadmissible ratione temporis* » (Comité DH, Const., 4 avril 1990, **S. E.**, préc., §5.3).

¹⁸⁴⁶ Sa position a cependant évolué sur ce point : Comité DH, Const., 16 juillet 2003, **Sarma** c. Sri-Lanka, comm. n° 950/2000. Voir L. HENNEBEL, *La jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations Unies*, Bruylant, 2007, p. 376.

¹⁸⁴⁷ Comité DH, Const., 11 avril 2006, **Mariam Sankara et al.** c. Burkina Faso, comm. n° 1159/2003 ; *EDL*, n° 14, chron. c. Husson.

¹⁸⁴⁸ *Ibid.*, §6.3.

¹⁸⁴⁹ *Ibid.*, §12.2.

¹⁸⁵⁰ *Ibid.*, §12.6.

reconnaissance officielle du lieu de sépulture de Thomas Sankara, et une indemnisation pour l'angoisse que la famille a subie »¹⁸⁵¹. Si cette affaire est plus pertinente que la précédente, elle se distingue de l'affaire *Silih* par la base juridique choisie. Dans cette affaire, le Comité, à la différence de la Cour dans l'affaire *Silih*, ne se reconnaît en aucun cas compétent au titre du droit à la vie garanti à l'article 6 PIDCP. Le résultat est similaire en ce qu'il permet au Comité de se reconnaître compétent pour examiner l'effectivité d'une enquête menée sur un décès survenu avant l'entrée en vigueur du Pacte mais le chemin employé et le constat de violation reposent sur des fondements distincts.

705. Les affaires de la Cour IADH citées par la Cour EDH constituaient par certains aspects des précédents utiles. Si la première, l'affaire *Sœurs Serrano Cruz*, relative à des disparitions forcées constitutives de violations continues¹⁸⁵², ne pouvait être comparée à l'affaire *Silih* relative à un fait instantané, la seconde affaire contenait des enseignements intéressants. Dans l'arrêt *Communauté Moiwana* de 2005¹⁸⁵³, les proches des requérants avaient été massacrés antérieurement à la date critique. Il s'agissait donc d'un fait instantané. La Cour de San José a cependant jugé que l'obligation d'enquête exigée au titre des articles 8 (Garanties judiciaires) et 25 CIADH (Protection judiciaire) revêtait quant à elle un caractère continu. Elle a donc reconnu sa compétence pour contrôler son respect à partir de l'entrée en vigueur de la CIADH pour l'État en cause¹⁸⁵⁴. Différence majeure avec la position adoptée dans l'affaire *Silih*, la Cour IADH n'a toutefois pas examiné le grief au regard de la disposition relative au droit à la vie (article 4 CIADH) mais à l'aune de celles concernant les droits procéduraux (article 8 CIADH Garanties judiciaires, article 25 CIADH

¹⁸⁵¹ *Ibid.*, § 14.

¹⁸⁵² Cour IADH, Exceptions préliminaires, 23 novembre 2004, *Soeur Serrano Cruz* c. Salvador, C 118. Certains aspects de la décision sont cependant intéressants en ce que la Cour argue du caractère autonome des mesures procédurales survenues après la date critique pour reconnaître sa compétence malgré la réserve à la compétence temporelle de la Cour opposée par le Salvador (§83-85). A cet égard voir H. SURREL, « L'extension audacieuse de la compétence *rationae temporis* de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de protection des droits procéduraux garantis par les articles 2 et 3 de la Convention », *op. cit.*, p. 292 et s.

¹⁸⁵³ Cour IADH, Fond et réparations, 15 juillet 2005, *Communauté Moiwana* c. Suriname, C 124 ; *RTDH*, 2006, 253, note L. Hennebel ; *RTDH*, 2006, 308, chron. H. Tigroudja ; *EDL*, n° 18, chron. A. Úbeda de Torres.

¹⁸⁵⁴ « [L]a Cour fait une distinction entre les violations alléguées de la Convention américaine revêtant un caractère continu et celles postérieures au 12 novembre 1987. En ce qui concerne les premières, la Cour observe que la perpétration d'un massacre en 1986 a été alléguée ; il pesait dès lors sur l'État une obligation d'enquêter et de poursuivre et sanctionner les responsables. A cet égard, le Surinam a ouvert une enquête en 1989. Or l'obligation pour l'Etat d'enquêter peut être appréciée par la Cour à partir de la date à laquelle le Surinam a reconnu la compétence de la Cour. Ainsi, l'analyse, au regard des articles 8, 25 et 1 § 1 de la Convention, des actions et omissions de l'Etat liées à cette enquête relève de la compétence de la Cour » (Cour IADH, Fond et réparations, 15 juillet 2005, *Communauté Moiwana*, *préc.*, §43. Traduction établie par le greffe de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH, GC, 9 avril 2009, *Šilih*, *préc.*, §117).

Protection judiciaire)¹⁸⁵⁵. En effet, la formulation de l'article 25 CIADH n'exige pas, à la différence de l'article 13 CEDH, l'existence d'un « grief défendable »¹⁸⁵⁶. La Cour de Strasbourg, ne pouvant utiliser l'article 13 CEDH, a dû développer l'argument de la « détachabilité » des obligations d'enquête. Ainsi, elle reste l'unique organe de protection des droits de l'homme acceptant de conclure à la violation d'une disposition matérielle sous son volet procédural alors que le fait instantané portant atteinte au volet substantiel s'était déroulé avant la « date critique ». Le Comité DH et la Cour IADH ont reconnu leur compétence pour examiner l'effectivité des enquêtes menées mais sur le fondement d'articles distincts, soit au regard des dispositions procédurales, soit en vertu de dispositions matérielles appliquées aux souffrances subies par les proches de la victime en conséquence de l'absence d'enquête¹⁸⁵⁷.

En outre, les critères posés par la Cour dans son arrêt *Silih* afin de limiter sa compétence *ratione temporis* se révèlent très incertains.

2. Des critères incertains

706. La jurisprudence *Silih* est également critiquable pour ce qui est des critères dégagés par la Cour afin de limiter sa compétence. Invoquant le principe de sécurité juridique, elle a affirmé que « *premièrement, (...) dans le cas d'un décès survenu avant la date critique, seuls les actes et/ou omissions de nature procédurale postérieurs à cette date peuvent relever de la*

¹⁸⁵⁵ Pour une autre affaire dans laquelle la CIADH se reconnut compétente pour ce qui est des griefs relatifs aux articles 8 et 25 CIADH alors que la violation instantanée avait eu lieu (perquisition et mise sous séquestre de documents d'une société commerciale), et les procédures avaient été initiées antérieurement à la « date critique » : Cour IADH, Exceptions préliminaires, 7 septembre 2001, **Cantos c. Argentine**, C 85, §40. En revanche, dans une affaire où des tortures avaient été commises avant la date critique et où un jugement définitif avait été adopté après cette même date, la Cour déclina toute compétence (Cour IADH, Exceptions préliminaires, 3 novembre 2004, **Alfonso Martin del Campo Dodd c. Mexique**, C 113).

¹⁸⁵⁶ Voir par exemple : « *The Court reiterates that Article 13 of the Convention guarantees the availability at national level of a remedy where there is an “arguable claim” of a violation of a substantive Convention provision (...). As the Court has found that the applicants’ complaint under Article 2 of the Convention is outside its jurisdiction ratione temporis, it is not competent to examine whether the applicants had an “arguable claim” of a breach of a substantive Convention right. Accordingly, their allegations under Article 13 also fall outside the Court’s competence ratione temporis* » Cour EDH, Déc., 14 septembre 2006, **Kholodov et Kholodova**, préc..

¹⁸⁵⁷ L. Hennebel souligne que la jurisprudence du Comité DH et de la Cour IADH relative à leur compétence *ratione temporis* n'est toutefois pas d'une grande cohérence (L. HENNEBEL, *La jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations Unies*, op. cit., p. 372 et s. ; L. HENNEBEL, *La Convention américaine des droits de l'homme, mécanismes de protection et étendue des droits et libertés*, Bruylant, 2007, p. 146 et s.).

compétence temporelle de la Cour »¹⁸⁵⁸ et que « deuxièmement, pour que les obligations procédurales imposées par l'article 2 deviennent applicables, il doit exister un lien véritable entre le décès et l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de l'État défendeur. Ainsi, il doit être établi qu'une part importante des mesures procédurales requises par cette disposition – non seulement une enquête effective sur le décès de la personne concernée, mais aussi le déclenchement d'une procédure adéquate visant à déterminer la cause du décès et à obliger les responsables à répondre de leurs actes (...) – ont été ou auraient dû être mises en œuvre après la date critique. La Cour n'exclut pas, toutefois, que dans certaines circonstances ce lien puisse également reposer sur la nécessité de vérifier que les garanties offertes par la Convention et les valeurs qui la sous-tendent sont protégées de manière réelle et effective »¹⁸⁵⁹.

707. Pour ce qui est du champ d'application du critère relatif au « lien véritable entre le décès et l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de l'État défendeur », tel que la Cour l'a explicitement mentionné dans son arrêt *Varnava*, il est uniquement pertinent lorsque l'atteinte au volet substantiel du droit est constituée par un fait instantané¹⁸⁶⁰. Lorsqu'en cause un fait continu, par exemple une disparition forcée, « l'obligation procédurale subsiste potentiellement tant que le sort de la personne concernée n'a pas été éclairci ; l'absence persistante de l'enquête requise sera considérée comme emportant une violation continue »¹⁸⁶¹.

Quant au contenu de ce critère, les juges s'étant exprimés en marge de l'affaire *Silih* ont à juste titre relevé son imprécision. Ils ont souligné son caractère « vague et large »¹⁸⁶² rendant « difficile, discutable et imprévisible l'application du principe de droit ainsi énoncé par la Grande Chambre » au risque de bafouer le principe de « sécurité juridique »¹⁸⁶³.

¹⁸⁵⁸ Cour EDH, GC, 9 avril 2009, *Šilih*, préc., §161.

¹⁸⁵⁹ Cour EDH, GC, 9 avril 2009, *Šilih*, préc., §163.

¹⁸⁶⁰ « Il y a lieu de noter que la démarche adoptée dans l'arrêt *Šilih c. Slovénie* (...) concernant l'exigence d'un lien entre le décès et les mesures d'instruction, d'une part, et la date d'entrée en vigueur de la Convention, d'autre part, vaut uniquement en cas d'homicide ou de décès suspect, lorsque l'élément factuel central, la perte de la vie de la victime, est connu avec certitude, même si la cause exacte ou la responsabilité ultime ne l'est pas » Cour EDH, GC, 18 septembre 2009, *Varnava et al.*, préc., §149.

¹⁸⁶¹ Cour EDH, GC, 18 septembre 2009, *Varnava et al.*, préc., §148. Sur les violations continues, voir Y. HAECK, A. VAN PACHTENBEKE, « From De Becker to Varnava: the state of continuing situations in the Strasbourg case law », *EHRLR*, 2010, vol 1, p. 47-59.

¹⁸⁶² Cour EDH, GC, 9 avril 2009, *Šilih*, préc., opinion concordante du juge P. Lorenzen. Voir également Cour EDH, GC, 9 avril 2009, *Šilih*, préc., opinion dissidente des juges N. Bratza et R. Türmen, §12.

¹⁸⁶³ Cour EDH, GC, 9 avril 2009, *Šilih*, préc., opinion concordante du juge V. Zagrebelsky à laquelle se rallient les juges Ch. Rozakis, I. Cabral Barreto, D. Spielmann et A. Sajó. Ces juges étaient pourtant favorables au principe de « détachabilité » des obligations d'enquête dégagé dans cet arrêt.

708. La Cour a depuis lors retenu sa compétence en application de ces principes dans de nombreuses affaires. Pour reconnaître sa compétence, elle a donc jugé qu'une « *part importante des mesures procédurales requises* » avait été prise avant la « date critique ». Elle a ainsi observé que « *bien que le décès du proche des requérants ait eu lieu sept ans avant la date critique du 28 janvier 1987, les deux procédures pénales ont été engagées et menées après cette date* »¹⁸⁶⁴, que « *le renvoi des accusés devant les tribunaux ainsi que la majorité des actes de procédure ont été effectués après l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de la Roumanie* »¹⁸⁶⁵, ou encore que c'est après la date critique « *qu'un réquisitoire a été établi en l'espèce, le 16 août 1998, et que six décisions de justice sont intervenues* »¹⁸⁶⁶.

709. Mais dans certaines affaires, la Cour reconnaît sa compétence non du fait que certaines mesures ont été prises mais en observant que ces dernières « *auraient dû être mises en œuvre après la date critique* »¹⁸⁶⁷. Tel est le cas lorsque les autorités n'ont pris aucune mesure mais que la Cour constate qu'« *entre 2001 et 2004, les autorités compétentes furent régulièrement sollicitées par le requérant et ses différents représentants en vue de l'investigation effective de cette affaire* »¹⁸⁶⁸, ou encore que « *face à la gravité des faits qui faisaient l'objet de l'enquête, il n'était*

¹⁸⁶⁴ Cour EDH, 19 janvier 2010, **Tuna** c. Turquie, req. 22339/03, §61-62. Traitements contraires à l'article 3 subis en garde à vue ayant provoqué le décès du proche des requérants en 1980, alors que la Turquie a reconnu le droit de recours individuel le 28 janvier 1987. Violation du volet procédural des articles 2 et 3 CEDH.

¹⁸⁶⁵ Cour EDH, 8 mars 2011, **Lăpușan et al.** c. Roumanie, req. 29007/06 et al. Requérants blessés par balles au cours d'une manifestation contre le régime communiste en décembre 1989. La Cour conclut à la violation du volet procédural de l'article 2 CEDH.

¹⁸⁶⁶ Cour EDH, 24 avril 2012, **Crăiniceanu et Frumușanu** c. Roumanie, req. 12442/04, §82. Décès des proches des requérants le 25 septembre 1991, lors de la répression des émeutes devant le siège du Gouvernement. La Roumanie a reconnu le droit de recours individuel le 20 juin 1994. La Cour conclut à la violation du volet procédural de l'article 2 CEDH. Voir également plusieurs affaires dans lesquelles les proches des requérants étaient décédés au cours des manifestations contre le régime totalitaire et dans lesquelles la Cour conclut à la violation du volet procédural de l'article 2 CEDH : Cour EDH, 20 octobre 2009, **Agache et al.** c. Roumanie, req. 2712/02, §71 ; Cour EDH, 8 décembre 2009, **Șandru et al.** c. Roumanie, req. 22465/03, § 58 ; Cour EDH, 19 avril 2011, **Pastor et Țiclete** c. Roumanie, req. 30911/06 et 40967/06, §49 ; Cour EDH, 24 mai 2011, **Association « 21 Décembre 1989 » et al.** c. Roumanie, req. 33810/07 et 18817/08, §117. Dans l'affaire Cour EDH, Déc., 2 septembre 2010, **Jularić** c. Croatie, req. 20106/06, la Cour reconnut sa compétence pour contrôler l'obligation d'enquête relative au décès du mari de la requérante, qui avait été abattu en 1991 par des membres de l'armée yougoslave. Pour des applications à des hypothèses d'effet horizontal de l'article 2 : Cour EDH, 20 octobre 2009, **Trufin** c. Roumanie, req. 3990/04, §32 ; Cour EDH, 1^{er} décembre 2009, **Velcea et Mazăre** c. Roumanie, req. 64301/01, §86-88 ; Cour EDH, 25 novembre 2010, **Lyubov Efimenko** c. Ukraine, req. 75726/01, §65 ; Cour EDH, 3 mars 2011, **Merkulova** c. Ukraine, req. 21454/04, §53.

¹⁸⁶⁷ Cour EDH, GC, 9 avril 2009, **Šilih**, *préc.*, 163.

¹⁸⁶⁸ Cour EDH, 8 juin 2010, **Khaindrava et Dzamashvili** c. Géorgie, req. 18183/05, §38. Le requérant avait été agressé à son domicile par deux personnes l'ayant laissé pour mort en 1997. La Convention est entrée en vigueur le 20 mai 1999 à l'égard de la Géorgie. La Cour conclut à la violation du volet procédural de l'article 2.

pas déraisonnable d'attendre, de la part des autorités nationales, que des mesures de nature procédurale soient mises en œuvre jusqu'à l'échéance du délai de prescription pour chercher à déterminer les circonstances ayant entouré les faits et pour identifier et sanctionner les responsables »¹⁸⁶⁹, ou enfin lorsqu'elle observe que « *in any event, it has taken the authorities at least thirteen years to prosecute and punish the offender. Out of this time, the period starting from 11 September 1997 falls within the Court's jurisdiction *ratione temporis** »¹⁸⁷⁰.

En outre, la Cour, dans certaines affaires¹⁸⁷¹ ne prend pas la peine de démontrer qu'une « *part importante des mesures procédurales requises (...) – ont été ou auraient dû être mises en œuvre après la date critique* »¹⁸⁷².

710. La Cour a cependant refusé de reconnaître sa compétence *ratione temporis* pour contrôler à partir de la « date critique » une obligation d'enquête sur des faits ayant eu lieu lors de la deuxième guerre mondiale. L'affaire *Janowiec* lui a alors donné l'occasion de resserrer les critères de l'arrêt *Silih*. Les requérants étaient des proches de ressortissants polonais ayant été exécutés par les forces soviétiques en 1940 au cours de ce qui a été rebaptisé par la suite le massacre de Katyn'. Le charnier avait été découvert par les autorités nazies entre 1942 et 1943. La Cour n'a pas abordé la question de sa compétence temporelle dans sa décision de recevabilité, jugeant que la recevabilité *ratione temporis* était étroitement liée aux questions de fond¹⁸⁷³. Dans son arrêt, elle a exclu tour à tour les différents critères établis dans l'affaire *Silih*¹⁸⁷⁴. Tout d'abord, elle a considéré que la majeure partie des mesures d'enquête avait eu lieu avant 1998, date d'entrée en vigueur de la Convention pour la Russie. Elle a ensuite jugé que sa compétence temporelle ne pouvait pas davantage être justifiée au regard de la « *nécessité de vérifier que les garanties offertes par la Convention et les*

¹⁸⁶⁹ Cour EDH, Déc., 17 mai 2011, **Franeş** c. Roumanie, req. 35802/05, §16. Décès du père de la requérante au cours d'affrontements inter-ethniques le 20 mars 1990, antérieurement à la « date critique ». La Cour a conclu à l'irrecevabilité de la requête pour d'autres motifs.

¹⁸⁷⁰ Cour EDH, 3 mars 2011, **Merkulova** c. Ukraine, req. 21454/04, §53. Proche des requérants décédé après avoir été battu par une de ses connaissances en avril 1997, alors que la Convention est entrée en vigueur vis-à-vis de l'Ukraine le 11 septembre 1997. La Cour conclut à la violation du volet procédural de l'article 2.

¹⁸⁷¹ Cour EDH, 8 novembre 2011, **Paçacı et al.** c. Turquie, req. 3064/07, §65. Proches des requérants tués le 4 juillet 1980 lors d'affrontements entre des partisans de mouvements nationalistes et des membres de mouvements d'extrême-gauche. La Cour conclut à la violation du volet procédural de l'article 2.

¹⁸⁷² Cour EDH, GC, 9 avril 2009, **Šilih**, *préc.*, 163.

¹⁸⁷³ Cour EDH, Déc., 5 juillet 2011, **Janowiec et al.** c. Russie, req. 55508/07 et 29520/09, §101.

¹⁸⁷⁴ Cour EDH, 16 avril 2012, **Janowiec et al.** c. Russie, req. 55508/07 et 29520/09, §135 et s.

valeurs qui la sous-tendent sont protégées de manière réelle et effective »¹⁸⁷⁵. Elle n'avait jusqu'alors jamais eu l'occasion de se prononcer sur l'application de ce critère et cette affaire a été l'occasion de le préciser. Elle a ainsi affirmé que selon cette exigence, « *the event in question must be of a larger dimension than an ordinary criminal offence and constitute a negation of the very foundations of the Convention, such as for instance, war crimes or crimes against humanity* ». Elle s'est toutefois empressée de poser de nouvelles limites en établissant que « *although such crimes are not subject to a statutory limitation by virtue of the Convention on the Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity (...), it does not mean that the States have an unceasing duty to investigate them. Nevertheless, the procedural obligation may be revived if information purportedly casting new light on the circumstances of such crimes comes into the public domain after the critical date. It cannot be the case that any assertion or allegation can trigger a fresh investigative obligation under Article 2 of the Convention* »¹⁸⁷⁶. Après avoir qualifié le massacre en cause de crime de guerre, elle a conclu qu'aucun élément nouveau de nature à justifier d'entreprendre de nouvelles mesures d'enquête n'était survenu après la date de ratification de la Convention et a déclaré irrecevable *ratione temporis* le grief relatif à l'article 2 CEDH¹⁸⁷⁷. La Cour a néanmoins conclu à la violation de l'article 3, du fait de l'incertitude dans laquelle avaient été laissés les requérants quant aux circonstances du décès de leurs proches. Cette affaire n'est cependant pas définitive et une demande de renvoi devant la Grande Chambre est actuellement pendante. Reste que, même si les critères posés par la Cour sont très restrictifs, cette dernière n'exclut pas sa compétence pour contrôler des obligations d'enquête relatives à des faits constitutifs de crime de guerre survenus avant même la rédaction de la Convention¹⁸⁷⁸.

711. En outre, les critères conditionnant la compétence *ratione temporis* de la Cour

¹⁸⁷⁵ Cour EDH, GC, 9 avril 2009, *Šilih, préc.*, §163. Cour EDH, 16 avril 2012, *Janowiec et al. c. Russie*, req. 55508/07 et 29520/09, §139 et s.

¹⁸⁷⁶ Cour EDH, 16 avril 2012, *Janowiec et al. c. Russie*, req. 55508/07 et 29520/09, §139.

¹⁸⁷⁷ *Ibid.*, §142. Certains juges dissidents défendirent cependant qu'étant donné la gravité des faits en cause la Cour aurait dû se déclarer compétente dans cette affaire et conclure à la violation de l'article 2 (Cour EDH, 16 avril 2012, *Janowiec et al., préc.*, opinion partiellement dissidente des juges D. Spielmann, M. Villiger et A. Nussberger).

¹⁸⁷⁸ Les juges A. Kovler et G. Yudkivska ont ainsi observé : « *In fact, this is the very first case in which the Court has dealt with procedural obligations under Article 2 arising out of an event which happened not only before ratification of the Convention by the respondent State but before the Convention was even drafted. We can hardly see how the Russian authorities could have an obligation to conduct an investigation into the circumstances of the Katyn massacre after 5 May 1998, the date of ratification of the Convention, or how it can be assumed that they were aware of the possible consequences of ratifying the Convention with regard to the said investigation* » (Cour EDH, 16 avril 2012, *Janowiec et al., préc.*, opinion concordante des juges A. Kovler et G. Yudkivska).

concernant des obligations d'enquête sur des faits survenus avant la « date critique » se trouvent encore davantage complexifiés. L'empilement des conditions témoigne de l'hésitation constante de la Cour entre l'objectif de garantie d'effectivité des droits, source d'extension de sa compétence, et la nécessité vitale ne pas ouvrir trop grandes les portes de son prétoire déjà trop encombré.

Un autre aspect de la jurisprudence *Silih* semble encore davantage critiquable. Il s'agit de la hiérarchie établie les différents droits conventionnels.

3. Une hiérarchisation douteuse des droits conventionnels

712. Dans l'affaire *Blecic*, la Cour avait déjà établi qu'aux fins de l'établissement de sa compétence *ratione temporis*, elle pouvait prendre en compte « la portée du droit garanti par la Convention dont la violation est alléguée »¹⁸⁷⁹. Comme le souligne le professeur H. Surrel, dans l'affaire *Silih*, la Cour ne se contente pas de l'affirmer mais en tire des « conséquences importantes. Cette idée si controversée de l'existence d'une hiérarchie, (...), est en effet, très présente dans l'affaire *Silih* ; c'est la nature particulière des droits concernés qui commande l'identification de critères spécifiques au demeurant peu compatibles avec les principes classiques du droit des traités »¹⁸⁸⁰. La Cour établit ainsi que « le principe et les critères établis dans l'affaire *Blečić* sont d'ordre général, ce qui signifie que le caractère spécifique de certains droits, tels que ceux garantis par les articles 2 et 3 de la Convention, doit être pris en compte dans l'application de ces critères. Elle rappelle à cet égard qu'avec l'article 3 l'article 2 figure parmi les articles primordiaux de la Convention et consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe »¹⁸⁸¹.

713. Contestable¹⁸⁸², cette affirmation est en outre source d'incertitudes. La Cour s'est

¹⁸⁷⁹ Cour EDH, GC, 8 mars 2006, *Blečić*, préc., §82.

¹⁸⁸⁰ H. SURREL, « L'extension audacieuse de la compétence *ratione temporis* de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de protection des droits procéduraux garantis par les articles 2 et 3 de la Convention », *op. cit.*, p. 288.

¹⁸⁸¹ Cour EDH, GC, 9 avril 2009, *Šilih*, préc., §147.

¹⁸⁸² Certains juges avaient déjà estimé qu'« il n'est pas juridiquement soutenable d'affirmer que, s'agissant de déterminer la compétence temporelle de la Cour, différents principes s'appliqueraient selon les différents articles de la Convention » (Cour EDH, 11 septembre 2007, *Teren Aksakal*, préc., opinion partiellement dissidente commune aux juges R. Türmen et A. Mularoni).

en effet refusée à établir une « *théorie générale de la hiérarchie des droits* »¹⁸⁸³. Si la Cour affirme dans cette affaire le caractère détachable des obligations d'enquête issues de l'article 2 et suggère qu'une telle solution est transposable à celles issues de l'article 3, qu'en est-il des obligations d'enquête issues des articles 4, 5, 8, 9, 10, 14 et 1 du protocole 1 CEDH¹⁸⁸⁴ ? La « détachabilité » peut-elle également être établie concernant des obligations procédurales de réparation n'impliquant pas d'enquêtes ?

714. La Cour a admis l'application de sa jurisprudence *Silih* aux obligations d'enquête issues de l'article 3 CEDH¹⁸⁸⁵. Elle a cependant contourné la question de sa pertinence pour ce qui est d'un grief relatif à l'article 8 CEDH. Dans l'affaire *P. M. c. Bulgarie*¹⁸⁸⁶, la requérante avait été violée par deux hommes lors d'une fête alors qu'elle était mineure, et ce, un an avant l'entrée en vigueur de la Convention pour la Bulgarie. La Cour a reconnu sa compétence temporelle pour contrôler le volet procédural de l'article 3 mais a éludé la question de sa compétence au regard de l'article 8 CEDH de la manière suivante : « *noting that in the present case the applicant's complaints are limited to the effectiveness of the investigation and that Article 3 provides sufficient legal basis for the State's duty to conduct an investigation into serious offences against an individual's physical integrity, the Court considers that it is not necessary in the particular circumstances of the instant case to decide whether its temporal jurisdiction also extends, in situations like the present one, to issues under Article 8. Therefore it will confine itself to determining whether the events that occurred after the entry into force of the Convention in respect of Bulgaria disclosed a breach of Article 3 under its procedural limb* »¹⁸⁸⁷.

715. Cette position consistant à lier la détachabilité de l'obligation d'enquête à l'importance du droit dans une société démocratique semble toutefois peu tenable. La recevabilité *ratione temporis* devrait être établie au regard du type de fait en cause, instantané ou continu et au

¹⁸⁸³ H. SURREL, « L'extension audacieuse de la compétence *ratione temporis* de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de protection des droits procéduraux garantis par les articles 2 et 3 de la Convention », *op. cit.*, p. 288. M. AFROUKH, *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, coll. « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », 2011, 622 p.

¹⁸⁸⁴ Pour un panorama de ces obligations, v. *supra*, Partie 1, Chapitre 1, Section 2, §1, B, 1, b, ii, n° 152 et s. et *infra* Partie 3, Chapitre 2, Section 1, §1, B, n° 824 et s.

¹⁸⁸⁵ Cour EDH, 19 janvier 2010, *Tuna*, *préc.*. Traitements contraires à l'article 3 subis en garde à vue ayant provoqué le décès du proche des requérants, constat de violation des articles 2 et 3 sous leur volet procédural. Cour EDH, 18 octobre 2011, *Stanimirović* c. Serbie, req. 26088/06. Traitements contraires à l'article 3 subis en garde à vue, constat de violation du volet procédural de l'article 3.

¹⁸⁸⁶ Cour EDH, 24 janvier 2012, *P.M. c. Bulgarie*, req. 49669/07.

¹⁸⁸⁷ *Ibid.*, §58.

regard du type d'obligation en jeu. Il est difficilement envisageable qu'une obligation d'enquête puisse être jugée détachable sur le terrain des articles 2 et 3 et non sur celui des autres articles.

716. Par ailleurs, la Cour semble admettre la « détachabilité » d'obligations de réparation n'impliquant pas d'enquête relativement à l'article 1 du protocole 1. Par exemple, dans l'affaire *Kotov* jugée en Grande Chambre¹⁸⁸⁸, le requérant avait placé son argent dans une banque ayant par la suite fait faillite. Un liquidateur avait été nommé par les juridictions internes afin de contrôler l'administration de la banque et de répartir la vente des actifs de cette dernière entre les différents créanciers. La répartition des actifs avait été décidée en 1996 et, le 6 avril 1998, le requérant avait reçu une somme bien inférieure à celle qui lui était due. Il avait contesté ce versement devant les juridictions internes. La Convention étant entrée en vigueur à l'égard de la Russie le 5 mai 1998, la Cour a estimé que « *la répartition des actifs de la banque par le liquidateur (...) s'analyse en un acte instantané qui échappe donc à sa compétence ratione temporis* »¹⁸⁸⁹. Toutefois, la Cour devait également déterminer si elle avait compétence pour connaître des faits se rapportant aux « *deux instances judiciaires qui concernaient la légalité de cette répartition et la responsabilité personnelle du liquidateur* » et auxquelles le requérant avait pris part postérieurement à la « date critique »¹⁸⁹⁰. Rejetant l'argument du gouvernement selon lequel « *les instances conduites en 1998 et 1999* » ne seraient « *pas dissociables du fait générateur de l'atteinte, à savoir la répartition illégale des actifs de la banque* »¹⁸⁹¹, elle a reconnu sa compétence pour contrôler les procédures internes en prenant toutefois bien garde à ne pas se référer à la « détachabilité » des obligations procédurales. Elle s'est en effet appuyée sur le droit interne pour juger que « *le droit russe permettait au requérant de demander au liquidateur réparation des irrégularités commises par lui. D'un point de vue juridique, à la date d'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de la Russie, l'intéressé pouvait donc se prévaloir valablement d'un droit sur le terrain de la responsabilité délictuelle. Ce droit a d'ailleurs été suffisamment établi à une date plus tardive avec la décision définitive du 12 novembre 1998 par laquelle les tribunaux ont reconnu que le liquidateur avait agi illégalement et lui ont ordonné de dédommager le requérant* »¹⁸⁹². Ainsi, elle a décliné sa compétence vis-à-vis du volet substantiel de l'article 1 du protocole 1, c'est-à-dire « *pour examiner*

¹⁸⁸⁸ Cour EDH, GC, 3 avril 2012, *Kotov* c. Russie, req. 54522/00.

¹⁸⁸⁹ *Ibid.*, §68.

¹⁸⁹⁰ *Ibid.*, §68.

¹⁸⁹¹ *Ibid.*, §69.

¹⁸⁹² *Ibid.*, §69.

ce que l'État aurait pu faire pour empêcher la distribution illégale des actifs de la banque par le liquidateur en 1996 »¹⁸⁹³, mais l'a accepté relativement à son volet procédural pour « déterminer si, en 1998 et 1999, il existait dans ce pays un quelconque mécanisme propre à réparer le tort causé au requérant par les irrégularités du liquidateur et, dans l'affirmative, pourquoi il n'a pas été effectif dans son cas »¹⁸⁹⁴.

717. La Cour n'utilise pas dans cette affaire la distinction entre obligations substantielle et procédurale et ne fait à aucun moment référence à la « détachabilité ». Le résultat est cependant le même que dans l'affaire *Silih*. Une atteinte au volet substantiel d'un droit matériel a eu lieu avant la « date critique », dans un cas le décès du fils des requérants, dans l'autre la distribution illégale des actifs de la banque. Des mesures procédurales de réparation ont ensuite été menées pendant une période courant jusqu'au delà de la « date critique ». Dans l'affaire *Silih*, l'obligation procédurale de réparation visait les procédures menées afin de « faire établir les circonstances du décès et les responsabilités liées à celui-ci »¹⁸⁹⁵, dans l'affaire *Kotov*, elle concernait les procédures judiciaires ayant pour but la restitution des actifs du requérant.

718. Dans les deux cas, la Cour a décliné sa compétence relativement au volet substantiel mais l'a acceptée pour ce qui est du volet procédural. La technique de la « détachabilité » aurait donc pu être appliquée telle quelle à l'affaire *Kotov* concernant pourtant l'article 1 du Protocole 1. C'est donc bien la nature de l'obligation en jeu (obligation procédurale de réparation) et la période où les mesures ont été prises (postérieurement à la date critique) qui importent afin de déterminer la recevabilité *ratione temporis* d'une requête, et non la « portée du droit en jeu ».

719. En définitive, les principes de l'arrêt *Blecic* ont été petit à petit abandonnés sous les coups de butoir de la technique des obligations positives. Tel que l'observait le juge B. Zupančič dans l'affaire *Silih*, « il semble qu'aujourd'hui l'impact de l'arrêt *Blečić* revienne simplement à dire que la décision d'irrecevabilité de la Cour constitutionnelle ne suffit pas à faire entrer l'affaire dans la compétence temporelle de la Cour européenne »¹⁸⁹⁶. Les obligations procédurales, découvertes grâce à la technique des obligations positives, permettent à la Cour d'étendre sa compétence *ratione temporis* de manière imprévue. Les critères de la « détachabilité » pâti-

¹⁸⁹³ *Ibid.*, § 118.

¹⁸⁹⁴ *Ibid.*, § 118.

¹⁸⁹⁵ Cour EDH, GC, 9 avril 2009, *Šilih*, préc., § 198.

¹⁸⁹⁶ Cour EDH, GC, 9 avril 2009, *Šilih*, préc., opinion concordante du juge B. Zupančič.

cependant d'incohérence et la Cour elle-même ne les respecte pas. Il est temps que la Cour mette fin à ces incertitudes et adopte une démarche fondée sur la nature de l'obligation et non du droit en cause pour déterminer sa compétence *ratione temporis*.

720. La technique des obligations positives a été utilisée de manière imprévue afin d'étendre la compétence de la Cour. Appliquée à l'article 1 CEDH, elle a permis à la Cour de reconnaître la juridiction de l'État sur une portion de son territoire qu'il ne contrôlait pourtant plus. Elle a en outre participé de la fragmentation de la notion de juridiction. La Cour établit désormais une corrélation entre le « degré » de juridiction exercé par l'État sur un territoire et la nature des obligations qui lui sont opposables. L'usage de la technique a alors permis d'étendre de manière spectaculaire la compétence *ratione loci et personae* de la Cour.

721. Un même constat s'impose relativement à ses effets sur la compétence *ratione temporis* de la Cour. Cette dernière, grâce à la technique des obligations positives, a découvert des obligations procédurales de réparation au sein des dispositions matérielles de la Convention. Elle a établi la « détachabilité » d'une catégorie spécifique d'obligations de réparation, les obligations d'enquête, mais uniquement pour celles issues des articles 2 et 3 CEDH. Elle reconnaît dès lors sa compétence pour contrôler le volet procédural de dispositions matérielles dont l'atteinte instantanée au volet substantiel a eu lieu avant la date d'entrée en vigueur de la Convention ou de reconnaissance du droit de recours individuel par l'État défendeur. Sa compétence se réduit cependant à l'examen des mesures procédurales prises après ladite date. Le principe de non-rétroactivité des traités s'en trouve toutefois écorché et les critères conditionnant la « détachabilité » d'une obligation d'enquête sont complexes et manquent de prévisibilité. En outre, le choix de réserver la « détachabilité » aux obligations d'enquête des articles 2 et 3 CEDH induit une hiérarchisation des droits conventionnels difficilement justifiable sur le plan juridique. La Cour y a d'ailleurs déjà fait entorse en reconnaissant sa compétence vis-à-vis d'une obligation procédurale de réparation issue de l'article 1 du protocole 1 dans une hypothèse où l'atteinte instantanée au volet substantiel de ce même article avait eu lieu avant la « date critique ».

722. La technique des obligations positives est donc un facteur d'extension de la compétence de la Cour. Elle permet de multiplier et, dans une certaine mesure, de sélectionner les affaires jugées par la Cour et, à terme, les constats de violation de la Convention. Elle est également un facteur de gradation des obligations imposées.

SECTION 2 : La gradation des obligations imposées

723. Grâce à la technique des obligations positives, la Cour a développé des obligations très diverses et accordant une plus ou moins grande liberté aux États (§1). Toutefois, la précision croissante et la multiplication des obligations positives dégagées permettent au juge européen de développer un véritable pouvoir d'injonction, la liberté de choix des moyens des États se trouvant de plus en plus réduite (§2).

§1. Une liberté variable des États

724. La marge nationale d'appréciation est « *un outil d'origine jurisprudentielle permettant à la Cour européenne de laisser aux autorités nationales une certaine autonomie dans l'application de la Convention* »¹⁸⁹⁷. Dans ses premières utilisations elle visait à déterminer la nécessité d'une ingérence dans une société démocratique, c'est-à-dire dans un contexte de violation d'obligations négatives¹⁸⁹⁸. Appliquée aux obligations positives elle sert à juger du caractère nécessaire d'une atteinte omissive à un droit conventionnel. Plus spécifiquement, elle est supposée conditionner la liberté laissée à l'État afin de choisir les mesures à adopter afin de se conformer à une obligation. Ainsi, la Cour a pu affirmer que « *s'il incombe aux États contractants d'adopter des mesures raisonnables et appropriées afin d'assurer le déroulement pacifique des manifestations licites, (...) ils jouissent d'un large pouvoir d'appréciation dans le choix de la méthode à utiliser* »¹⁸⁹⁹.

725. Cependant, l'étude de la jurisprudence montre une absence de corrélation entre

¹⁸⁹⁷ J. CALLEWAERT, « Quel avenir pour la marge d'appréciation ? », in *Mélanges en l'honneur de R. RYSSDAL, Protection des droits de l'homme : la perspective européenne*, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, p. 149.

¹⁸⁹⁸ ComEDH, Déc., 2 octobre 1958, **Grèce** c. Royaume-Uni, req. 176/56, *Ann. Conv.*, vol. 2, p. 177, al. 2. ; Cour EDH, Plén., 7 décembre 1976, **Handyside** c. Royaume-Uni, A24, §48 ; *GACEDH*, n° 7 ; *CDE*, 1978, 350, chron. G. Cohen-Jonathan ; *JDI*, 1978, 706, chron. P. Rolland ; Cour EDH, Plén., 18 janvier 1978, **Irlande c. Royaume-Uni**, *préc.*, §507. Voir P. LAMBERT, « Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité », in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la CEDH*, Bruylant, coll. « Droit et justice », 1998, p. 65 et s.

¹⁸⁹⁹ Cour EDH, 21 juin 1988, **Plattform « Ärzte für das Leben »** c. Autriche, A 139, §34 ; *JDI*, 1989, 824, chron. P. Tavernier.

l'affirmation large ou réduite de la marge d'appréciation faite par la Cour dans un arrêt et la liberté réellement accordée à l'État dans cette même affaire. Au-delà de l'annonce de la marge d'appréciation devenue « *comme un leitmotiv ou un véritable tic d'écriture* »¹⁹⁰⁰, « *un rappel de caractère routinier, voire comme une simple clause de style* »¹⁹⁰¹ dans les arrêts de la Cour, la liberté réelle de l'État dépend des obligations imposées par la Cour dans chaque affaire. Ainsi, la liberté des États est surtout conditionnée par la précision des obligations (A) et dans une moindre mesure par la nature des obligations en jeu (B).

A. Une liberté des États fonction de la précision des obligations imposées

726. La Cour dégage des obligations positives au contenu très variable. La liberté laissée aux États afin de s'y conformer dépend à la fois de l'existence d'un destinataire de l'obligation (législateur, juge, forces de police, services sociaux, etc..) et de la précision de la formulation adoptée.

Certaines obligations réduisent à néant la liberté de choix des moyens des États en ce qu'elles comportent les deux éléments précités. La Cour peut par exemple exiger du législateur national qu'il criminalise un comportement, tel que le viol¹⁹⁰². Elle peut également imposer, en cas d'allégation de ce type d'acte, que les autorités chargées de l'enquête ordonnent systématiquement un examen médical afin de recueillir des preuves¹⁹⁰³. Cet examen doit non seulement servir à « *constater les conséquences physiques du viol* » mais également à « *recueillir et (...) conserver des preuves, comme par exemple d'éventuelles traces de sperme, des cheveux ou d'autres matières organiques* »¹⁹⁰⁴. Dans ce cas « *en indiquant ainsi clairement aux États l'origine de la violation de la Convention, la Cour formule indirectement à l'État les moyens d'éviter une violation future*

¹⁹⁰⁰ P. LAMBERT, « Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité », *op. cit.*, p. 76.

¹⁹⁰¹ M. de SALVIA, « Contrôle européen et principe de subsidiarité : faut-il encore (et toujours) émarger à la marge d'appréciation ? », in *Mélanges en l'honneur de R. RYSSDAL, Protection des droits de l'homme : la perspective européenne*, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, p. 384.

¹⁹⁰² Cour EDH, 26 mars 1985, **X et Y** c. Pays-Bas, A 91, §27 ; *Rev. sc. crim.*, 1985, 629, obs. L.-E. Pettiti ; *JDI*, 1986, 1082, chron. P. Rolland et P. Tavernier ; *CDE*, 1988, 462, chron. G. Cohen-Jonathan.

¹⁹⁰³ Cour EDH, 31 juillet 2012, **M. et al.** c. Italie et Bulgarie, req. 40020/03, §105.

¹⁹⁰⁴ Cour EDH, 3 novembre 2011, **M.B.** c. Roumanie, req. 43982/06, §58.

semblable. L'absence d'obligation de moyen¹⁹⁰⁵ de se conformer à l'arrêt devient pour le moins hypothétique et purement formelle »¹⁹⁰⁶.

D'autres obligations sont formulées de manière très vague et n'identifient pas le débiteur de l'obligation. Tel est le cas de l'« obligation positive de permettre aux Tsiganes de suivre leur mode de vie »¹⁹⁰⁷ énoncée dans l'affaire *Chapman*. La Cour a refusé dans cette affaire de dégager l'obligation plus spécifique « au titre de l'article 8 de mettre à la disposition de la communauté tsigane un nombre adéquat de sites convenablement équipés »¹⁹⁰⁸. L'obligation imposée de par sa formulation très large et l'indétermination des autorités concernées laisse alors toute latitude à l'État.

727. Bien sûr, entre ces exemples extrêmes précités existent nombre de situations intermédiaires, accordant une liberté graduée aux États¹⁹⁰⁹. Citons à titre d'exemple les cas où la Cour impose une obligation structurelle sans toutefois en préciser le contenu exact. Tel est le cas de la réglementation relative aux activités dangereuses devant « régir l'autorisation, la mise en place, l'exploitation, la sécurité et le contrôle afférents à l'activité » (articles 2 et 8 CEDH)¹⁹¹⁰. La Cour

¹⁹⁰⁵ Le terme obligation de moyen est utilisé par cet auteur au sens d'obligation ne laissant pas de liberté de choix des moyens à employer, c'est-à-dire dans le sens issu de la classification proposée par le professeur R. Ago. Il s'agit donc d'un sens différent de celui utilisé dans ces lignes et dans la jurisprudence de la Cour où il désigne l'obligation de diligence ou de comportement c'est-à-dire l'obligation de s'efforcer par opposition à l'obligation de résultat impliquant de parvenir à un résultat précis (voir *supra* Partie 2, Chapitre 2, Section 3, n° 555 et s.).

¹⁹⁰⁶ E. LAMBERT, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, op. cit., p. 148.

¹⁹⁰⁷ Cour EDH, GC, 18 janvier 2001, **Chapman** c. Royaume-Uni, *Rec.* 2001-I, §96 ; *GACEDH*, n° 48 ; *RTDH*, 2001, 887, obs. F. Sudre ; *RTDH*, 2001, 999, note F. Benoît-Rohmer ; *RTDciv.*, 2001, 448, chron. J.-P. Marguénaud ; *EDL*, mai 2001, 2, note M. Levinet.

¹⁹⁰⁸ *Ibid.*, §98.

¹⁹⁰⁹ Cette gradation dans la précision des obligations rend donc illusoire de tenter de classer ces obligations de manière tranchée selon qu'elles laisseraient ou non liberté à l'État dans le choix des moyens tel qu'avait tenté de le faire le professeur R. Ago (R. AGO, « Sixième Rapport sur la responsabilité des États », *Annuaire de la Commission du droit international*, 1977, vol. II, 1^{ère} partie, p. 4 et s. voir *infra* Partie 2, Chapitre 2, Section 3, n° 555). Le professeur J. Combacau l'avait bien relevé en écrivant que la classification proposée par le professeur R. Ago « tranche radicalement entre les cas selon que le comportement interne de l'État est ou non internationalement déterminé ; or les degrés de cette détermination sont en réalité infiniment variables, pour l'une comme pour l'autre catégories d'obligations » (J. COMBACAU, « Obligation de résultat et obligation de comportement quelques questions et pas de réponse », in *Mélanges offerts à P. REUTER, Le droit international : unité et diversité*, Pedone, 1981, p. 200).

¹⁹¹⁰ Article 2 : Cour EDH, GC, 30 novembre 2004, **Öneryildiz** c. Turquie, *Rec.* 2004-XII, §90 ; *GACEDH*, n° 66 ; *AJDA*, 2005, 550, obs. J.-F. Flauss ; *JDE*, 2006, 116, 39, chron. P. Lambert ; *Europe*, 2005, 3, 28, note N. Deffains ; *JDI*, 2005, 506, obs. P. Tavernier ; Cour EDH, 24 avril 2012, **Iliya Petrov** c. Bulgarie, req. 19202/03, §55. Article 8 : Cour EDH, 27 janvier 2009, **Tătar** c. Roumanie, req. 67021/01, §87 ; *JDI*, 2010, 1008, obs. P. Tavernier ; *RJE*, 2010-1, 61, chron. J.-P. Marguénaud et S. Nadaud ; *RTDE*, 2010, 233, note A. Pomade ; Cour EDH, 30 mars 2010, **Băcilă** c. Roumanie, req. 19234/04, §61 ; *JCP G*, 2010, act. 452, F. Sudre ; *Environnement*, 2010, 6, 3, note Ph. Billet ; *D.*, 2010, 2468, chron. F.-G. Trébulle ; *RJE*, 2010, 657, chron. J.-P. Marguénaud et S. Nadaud.

impose l'adoption de cette réglementation, indique des domaines à réglementer, mais n'explicite pas les conditions requises afin d'autoriser de telles activités ni les niveaux de pollution admissible, pas plus que la fréquence des contrôles exigés. Il existe donc toute une mosaïque d'obligations laissant, selon la précision de leur formulation, une liberté variable aux États.

728. Reuter, dans son cours sur les *Principes de droit international public*, a proposé une classification des normes juridiques internationales en fonction de leur « degré de force obligatoire »¹⁹¹¹. Cette notion visait notamment à illustrer la plus ou moins grande précision de la formulation de ces normes¹⁹¹². Plus récemment, un travail collectif a mené à l'élaboration du concept de « force normative ». Il vise à décrire « les manifestations multiples de la force des normes. Non seulement des normes juridiques obligatoires et contraignantes, mais aussi des normes juridiques qui, sans être dotées d'une force juridique *ab initio*, n'en sont pas moins revêtues d'une certaine force, au sens d'une capacité à fournir référence, c'est-à-dire à modeler les comportements, à réguler l'action, à guider l'interprétation des juges, à orienter la création du droit par le législateur, voire à inspirer la pensée de la doctrine et plus largement encore, les représentations sociales du droit »¹⁹¹³. Selon cette conception, doivent donc être distinguée force obligatoire ou contraignante et force normative.

729. La force obligatoire de la Convention EDH ne porte pas à discussion. Elle est un traité international et, en tant que tel, s'impose aux États l'ayant ratifiée. Les obligations positives déduites de la Convention par la Cour EDH, interprète authentique de cette dernière, ont également force obligatoire ; à l'égard de l'État défendeur en vertu de l'autorité relative des arrêts de la Cour et, plus largement, à l'égard de tous les États parties à la Convention du fait de l'« autorité de la chose interprétée »¹⁹¹⁴ ou de l'« autorité jurisprudentielle »¹⁹¹⁵ conférée par la Cour à ses arrêts.

¹⁹¹¹ P. REUTER, « Principes de droit international public », *RCADI*, 1961, t. 103, p. 471.

¹⁹¹² Il précisait la nécessité de « distinguer aussi clairement que possible la norme juridique et l'acte juridique qui la crée ; même si l'on venait à douter du caractère juridique d'une norme en raison de l'imprécision de ces termes, l'acte juridique qui l'a posée n'en subsiste pas moins » (P. REUTER, « Principes de droit international public », *op. cit.*, p. 471).

¹⁹¹³ C. THIBIERGE, « Conclusion. Le concept de "force normative" », in C. THIBIERGE *et al.*, *La force normative*, Bruylant, LGDJ, 2009, p. 817-818.

¹⁹¹⁴ Ce terme désigne « l'autorité propre de la jurisprudence de la Cour en tant que celle-ci interprète les dispositions de la Convention » (J. VELU et R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1990, p. 1078).

¹⁹¹⁵ E. LAMBERT, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 294 et s.

730. Voyons cependant quelle est la force normative des obligations positives dégagées par le juge européen. Selon la même étude collective, la force normative comprend trois pôles, la valeur normative, la portée normative et la garantie normative.

La précision de l'obligation conditionne sa valeur normative, c'est-à-dire « *la force conférée à la norme par son émetteur* »¹⁹¹⁶. Cette dernière dépend en effet notamment d'un pôle « *déontique, en lien avec la formulation et le contenu prohibitif ou permissif de la norme* »¹⁹¹⁷. La plus ou moins grande précision de l'obligation conventionnelle est la résultante d'un équilibre entre l'intention de la Cour de conférer une plus ou moins grande effectivité à un droit et celle de ne pas trop brimer la souveraineté des États. Elle s'apprécie à l'aune du standard européen de société démocratique tel que défini par le juge strasbourgeois. Plus l'intérêt en jeu paraît important aux yeux de la Cour, plus cette dernière sera susceptible de consacrer une obligation précise visant à assurer l'effectivité de la protection du droit en cause, et réduisant par là-même la liberté de l'État.

La précision de l'obligation aura dès lors une influence sur sa portée normative, autrement dit sur « *les effets de la norme* » ou encore sur « *son effectivité "sur le terrain"* »¹⁹¹⁸. La précision d'une obligation, si elle réduit la liberté de l'État, a cependant l'avantage d'assurer une meilleure exécution de l'arrêt et de garantir la sécurité juridique. Ainsi, selon M. Eudes « *on perçoit aisément l'utilité pour les États d'obtenir des arrêts précis, dans l'optique de mieux les exécuter et d'éviter de nouvelles condamnations* »¹⁹¹⁹. Elle vise ainsi à assurer l'effectivité du droit protégé. L'« *obligation positive de permettre aux Tsiganes de suivre leur mode de vie* »¹⁹²⁰ précitée, du fait de sa formulation très générale, rend impossible l'identification des mesures concrètes à la charge de l'État afin de l'assurer. En laissant toute latitude à l'État pour les déterminer, le risque est de lui laisser le loisir de se complaire dans l'inaction.

Quant à la garantie normative, c'est-à-dire « *la garantie du respect de la norme (offerte) par le système juridique* », autrement dit « *la réaction potentielle et/ou effective du système*

¹⁹¹⁶ C. THIBIERGE, « Conclusion. Le concept de "force normative" », *op. cit.*, p. 822.

¹⁹¹⁷ La valeur normative comprend trois pôles ; outre le pôle déontique, sont dénombrés le pôle « *hiérarchique, en référence à sa validité par rapport aux normes supérieures* », et le pôle « *axiologique, en prenant en compte sa légitimité* » (*Ibid.*, p. 822).

¹⁹¹⁸ *Ibid.*, p. 822.

¹⁹¹⁹ M. EUDES, *La pratique judiciaire interne de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 402. Voir également E. LAMBERT, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 120-121.

¹⁹²⁰ Cour EDH, GC, 18 janvier 2001, **Chapman**, *préc.*, §96.

juridique afin d'assurer le respect de la norme juridique »¹⁹²¹, elle existe quelle que soit la précision de l'obligation positive en cause. Un individu pourra en effet exiger son respect en saisissant la Cour. Donc, quelle que soit leur précision, et donc leur force normative, les obligations positives conventionnelles peuvent être opposées aux États par les individus. Cependant l'indétermination de leur contenu rendra difficile la sanction de leur non respect, et ce tant que le juge refusera de la préciser au fil de sa jurisprudence¹⁹²².

731. Ainsi, l'imprécision d'une norme n'empêche pas sa garantie par le juge ni ne fait obstacle à ce qu'un individu puisse s'en prévaloir au titre de ses droits subjectifs. Cet argument de l'imprécision de la norme a en effet été souvent avancé afin de dénier toute justiciabilité aux droits économiques et sociaux considérés alors comme devant générer uniquement des obligations positives à la différence des droits civils et politiques, droits considérés comme impliquant des obligations négatives¹⁹²³. La Cour EDH, en admettant la justiciabilité d'obligations positives même imprécises, montre l'aptitude du juge à les contrôler et à les préciser. En outre, elle permet de constater que les droits civils et politiques, tout comme les droits économiques et sociaux, sont susceptibles de générer des obligations à la force normative graduée laissant une plus ou moins grande liberté aux États pour les mettre en œuvre. La liberté des États dépend également de la nature des obligations imposées.

¹⁹²¹ C. THIBIERGE, « Conclusion. Le concept de "force normative" », *op. cit.*, p. 823 et 826.

¹⁹²² Voir par exemple Cour EDH, Plén., 27 octobre 1975, **Syndicat national de la police belge, préc.**, §39 : « *De l'avis de la Cour, il s'ensuit qu'en vue de la défense de leurs intérêts les membres d'un syndicat ont droit à ce qu'il soit entendu. Assurément, l'article 11 par. 1 (art. 11-1) laisse à chaque État le choix des moyens à employer à cette fin; la consultation en constitue un, mais il y en a d'autres. Ce qu'exige la Convention, c'est que la législation nationale permette aux syndicats, selon des modalités non contraires à l'article 11 (art. 11), de lutter pour la défense des intérêts de leurs membres* ». La Cour conclut alors dans cette affaire à la non violation de l'article 11 CEDH.

¹⁹²³ Ces auteurs estiment que le juge n'est pas légitime afin de définir les mesures et les ressources financières nécessaires à la mise en œuvre de ces droits. Ils considèrent que ce choix doit appartenir au législateur et non au juge, c'est-à-dire au politique et non au juridique. (M. BOSSUYT, « La distinction entre les droits civils et politiques et les droits économiques sociaux et culturels », *RDH*, 1975, p. 793-794 et 805-806 ; L. FAVOREU et al., *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2009, p. 140). D'autres considèrent que ces droits « *déterminent si faiblement les comportements des États auxquels ils prétendent s'imposer, et concernent des domaines si dépendants de capacités matérielles, et notamment économiques, dont ils ne sont pas maîtres, qu'on ne peut raisonnablement y discerner des dispositions obligatoires* » (J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 2010, p. 390). Pour une critique de cette approche voir A. BERENSTEIN, « Economic and Social Rights : their Inclusion in the European Convention on Human Rights, Problems of Formulation and Interpretation », *HRLJ*, 1981, p. 271 et s. ; C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux, étude de droit conventionnel européen*, Bruylant, coll. « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », 2012, p. 161 et s.

B. Une liberté des États faiblement dictée par la nature des obligations imposées

732. La liberté laissée aux États ne dépend pas tant du caractère d'obligation de moyen ou de résultat (1), que de sa nature procédurale ou substantielle (2).

1. Une liberté nullement conditionnée par la nature d'obligation de moyen ou de résultat

733. La distinction entre obligations de moyen, appelées également obligations de comportement ou de diligence, et obligations de résultat a déjà été explicitée au stade de l'étude du contrôle des obligations positives. La première est une obligation « *de s'efforcer* », là où la seconde est une « *obligation de réussir* »¹⁹²⁴. Elles ont leur importance dans la manière dont le juge exerce son contrôle. Si une obligation de moyen est en jeu, il apprécie le comportement de l'État et recherche si ce dernier s'est comporté avec diligence, c'est-à-dire si des mesures raisonnables ont été adoptées. Si une obligation de résultat est en jeu, il lui suffit de vérifier si le résultat fixé a ou non été atteint.

734. La qualité de moyen ou de résultat d'une obligation ne présume cependant pas de la liberté de choix des moyens laissés à l'État pour la mettre en œuvre. Certaines obligations de moyen peuvent ainsi être beaucoup plus précises que des obligations de résultat. Par exemple, si les obligations structurelles sont des obligations de résultat, certaines laissent une très grande latitude aux États lorsqu'elles sont formulées en termes très larges. Dans une affaire concernant la protection de la réputation, la Cour exigea par exemple simplement « *that an effective legal system must be in place and operating for the protection of the rights falling within the notion of "private life"* ». Elle s'estima ensuite « *satisfied that such a system was indeed available to the applicant in the present case* »¹⁹²⁵. La Cour n'imposa donc aucun contenu spécifique à cette législation. Constatant simplement qu'une législation de ce type existait, elle lui adressa un brevet de conventionnalité sans examiner ce qu'elle prescrivait.

¹⁹²⁴ J. COMBACAU, « Obligation de résultat et obligation de comportement quelques questions et pas de réponse », *op. cit.*, p. 196. Voir *supra* Partie 2, Chapitre 2, Section 3, n° 555 et s.

¹⁹²⁵ Cour EDH, 28 avril 2009, **Karakó**, *préc.*, §19.

735. Pour ce qui est des obligations de moyen, prenons l'exemple des obligations individuelles de réparation en cas de traitement contraires aux articles 2 et 3 CEDH commis par des agents de l'État. Le contrôle de la Cour à cet égard peut s'avérer très minutieux. Dans le cas où sont en cause des allégations de traitements contraires à ces articles la Cour exige qu'une enquête effective soit menée et que les autorités prennent les mesures nécessaires afin de procéder à l'identification et à la punition des responsables. Le juge européen est alors particulièrement exigeant quant à la peine imposée¹⁹²⁶. Bien qu'affirmant ne pas avoir à « *se prononcer sur le degré de culpabilité de la personne en cause* »¹⁹²⁷, ou à « *déterminer la peine à infliger* »¹⁹²⁸, il a toutefois sanctionné à plusieurs reprises des tribunaux nationaux ayant prononcé des peines jugées trop indulgentes¹⁹²⁹ ou ayant procédé à la suspension des peines prononcées à l'encontre d'agents de l'État ayant commis ces violations¹⁹³⁰. Il exige en outre explicitement que ces derniers soient « *suspendus de leurs fonctions pendant l'instruction ou le procès et en soient démis en cas de condamnation* »¹⁹³¹. L'obligation de moyen s'avère alors tellement précise qu'elle ne laisse qu'une liberté très limitée aux États. En outre s'opère un brouillage entre les catégories d'obligation de moyen et de résultat. L'obligation individuelle de réparation est une obligation de moyen, la Cour vérifiant si l'État a mis en œuvre avec diligence les moyens à sa disposition afin de réparer l'allégation de violation. Toutefois, en imposant une obligation de sanction impliquant nécessairement une suspension des fonctions, elle semble imposer une obligation de résultat au sein de l'obligation de moyen.

Toujours est-il que l'appartenance d'une obligation à la catégorie d'obligation de moyen ou de résultat ne présume pas de la liberté de choix laissée aux États. En revanche, cette dernière

¹⁹²⁶ Voir H. TRAN, *Les obligations de vigilance des États parties à la CEDH – Essai sur la transposition en droit européen des droits de l'homme d'un concept de droit international général*, Th. Strasbourg, dact., 2011, p. 226 et s.

¹⁹²⁷ Cour EDH, GC, 30 novembre 2004, **Öneryildiz**, *préc.*, §116 ; Cour EDH, 10 avril 2001, **Tanlı** c. Turquie, *Rec.* 2001-III, §111 ; Cour EDH, GC, 6 juillet 2005, **Natchova et al.** c. Bulgarie, *Rec.* 2005-VII, §147 ; *RTDH*, 2005, 171, obs. D. Rosenberg ; Cour EDH, GC, 1^{er} juin 2010, **Gäfgen** c. Allemagne, *Rec.* 2010-..., §123 ; *JCP G*, 2010, act. 701, G. Gonzalez ; *JCP G*, 2010, 859, chron. F. Sudre ; *JDI*, 2011, 1425, obs. P. von Mühlendhal ; *RTDH*, 2011, 359, com. M.-A. Beernaert ; *D.*, 2010, 2850, note D. Guérin ; *Rev. sc. crim.*, 2010, 675, chron. J.-P. Marguénaud et D. Roets.

¹⁹²⁸ Cour EDH, GC, 1^{er} juin 2010, **Gäfgen**, *préc.*, §123.

¹⁹²⁹ Cour EDH, 17 octobre 2006, **Okkalk** c. Turquie, *Rec.* 2006-XII ; Cour EDH, GC, 1^{er} juin 2010, **Gäfgen**, *préc.*, §123-125 ; Cour EDH, 4 novembre 2010, **Darraj** c. France, req. 34588/07, §48-49.

¹⁹³⁰ Cour EDH, 20 février 2007, **Zeynep Özcan** c. Turquie, req. 45906/99, §43-46 ; Cour EDH, 31 mai 2011, **Derman** c. Turquie, req. 21789/02, §14.

¹⁹³¹ Cour EDH, 8 avril 2008, **Ali et Ayşe Duran** c. Turquie, req. 42942/02, §63 ; Cour EDH, GC, 1^{er} juin 2010, **Gäfgen**, *préc.*, §125. Cette exigence avait déjà été établie auparavant au titre de l'article 13 CEDH (Cour EDH, 2 novembre 2004, **Abdülşamet Yaman** c. Turquie, req. 32446/96, §55).

semble davantage dictée par la nature substantielle ou procédurale des obligations imposées.

2. Une liberté éventuellement conditionnée par la nature d'obligation substantielle ou procédurale

736. La Cour a, au fil de sa jurisprudence, dégagé des obligations procédurales à partir des dispositions substantielles de la Convention. Elle a ainsi pour coutume de distinguer obligation procédurale et obligation substantielle issues d'un même droit¹⁹³².

Ces obligations positives procédurales, création prétorienne, comportent une caractéristique qui les distingue de leurs homologues substantielles. Elles peuvent en effet être un outil de garantie du principe de subsidiarité¹⁹³³. Certains auteurs ont déjà relevé les liens entre obligations procédurales et principe de subsidiarité¹⁹³⁴. Le juge européen, en imposant un cadre procédural aux autorités nationales génère une délégation partielle du contrôle du respect des droits conventionnels. Cette procéduralisation est cependant à double tranchant. En effet, elle revient à terme, à « *identifier les mesures à prendre pour prévenir une répétition d'une violation alléguée du droit garanti* »¹⁹³⁵. Ainsi, la subsidiarité conférée grâce à ce processus ne va pas toujours de pair avec une liberté de choix des moyens conférée aux États. En cas d'obligation procédurale de réparation cette liberté est limitée (a), en cas d'obligation procédurale de conciliation elle est voulue (b).

¹⁹³² V. *supra* Partie 1, Chapitre 1, Section 1, §3, A, 1, n° 109 et s.

¹⁹³³ Certains aspects du passage qui suit ont déjà été développés dans l'article : C. MADELAINE, « Les obligations positives procédurales, instrument du pluralisme ? », in M. LEVINET (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruylant, 2010, p. 106-123.

¹⁹³⁴ Pour le professeur J.-F. Flauss « *la politique jurisprudentielle de procéduralisation* » repose « *sur la volonté de la Cour de "subsidiariser" davantage le contrôle européen* » (J. F. FLAUSS, « La procéduralisation des droits substantiels de la Convention européenne des droits de l'homme au service de la lutte contre les pollutions et nuisances », in *Mélanges en l'honneur de M. PRIEUR, Pour un droit commun de l'environnement*, Dalloz, 2007, p. 1265).

¹⁹³⁵ F. SUDRE, « L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2008, p. 930.

a. Une liberté limitée : les obligations procédurales de réparation

737. En matière d'obligations procédurales de réparation, la liberté laissée aux États peut être considérée comme limitée. Si la garantie du principe de subsidiarité s'avère nécessaire pour la Cour (i), les États ne font que la subir, tant leur latitude est réduite (ii).

i. Une subsidiarité nécessaire pour la Cour

738. Obligations procédurales de réparation et garantie de la subsidiarité sont indissociablement liées. Le lien se noue cependant différemment pour ce qui est des obligations de réparation en général et en ce qui concerne les obligations d'enquête, type particulier d'obligations de réparation exigées par la Cour afin d'assurer l'effectivité des valeurs qu'elle juge les plus importantes dans une société démocratique.

739. Les obligations de réparation dans leur ensemble s'inscrivent dans une logique de subsidiarité. Elles comportent des liens très étroits avec la règle d'épuisement des voies de recours interne (article 35§1 CEDH) qui est une des conditions de recevabilité d'une requête, ainsi qu'avec l'article 13 CEDH¹⁹³⁶. La règle d'épuisement des voies de recours internes trouve sa raison d'être dans la nécessité de laisser à l'État la possibilité de redresser une violation alléguée avant que la Cour ne soit saisie. L'article 13 impose aux États la mise en place d'un recours effectif pour « *toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés* ». Les obligations procédurales de réparation ont donc un contenu très proche des obligations issues de l'article 13 et reviennent à indiquer à l'État et aux individus quelles sont les voies de recours à épuiser avant de saisir la Cour. Au titre de ces dernières ne sont en effet exigés que les recours disponibles, effectifs et aptes à redresser la violation alléguée. Si l'État met en place de telles procédures et que l'individu obtient reconnaissance et réparation de la violation conventionnelle alléguée au cours de cette procédure, il n'aura aucun besoin de saisir la Cour. Donc, si l'État respecte l'obligation de réparation, l'affaire n'aura pas vocation à aller devant le prétoire strasbourgeois. L'échelon le plus approprié afin de réparer la violation est le niveau national, si cet objectif est atteint le principe de subsidiarité est pleinement garanti.

740. Cette subsidiarité est nécessaire pour la Cour car elle est de l'essence même du système de la Convention. Comme l'écrivait le juge L. Wildhaber, « *tel est finalement l'objectif qui*

¹⁹³⁶ Voir L. WILDHABER, « Un avenir constitutionnel pour la CEDH ? » *RUDH*, 2002, n° 1-4, p. 1.

*sous-tend le système : faire en sorte que les citoyens européens, dans la communauté conventionnelle tout entière, puissent pleinement faire valoir dans leur propre ordre juridique interne les droits que leur reconnaît la Convention »*¹⁹³⁷. La technique des obligations positives, en permettant de sanctionner l'État sur le fondement d'une disposition substantielle si ce dernier n'a pas mis en place et/ou correctement mis en œuvre des procédures permettant d'assurer la réparation des violations alléguées par des individus au niveau national, permet d'œuvrer dans le sens de cet objectif. Elle vise alors la garantie de l'effectivité des droits et du principe de subsidiarité.

741. Concernant les obligations d'enquête, la nécessité d'une délégation aux autorités nationales se pose avec une acuité particulière. En vertu de ces obligations, la Cour exige que les autorités nationales mènent une enquête indépendante et effective en cas d'allégation d'une violation de certains droits conventionnels, que cette violation soit le fait de personnes privées ou publiques. Cette enquête doit permettre de mener à l'identification et à la condamnation pénale des responsables. Ces obligations s'inspirent du droit international général et ont été développées initialement par le Comité DH et par la Cour IADH¹⁹³⁸. Tel que l'a écrit le professeur J.-F. Flauss, « *le recours au volet procédural d'un article substantiel peut s'avérer utile pour pallier les difficultés de preuve* »¹⁹³⁹.

Elles ont en effet servi dans un premier temps à engager la responsabilité de l'État malgré l'absence de preuve d'implication directe de ses agents. La technique des obligations positives a ainsi facilité les constats de violation. Il est en effet plus aisé de prouver le défaut de réparation d'une violation que de démontrer l'implication des autorités étatiques dans la violation substantielle¹⁹⁴⁰.

¹⁹³⁷ *Ibid.*, n° 1-4, p. 2.

¹⁹³⁸ V. *supra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 1, B, 1, b, n° 277 et s.

¹⁹³⁹ J. F. FLAUSS, « La procéduralisation des droits substantiels de la Convention européenne des droits de l'homme au service de la lutte contre les pollutions et nuisances », *op. cit.*, p. 1265-1266.

¹⁹⁴⁰ Il a cependant été parfois reproché à la Cour de procéder à une « *marginalisation de la norme de fond au profit des exigences de procédures* » (J. F. AKANDJI-KOMBÉ, « L'obligation positive d'enquête sur le terrain de l'article 3 CEDH », *op. cit.*, p. 135. Dans le même sens : E. DUBOUT, « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2007, p. 403). Voir également Cour EDH, GC, 6 juillet 2005, *Natchova et al.*, *préc.*, opinion partiellement dissidente commune aux juges J. Casadevall, J. Hedigan, A. Mularoni, E. Fura-Sandström, A. Gyulumyan et D. Spielmann. La Cour doit en effet résister à la facilité de conclure au seul volet procédural d'un droit pour défaut d'enquête. La portée symbolique d'un tel constat de violation est en effet moindre que celui du volet substantiel, en particulier lorsque sont en cause des actes commis par des agents de l'État. En outre, la satisfaction équitable versée au requérant est en principe plus réduite du fait qu'est réparé le seul dommage issu du défaut d'enquête et non celui issu du traitement contraire à

Elles ont également une visée plus large, celle de lutter contre l'impunité et de renforcer l'État de droit en obligeant les organes étatiques à enquêter et punir leurs propres agents auteurs de violations. Pour ce faire, le juge européen n'a d'autre moyen que d'utiliser le relais des autorités nationales. Seules ces dernières sont en effet en mesure de récolter les preuves nécessaires afin d'identifier et condamner les responsables, personnes privées ou publiques. La Cour l'a explicitement affirmé en Grande Chambre dans son affaire *Öneryildiz*, en établissant que « *si les cas d'homicide justifient que l'on dégage de l'article 2 une obligation d'enquête officielle, c'est non seulement parce que les allégations formulées à ce titre impliquent, en principe, une responsabilité pénale (...), mais également parce qu'en pratique il arrive que seuls des agents ou autorités de l'État connaissent ou peuvent connaître les vraies circonstances dans lesquelles le décès est survenu* »¹⁹⁴¹. Ce constat est transposable à toutes les obligations d'enquête quel que soit le droit substantiel dont elles sont issues. La Cour de Strasbourg détient en effet des moyens très limités afin de procéder à des enquêtes *in situ*¹⁹⁴². Dans un contexte d'engorgement de la Cour et d'augmentation préoccupante du temps de traitement des requêtes, le coût élevé et la durée de telles enquêtes la dissuadent d'y avoir fréquemment recours¹⁹⁴³. Le juge européen n'a donc souvent d'autre choix que de se fonder sur les faits établis par les juridictions internes afin de juger le litige. La subsidiarité est alors nécessaire en ce que le juge européen a besoin des autorités nationales pour mener de telles enquêtes. La technique des obligations positives a été utilement employée afin de renforcer la subsidiarité en contraignant les États à mener ces enquêtes.

Cette subsidiarité est cependant subie par les États, tant leur liberté de choix est restreinte.

ii. Une subsidiarité subie par les États

742. La contrepartie de la subsidiarité est une liberté très limitée des États dans le choix des mesures à prendre au titre des obligations de réparation. La subsidiarité peut alors être

l'article 2 ou 3 CEDH.

¹⁹⁴¹ Cour EDH, GC, 30 novembre 2004, *Öneryildiz*, *préc.*, §93.

¹⁹⁴² Ces enquêtes sont régies par les articles A1 à A8 de l'Annexe au Règlement de la Cour. Sur ce pouvoir d'enquête voir J. CALLEWAERT, « La subsidiarité dans l'Europe des droits de l'homme : la dimension substantielle », *op. cit.*, p. 48-49.

¹⁹⁴³ « *The court desire to minimize the use of time-consuming and expensive fact-finding missions to examine specific complaints had been achieved, in part, by imposing positive obligations to conduct an effective investigation* » (A. R. MOWBRAY, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart Publishing, Oxford, Portland Oregon, 2004, p. 222). Voir aussi Ph. LEACH, C. PARASKEVA, G. UZELAC, *International Human Rights & Fact Finding*, Human Rights & Social Justice Research Institute, 2009, p. 24 et s.

considérée comme subie par les États. Les obligations de réparation, et en particulier les obligations d'enquête sont en effet de plus en plus précises¹⁹⁴⁴. Ce degré d'exigence rejaillit sur les conditions de recevabilité des requêtes. La Cour, en s'appuyant sur le manquement de l'État à ses obligations de réparation, assouplit en effet à la fois la condition de victime (article 34 CEDH) et la règle de l'épuisement des voies de recours internes (article 35§1 CEDH). La technique des obligations positives a alors des conséquences sur l'appréciation de la recevabilité des requêtes. Elle aboutit à une situation curieuse où « *la recevabilité du grief dépend de la violation de la Convention européenne par l'État* »¹⁹⁴⁵.

743. Pour ce qui est de la condition issue de l'article 34 CEDH, le manquement à une obligation procédurale de réparation rejaillit sur la qualité de victime du fait que le requérant n'a pu obtenir une réparation adéquate au niveau national. Ainsi, l'irrespect de l'obligation positive procédurale de réparation va de pair avec la qualification de victime. La Cour procède alors de plusieurs manières. Soit elle étudie la condition de victime au regard de l'obligation positive de réparation, puis lorsqu'elle examine et conclut à la violation de cette dernière, elle renvoie à son constat opéré relativement à la qualité de victime¹⁹⁴⁶, soit elle joint l'examen de la qualité de victime à celui du fond de l'affaire¹⁹⁴⁷, soit elle examine la qualité de victime au regard de l'obligation de réparation mais ne procède pas à l'examen du volet procédural de l'article concerné¹⁹⁴⁸.

744. La Cour peut en outre examiner la qualité de victime au regard d'obligations positives individuelles aussi bien que structurelles.

Dans une affaire *Nikolova et Velichkova*¹⁹⁴⁹, les requérants avaient reçu une compensation

¹⁹⁴⁴ Sur l'énumération de ces obligations voir *infra* Partie 3, Chapitre 2, Section 1, §1, B, n° 824 et s. Voir aussi P. WACHSMANN, « Convention européenne des droits de l'homme. Droits garantis. Libertés de la personne physique », *Jurisclasseur Europe traité*, fascicule 6520, 10 juin 2009, §24 et s. et §63 et s.

¹⁹⁴⁵ B. DELZANGLES, *Activisme et Autolimitation de la Cour européenne des droits de l'homme*, LGDJ, Fondation Varenne, 2009, p. 51.

¹⁹⁴⁶ Cour EDH, 20 décembre 2007, *Nikolova et Velichkova* c. Bulgarie, req. 7888/03, § et §52-69 et §74-75 ; Cour EDH, 24 juillet 2008, *Vladimir Romanov* c. Russie, req. 41461/02, §71-91.

¹⁹⁴⁷ Cour EDH, 26 juillet 2005, *Siliadin* c. France, *Rec.* 2005-VII, §63 ; *GACEDH*, n° 17 ; *JCP G*, 2005, II, 10142, note F. Sudre ; *D.*, 2006, 346, note D. Roets ; Cour EDH, 25 novembre 2008, *Armonienė* c. Lituanie, req. 36919/02, §45-48 ; *JCP G*, 2009, I, 104, obs. F. Sudre ; Cour EDH, 23 mars 2010, *Oyal* c. Turquie, req. 4864/05, §59 et 73 ; Cour EDH, 20 juillet 2010, *Ciorap* c. Moldavie (n° 2), req. 7481/06, §24-25 ; Cour EDH, 5 juillet 2011, *Avram et al.* c. Moldavie, req. 41588/05, §43-44 ; Cour EDH, 17 janvier 2012, *Zontul* c. Grèce, req. 12294/07, §113.

¹⁹⁴⁸ Cour EDH, 4 novembre 2010, *Darraj*, *préc.*, §51-53 ; Cour EDH, GC, 1^{er} juin 2010, *Gäfgen*, *préc.*, §121-130.

¹⁹⁴⁹ Cour EDH, 20 décembre 2007, *Nikolova et Velichkova*, *préc.*.

pour le décès de leur proche, décès survenu alors que ce dernier se trouvait sous la responsabilité de policiers. La Cour a cependant estimé « *that in cases of wilful ill-treatment resulting in death the breach of Article 2 cannot be remedied exclusively through an award of compensation to the relatives of the victim* »¹⁹⁵⁰. Au titre de la réparation aurait dû être également menée une procédure pénale effective contre les officiers de police responsables du décès. La Cour a considéré que tel n'avait pas été le cas en raison du délai déraisonnable avec lequel avaient été jugés les responsables et de la faible sanction dont ils avaient fait l'objet¹⁹⁵¹. Elle a estimé qu'à ce titre les requérants pouvaient toujours se prévaloir de leur qualité de victime. Ensuite pour conclure au volet procédural de l'article 2, la Cour a opéré un simple renvoi à ses conclusions relatives à la qualité de victime¹⁹⁵². Dans d'autres affaires, la Cour a par ailleurs contesté le montant des indemnités allouées par les tribunaux nationaux. Si celles-ci sont jugées insuffisantes la Cour estime que le requérant peut toujours se prévaloir de sa qualité de victime et conclut à la violation d'une disposition substantielle¹⁹⁵³.

L'examen des mêmes faits, au regard des mêmes critères de contrôle mène donc à la fois à la violation de l'obligation positive de réparation et à la qualification de victime au sens de l'article 34 CEDH¹⁹⁵⁴. L'enrichissement progressif des obligations procédurales entraîne par ricochet une appréciation plus stricte de la part de la Cour de la perte de qualité de victime, cette dernière n'étant admise que si l'État a, non seulement reconnu en substance la violation et indemnisé la victime, mais également procédé à des enquêtes effectives et sanctionné de manière adéquate les responsables¹⁹⁵⁵.

¹⁹⁵⁰ *Ibid.*, §55.

¹⁹⁵¹ *Ibid.*, §63.

¹⁹⁵² *Ibid.*, §74-75.

¹⁹⁵³ Violation de l'article 3 CEDH en raison de l'insuffisance des sommes versées en réparation de conditions de détentions inhumaines et défaut de soin en prison (Cour EDH, 20 juillet 2010, **Ciorap**, *préc.*, §24-25).

¹⁹⁵⁴ La Cour a agi de même dans des affaires relatives à l'article 3 : Cour EDH, 24 juillet 2008, **Vladimir Romanov**, *préc.*, §90-91 ; Cour EDH, GC, 1^{er} juin 2010, **Gäfigen**, *préc.*, §121-130 ; Cour EDH, 4 novembre 2010, **Darraj**, *op. cit.*, §47-51. Voir aussi une affaire de négligence médicale où la Cour conclut à la violation de l'article 2 CEDH : la Cour « *considers that the most appropriate remedy in the circumstances would have been to have ordered the defendants, in addition to the payment of non-pecuniary damages, to pay for the treatment and medication expenses of the first applicant during his lifetime. The Court concludes therefore that the redress offered to the applicants was far from satisfactory for the purposes of the positive obligation under Article 2 of the Convention* » (Cour EDH, 23 mars 2010, **Oyal**, *préc.*, §72).

¹⁹⁵⁵ Voir E. LAMBERT-ABDELGAWAD, « La perte de la qualité de victime », in P. DOURNEAU-JOSETTE et E. LAMBERT-ABDELGAWAD (dir.), *Quel filtrage des requêtes par la Cour européenne des droits de l'homme ?*, Ed. du Conseil de l'Europe, 2011, p. 31-52, spéc. p. 46-47.

745. La Cour évalue également la qualité de victime au regard du respect d'obligations structurelles. Une législation insuffisamment protectrice ou faisant obstacle à une réparation adéquate peut constituer un manquement aux obligations positives et permettre de retenir la qualification de victime. Tel est le cas lorsque l'interprétation faite par les juridictions internes des dispositions pénales du droit français relatives à l'esclavage, à la servitude et au travail forcé ne permettent pas de sanctionner effectivement les agissements dont la requérante a été victime¹⁹⁵⁶, ou encore lorsqu'une législation limite le montant de la réparation due à un requérant alors qu'un journal avait divulgué qu'il était atteint du VIH¹⁹⁵⁷.

746. La précision croissante des obligations de réparation et la liberté de plus en plus limitée des États afin de s'y conformer a également une influence s'agissant de la règle de l'épuisement des voies de recours internes. Par exemple, lorsqu'une obligation d'enquête est en jeu, la Cour juge que seules les procédures pouvant mener à l'identification et à la punition des responsables doivent être épuisées afin que la requête soit recevable. Elle a ainsi estimé que « *si un recours fondé sur la responsabilité objective de l'État passait pour une voie de droit à épuiser au titre de griefs soulevés sur le terrain des articles 2 ou 13, l'obligation de l'État de rechercher le ou les coupables d'une agression mortelle pourrait s'en voir annihilée* »¹⁹⁵⁸. Dans ces cas de figure, les voies de recours à épuiser sont donc uniquement celles respectant les garanties prescrites par les obligations positives procédurales d'enquête. Autre exemple, il ne peut être exigé d'une requérante qu'elle procède à un recours en responsabilité délictuelle contre le médecin ayant refusé sa demande d'avortement thérapeutique. L'obligation positive issue de l'article 8 exige en effet la mise en place d'une procédure « *permettant à une patiente d'obtenir un tel avis ou de le contester en cas de désaccord* »¹⁹⁵⁹. Dès lors, seule une telle procédure aurait dû être épuisée par la requérante au titre de l'article 35§1 CEDH.

747. En outre, la Cour dispense un requérant d'épuiser les voies de recours internes si

¹⁹⁵⁶ Cour EDH, 26 juillet 2005, **Siliadin**, *préc.*, §63.

¹⁹⁵⁷ Cour EDH, 25 novembre 2008, **Armoniené**, *préc.*, §45-48. De même voir Cour EDH, 5 juillet 2011, **Avram et al.**, *préc.*, §38-44.

¹⁹⁵⁸ Cour EDH, 2 septembre 1998, **Yaşa** c. Turquie, *Rec.* 1998-VI, §74 ; *JCP G*, 1999, I, 105, n° 2, obs. F. Sudre ; Cour EDH, 24 mars 2009, **Mojsiejew** c. Pologne, req. 11818/02, §41.

¹⁹⁵⁹ Cour EDH, 20 mars 2007, **Tysiāc** c. Pologne, *Rec.* 2007-I, §122 ; *RDSS*, 2007, 643, note D. Roman ; *RTDH*, 2007, 855, note J.-M. Larralde ; *JCP G*, 2007, I, 106, n° 6, obs. F. Sudre.

est constatée l'inaction des autorités face à des allégations de violation de la Convention¹⁹⁶⁰. La Cour en a fait une interprétation très poussée dans l'arrêt *Selmouni*¹⁹⁶¹ condamnant la France pour des actes de tortures commis par des policiers sur la personne du requérant lors de sa garde à vue. Dans cette affaire, le gouvernement avançait que M. Selmouni n'avait pas épuisé les voies de recours internes et que sa requête était prématurée. La procédure pénale contre les policiers n'était en effet pas terminée et il aurait été possible au requérant, en cas de condamnation des policiers, de saisir les juridictions civiles aux fins d'obtenir des dommages et intérêts. La Cour a cependant contourné cet argument en arguant du manque de diligence des autorités nationales dans la manière de mener l'enquête. Cette dernière n'avait en effet abouti à la comparution des policiers mis en cause devant un tribunal que « *cinq ans après leur identification et sept ans après la garde à vue litigieuse* »¹⁹⁶². La Cour a rappelé que « *lorsqu'un individu formule une allégation défendable de violation des dispositions de l'article 3 (ainsi d'ailleurs que de l'article 2), la notion de recours effectif implique, de la part de l'État, des investigations approfondies et effectives propres à conduire à l'identification et à la punition des responsables* »¹⁹⁶³, avant d'établir « *que les autorités n'ont pas pris les mesures positives que les circonstances de la cause imposaient pour faire aboutir le recours invoqué par le Gouvernement* »¹⁹⁶⁴, puis de conclure que « *faute d'explications convaincantes du Gouvernement sur le caractère "effectif" et "adéquat" du recours invoqué par lui, à savoir une plainte avec constitution de partie civile, la Cour estime que le recours dont le requérant disposait n'était pas, en l'espèce, normalement disponible et suffisant pour lui permettre d'obtenir réparation des violations qu'il allègue* »¹⁹⁶⁵.

748. Cette jurisprudence est un assouplissement de la règle de l'épuisement des voies de recours internes à double titre. Tout d'abord, elle modifie la manière d'apprécier la règle. Elle revient à contrôler a posteriori si les procédures étaient effectives et si elles devaient donc être épuisées. La disponibilité et l'effectivité des recours s'apprécie normalement « *à l'époque des*

¹⁹⁶⁰ Cour EDH, 18 décembre 1996, *Aksoy* c. Turquie, *Rec.* 1996-VI, §56.

¹⁹⁶¹ Cour EDH, GC, 28 juillet 1999, *Selmouni* c. France, *Rec.* 1999-V ; *RGDIP*, 1999, 948, note A.-S. Millet ; *Rev. sc. crim.*, 1999, 891 chron. F. Massias ; *JCP G*, 1999, 1985, note F. Sudre ; *RTDH*, 2000, 181, note G. Cohen-Jonathan ; *JDI*, 2000, 118, obs. J. Benzimra-Hazan ; *JDE*, 2000, 66, 34, chron. P. Lambert.

¹⁹⁶² *Ibid.*, §78.

¹⁹⁶³ *Ibid.*, §79.

¹⁹⁶⁴ *Ibid.*, §80.

¹⁹⁶⁵ *Ibid.*, §81.

faits »¹⁹⁶⁶, c'est-à-dire en l'espèce, entre la date de la violation alléguée (25-29 novembre 1991) et celle où le requérant avait saisi la Commission (28 décembre 1992). Or la Cour a pris en compte les mesures prises jusqu'à la date de prononcé de son arrêt (1999) pour considérer qu'en 1992, le requérant ne disposait pas de recours effectif à épuiser et alors même que ce dernier n'avait porté plainte que le 1^{er} décembre 1992 et ne s'était constitué partie civile que le 1^{er} février 1993.

749. Ensuite, cette jurisprudence modifie la nature de la règle de l'épuisement des voies de recours internes qui n'est « *plus une obligation pour le requérant mais se transforme en obligation pour les États de redresser le grief et devient un droit pour les individus d'obtenir réparation en droit interne* »¹⁹⁶⁷. Cette remarque s'applique cependant uniquement aux obligations de réparation pénale, obligations qui s'imposent relativement aux violations que la Cour considère les plus graves en ce qu'elles portent atteinte aux valeurs fondamentales d'une société démocratique¹⁹⁶⁸. La Cour a en effet admis que des obligations d'enquête devaient être menées dans ce cadre dès lors que les autorités avaient connaissance d'une allégation de violation d'un droit sans besoin qu'une plainte ait été déposée¹⁹⁶⁹. Dans l'affaire *Selmouni*, en transposant cette exigence à la règle de l'épuisement des voies de recours internes, elle réduit à néant cette dernière pour ce qui est des procédures pénales. Les États ayant l'obligation de mener des enquêtes d'office, il n'est plus exigé de l'individu qu'il épuise les voies de recours pénales dès lors qu'est constaté le manque de diligence de l'État. La Cour l'a depuis lors clairement affirmé dans l'affaire *Zontul*, affaire concernant des faits de torture commis par des gardes-côte. Ainsi elle a jugé qu'« *en l'espèce une exception du Gouvernement relative au non-épuisement des voies de recours internes (...) ne peut viser l'aspect pénal de la procédure laquelle se déroule avec la diligence du procureur et a pour but de faire statuer par la juridiction saisie sur les accusations portées contre les officiers poursuivis et sur leur culpabilité éventuelle pour telle ou telle infraction* »¹⁹⁷⁰. Il paraît cependant que la

¹⁹⁶⁶ Cour EDH, GC, 16 septembre 1996, **Akdivar et al.** c. Turquie, *Rec.* 1996-IV, §68 ; *GACEDH*, n° 73 ; *AJDA*, 1997, 977 chron. J.-F. Flauss ; *JDI*, 1997, 239, obs. E. Decaux.

¹⁹⁶⁷ B. DELZANGLES, *Activisme et Autolimitation de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 51.

¹⁹⁶⁸ Voir *infra* Partie 3, Chapitre 2, Section 1, §2, B, 2, n° 849 et s.

¹⁹⁶⁹ Cour EDH, 28 juillet 1998, **Ergi** c. Turquie, *Rec.* 1998-IV, §82 ; Cour EDH, GC, 27 juin 2000, **İlhan** c. Turquie, *Rec.* 2000-VII, §63 ; *JDE*, 2001, 76, 34, chron. P. Lambert ; *JDI*, 2001, 161, chron. E. Decaux et P. Tavernier ; *AJDA*, 2000, 1006, chron. J.-F. Flauss ; V. *supra* Partie 2, Chapitre 2, Section 2, §2, B, 2, n° 551 et s.

¹⁹⁷⁰ Cour EDH, 17 janvier 2012, **Zontul**, *préc.*, §71. La Cour énonce dans ce même paragraphe qu'« *en l'espèce une exception du Gouvernement relative au non-épuisement des voies de recours internes ne peut concerner que la constitution de partie civile du requérant et la procédure y afférente en vue de son indemnisation* ». Cette affirmation est surprenante du fait que dans ces affaires dans lesquelles sont en cause des violations des articles 2 et 3 appelant des obligations de réparation pénales, la Cour estime généralement que la voie civile n'est pas une voie

jurisprudence *Selmouni* devrait rester isolée en qu'elle semble exiger deux conditions implicites : la gravité des sévices commis et le manque de diligence de l'État afin de réprimer de tels actes¹⁹⁷¹.

750. Ainsi, la liberté de l'État en matière d'obligations de réparation est réduite, d'autant plus lorsqu'il s'agit d'obligations de réparation pénale. La subsidiarité n'est donc pas synonyme de liberté des États dans ce domaine. Le constat est autre en ce qui concerne les obligations procédurales de conciliation.

b. Une liberté voulue : les obligations procédurales de conciliation

751. Les obligations procédurales de conciliation consistent à exiger le respect de certaines garanties de procédure en amont d'une décision administrative ou juridictionnelle susceptible de porter atteinte aux droits conventionnels¹⁹⁷². Dans certaines affaires, la Cour se contente de contrôler le respect d'une obligation procédurale de conciliation. Elle examine donc uniquement s'il existait une autorité indépendante apte à statuer sur un droit de manière équitable et si le processus décisionnel ayant mené à la décision portant atteinte au droit a respecté certaines garanties procédurales. Elle ne se prononce donc pas sur le fond de la décision. Le contrôle de la Cour est alors limité à l'examen du respect des procédures¹⁹⁷³. La nature du contrôle européen s'en trouve alors modifié. Selon le professeur E. Dubout, « *une des conséquences notables de l'extension du recours à des obligations procédurales est d' "objectiver" – dans le sens de rendre plus objectif – le contrôle juridictionnel du respect des droits fondamentaux, qui s'en trouve en quelque sorte dédramatisé. Le juge des libertés se mue progressivement en juge des procédures. Tâche dont on conviendra aisément que l'arbitrage qu'elle appelle est moins polémique que celui de l'équilibre à trouver entre des droits contradictoires ou entre la protection d'un droit subjectif et la poursuite*

adéquate de redressement (voir *supra* Cour EDH, 2 septembre 1998, **Yaşa**, *préc.*, §74).

¹⁹⁷¹ Ainsi, la Cour exige en revanche au titre des recours à épuiser, le dépôt d'une plainte avec constitution de partie civile dans une affaire où les autorités avaient d'office ouvert une enquête sur le décès d'un homme des suites d'une crise d'épilepsie alors qu'il était placé en centre de rétention (Cour EDH, 27 juillet 2004, **Slimani** c. France, *Rec.* 2004-IX, §37-42 ; *JDI*, 2005, 505, obs. M. Eudes ; *JCP G*, 2005, I, 103, n° 2, chron. F. Sudre).

¹⁹⁷² V. *supra* Partie 1, Chapitre 1, Section 1, §3, A, 2, a, n° 117 et s.

¹⁹⁷³ Le contrôle exercé par la Cour peut alors être vu comme un application des thèses de J. Rawls ou encore de J. Habermas (v. *infra* Partie 3, Chapitre 2, Section 1, §3, n° 859 et s.).

d'un intérêt général »¹⁹⁷⁴. En effet, selon l'expression de M. Delmas Marty, il « *semble plus facile de se mettre d'accord sur une façon commune de dire le droit que sur une conception commune des valeurs inscrites dans les règles de droit* »¹⁹⁷⁵. La souveraineté des États est alors moins froissée du fait d'une sanction de leur procédure qu'en raison de la remise en cause de certaines de leurs traditions ou valeurs¹⁹⁷⁶.

752. La Cour ne contrôle en effet que le volet procédural d'un droit dans des cas où elle considère que les autorités nationales sont plus aptes qu'elle-même à se prononcer sur le fond d'une affaire. Il peut tout d'abord s'agir d'éviter de se prononcer sur certains domaines qu'elle considère devoir relever de la souveraineté étatique. Elle l'a clairement exprimé concernant le domaine environnemental. Elle a ainsi établi que « *where the complaints relate to State policy with respect to industrial polluters, as in the present case, it remains open to the Court to review the merits of the respective decisions and conclude that there has been a manifest error. However, the complexity of the issues involved with regard to environmental policymaking renders the Court's role primarily a subsidiary one. It must first examine whether the decision-making process was fair, and only in exceptional circumstances may it go beyond this line and revise the material conclusions of the domestic authorities* »¹⁹⁷⁷. Elle l'a également récemment affirmé dans une affaire relative au suicide assisté. Elle a ainsi considéré que « *eu égard au principe de subsidiarité, la Cour estime qu'il appartenait avant tout aux juridictions internes d'examiner le fond de la demande du requérant.(...) En conséquence, elle décide de se limiter à examiner le volet procédural de l'article 8 de la Convention dans le cadre du présent grief* »¹⁹⁷⁸.

753. Sans toutefois clairement exprimer le lien entre procéduralisation et garantie du principe de subsidiarité elle avait déjà procédé de même auparavant dans des affaires relatives à la

¹⁹⁷⁴ E. DUBOUT, « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 42.

¹⁹⁷⁵ M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit, tome 1, Le relatif et l'universel*, Seuil, Paris, 2004 p.159.

¹⁹⁷⁶ En ce sens voir J. F. FLAUSS, « La procéduralisation des droits substantiels de la Convention européenne des droits de l'homme au service de la lutte contre les pollutions et nuisances », *op. cit.*, p. 1265 ; E. DUBOUT, « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 403.

¹⁹⁷⁷ Cour EDH, 10 février 2011, **Dubetska et al.** c. Ukraine, req. 30499/03, §142 ; *RJE*, 2011, 563, chron. J.-P. Marguénaud ; *D.*, 2011, 2694, chron. F.-G. Trébulle.

¹⁹⁷⁸ Cour EDH, 19 juillet 2012, **Koch** c. Allemagne, req. 497/09, §71.

séparation de corps¹⁹⁷⁹, à des « *questions complexes de politique environnementale et économique* »¹⁹⁸⁰, à l'avortement¹⁹⁸¹, au suicide assisté¹⁹⁸², au droit au logement¹⁹⁸³, à la demande de modification de l'origine ethnique inscrite sur la carte d'identité¹⁹⁸⁴, ou encore à l'autorisation pour des détenus d'avoir recours à la procréation médicalement assistée¹⁹⁸⁵. Dans ces affaires elle ne se prononce pas sur la nécessité d'adopter une législation nationale consacrant ces différents droits et confère une liberté de choix des moyens aux États à cet égard. Cependant si les législations nationales accordent dans certains cas restreints de tels droits, la Cour considère que les demandes visant à en bénéficier doivent respecter certaines garanties procédurales¹⁹⁸⁶. Ainsi « *le mouvement de procéduralisation des droits et libertés garantis par la Convention, (...), peut être lu comme étant susceptible de donner sens au renvoi à la marge d'appréciation - et de la contrôler - en l'assortissant d'une condition préliminaire : avant de s'en remettre sur le fond aux appréciations des États, encore faut-il vérifier que ceux-ci ont, sur un plan méthodologique et formel, multiplié les chances d'aboutir à la « bonne décision », en se mettant à l'écoute, de manière équitable et impartiale, de l'ensemble des intérêts pertinents* »¹⁹⁸⁷. Alors, « *le développement des garanties procédurales peut paraître comme le corollaire naturel et fécond de la doctrine de la marge d'appréciation des États et, au travers de celle-ci, de la subsidiarité du rôle assumé par la Cour*

¹⁹⁷⁹ Cour EDH, 9 octobre 1979, **Airey**, préc., §33.

¹⁹⁸⁰ Cour EDH, GC, 8 juillet 2003, **Hatton et al.**, préc., §128.

¹⁹⁸¹ Cour EDH, 20 mars 2007, **Tysiāc**, préc., §117 ; Cour EDH, GC, 16 décembre 2010, **A, B et C** c. Irlande, *Rec.* 2010-..., §245-246 ; *JCP G*, 2011, act. 58, obs. M. Levinet ; *JCP G*, 2011, 94, chron. F. Sudre ; *HRLR*, 2011, 11-3, 556, note E. Wicks ; *RTDciv.*, 2011, 303, note J.-P. Margénaud ; *D.*, 2011, 1360, note S. Hennette-Vauchez ; *JCP G*, 2011, 1449, chron. Ch. Byk ; *JDI*, 2011, 1342, obs. E. Birden ; Cour EDH, 25 mai 2011, **R.R.** c. Pologne, *Rec.* 2011-..., §191 ; *JCP G*, 2011, 914, chron. F. Sudre ; *RTDH*, 2012, 609, obs. J.-M. Larralde.

¹⁹⁸² Cour EDH, 20 janvier 2011, **Haas** c. Suisse, *Rec.* 2011-..., §58 ; *JCP G*, 2011, act. 122, chron. Ch. Byk ; *JCP G*, 2011, 914, chron. F. Sudre ; *RTDciv.*, 2011, 311, note J.-P. Marguénaud ; *JDI*, 2012, chron. 6, obs. E. Birden.

¹⁹⁸³ Cour EDH, 13 mai 2008, **McCann** c. Royaume-Uni, *Rec.* 2008-... §50.

¹⁹⁸⁴ Cour EDH, 27 avril 2010, **Ciubotaru** c. Moldavie, req. 27138/04, §51-52.

¹⁹⁸⁵ Cour EDH, GC, 4 décembre 2007, **Dickson** c. Royaume-Uni, *Rec.* 2007-V., §82 ; *RTDH*, 2008, 879, comm. N. Gallus ; *RTDciv.*, 2008, 2, 272, note J. Hauser ; *JCP G*, 2008, I, 110, chron. F. Sudre ; *Rev. sc. crim.*, 2008, 1, 140, chron. J.-P. Marguénaud et D. Roets ; *RJPF*, 2008, 5, p.14, note E. Putman ; *AJDA*, 2008, 978, chron. J.-F. Flauss.

¹⁹⁸⁶ « *Si l'État jouit d'une ample marge d'appréciation pour définir les circonstances dans lesquelles il autorise l'avortement (...), une fois la décision prise, le cadre juridique correspondant doit "présenter une certaine cohérence et permettre de prendre en compte les différents intérêts légitimes en jeu de manière adéquate et conformément aux obligations découlant de la Convention"* » (Cour EDH, GC, 16 décembre 2010, **A, B et C**, préc., §249).

¹⁹⁸⁷ F. TULKENS, L. DONNAY, « L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ? », *Rev. sc. crim.*, 2006, p. 14.

européenne des droits de l'homme »¹⁹⁸⁸.

754. La Cour peut également contrôler le seul volet procédural d'un droit lorsqu'est en cause un litige entre personnes privées, litige où se confrontent deux droits conventionnellement protégés auxquels la Cour accorde une même importance. Elle laisse alors aux organes nationaux le soin de privilégier l'un ou l'autre droit. Elle peut agir comme tel lorsque sont en conflit l'intérêt de l'enfant à avoir accès à ses origines et l'intérêt du père présumé à refuser un test ADN¹⁹⁸⁹, les intérêts d'un enfant abandonnée à connaître l'identité de sa mère biologique et celui de cette dernière à rester anonyme¹⁹⁹⁰, ou encore les intérêts divergents de deux familles souhaitant adopter le même enfant¹⁹⁹¹.

755. De même, elle se réfugie sur le seul terrain procédural lorsqu'est en cause un contentieux technique ou complexe qu'elle n'est pas en mesure de trancher. Dans l'affaire *Sovtransavto Holding*, la société requérante invoquait l'article 1 du Protocole 1, se plaignant d'une diminution de ses parts dans le capital d'une autre société. La Cour se contenta d'imposer une « obligation de prévoir une procédure judiciaire qui soit entourée des garanties de procédure nécessaires et qui permette ainsi aux tribunaux nationaux de trancher efficacement et équitablement tout litige éventuel entre particuliers »¹⁹⁹². Constatant l'inéquité de la procédure, elle conclut à la violation de l'article 1 protocole 1.

756. La procéduralisation s'avère alors être un moyen de non résolution du conflit de droit. La Cour refuse de se substituer aux autorités nationales afin de déterminer si ces dernières ont à juste titre privilégié l'un ou l'autre droit en cause. Elle se contente alors de s'assurer que le juge national a respecté toutes les garanties aptes à assurer une décision la plus juste possible.

¹⁹⁸⁸ F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, « La Cour européenne des droits de l'homme depuis 1980. Bilan et orientations », in W. DEBEUCKELAERE et D. VOORHOOF (eds), *En toch beweegt het recht*, Tegenspraak, cahier 23, La Chartre 2003, p. 211 et s. Cité dans F. TULKENS, L. DONNAY, « L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ? », *op. cit.*, p. 14, note de bas de page n° 51.

¹⁹⁸⁹ Cour EDH, 7 février 2002, **Mikulić** c. Croatie, *Rec.* 2002-I, §64 ; *RTDciv.*, 2002, 866, note J.-P. Marguénaud ; *JCP G*, 2002, I, 157, chron. F. Sudre. Voir également Cour EDH, Plén., 7 juillet 1989, **Gaskin** c. Royaume-Uni, A 160, §49 ; *JDI*, 1990, chron. P. Tavernier ; *RTDH*, 1990, 361, obs. P. Lambert

¹⁹⁹⁰ Cour EDH, GC, 13 février 2003, **Odièvre** c. France, *Rec.* 2003-III, §49 ; *JCP G*, 2003, II, 10049, note A. Gouttenoire et F. Sudre ; *RTDciv.*, 2003, 276, obs. J. Hauser ; *JCP G*, 2003, I, 120, étude Ph. Malaurie ; *RTDciv.*, 2003, 375, obs. J.-P. Marguénaud ; *RTDH*, 2004, 405, obs. V. Bonnet.

¹⁹⁹¹ Cour EDH, 27 avril 2010, **Moretti et Benedetti** c. Italie, req. 16318/07, §67-71 ; *JCP G*, 2010, act. 578, F. Sudre.

¹⁹⁹² Cour EDH, 25 juillet 2002, **Sovtransavto Holding** c. Ukraine, *Rec.* 2002-VII, §96 ; *JCP G*, 2003, I, 109, n° 24, obs. F. Sudre. Voir également une affaire où deux sociétés se disputaient une marque commerciale : Cour EDH, GC, 11 janvier 2007, **Anheuser-Busch Inc** c. Portugal, *Rec.* 2007-I, §86 ; *RJC*, 2008, 4, 271, chron. J.-F. Flauss.

757. Au-delà de ces cas de figures, la voie procédurale peut être privilégiée simplement en ce qu'elle simplifie le constat de violation. La conclusion de non respect de l'aspect procédural dispense la Cour de se prononcer au fond, alors même que dans d'autres affaires du même type, en l'absence de constat de violation du volet procédural, elle s'aventure sur l'aspect substantiel afin de conclure à sa violation. Peuvent être comparées pour l'illustrer deux affaires dans lesquelles les requérants avaient été licenciés. Dans une première affaire *Lombardi Vallauri*, l'Université Catholique du Sacré-Cœur, personne publique et employeur du requérant avait refusé de renouveler son contrat à la suite de propos tenus par ce dernier. La Cour rechercha si dans la phase administrative devant le Conseil de Faculté et devant le juge administratif le requérant avait « *joui de garanties procédurales adéquates* »¹⁹⁹³. Elle conclut à la violation de l'article 10 en constatant « *que le manque de connaissance de la part du requérant des raisons à la base de son éloignement a, en lui-même, écarté toute possibilité d'exercice d'un débat contradictoire. Cet aspect non plus n'a fait l'objet d'un examen par les tribunaux internes. De l'avis de la Cour, le contrôle juridictionnel sur l'application de la mesure litigieuse n'a donc pas été pas adéquat en l'espèce* »¹⁹⁹⁴. Le défaut de motivation de la décision suffit donc à conclure à la violation.

758. Dans une autre affaire, le requérant, organiste et chef de chœur, fut renvoyé par l'Église catholique allemande après que fut dévoilé qu'il avait quitté sa femme et vivait avec sa nouvelle compagne. Après avoir examiné minutieusement les motifs avancés par les juridictions internes, la Cour établit « *que les juridictions du travail n'ont pas suffisamment exposé pourquoi, d'après les conclusions de la cour d'appel du travail, les intérêts de la paroisse l'emportaient de loin sur ceux du requérant, et qu'elles n'ont pas mis en balance les droits du requérant et ceux de l'Église employeur d'une manière conforme à la Convention* »¹⁹⁹⁵ et conclut à la violation de l'article 8 CEDH. La Cour, dans cette affaire aux faits très proches de la précédente, n'hésita donc pas à

¹⁹⁹³ Cour EDH, 20 octobre 2009, **Lombardi Vallauri** c. Italie, req. N° 39128/05, §46 ; *JDI*, 2010, 1025, chron. E. Decaux et P. Tavernier ; *AJDA*, 2010, 4, 215, note F. Laffaille.

¹⁹⁹⁴ *Ibid.*, §54.

¹⁹⁹⁵ Cour EDH, 23 septembre 2010, **Schüth** c. Allemagne, *Rec.* 2010-..., §74 ; *RTDH*, 2011, 375, note G. de Beco ; *JCP G*, 2010, 1006, Act. M. Levinet ; *D.*, 2011, 1637, obs. J.-P. Marguénaud et J. Mouly ; *JDI*, 2011, 1347, obs. A. Schill. Voir également Cour EDH, 23 septembre 2010, **Obst** c. Allemagne, req. 425/03, §50 et s. ; *RTDH*, 2011, 375, note G. de Beco ; *JCP G*, 2010, act. 1006, obs. M. Levinet ; *D.*, 2011, 1637, obs. J.-P. Marguénaud et J. Mouly ; *JDI*, 2011, 1347, obs. A. Schill ; Cour EDH, 3 février 2011, **Siebenhaar** c. Allemagne, req. 18136/02, §43 et s. ; *D.*, 2011, 1637, obs. J.-P. Marguénaud et J. Mouly. Dans toutes ces affaires qui portaient sur le licenciement de laïcs par des organismes religieux, la Cour exerce un contrôle normal sur le bien-fondé des décisions internes. En revanche lorsqu'est en cause le licenciement d'un religieux, la Cour exerce un contrôle restreint sur le fond de l'affaire (Cour EDH, 15 mai 2012, **Fernández Martínez** c. Espagne, req. 56030/07, §84).

contrôler le bien fondé de la décision des juridictions nationales. Dans la première la constatation évidente du défaut de motivation lui permet de ne pas s'engager sur ce terrain.

759. Certains juges¹⁹⁹⁶ et membres de la doctrine¹⁹⁹⁷ ont dénoncé l'affaiblissement du contrôle induit par la procéduralisation. La Cour doit en effet veiller aux différents excès que portent en germe ce mouvement, tout en exploitant ses avantages.

La procéduralisation s'avère en effet un instrument de choix afin de permettre à la Cour d'adapter son contrôle en fonction de la latitude qu'elle désire laisser aux États. Elle peut en effet être un moyen d'annihiler toute marge de choix de l'État. En effet, lorsque l'examen des garanties procédurales s'accompagne d'un examen au fond de la décision, la liberté de l'État est réduite à néant¹⁹⁹⁸.

La procéduralisation permet tout aussi bien d'accorder une subsidiarité pour ce qui est de certaines questions sensibles ou de domaines où les autorités nationales sont plus aptes qu'elle même à trancher un différend. Cette subsidiarité sera cependant encadrée du fait que les autorités nationales devront prendre leur décision dans le respect des garanties procédurales imposées par la Cour. En outre, tel qu'il a déjà été observé, « *les obligations procédurales peuvent (...) être un moyen d'exercer un premier contrôle minimum sur certains domaines* »¹⁹⁹⁹. Elles lui permettent « *de construire ses exigences en crescendo, d'habituer les États à son contrôle dans ces matières, afin d'imposer des garanties procédurales graduelles et d'établir éventuellement à terme une obligation substantielle de manière plus "acceptable" pour les États. Elles peuvent être un "marchepied", une*

¹⁹⁹⁶ « Si un Etat peut désormais s'attendre à ce que, dans pareille hypothèse, la Cour s'abstienne d'examiner la question des mauvais traitements parce que les preuves ne sont pas assez solides, il aura intérêt à ne pas mener d'enquêtes sur des allégations de mauvais traitements, privant ainsi le requérant de preuves « au-delà de tout doute raisonnable ». Même si, dans certains cas, nous pensons qu'une approche procédurale peut se révéler utile et nécessaire, dans ce type de situation elle pourrait permettre à l'Etat de limiter la condamnation à une violation de l'obligation procédurale, évidemment moins grave qu'une violation pour mauvais traitements » (Cour EDH, GC, 6 avril 2000, **Labita** c. Italie, Rec. 2000-IV, opinion en partie dissidente commune aux juges A. Pastor Ridruejo, G. Bonello, J. Makarczyk, F. Tulkens, V. Strážnická, V. Butkevych, J. Casadevall et B. Zupančič, § 1 ; *RTDH*, 2001, 117, obs. M.-A. Beernaert ; *JDI*, 2001, 198, obs. E. Delaplace ; *JCP G*, 2001, I, 291, chron. F. Sudre).

¹⁹⁹⁷ S. Van Drooghenbroeck évoque le danger que la procéduralisation « *serve en réalité au juge européen de "voie de fuite" pour éviter de se prononcer sur le fond de questions délicates et controversées* » (S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, Presses Universitaires de Saint Louis, 2001, p. 340, §468). F. TULKENS, « Le droit à la vie et le champ des obligations des États dans la jurisprudence récente de la Cour EDH », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. COHEN-JONATHAN, Libertés, justice, tolérance*, Bruylant, 2004, p. 1626.

¹⁹⁹⁸ Tel est le cas en matière de garde d'enfant : Voir par exemple Cour EDH, 13 décembre 2011, **X** c. Lettonie, req. 27853/09, §69-79.

¹⁹⁹⁹ C. MADELAINE, « Les obligations positives procédurales, instrument du pluralisme ? », *op. cit.*, p. 123.

première étape dans le contrôle de la Cour, lui évitant d'intervenir trop directement dans certains domaines "sensibles" et permettant ainsi de contourner le déclenchement d'un conflit ouvert avec les États »²⁰⁰⁰.

760. En outre la procéduralisation s'inscrit dans la tendance actuelle allant vers le renforcement de la subsidiarité du système conventionnel. L'accroissement problématique du flot de requêtes dont est saisie la Cour rend nécessaire une recomposition du système²⁰⁰¹. Les États doivent renforcer l'effectivité des droits au niveau national afin de limiter le travail de la Cour. La procéduralisation des droits permet alors de définir l'infrastructure nécessaire à la délégation du contentieux aux autorités nationales. Elle ne doit cependant pas devenir moyen de simplifier le contrôle de la Cour ou de se débarrasser de son contentieux au profit des autorités nationales²⁰⁰². La tentation est grande alors que certains États, au premier rang desquels le Royaume-Uni, cherchent à limiter le rôle de la Cour. Mais selon les mots du président de la Cour N. Bratza, *« l'application de ce principe [de subsidiarité] dépend de la bonne mise en œuvre de la Convention au niveau interne et ne pourra jamais exclure totalement un contrôle de la Cour. Il ne peut s'agir en aucun cas de signer une sorte de chèque en blanc »²⁰⁰³.*

761. La Cour, grâce à la technique des obligations positives, a développé des obligations à la normativité graduée et laissant une liberté variable aux États dans le choix des moyens à employer. L'étude de la jurisprudence montre cependant que la Cour impose des obligations de plus en plus précises.

²⁰⁰⁰ *Ibid.*, Dans le même sens, le professeur J.-F. Flauss observait quant au droit à un environnement sain : *« Pour autant, il n'est pas acquis que le juge européen des droits de l'homme entende définitivement "secondariser", voire marginaliser, le contrôle de la conventionnalité des prescriptions matérielles du droit à l'environnement. Peut-être préfère-t-il simplement déplacer le curseur de son contrôle et par la suite se livrer médiatement à un contrôle au fond sous couvert de vérification d'exigences procédurales »* (J. F. FLAUSS, « La procéduralisation des droits substantiels de la Convention européenne des droits de l'homme au service de la lutte contre les pollutions et nuisances », *op. cit.*, p. 1246).

²⁰⁰¹ Voir la Déclaration Finale de la Conférence de Brighton sur l'avenir de la Cour EDH des 19 et 20 avril 2012.

²⁰⁰² En ce sens voir F. SUDRE, « L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 930, §22.

²⁰⁰³ Discours de Sir N. BRATZA, Président de la Cour européenne des droits de l'homme, Conférence de Haut niveau, Brighton, 18-20 avril 2012, p. 6.

§2. Une liberté décroissante des États

762. Les obligations positives, outil d'harmonisation, tendent de plus en plus à devenir un outil d'uniformisation des droits nationaux, s'inscrivant ainsi dans l'évolution générale au niveau national comme international vers le développement du pouvoir d'injonction du juge. La technique des obligations positives œuvre au renforcement de ce pouvoir, d'une part, grâce à la précision croissante des obligations imposées menant à un encadrement exponentiel des pouvoirs étatiques (A), d'autre part, en permettant à la Cour de justifier le fait de contrôler l'exécution de ses propres arrêts (B).

A. L'encadrement exponentiel des pouvoirs étatiques

763. Selon B. Delzangles, *« au fil de sa jurisprudence, la Cour réduit l'éventail des moyens disponibles en faisant découler des droits de la Convention des exigences toujours plus précises. Ce faisant, elle ôte toute portée pratique à la liberté des États pourtant si souvent affirmée dans son principe »*. Ainsi, la *« remise en cause de la liberté des États »* s'opère *« par la reconnaissance d'obligations toujours plus précises »*²⁰⁰⁴. Pour ce même auteur, *« les obligations positives ne sont donc que des moyens de parvenir à une fin déterminée et servent souvent, en raison de leur légitimité intrinsèque, à dissimuler l'activisme de la Cour »*²⁰⁰⁵.

Le juge européen impose des obligations d'une précision croissante et désigne de plus en plus souvent explicitement le destinataire des obligations que ce soit le pouvoir législatif (1), le pouvoir exécutif (2), ou le pouvoir judiciaire (3). Les développements qui suivent ne visent pas à recenser de manière exhaustive les obligations positives qui s'imposent à ces différents pouvoirs mais à montrer comment la technique des obligations positives permet d'imposer des obligations positives de plus en plus précises.

²⁰⁰⁴ B. DELZANGLES, *Activisme et Autolimitation de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 238-239.

²⁰⁰⁵ *Ibid.*, p. 291

1. Pouvoir législatif

764. En droit international, la nature de l'organe étatique auteur du fait illicite est indifférente aux fins de l'engagement de la responsabilité de l'État. Ainsi « *le législateur, au même titre que les autres organes de l'État, peut commettre un fait illicite qui engage la responsabilité internationale de ce dernier* »²⁰⁰⁶.

Lors de l'élaboration de la Convention EDH, le Comité d'experts avait cependant défendu que « *la Cour ne saurait, (...), connaître que des cas de violation de droits individuels protégés par la Convention et non pas des cas de violation de la Convention par des actes législatifs en tant que tels* »²⁰⁰⁷. Par la suite cette proposition n'avait pas été choisie. Par une lettre au Comité de ministres, la Commission juridique de l'assemblée consultative avait estimé ne pas pouvoir « *partager le point de vue des experts selon lequel la seule promulgation d'actes législatifs ne pourrait pas constituer une violation de la Convention* »²⁰⁰⁸, et s'était dit heureuse « *de constater que la conférence des Hauts fonctionnaires n'a pas retenu la définition de la compétence de la Cour par laquelle le Comité d'experts avait prétendu exclure de cette compétence les violations résultant d'actes législatifs – limitation que la Commission estimerait inadmissible* »²⁰⁰⁹. Ainsi, selon les termes du professeur J.-C. Soyer, « *par une sorte de révolution copernicienne, la loi nationale – cessant d'être le soleil de notre galaxie juridique – devenait simple satellite d'un soleil international* »²⁰¹⁰.

765. Il existe cependant certains obstacles au contrôle de la loi nationale par le juge européen. En application de l'article 34 CEDH, qui exige, en tant que condition de recevabilité d'une requête individuelle, que le requérant démontre qu'il est « *victime d'une violation* », la Cour ne peut

²⁰⁰⁶ J. MATRINGE, « Le contrôle de la licéité internationale de la loi nationale par la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. COHEN-JONATHAN, Libertés, justice, tolérance*, Bruylant, 2004, p. 1225.

²⁰⁰⁷ Avant projet de rapport du Comité d'experts au Comité des Ministres, 24 février 1950, *Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme*, Conseil de l'Europe, Vol.3., La Haye, Martinus Nijhoff, 1976, p. 277.

²⁰⁰⁸ Lettre adressée par Sir D. Maxwell-Fyfe, Président de la Commission des questions juridiques et administratives de l'Assemblée consultative, au président du Comité des ministres, 24 juin 1950, *Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme*, Conseil de l'Europe, Vol.5., La Haye, Martinus Nijhoff, 1979, p. 35.

²⁰⁰⁹ *Ibid.*, p. 39.

²⁰¹⁰ J.-C. SOYER, « La loi nationale et la Convention européenne des droits de l'homme », in *Écrits en hommage à Jean FOYER, Auteur et législateur, Leges tulit, jura docuit*, PUF 1997, p. 126.

en principe examiner abstraitement une législation²⁰¹¹. Toutefois, tel que l'observait le juge Sir Gerald Fitzmaurice, « *quand la loi en soi produit la violation (s'il y en a une) par son action directe, ex opere operato, elle peut être attaquée même en l'absence de négligence ou d'acte de l'autorité, ou de mesure fondée sur la loi. En ce cas c'est la loi qui, par sa simple existence, constitue la négligence ou l'acte en question* »²⁰¹². La Cour a donc établi par la suite que l'article 34 (ancien article 25) « *n'institue pas au profit des particuliers une sorte d'actio popularis pour l'interprétation de la Convention; il ne les autorise pas à se plaindre in abstracto d'une loi par cela seul qu'elle leur semble enfreindre la Convention. En principe, il ne suffit pas à un individu requérant de soutenir qu'une loi viole par sa simple existence les droits dont il jouit aux termes de la Convention; elle doit avoir été appliquée à son détriment. Néanmoins, ainsi que l'ont souligné Gouvernement et Commission, elle peut violer par elle-même les droits d'un individu s'il en subit directement les effets, en l'absence de mesure spécifique d'exécution* »²⁰¹³.

766. L'affaire linguistique belge et l'affaire Marckx, arrêts pionniers en matière d'obligations positives, concernaient la conventionnalité de certaines loi belges²⁰¹⁴. Ce dernier arrêt est ainsi venu sanctionner la loi belge qui n'avait pas garanti une « *protection juridique rendant possible dès la naissance l'intégration de l'enfant dans sa famille* »²⁰¹⁵. Mis à part cette affaire, la Cour a cependant été dans un premier temps réticente à dégager des obligations positives précises à destination du législateur²⁰¹⁶. Elle n'a toutefois pas hésité à employer la voie du contrôle de la légalité

²⁰¹¹ H. GOLSONG, « The European Court of Human Rights and the National Law Maker : Some General Reflexions », in *Mélanges en l'honneur de G. J. WIARDA, Protection des droits de l'homme : la dimension européenne*, Carl Heymans Verlag KG, 1988, p. 240. En revanche, comme le souligne justement cet auteur, un tel contrôle *in abstracto* de la loi est tout à fait envisageable dans le cadre d'un recours interétatique.

²⁰¹² Cour EDH, Plén., 13 juin 1979, **Marckx, préc.**, opinion dissidente de Sir Gerald Fitzmaurice, §28.

²⁰¹³ Cour EDH, Plén., 6 septembre 1978, **Klass et al. c. Allemagne**, A 28, §33 ; **JDI**, 1980, 463, obs. P. Rolland. Voir également Cour EDH, 27 mars 1962, **De Becker c. Belgique**, A 4, §14.

²⁰¹⁴ Cour EDH, Plén., 23 juillet 1968, **Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »**, *préc.*, §7, 8, 14, 20, 33. « *Tel que le conçoit l'article 8 (art. 8), le respect de la vie familiale implique en particulier, aux yeux de la Cour, l'existence en droit national d'une protection juridique rendant possible dès la naissance l'intégration de l'enfant dans sa famille. Divers moyens s'offrent en la matière au choix de l'État, mais une législation ne répondant pas à cet impératif enfreint le paragraphe 1 de l'article 8 (art. 8-1)* » (Cour EDH, Plén., 13 juin 1979, **Marckx, préc.**, §31).

²⁰¹⁵ Cour EDH, Plén., 13 juin 1979, **Marckx, préc.**, §31. Pour le juge F. Matscher « *on peut considérer comme acquis que la mise en œuvre de beaucoup de droits fondamentaux - et notamment des droits de la famille - demande une action positive de l'État, se traduisant dans la prévision des règles matérielles, organiques et de procédure, nécessaires à cette fin* » Cour EDH, Plén., 13 juin 1979, **Marckx, préc.**, opinion en partie dissidente du juge F. Matscher.

²⁰¹⁶ Pour H. Golsong « *It may well be that the Court realized post factum that the approach in Marckx went somewhat too far, since more recently, in a similar matter, it has acted with much more restraint* » (H. GOLSONG, « The

des ingérences afin d'exiger des actions de la part de celui-ci²⁰¹⁷. Elle a imposé par ce biais à ce dernier de s'assurer que toute ingérence dans un droit conventionnel soit prévue par une « loi » d'une certaine « qualité ». Le législateur devait donc adopter les mesures nécessaires afin que les limitations dans l'exercice d'un droit soient encadrées par certaines garanties légales et procédurales.

767. La réserve des organes européens vis-à-vis de l'utilisation de la technique des obligations positives afin d'imposer une action au législateur s'explique facilement par un souci de respect des souverainetés étatiques. Ainsi, il pouvait paraître difficile à faire admettre qu'un juge, de surcroît international, puisse dicter au législateur les mesures à prendre et donc les politiques à mener²⁰¹⁸. Ces réserves ont été largement dépassées, même si elles subsistent dans certains domaines jugés sensibles. Dès 1999 E. Lambert observait ainsi que « *dans sa jurisprudence plus récente, la Cour hésite cependant de moins en moins à affirmer expressément que telle disposition normative est directement en cause* »²⁰¹⁹. Cette tendance s'est particulièrement renforcé au cours des dix dernières années. La Cour a multiplié la consécration d'obligations structurelles imposant ainsi l'adoption d'un cadre normatif et procédural apte à assurer l'effectivité des droits dans de nombreux domaines²⁰²⁰. En outre, les affaires dans lesquelles elle procède à un examen détaillé des législations

European Court of Human Rights and the National Law Maker : Some General Reflexions », *op. cit.*, p. 242).

²⁰¹⁷ Cour EDH, Plén., 6 septembre 1978, **Klass et al.**, *préc.*, §59 ; Cour EDH, Plén., 2 août 1984, **Malone** c. Royaume-Uni, A 82, §79 et 87 ; *GACEDH*, n° 41, *Rev. sc. crim.*, 1984, 145, obs. L.-E. Pettiti ; *JT*, 1985, 414, obs. P. Lambert ; *AFDI*, 1985, 393, obs. V. Coussirat-Coustère. Elle a également sanctionné des lois allant directement à l'encontre de droits conventionnels, telles que celle pénalisant l'homosexualité. Dans ce cas de figure est cependant sanctionnée une violation d'une obligation de ne pas faire et non d'une obligation de faire (Cour EDH, Plén., 22 octobre 1981, **Dudgeon** c. Royaume-Uni, A 45, §60-61 ; *GACEDH*, n° 44 ; *CDE*, 1982, 221, chron. G. Cohen-Jonathan ; *AFDI*, 1982, 504, chron. R. Pelloux ; *JDI*, 1985, 185, chron. P. Rolland).

²⁰¹⁸ Le respect du principe de séparation des pouvoirs, l'impossibilité pour le juge de dicter au législateur la conduite à suivre et le risque qu'il se transforme en organe "politique" s'il le faisait ont ainsi été invoqués par les tenants de la thèse de l'injusticiabilité des droits sociaux, ces derniers étant considérés alors comme générant uniquement comme des obligations positives (voir E. VIERDAG, « The Legal Nature of the Rights Granted by the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights », *Netherlands Yearbook of International Law*, VI. IX, 1978, p. 93 ; M. BOSSUYT, « La distinction entre les droits civils et politiques et les droits économiques sociaux et culturels », *op. cit.*, p. 792-94 ; C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux, étude de droit conventionnel européen*, *op. cit.*, p. 138-143).

²⁰¹⁹ E. LAMBERT, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 124. Voir également F. SUDRE, « Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur de R. RYSSDAL, Protection des droits de l'homme : la perspective européenne*, Karl Heymanns Verlag KG, 2000, p. 1375 et s. ; J. CALLEWAERT, « La subsidiarité dans l'Europe des droits de l'homme : la dimension substantielle », *op. cit.*, p. 43 et s.

²⁰²⁰ Se reporter à l'énumération des obligations structurelles voir *infra*, Partie 3, Chapitre 2, Section 1, §1, n° 815 et s. Toutefois, souvent, la Cour ne fait qu'énoncer l'obligation à la charge du législateur sans la contrôler (Voir par exemple : Cour EDH, 14 septembre 2010, **Dink** c. Turquie, req. 2668/07 et *al.*, §137 ; *Gaz. Pal.*, 2011, 61, 21, note C. Michalski).

nationales afin de conclure soit à leur non compatibilité²⁰²¹, soit à leur compatibilité²⁰²² avec les exigences conventionnelles, se sont multipliées. Elle contrôle alors dans un nombre croissant d'affaires les mesures prises par les législateurs nationaux et leur impose des obligations de plus en plus précises.

768. Selon les intérêts concernés dans une affaire, la précision des obligations est cependant variable. Elles peuvent être très précises et laisser une liberté de choix quasi nulle au législateur lorsqu'est en cause le droit à la vie (article 2 CEDH) et la protection de l'intégrité physique des individus, protection garantie au titre des articles 3 ou 8 CEDH, en fonction du degré de gravité des actes endurés²⁰²³. La Cour exige alors « une législation criminelle » qui selon elle peut seule « assurer une prévention efficace, nécessaire en ce domaine »²⁰²⁴. Toute législation qui n'assure pas une protection effective est alors censurée. Tel est le cas si la législation nationale ne permet pas à une personne handicapée de porter plainte pour une allégation de viol²⁰²⁵, ou encore si elle prévoit que « pour se défendre contre une accusation de voies de fait sur la personne d'un enfant » un individu puisse « arguer que le traitement litigieux constituait un "châtiment raisonnable" », permettant ainsi à une personne ayant infligé à un enfant « un traitement d'une

²⁰²¹ Cour EDH, 26 mars 1985, **X et Y**, *préc.*, §30 ; Cour EDH, 27 octobre 1994, **Kroon et al.** c. Pays-Bas, A 297-C, §37-40 ; *JCP G*, 1995, I, 3823, chron. F. Sudre ; Cour EDH, 23 septembre 1998, **A.** c. Royaume-Uni, *Rec.* 1998-VI, §23-24 ; *JCP G*, 1999, I, 105, n° 11, obs. F. Sudre ; Cour EDH, GC, 11 juillet 2002, **Christine Goodwin** c. Royaume-Uni, *Rec.* 2002-VI, §71 et s. ; *GACEDH*, n° 45, *RTDciv.*, 2002, 862, chron. J.-P. Marguénaud ; *D.*, 2003, 2032, note A.-S. Chavent-Leclère ; *RTDH*, 2003, 1157, note A. Marienburg-Wachsmann et P. Wachsmann ; *JCP G*, 2003, I, 109, n° 16 et 22, chron. F. Sudre ; Cour EDH, 26 juillet 2005, **Siliadin**, *préc.*, §148 ; Cour EDH, 11 septembre 2007, **L.**, *préc.*, §57-59 ; Cour EDH, 2 décembre 2008, **K.U.** c. Finlande, *Rec.* 2008-..., §49 ; *JCP G*, 2009, I, 104, chron. F. Sudre ; Cour EDH, 2 juin 2009, **Codarcea** c. Roumanie, req. 31675/04, §107 ; *JCP G*, 2009, 143, chron. F. Sudre ; Cour EDH, 17 septembre 2009, **Manole et al.** c. Moldavie, *Rec.* 2009-..., §109-111 ; Cour EDH, 16 février 2010, **Eugenia Lazăr** c. Roumanie, req. 32146/05. §80-85 ; Cour EDH, GC, 16 décembre 2010, **A, B et C**, *préc.*, §264-266 ; Cour EDH, 25 mai 2011, **R.R.**, *préc.*, §213-214 ; Cour EDH, 28 février 2012, **Kolyadenko et al.** c. Russie, req. 17423/05 et *al.*, §172 et 175 ; Cour EDH, 24 avril 2012, **Iliya Petrov**, *préc.*, §62.

²⁰²² Cour EDH, 22 octobre 1996, **Stubbings et al.** c. Royaume-Uni, *Rec.* 1996-IV, §65-67 ; *RTDH*, 1998, 781, obs. J. Sace ; Cour EDH, GC, 17 janvier 2002, **Calvelli et Ciglio** c. Italie, *Rec.*, 2002-I, §52 ; *JCP G*, 2002, I, 157, n° 1, obs. F. Sudre ; Cour EDH, GC, 24 octobre 2002, **Mastromatteo** c. Italie, *Rec.* 2002-VIII ; *JCP G*, 2003, I, 109, n° 1, obs. F. Sudre ; *Europe*, 2003, 2, 24, note N. Deffains ; *JDE*, 2003, 96, 44, chron. P. Lambert ; *JDI*, 2003, 544, chron. E. Decaux, P. Lambert ; Cour EDH, 4 décembre 2003, **M.C.** c. Bulgarie, *Rec.* 2003-XII, §170 ; *RTDciv.*, 2004, p. 364, obs. J.-P. Marguénaud ; *JCP G*, 2004, I, 107, n° 1, obs. F. Sudre ; Cour EDH, GC, 24 mars 2011, **Giuliani et Gaggio** c. Italie, *Rec.* 2011-..., §211-215 ; *HRLR*, 2011, 11-3, 567, note S. Skinner ; *JCP G*, 2011, 753, obs. G. Gonzalez ; Cour EDH, 20 mars 2012, **C.A.S. et C.S.** c. Roumanie, req. 26692/05, §76 ; Cour EDH, 14 février 2012, **Hardy & Maile** c. Royaume-Uni, req. 31965/07, §231-232.

²⁰²³ En ce sens voir F. MASSIAS, « Pénaliser : une obligation positive très circonscrite », in *Mélanges dédiés à Bernard BOULOC, Les droits et le droit*, Dalloz, 2007, p. 747.

²⁰²⁴ Cour EDH, 26 mars 1985, **X et Y**, *préc.*, §27.

²⁰²⁵ *Ibid.*, §29-30.

gravité suffisante pour relever de l'article 3 » d'être acquitté sur ce fondement²⁰²⁶. Dans une affaire relative à des violences domestiques ayant entraîné le décès de la mère de la requérante, la Cour censure la législation qui subordonne « la poursuite de l'action publique au maintien de la plainte de la victime » dès lors que « les infractions commises » n'ont « pas provoqué de maladie ou d'incapacité de travail d'une durée supérieure à dix jours »²⁰²⁷. La Cour exige également une protection par la loi contre les traitements contraires à l'article 4 CEDH. Elle a ainsi sanctionné la législation française qui n'avait « pas assuré à la requérante, qui était mineure, une protection concrète et effective contre les actes dont elle a été victime »²⁰²⁸.

769. Les obligations européennes sont également très précises en matière de prévention des faits contraires à l'article 2 CEDH. Concernant l'usage de la force publique meurtrière, la Cour a considéré que le droit grec qui « ne contenait aucune autre disposition réglementant l'usage des armes pendant les actions policières, et (...) n'énonçait aucune recommandation concernant la préparation et le contrôle des opérations de police » n'offrait pas un « cadre juridique (...) suffisant pour offrir le niveau de protection du droit à la vie "par la loi" qui est requis dans les sociétés démocratiques contemporaines en Europe »²⁰²⁹. De même, une loi énumérant simplement « a wide range of situations in which a police officer could use firearms without being liable for the consequences (...) would not appear sufficient to provide the level of protection "by law" of the right to life that is required in present-day democratic societies in Europe »²⁰³⁰.

770. Dans le domaine des négligences médicales, la Cour a censuré « l'absence, en droit roumain et à l'époque des faits, d'un mécanisme d'assurance de responsabilité pour les fautes médicales »²⁰³¹. Elle a également estimé contraire aux exigences de l'article 2 la législation russe

²⁰²⁶ Cour EDH, 23 septembre 1998, **A.**, *préc.*, §23. Voir également sous l'angle de l'article 8 Cour EDH, 12 juin 2008, **Bevacqua et S.** c. Bulgarie, req. 71127/01, §83.

²⁰²⁷ Cour EDH, 9 juin 2009, **Opuz** c. Turquie, *Rec.* 2009-..., §145 ; *JCP G*, 2009, 143, chron. F. Sudre ; *AJDA*, 2009, 1936, chron. J.-F. Flauss.

²⁰²⁸ Cour EDH, 26 juillet 2005, **Siliadin**, *préc.*, §148.

²⁰²⁹ Cour EDH, GC, 20 décembre 2004, **Makaratzis** c. Grèce, *Rec.* 2004-XI, §62 ; *RDP*, 2005, 768, obs. M. Levinet ; *JDI*, 2005, 509, note M. Eudes ; *JT*, 2005, 116, 39, chron. P. Lambert ; *AJDA*, 2005, 541, chron. J.-F. Flauss.

²⁰³⁰ Cour EDH, 25 avril 2006, **Erdoğan et al.** c. Turquie, req. 19807/92, §77.

²⁰³¹ Cour EDH, 2 juin 2009, **Codarcea**, *préc.*, §107. Voir également : Cour EDH, 16 février 2010, **Eugenia Lazăr**, *préc.*, §80 : « la Cour estime que l'existence même, dans la législation nationale, de dispositions autorisant les établissements médico-légaux compétents pour rendre des avis à éluder les demandes des autorités judiciaires et refuser ainsi de coopérer avec elles à chaque fois que l'exigent les besoins de l'enquête ne se concilie guère avec le devoir primordial de l'État de garantir le droit à la vie en mettant en place un cadre juridique et administratif efficace, propre à établir la cause du décès d'un individu qui se trouvait sous la responsabilité de professionnels de la santé ».

jugée inapte à prévenir « *the risks inherent in the operation of the Pionerskoye reservoir and to implement town planning policies in the vicinity of the reservoir in compliance with the relevant technical standards* »²⁰³², ou encore la législation bulgare qui « *n'imposait en des termes non équivoques aucune obligation d'effectuer des contrôles réguliers sur les installations* » de distribution d'électricité, la Cour jugeant « *qu'il incombait aux autorités de mettre en place un système efficace de repérage des propriétaires et usagers des installations dangereuses afin d'assurer le respect des règles de sécurité dans ce domaine* »²⁰³³.

771. Les exigences de la Cour peuvent également se révéler très précises en application de l'article 10 CEDH²⁰³⁴. Il en est de même au titre de l'article 8 CEDH (y compris hors hypothèses de protection de l'intégrité physique), en vertu duquel la Cour exige par exemple que la loi permette « *d'autoriser aussi rapidement que possible la formation de liens familiaux légaux complets* » entre un père et son fils afin « *que la réalité biologique et sociale prévale sur une présomption légale heurtant de front tant les faits établis que les vœux des personnes concernées* »²⁰³⁵. En application de ce même article la Cour a exigé que la loi autorise la modification de l'état civil afin de reconnaître le changement de sexe des transsexuels²⁰³⁶, ou encore régie les chirurgies de changement de sexe pour permettre aux personnes souhaitant en bénéficier d'y avoir accès dans leur pays²⁰³⁷. Il peut en outre être exigé lorsqu'une mère biologique ayant abandonné son enfant décide de garder l'anonymat que la législation donne la « *possibilité à l'enfant adopté et non reconnu à la naissance de demander soit l'accès à des informations non identifiantes sur ses origines, soit la réversibilité du secret* »²⁰³⁸.

772. Dans certains domaines sensibles protégés au titre de l'article 8 CEDH, la Cour conserve cependant une attitude plus réservée. Tel est le cas en matière d'avortement. Les seules obligations imposées au législateur sont celles de prendre les mesures nécessaires afin d'assurer l'effectivité de certains droits déjà consacrés par le droit national. La Cour a ainsi censuré la législation irlandaise du fait du défaut de mise en œuvre de l'article 40.3.3 de la Constitution

²⁰³² Cour EDH, 28 février 2012, **Kolyadenko et al.**, préc., §185.

²⁰³³ Cour EDH, 24 avril 2012, **Iliya Petrov**, préc., §61-62.

²⁰³⁴ Cour EDH, 17 septembre 2009, **Manole et al.**, préc., §109-111.

²⁰³⁵ Cour EDH, 27 octobre 1994, **Kroon et al.**, préc., §36 et 38.

²⁰³⁶ Cour EDH, GC, 11 juillet 2002, **Christine Goodwin**, préc., §71 et s.

²⁰³⁷ Cour EDH, 11 septembre 2007, **L.**, préc., §57-59.

²⁰³⁸ Cour EDH, 25 septembre 2012, **Godelli c. Italie**, req. 33783/09, §71.

garantissant l'avortement pour raisons médicales. Elle a cependant adopté pour ce faire une motivation particulièrement précautionneuse. Elle a affirmé que « *s'il ne lui appartient pas d'indiquer à l'État quels sont les moyens les plus appropriés pour se conformer à ses obligations positives (...), elle note toutefois que, dans de nombreux États parties, des lois ont été adoptées qui définissent les conditions d'accès à l'avortement et mettent en place divers mécanismes procéduraux et institutionnels à cet effet* »²⁰³⁹. Dans d'autres domaines la Cour se contente d'exiger l'intervention du législateur sans toutefois préciser le contenu exigé de la législation. Elle estime en effet que l'intervention du législateur, grâce à la discussion menée au cours du processus d'adoption d'un texte, peut seule permettre d'assurer une juste balance des intérêts en cause et s'avère alors nécessaire dans une société démocratique²⁰⁴⁰. Enfin, la Cour laisse une entière liberté aux législateurs nationaux en matière sociale²⁰⁴¹.

773. Globalement, il est possible d'observer que les obligations imposées aux législateurs nationaux se font de plus en plus précises. La liberté des États afin d'exécuter l'arrêt s'en trouve alors réduite. Comme l'explique le professeur O. De Schutter, lorsqu'est en cause une loi en tant que « *source directe* » de la violation, il appartient au législateur d'opérer la modification voulue « *pour que l'État puisse être considéré comme s'étant conformé à l'arrêt intervenu dans le litige auquel il est partie* »²⁰⁴². Ainsi, dans ces cas de figure, le Comité des ministres estime qu'un arrêt a été bien exécuté et ne met fin à l'examen de l'affaire que si l'État a procédé à la modification législative voulue. Par exemple, la résolution finale dans l'affaire *X et Y c. Pays-Bas* ne fut adoptée qu'après que le Comité ait constaté qu'une loi avait été édictée permettant désormais qu'une plainte puisse « *être déposée par le représentant légal de la victime pour les affaires civiles si la victime est*

²⁰³⁹ Cour EDH, GC, 16 décembre 2010, **A, B et C, préc.**, §266. Voir également Cour EDH, 25 mai 2011, **R.R., préc.**, §213 : « *The Court reiterates that effective implementation of Article 4 (a) 1.2 of the 1993 Family Planning Act would necessitate ensuring to pregnant women access to diagnostic services which would make it possible for them to establish or dispel a suspicion that the foetus may be affected with ailments. The Court has already found that in the present case it has not been established that such services were unavailable. Moreover, an effective implementation of the provisions of the 1993 Act cannot, in the Court's view, be considered to impose a significant burden on the Polish State since it would amount to rendering operational a right to abortion already accorded in that Act in certain narrowly defined circumstances, including in certain cases of foetal malformation* ».

²⁰⁴⁰ Sur la question du droit à la procréation médicalement assistée pour les détenus la Cour a estimé : « *En outre, rien ne montre que, en définissant la politique, le ministre ait cherché à peser les divers intérêts publics et privés en présence ou à apprécier la proportionnalité de la restriction. En outre, étant donné que la politique n'a pas été transcrite dans une loi, le Parlement n'a jamais mis en balance les intérêts en jeu ni débattu des questions de proportionnalité qui se posent à cet égard (...)* » (Cour EDH, GC, 4 décembre 2007, **Dickson, préc.**, §83).

²⁰⁴¹ Voir *infra*, Partie 3, Chapitre 2, Section 2, §1, n° 870 et s.

²⁰⁴² O. DE SCHUTTER, « La subsidiarité dans l'Europe des droits de l'homme : la dimension procédurale », in M. VERDUSSEN (dir.), *L'Europe de la subsidiarité*, Bruylant, 2000, p. 101-102.

atteinte d'un handicap mental tel qu'elle n'est pas en mesure de décider par elle-même de l'opportunité de déposer plainte », le Comité estimant que « Cet amendement a comblé la lacune de la législation néerlandaise relevée dans l'affaire X et Y contre les Pays-Bas »²⁰⁴³.

774. Le constat d'une liberté de choix des moyens de plus en plus réduite des États va de pair avec l'évolution du type de contrôle exercé par la Cour. Ce dernier, bien que la Cour s'en défende de manière récurrente, s'avère de plus en plus *in abstracto* et non plus *in concreto*²⁰⁴⁴. La Cour affirme ainsi que « dans une affaire issue d'une requête individuelle (...), il lui faut se borner autant que possible à l'examen du cas concret dont on l'a saisie (...). Sa tâche ne consiste donc point à contrôler *in abstracto* la loi et la pratique susmentionnées, mais à rechercher si la manière dont elles ont été appliquées » aux requérants²⁰⁴⁵. Cependant, dans certaines affaires, la Cour semble totalement oublier d'examiner la situation des requérants pour se pencher exclusivement sur l'examen abstrait de la législation nationale. Certains juges ont dénoncé cette situation dès l'arrêt *Marckx*²⁰⁴⁶. Ce type de contrôle se généralise et la Cour l'exerce de manière de plus en plus décomplexée²⁰⁴⁷. L'affaire *Manole*²⁰⁴⁸ en constitue une bonne illustration. Les requérants étaient des journalistes de la « Teleradio-Moldova » (TRM), chaîne de télévision publique. Ils invoquaient avoir été « soumis à un régime de censure imposé par les autorités nationales par l'intermédiaire de la

²⁰⁴³ Comité des Ministres, 18 janvier 1989, DH (89) 3.

²⁰⁴⁴ Sur le contrôle abstrait de la loi voir J.-F. FLAUSS, « La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une Cour constitutionnelle ? », *RFDC*, 1999/1, p. 721.

²⁰⁴⁵ Cour EDH, Plén., 24 mars 1988, *Olsson* c. Suède (n° 1), A 130, §54 ; *JDI*, 1989, 789, obs. P. Tavernier ; *Rev. sc. crim.*, 1988, 573, obs. L.-E. Pettiti. Voir parmi d'autres exemples : Cour EDH, GC, 27 septembre 1995, *McCann et al.* c. Royaume-Uni, A 324, §153 ; *GACEDH*, n° 11 ; *AFDI*, 1995, 485, chron. V Coussirat- Coustère ; *Rev. sc. crim.*, 1996, 462, obs. R. Koering-Joulin ; *RUDH*, 1996, 9, chron. F. Sudre ; Cour EDH, GC, 18 janvier 2001, *Chapman, préc.*, §77 ; Cour EDH, 17 juin 2003, *Ruianu* c. Roumanie, req. 34647/97, §66 ; Cour EDH, 6 septembre 2007, *Johansson* c. Finlande, req. 10163/02, §31 ; Cour EDH, 25 novembre 2010, *Mileva et al.* c. Bulgarie, req. 43449/02 et 21475/04, §98 ; *RJE*, 2011, 563, chron. J.-P. Margénaud ; *D.*, 2011, 2694, chron. F.-G. Trébulle ; Cour EDH, 14 juin 2011, *Ciechońska* c. Pologne, req. 19776/04, §70 ; *JCP G*, 2011, 914, chron. F. Sudre ; Cour EDH, GC, 3 novembre 2011, *S.H. et al.* c. Autriche, *Rec.* 2011-..., §92 ; *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 6 novembre 2011, obs. N. Hervieu ; *AJDA*, 2012, 143, chron. L. Burgorgue-Larsen ; *JCP G*, 2012, 87, chron. F. Sudre.

²⁰⁴⁶ « En substance, l'arrêt de la Cour constitue une dénonciation d'une partie du droit belge en tant que tel et in abstracto, parce que celui-ci ne reconnaît pas à l'enfant naturel la qualité juridique d'enfant de sa mère dès la naissance et du seul fait de celle-ci, sans que la mère ou le tuteur ait besoin de démarches pour établir ce lien de droit ». Cour EDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx, préc.*, opinion dissidente de Sir Gerald Fitzmaurice, §28 ;

²⁰⁴⁷ Pour le professeur J.-F. Flauss « La reconnaissance par la Cour elle-même du caractère abstrait de son contrôle ne constitue plus un tabou » (J.-F. FLAUSS, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2010, p. 2363).

²⁰⁴⁸ Cour EDH, 17 septembre 2009, *Manole et al., préc.*. Parmi d'autres exemples voir également : Cour EDH, GC, 20 décembre 2004, *Makaratzis, préc.*.

direction de TRM, en violation de l'article 10 de la Convention »²⁰⁴⁹. Le contrôle exercé par la Cour consistait alors, non à examiner si les différentes atteintes concrètes dans le droit à la liberté d'expression des différents requérants était justifiée, mais uniquement à vérifier si le cadre juridique assurait « *l'indépendance de TRM par rapport aux ingérences et au contrôle politiques* »²⁰⁵⁰. La situation personnelle des requérants ne fut évoquée à aucun moment, et la Cour examina de manière abstraite la législation nationale. Elle constata que « *le cadre législatif était défectueux, en ce qu'il ne fournissait pas de garanties suffisantes contre l'exercice d'un contrôle par l'organe politique de gouvernement sur la direction de TRM – et donc sur la ligne éditoriale de la chaîne* »²⁰⁵¹.

775. Un tel contrôle abstrait de la loi existe également par la voie du contrôle d'obligations négatives²⁰⁵². En outre, le développement d'un contrôle abstrait participe d'un mouvement plus large d'« *objectivisation* » du contrôle de la Cour en marche depuis une décennie²⁰⁵³. Ce mouvement n'est pas étranger à la volonté de lutter contre l'engorgement du prétoire strasbourgeois. En indiquant précisément quelles sont les failles de la législation ayant permis la violation, la Cour donne aux États les outils permettant d'éviter que de nouvelles violations se produisent et vise ainsi à limiter le flot de nouvelles requêtes.

776. En 1988 un auteur observait que « *the task of the Court is to remedy individual violations of human rights ; in that respect, its function is essentially turned towards the past and the present, but should not, in legal terms, be anticipatory in nature. It is up to each State concerned by a judgement of the Court to draw not only the legal but also the more general, political lessons of a given judgement, especially if such judgements affects, at least indirectly, existing legislation. (...) the task of the Court, unlike that of the Court of Justice of the Communities, is not to promote the unification or approximation of existing legislation* »²⁰⁵⁴. Le rôle de la Cour a depuis profondément

²⁰⁴⁹ Cour EDH, 17 septembre 2009, **Manole et al.**, préc., §79.

²⁰⁵⁰ *Ibid.*, §109.

²⁰⁵¹ *Ibid.*, §111.

²⁰⁵² Par exemple : Cour EDH, Plén., 22 octobre 1981, **Dudgeon**, préc., §60-61 ; Voir F. SUDRE, J-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET, G. GONZALEZ, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 6^{ème} éd., 2011, p. 804-805.

²⁰⁵³ J.-F. FLAUSS, « La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une Cour constitutionnelle ? », *op. cit.*, p. 721. F. LAZAUD, « L'objectivisation de contentieux européen des droits de l'homme, lecture de l'arrêt *Broniowski* à la lumière du Protocole n° 14 », *Revue de la recherche juridique*, 2005 -2, p. 913-934. J.-F. FLAUSS, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*, 2005, p. 544 ; *AJDA*, 2008 p. 980-981 ; *AJDA*, 2010, p. 2363.

²⁰⁵⁴ H. GOLSONG, « The European Court of Human Rights and the National Law Maker : Some General Reflexions »,

changé ; non seulement il revêt désormais un caractère anticipateur ou préventif, mais de par la précision accrue des obligations imposées il revient à créer un véritable « *ius commune* » européen²⁰⁵⁵.

Le pouvoir exécutif est également l'objet d'obligations positives de plus en plus précises.

2. Pouvoir exécutif

777. La précision croissante des obligations imposées se manifeste à plusieurs titres à l'égard du pouvoir exécutif. Elle s'applique tout d'abord en matière d'obligations structurelles ; est alors en cause une obligation de réglementation de certaines activités²⁰⁵⁶, pouvant mener le cas échéant à mettre en place des procédures effectives²⁰⁵⁷. Le contrôle de la Cour revêt alors les mêmes caractéristiques que celles décrites ci-dessus relativement aux obligations législatives : il est préventif, abstrait et uniformisant.

778. En matière d'obligations individuelles, c'est-à-dire celles visant à mettre en œuvre un cadre normatif et procédural, la Cour apporte une précision croissante relativement au type de

op. cit., p. 244.

²⁰⁵⁵ M. DE SALVIA, « L'élaboration d'un "ius commune" des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la perspective de l'unité européenne : l'œuvre accomplie par la Commission et la Cour européennes des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur de G. J. WIARDA, Protection des droits de l'homme : la dimension européenne*, Carl Heymans Verlag KG, 1988, p. 555-563. V. *infra*, Partie 3, Chapitre 2, Section 1, §1, n° 815 et s.

²⁰⁵⁶ En matière de réglementation de la force publique meurtrière (article 2 CEDH) : Cour EDH, GC, 6 juillet 2005, **Natchova et al.**, *préc.*, §99 ; Cour EDH, 10 mai 2012, **Putintseva** c. Russie, req. 33498/04, §64. En matière de droit à l'information en matière médicale : Cour EDH, 2 juin 2009, **Codarcea**, *préc.*, §105 (« *La Cour a estimé que les États parties sont, au titre de cette obligation, tenus de prendre les mesures réglementaires nécessaires pour que les médecins s'interrogent sur les conséquences prévisibles que l'intervention médicale projetée peut avoir sur l'intégrité physique de leurs patients et qu'ils en informent préalablement ceux-ci de manière à ce qu'ils soient en mesure de donner un accord éclairé* »). En matière de réglementation des sanctions pénales assorties de traitement psychiatrique obligatoire : Cour EDH, 15 janvier 2009, **Branko Tomašić et al.** c. Croatie, req. 46598/06, §57 (« *The Court notes further that the regulation concerning the enforcement of a measure of compulsory psychiatric treatment, namely the relevant provisions of the Enforcement of Prison Sentences Act, is of a very general nature. In the Court's view, the present case shows that these general rules do not properly address the issue of enforcement of obligatory psychiatric treatment as a security measure, thus leaving it completely to the discretion of the prison authorities to decide how to act. However, the Court considers that such regulations need to be sufficient in order to ensure that the purpose of criminal sanctions is properly satisfied* »).

²⁰⁵⁷ Cour EDH, Plén., 7 juillet 1989, **Gaskin**, *préc.*, §49 ; Cour EDH, 9 juin 1998, **McGinley et Egan** c. Royaume-Uni, *Rec.* 1998-III, §101 ; *JCP G*, 1999, I, 105, chron. F. Sudre ; Cour EDH, GC, 8 juillet 2003, **Hatton et al.**, *préc.*, §99 ; Cour EDH, 20 mars 2007, **Tysiāc**, *préc.*, §117.

mesures exigées et procède bien souvent à la désignation explicite du débiteur de ces obligations.

779. La Cour n'hésite pas à contrôler la politique menée par un gouvernement afin de garantir les droits conventionnels d'individus détenus sur une partie de son territoire contrôlée par un gouvernement sécessionniste²⁰⁵⁸. Elle examine alors entre autres les mesures politiques et diplomatiques employées pour ce faire. Elle souligne que « *dans les négociations avec les séparatistes, les autorités moldaves se sont bornées à soulever oralement la question de la situation des requérants, sans essayer d'obtenir la conclusion d'un accord garantissant le respect dans leur chef des droits prévus par la Convention* », et que « *dans leurs relations bilatérales avec la Fédération de Russie, les autorités moldaves ne se sont pas montrées plus attentives au sort des requérants* »²⁰⁵⁹.

780. Elle se prononce également sur la politique menée par des autorités locales face à la gestion d'une décharge. Si elle affirme ne pas avoir « *qualité pour substituer son propre point de vue à celui des autorités locales quant à la meilleure politique à adopter face aux difficultés sociales, conjoncturelles et urbaines dans cette zone d'Istanbul* », elle estime néanmoins « *que la mise en place en temps utile d'un système de dégazage dans la décharge d'Ümraniye, avant que la situation ne devienne fatale, aurait pu constituer une mesure efficace, sans grever excessivement les ressources de l'État au mépris de l'article 65 de la Constitution turque (...) ni entraîner des problèmes de choix politiques d'une ampleur telle que celle invoquée par le Gouvernement* »²⁰⁶⁰.

781. Elle encadre en outre de manière de plus en plus stricte l'action des agents de l'État. Les forces de police ou de gendarmerie chargées de mener des enquêtes effectives en application des articles 2, 3, 4, 5, 8, 9, 10, 14 et 1 du Protocole 1 CEDH, que l'atteinte ait été commise par un particulier ou par un agent de l'État²⁰⁶¹, sont les cibles d'obligations de plus en plus exigeantes.

782. La Cour contrôle avec précision la planification et la mise en œuvre des opérations

²⁰⁵⁸ Cour EDH, GC, 8 juillet 2004, **Ilascu et al.**, *préc.*.

²⁰⁵⁹ *Ibid.*, §348 et 159.

²⁰⁶⁰ Cour EDH, GC, 30 novembre 2004, **Öneryildiz**, *préc.*, §107.

²⁰⁶¹ Sur les obligations d'enquête v. *supra*, Partie 1, Chapitre 1, Section 2, §1, B, 1, b, ii, n° 152 et s. et *infra* Partie 3, Chapitre 2, Section 1, §1, B, n° 824 et s.

menées par des forces de sécurité²⁰⁶². En outre les agents de l'État doit faire preuve de vigilance vis-à-vis de toute personne sous leur responsabilité. Ils doivent alors prendre toutes les mesures nécessaires afin de prévenir tout acte d'automutilation²⁰⁶³ ou toute atteinte provenant d'un tiers²⁰⁶⁴, ainsi que leur assurer des soins²⁰⁶⁵. Les exigences européennes peuvent alors être très précises. En matière de prévention du suicide des détenus par exemple, la Cour a estimé qu'un individu souffrant de graves troubles mentaux ne devait pas être placé dans les quartiers ordinaires d'un établissement pénitentiaire²⁰⁶⁶, ou encore que les autorités pénitentiaires devaient s'assurer que les traitements médicaux prescrits soient « *correctement administrés et suivis par les détenus souffrant de troubles mentaux* », afin d'éviter qu'un détenu puisse « *collecter à l'insu du personnel médical chargé de surveiller la prise de son traitement, une dose mortelle de médicaments psychotropes pour passer à l'acte* »²⁰⁶⁷. De même, concernant « *un détenu dont il est avéré qu'il souffre de troubles mentaux et présente des risques suicidaires* » les autorités doivent prendre « *les mesures particulièrement adaptées en vue de s'assurer de la compatibilité de cet état avec son maintien en quartier disciplinaire* »²⁰⁶⁸. Parmi ces mesures peut être exigé un « *avis particulier au service médical*

²⁰⁶² Voir par exemple Cour EDH, 9 octobre 1997, **Andronicou et Constantinou** c. Chypre, *Rec.* 1997-VI, §181 et s. ; *JCP G*, 1998, I-107, n° 5, chron. F. Sudre ; *Rev. sc. crim.*, 1998, 379, note R. Koering-Joulin ; *RTDH*, 1999, 541, comm., A. Reiter-Korkmaz ; Cour EDH, 14 juin 2011, **Trévalec** c. Belgique, req. 30812/07, §75 et s. ; *JCP G*, 2011, 1324, obs. H. Surrel ; *Rev. sc. crim.*, 2011, 702, chron. J.-P. Marguénaud et D. Roets ; Cour EDH, 20 décembre 2011, **Finogenov et al.** c. Russie, *Rec.* 2011-..., §237 et s. ; *JDI*, 2012, chron. 6, obs. S. Aktypis.

²⁰⁶³ En prison : Cour EDH, 3 avril 2001, **Keenan** c. Royaume-Uni, *Rec.* 2001-III, §89 ; *JCP G*, 2001, I, 342, n° 4, chron. F. Sudre ; *Rev. sc. crim.*, 2001, 881, chron. F. Tulkens ; *AJDA*, 2001, 1060, chron. J.-F. Flauss. En garde à vue : Cour EDH, 16 novembre 2000, **Tanribilir** c. Turquie, req. 21422/93, §70 ; *JCP G*, 2001, 291, n° 4, chron. F. Sudre ; *AJDA*, 2000, 1006, chron. J.-F. Flauss. Au cours du service militaire : Cour EDH, 7 juin 2005, **Kılınç et al.** c. Turquie, req. 40145/98, §40-41.

²⁰⁶⁴ En prison : Cour EDH, 14 mars 2002, **Paul et Audrey Edwards** c. Royaume-Uni, *Rec.*, 2002-II, §54 ; *JCP G*, 2002, I, 157, n° 2, obs. F. Sudre ; *JDI*, 2003, 534, chron. E. Decaux et P. Tavernier (Article 2) ; Cour EDH, 3 juin 2003, **Pantea** c. Roumanie, *Rec.*, 2003-VI, §189-190 ; *D.*, 2003, 2268, obs. J.-F. Renucci ; *JCP G*, 2003, I, 160, n° 2, obs. F. Sudre (article 3) ;

²⁰⁶⁵ Article 2 : Cour EDH, 13 juin 2002, **Anguelova** c. Bulgarie, *Rec.* 2002-IV, §125 et s. ; *JDI*, 2003, 539, chron. E. Decaux et P. Tavernier. Article 3 : Cour EDH, GC, 26 octobre 2000, **Kudla** c. Pologne, *Rec.* 2000-XI, §94 ; *GACEDH*, n° 15 et 40 ; *AJDA*, 2000, 1006, chron. J.-F. Flauss ; *Rev. sc. crim.*, 2001, 881, chron. F. Tulkens ; *Gaz. Pal.*, 2001, 266, 24, note Ch. Pettiti ; *RTDciv.*, 2001, 2, 439 chron. J.-P. Marguénaud ; *RTDH*, 2002, 179, obs. J.-F. Flauss ; *JDE*, 2001, 49, obs. P. Frumer ; *JDI*, 2001, 191, obs. P. Tavernier. Cour EDH, 11 juillet 2006, **Riviere** c. France, req. 33834/03, §62 ; *RTDH*, 2007, 541, obs. M. Moliner-Dubost ; *RTDH*, 2007, 261, obs. J.-P. Céré.

²⁰⁶⁶ Cour EDH, 6 décembre 2011, **De Donder et De Clippel** c. Belgique, req. 8595/06, §80-81.

²⁰⁶⁷ Cour EDH, 1^{er} juin 2010, **Jasińska** c. Pologne, req. 28326/05, §77 ; *Gaz. Pal.*, 2011, 14-15, 30-32, obs. C. Murillo. Voir également Cour EDH, 16 octobre 2008, **Renolde** c. France, *Rec.* 2008-..., §100 ; *JCP G*, 2008, II, 10196, note B. Belda ; *Rev. sc. crim.*, 2009, 173, obs. J.-P. Marguénaud.

²⁰⁶⁸ Cour EDH, 16 octobre 2008, **Renolde**, *préc.*, §98 ; Cour EDH, 19 juillet 2012, **Ketreb** c. France, req. 38447/09, §93.

compétent (...) pour s'assurer » de la « compatibilité » d'une mesure disciplinaire avec « l'état de santé mentale » du détenu²⁰⁶⁹, ou encore des « mesures spéciales, telles que, outre une surveillance appropriée à l'état de santé » du détenu « une fouille régulière de sa cellule »²⁰⁷⁰.

783. Les forces de sécurité ne sont pas les seuls agents de l'État destinataires d'obligations positives. Ainsi, les services de protection de l'enfance doivent prendre les mesures nécessaires afin de retirer un enfant de sa famille s'il est constaté que ce dernier y subit des mauvais traitements²⁰⁷¹. Ils doivent également prendre les mesures d'investigations nécessaires « *to discover the exact extent of the problem and, potentially, to prevent further abuse taking place* »²⁰⁷².

784. Les autorités scolaires sont également débitrices d'obligations positives. La Cour a établi : « *where a primary school is exceptionally closed early due to bad weather conditions, (...) the school authorities [have] to take basic precautions to minimize any potential risk and to protect the pupil* »²⁰⁷³. Elles se doivent alors d'informer le service municipal de ramassage scolaire de la fermeture anticipée de l'école²⁰⁷⁴. Dans une autre affaire elle a estimé que « *la mission confiée à l'institution scolaire (...) implique le devoir primordial de veiller à la sécurité des élèves afin de les protéger contre toutes les formes de violences dont ils pourraient être victimes pendant le temps où ils sont placés sous sa surveillance* »²⁰⁷⁵. En particulier, « *un renforcement de la surveillance* » s'impose pour ce qui est « *des entrées et sorties dans ou hors de l'enceinte des établissements scolaires et des mouvements d'élèves à l'intérieur ou à l'extérieur de celui-ci* »²⁰⁷⁶. Les médecins exerçant dans des hôpitaux publics sont quant à eux soumis à une obligation d'informer leur patients des risques prévisibles d'une intervention médicale²⁰⁷⁷.

Reste dès lors à examiner quelles obligations s'imposent au pouvoir judiciaire.

²⁰⁶⁹ Cour EDH, 19 juillet 2012, **Ketreb**, *préc.*, §88.

²⁰⁷⁰ *Ibid.*, §95.

²⁰⁷¹ Article 3 : Cour EDH, GC, 10 mai 2001, **Z et al.** c. Royaume-Uni, *Rec.* 2001-V, §74 ; *JCP G*, 2001, I, 342, chron. F. Sudre.

²⁰⁷² Cour EDH, 26 novembre 2002, **E. et al.** c. Royaume-Uni, req. 33218/96, §97 ; *IJCL*, 2004, 2(3), 525, obs. B. Hofstätter.

²⁰⁷³ Cour EDH, 10 avril 2012, **Ilbeyi Kemaloğlu et Meriye Kemaloğlu** c. Turquie, req. 19986/06, §41.

²⁰⁷⁴ *Ibid.*.

²⁰⁷⁵ Cour EDH, 10 juillet 2012, **Kayak** c. Turquie, req. 60444/08, §59.

²⁰⁷⁶ *Ibid.*, §60.

²⁰⁷⁷ Cour EDH, 2 juin 2009, **Codarcea**, *préc.*, §105.

3. Pouvoir judiciaire

785. Le pouvoir judiciaire est peut-être celui qui par le biais de la technique des obligations positives a vu son pouvoir encadré de manière la plus spectaculaire au cours des dernières années. Cependant, tel que le professeur F. Sudre l'a souligné, il convient « *de ne pas s'en tenir à cette image "pathologique", nécessairement réductrice, d'un juge national ployant sous la férule de la Convention et fustigé par la Cour. Ce serait méconnaître l'essentiel, à savoir que si la Convention intéresse l'office du juge national c'est parce qu'elle fait du juge une "figure" centrale du droit européen des droits de l'homme et qu'elle situe la fonction juridictionnelle au cœur même des valeurs communes qu'elle entend promouvoir* ». Ainsi, « *renforcement et encadrement de la fonction juridictionnelle vont de pair et s'épaulent mutuellement* »²⁰⁷⁸. Ces remarques formulées relativement aux obligations issues de l'article 6 CEDH, valent également concernant les obligations positives. Si le rôle du juge national se trouve de plus en plus délimité par les exigences européennes il est également renforcé vis-à-vis des autres pouvoirs au niveau national²⁰⁷⁹.

786. En vertu de la technique des obligations positives, la Cour impose tout d'abord d'assurer la primauté de la Convention sur toute autre norme nationale. Il existe bien sûr d'autres voies afin d'assurer une telle primauté, la technique des obligations positives ne constituant qu'un moyen parmi d'autres. La Cour a ainsi pu affirmer dans le cadre de l'examen des articles 1 du Protocole 1 et 14 combinés que « *dans l'exercice du contrôle européen qui lui incombe, elle ne saurait rester inerte lorsque l'interprétation faite par une juridiction nationale d'un acte juridique, qu'il s'agisse d'une clause testamentaire, d'un contrat privé, d'un document public, d'une disposition légale ou encore d'une pratique administrative, apparaît comme étant déraisonnable, arbitraire ou, comme en l'espèce, en flagrante contradiction avec l'interdiction de discrimination établie à l'article 14 et plus largement avec les principes sous-jacents à la Convention* »²⁰⁸⁰.

²⁰⁷⁸ F. SUDRE, « L'office du juge national au regard de la Convention européenne des droits de l'homme », in Mélanges en hommage à P. LAMBERT, *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Bruylant, 2000, p. 821-822 et p. 839. Dans le même sens voir B. DELZANGLES, « Le rôle du juge national comme garant de la Convention européenne des droits de l'homme : renforcement ou affaiblissement ? », in D. LOCHAK (dir.), *Mutations de l'État et protection des droits de l'homme*, Presses Universitaires de Paris 10, 2006, p. 101-114.

²⁰⁷⁹ F. Jacquemot a ainsi constaté une « *judiciarisation du contrôle des pouvoirs dans le modèle européen de démocratie* » (F. JACQUEMOT, *Le standard européen de société démocratique*, Université Montpellier 1, Collection Thèses n° 4, 2006, p. 549 et s.).

²⁰⁸⁰ Cour EDH, 21 juillet 2011, **Fabris** c. France, req. 16574/08, §55 ; *RTDciv.*, 2011, 732, chron. J-P. Marguénaud.

787. Pour ce qui est des exigences imposées grâce à la technique des obligations positives, la Cour sanctionne le juge national qui n'aurait pas interprété le droit national à la lumière de la Convention²⁰⁸¹. Tel est le cas dans l'affaire *Von Hannover*²⁰⁸², dans laquelle la requérante avait en vain saisi les tribunaux allemands afin d'obtenir la condamnation des journaux ayant publié des photos de sa vie quotidienne la montrant en compagnie de ses proches, alors qu'elle n'avait donné son consentement ni à ce que ces photos soient prises ni à leur publication. La législation allemande établissait en effet que certaines images pouvaient être publiées sans le consentement de la personne représentée lorsque les images en cause relevaient de « *l'histoire contemporaine* ». La Cour constitutionnelle fédérale avait considéré que « *la requérante, en tant que personnalité "absolue" de l'histoire contemporaine, bénéficiait d'une protection de sa vie privée même en dehors de son domicile, mais uniquement si elle se trouvait dans un endroit isolé, à l'abri du public, "dans lequel la personne concernée se retire dans le but objectivement reconnaissable d'être seule et dans lequel, se fiant à son isolement, elle se comporte d'une manière différente de celle qu'elle adopterait en public"* »²⁰⁸³. La Cour a contesté une telle interprétation en estimant que la qualification de « *personnalité absolue de l'histoire contemporaine* » si elle pouvait être justifiée « *pour des personnalités de la vie politique occupant des fonctions officielles* » ne saurait être admise « *"pour une personne privée" comme la requérante, pour qui l'intérêt du grand public et de la presse est fondé uniquement sur son appartenance à une famille régnante, alors qu'elle-même ne remplit pas de fonctions officielles* ». Elle a donc conclu que « *dans ces conditions, une interprétation restrictive de cette loi paraît s'imposer (...), afin que l'État remplisse son obligation positive de protection de la vie privée et du droit à l'image à l'égard de la Convention* »²⁰⁸⁴.

²⁰⁸¹ Selon le professeur L. Burgorgue-Larsen, la Cour IADH impose également aux juges nationaux une « *obligation d'exercer un "contrôle de conventionnalité"* » (L. BURGORGUE-LARSEN, « Le bannissement de l'impunité : décryptage de la politique jurisprudentielle de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », *RTDH*, 2012, p. 10 et s.).

²⁰⁸² Cour EDH, **24 juin 2004, Von Hannover** c. Allemagne, *Rec.* 2004-VI ; *GACEDH*, n° 43 ; *RTDciv.*, 2004, 802, obs. J.-P. Marguénaud ; *JCP G*, 2004, I, 161, n° 8, obs. F. Sudre ; *D.*, 2005, 340, note J.-L. Halperin.

²⁰⁸³ *Ibid.*, §54.

²⁰⁸⁴ *Ibid.*, §72. Pour d'autres affaires dans lesquelles la Cour conteste l'interprétation faite par le juge interne de la loi nationale : « *the Court does not consider that any of the deficiencies indicated by the Regional Military Court (...) amounted to a "material procedural breach" within the meaning of Article 239a of the Code of Criminal Procedure, warranting the termination of the proceedings. Rather, it is of the view that the Regional Military Court adopted an excessively formalistic approach, which resulted in the accused not being brought to trial and secured their impunity for the beating* » Cour EDH, 25 mars 2010, **Shishkovi** c. Bulgarie, req. 17322/04, §40. « *the domestic courts by simply declaring the first court-ordered DNA test inadmissible without ordering a new test, did not apply Article 87 § 2 of the Code of Civil Procedure in the light of the principles enshrined in Article 8 of the Convention* ». Cour EDH, 7 mai 2009, **Kalacheva** c. Russie, req. 3451/05, §36. Voir aussi Cour EDH, 16 juin 2005, **Storck** c.

788. La Cour peut également exiger une interprétation *contra legem*. Dans une affaire *Emonet*, un homme avait adopté la fille de sa compagne en accord avec ces deux dernières. En application de la loi suisse et en conséquence de l'adoption, le lien de filiation entre la fille et sa mère avait cependant été rompu. La Cour a considéré que « *le "respect" de la vie familiale des requérants aurait exigé la prise en compte des réalités, tant biologiques que sociales, pour éviter une application mécanique et aveugle des dispositions de la loi à cette situation très particulière, pour laquelle elles n'étaient manifestement pas prévues* »²⁰⁸⁵.

789. Le juge français, bien conscient du pouvoir que lui confère cette exigence européenne, n'hésite pas à en faire usage. Une affaire opposant droit à la liberté syndicale et droit à la protection de la propriété en constitue une bonne illustration. La commune de Châteauroux avait prêté des locaux à trois syndicats (CGT, CFDT et FO) mais mis fin à ce prêt à usage et informé les syndicats qu'ils seraient désormais soumis au paiement d'un loyer. Devant le refus des associations de s'acquitter du loyer réclamé, la mairie saisit le TGI de Châteauroux afin d'obtenir leur expulsion. Le Code Civil français prévoit qu'en l'absence de terme donné au prêt, « *le prêteur ne peut retirer la chose prêtée (...), qu'après qu'elle a servi à l'usage pour lequel elle a été empruntée* » (article 1888 code civil). Une exception est cependant prévue à l'article 1889 qui dispose que « *néanmoins, si, (...) avant que le besoin de l'emprunteur ait cessé, il survient au prêteur un besoin pressant et imprévu de sa chose, le juge, peut, suivant les circonstances, obliger l'emprunteur à la lui rendre* ». La Cour d'Appel de Bourges avait donné raison aux syndicats. Elle avait pour ce faire invoqué, entre autres textes, l'article 11 CEDH afin d'établir que « *le droit d'exercer librement cette activité [syndicale] ne saurait rester théorique et doit pour être effectif s'accompagner de mesures concrètes telles que la mise à disposition de locaux et d'équipements indispensables pour pouvoir organiser des réunions et tenir des permanences* »²⁰⁸⁶. L'influence de jurisprudence européenne et plus précisément du *dictum* de l'affaire *Airey* selon lequel « *La Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs* »²⁰⁸⁷ ainsi que celui de l'arrêt

Allemagne, *Rec.* 2005-V, §92-99 ; *GACEDH*, n° 18 ; *JCP G*, 2005, I, 159, n° 7, chron. F. Sudre ; *RTDH*, 2006, 237, note I. Soumy ; *EdinLR*, Vol. 10, 399, note A. I. L. Campbell.

²⁰⁸⁵ Cour EDH, 13 décembre 2007, **Emonet et al.** c. Suisse, req. 39051/03, §86 ; *RTDciv.*, 2008, 2, 272, note J. Hauser ; *AJDA*, 2008, 978, chron. J.-F. Flauss.

²⁰⁸⁶ CA Bourges, Civ., 26 mars 2009, n° JurisData 2009-376806.

²⁰⁸⁷ Cour EDH, 9 octobre 1979, **Airey**, *préc.*, §24.

Marckx qui précise que l'article 8 CEDH « *ne se contente pourtant pas d'astreindre l'État à s'abstenir de pareilles ingérences: à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un "respect" effectif de la vie familiale* »²⁰⁸⁸ est ici bien visible. La Cour d'Appel fit un usage implicite de la technique des obligations positives et dégagait une obligation positive n'ayant pas d'équivalent dans la jurisprudence européenne. Cela lui permit de rejeter la demande formulée par la mairie sans avoir même besoin d'examiner les conditions posées à l'article 1889 Cciv. Si cet arrêt fut censuré par la Cour de Cassation²⁰⁸⁹ et qu'il n'est pas certain qu'une telle interprétation recevrait l'aval de Strasbourg²⁰⁹⁰, cet exemple montre bien la liberté conférée par la technique des obligations positives au juge national afin d'interpréter le droit national au regard du droit conventionnel.

790. Quant au juge administratif français, il n'hésite pas à annuler un acte administratif qui viole une obligation positive européenne²⁰⁹¹. Le Conseil d'État a par exemple examiné la réglementation relative aux conditions d'utilisation des pistolets à impulsion électrique au sein des polices nationale et municipale au regard des articles 2 et 3 CEDH²⁰⁹². S'il a considéré la

²⁰⁸⁸ Cour EDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx, préc.*, §31.

²⁰⁸⁹ La Cour de Cassation censura cependant cette interprétation constructive en affirmant au contraire que « *lorsqu'aucun terme n'a été convenu pour le prêt d'une chose d'un usage permanent, sans qu'un terme naturel soit prévisible, le prêteur est en droit d'y mettre fin à tout moment, en respectant un délai de préavis raisonnable ; que le respect de l'exercice effectif des libertés syndicales, autres que celles propres à la fonction publique territoriale, ne crée aucune obligation aux communes de consentir des prêts gracieux et perpétuels de locaux de leur domaine privé* » (Cass. Civ. 1^{re}, 3 juin 2010, n° 09-14633, *Bull. civ.*, 2010, I, n° 127).

²⁰⁹⁰ La Cour se montre plutôt réticente à consacrer des obligations positives en matière de droit à la liberté syndicale, et se montre peu généreuse dans la protection de ce droit (V. par exemple Cour EDH, GC, 12 septembre 2011, *Palomo Sánchez et al.* c. Espagne, *Rec.* 2011-..., opinion dissidente commune des juges F. Tulkens, D. Thór Björgvinsson, D. Jočienė, D. Popović et N. Vučinić, §3 et s. ; *JCP G*, 2011, act. 1056, G. Gonzalez ; *AJDA*, 2012, 143, chron. L. Burgogue-Larsen ; *JDI*, 2012, chron. 6, obs. P. von Mülhendahl).

²⁰⁹¹ Voir également une affaire dans laquelle le Conseil d'État était saisi d'un recours contre une décision implicite de refus du ministre de la justice rejetant la demande formulée par l'Observatoire international des prisons visant à doter « *l'ensemble des quartiers ordinaires des établissements pénitentiaires de matelas revêtus d'une housse ignifugée inamovible* » et à l'adoption d'« *une réglementation concernant le risque de combustion du matériel de literie assurant une protection efficace des personnes détenues* ». La Cour contrôla cette décision au regard de l'article 2 CEDH qui implique « *qu'en égard à la vulnérabilité des détenus et à leur situation d'entière dépendance vis à vis de l'administration, il appartient tout particulièrement à celle-ci, et notamment au garde des sceaux, ministre de la justice et aux directeurs des établissements pénitentiaires, en leur qualité de chefs de service, de prendre les mesures propres à protéger leur vie* ». Concluant à la conventionnalité de la décision, elle rejeta la demande de l'association (CE, 17 décembre 2008, *Section française de l'Observatoire international des prisons*, n° 305594, *Leb.*, p. 463, concl. M. Guyomar ; *AJDA*, 2008, 2364, obs. M.-C. Montecler ; *AJ pénal*, 2009, 86, obs. E. Péchillon ; *Cah. fonc. publ.*, 2010, n° 2, p. 38, F. Lenica). Voir M. AFROUKH, « L'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence administrative », *RFDA*, 2011, p. 1153-1164.

²⁰⁹² CE, 2 septembre 2009, *Association réseau d'alerte et d'intervention pour les droits de l'homme*, n° 318584 et

réglementation de l'usage de ces armes par la police nationale comme compatible avec ces dispositions conventionnelles, il a censuré celle relative à la police municipale. Il a ainsi estimé que « le décret attaqué du 22 septembre 2008 ne prescrit ni la délivrance d'une formation spécifique à l'usage de cette arme préalablement à l'autorisation donnée aux agents de police municipale de la porter, ni l'organisation d'une procédure destinée à assurer le recueil d'informations sur l'usage des pistolets à impulsion électrique par les agents de police municipale puis l'évaluation et le contrôle des données ainsi recueillies » puis que « le décret attaqué, faute d'avoir précisé en application des dispositions de l'article L. 412-51 du code des communes les précautions d'emploi de l'arme, les modalités d'une formation adaptée à son emploi et la mise en place d'une procédure d'évaluation et de contrôle périodique nécessaire à l'appréciation des conditions effectives de son utilisation par les agents de police municipale, méconnaît les principes d'absolue nécessité et de proportionnalité dans la mise en œuvre de la force publique ». Le Conseil afin d'annuler ce décret n'a pas fait référence aux obligations positives issues de l'article 2 CEDH, mais simplement aux « principes d'absolue nécessité et de proportionnalité dans la mise en œuvre de la force publique ». Or comme le fait remarquer F. Dieu, ce principe a été « largement inspiré » de la jurisprudence européenne²⁰⁹³. En outre, le juge européen a dégagé de l'article 2 CEDH des obligations positives similaires²⁰⁹⁴.

791. La Cour EDH exige également que le juge interne interprète et contrôle les normes prétoriennes²⁰⁹⁵ ainsi que les normes privées²⁰⁹⁶ au regard de la Convention. Concernant ces dernières, le juge français avait bien avant la Cour procédé à un tel contrôle s'agissant d'un contrat

321715, *Leb.*, p. 346 ; *JCP A*, 2009, 44, p. 46, obs. F. Dieu.

²⁰⁹³ *JCP A*, 2009, 44, p. 48, obs. F. Dieu.

²⁰⁹⁴ « Le non-encadrement par des règles et l'abandon à l'arbitraire de l'action des agents de l'État sont incompatibles avec un respect effectif des droits de l'homme. Cela signifie que les opérations de police, en plus d'être autorisées par le droit national, doivent être suffisamment bornées par ce droit, dans le cadre d'un système de garanties adéquates et effectives contre l'arbitraire et l'abus de la force » (Cour EDH, GC, 20 décembre 2004, **Makaratzis**, *préc.*, §58).

²⁰⁹⁵ Cour EDH, 8 janvier 2009, **Schlumpf** c. Suisse, req. 29002/06, §107-116 ; *AJDA*, 2009, 872, chron. J-F. Flauss.

²⁰⁹⁶ Contrat d'assurance : Cour EDH, 12 juin 2003, **Van Kück** c. Allemagne, 2003-VII, §75 et s. ; *RTDciv.*, 2004, 361, obs. J.-P. Marguénaud ; *RDC* 2004, 788, obs. A. Debet.

de bail²⁰⁹⁷ d'un contrat de travail²⁰⁹⁸, ou encore d'un licenciement²⁰⁹⁹.

792. De plus, le juge européen impose aux juridictions nationales qu'elles appliquent ses méthodes de contrôle. Il estime par exemple que « *si la mise en balance par les autorités nationales s'est faite dans le respect des critères établis par la jurisprudence de la Cour, il faut des raisons sérieuses pour que celle-ci substitue son avis à celui des juridictions internes* »²¹⁰⁰. La Cour peut ainsi estimer qu'« *une décision de licenciement (...) ne peut pas être soumise, au nom du droit d'autonomie de l'employeur, uniquement à un contrôle judiciaire restreint, effectué par le juge du travail étatique compétent, sans que soit prise en compte la nature du poste de l'intéressé et sans qu'il soit procédé à une mise en balance effective des intérêts en jeu à l'aune du principe de proportionnalité* »²¹⁰¹. Encore une fois dans ce domaine, le juge français a anticipé ces exigences, en n'hésitant pas à appliquer le contrôle de proportionnalité européen²¹⁰², ou encore les critères de contrôle des obligations positives individuelles²¹⁰³.

793. Par ailleurs, dans certaines affaires, la Cour, bien qu'elle s'en défende²¹⁰⁴, n'hésite

²⁰⁹⁷ Cass. Civ. 3^e, 6 mars 1996, **Office public d'habitation de la ville de Paris c. Mel Yedei**, n° 93-11113, *Bull. civ.*, 1996, III, n° 60 ; *RTDciv.*, 1996, 580, obs. J. Hauser ; *JCP G*, 1997, I, 22764, obs. Nguyen von tuong : *D.*, 1997, 167, note B. de Lamy.

²⁰⁹⁸ Cass. Soc., 12 janvier 1999, **Spileers c. SARL Omni Pac**, n° 96-40755, *Bull. civ.*, n° 7 ; *D.*, 1999, 645, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly.

²⁰⁹⁹ Cass. Soc., 2 octobre 2001, **Nikon France**, n° 99-42942, *Bull. civ.*, 2001, V, n° 291 ; *D.*, 2001, J, 3148, note P.Y. Gautier ; *D.*, 2002, *Somm. com.*, 2296, obs. Ch. Caron.

²¹⁰⁰ Cour EDH, GC, 7 février 2012, **Von Hannover c. Allemagne** (n° 2), *Rec.* 2012-..., §107 ; *D.*, 2012, 1040, 1040, obs. J.-F. Renucci ; *JCP G*, 2012, 496, obs. K. Grabarczyk. De même voir Cour EDH, GC, 12 septembre 2011, **Palomo Sánchez et al., préc.**, §57 ; Cour EDH, GC, 15 mars 2012, **Aksu c. Turquie**, req. 4149/04 et 41029/04, §67.

²¹⁰¹ Cour EDH, 23 septembre 2010, **Schüth, préc.**, §69. *Contra* voir Cour EDH, 15 mai 2012, **Fernández Martínez, préc.**, §84.

²¹⁰² « *Attendu qu'il résulte de ces textes qu'une filature organisée par l'employeur pour contrôler et surveiller l'activité d'un salarié constitue un moyen de preuve illicite dès lors qu'elle implique nécessairement une atteinte à la vie privée de ce dernier, insusceptible d'être justifiée, eu égard à son caractère disproportionné, par les intérêts légitimes de l'employeur* » (Cass. Soc., 26 novembre 2002, n° 00-42401, *Bull. civ.*, 2002, V, n° 352). Voir également les références citées par A. DEBET, *L'influence de la CEDH sur le droit civil*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque des Thèses », 2002, p. 265 et s. et par B. MOUTEL, *L'« effet horizontal » de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français. Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, Th. Limoges, 2006, dact., §305 et s.

²¹⁰³ CE, Sect., 16 novembre 2011, **Ville de Paris et Société d'Économie Mixte Parisienne**, n° 353172 et 353173, *Leb.*, p. ; *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 9 novembre 2011, obs. S. Slama ; *RFDA*, 2012, 269, concl. D. Botteghi ; *Dr. adm.*, 2012, n° 2, comm. 18 note P.-E. Spitz ; *RFDA*, 2012, 455, obs. X. Dupré de Boulois.

²¹⁰⁴ Voir par exemple : Cour EDH, GC, 7 juin 2012, **Centro Europa 7 S.r.l. et Di Stefano c. Italie**, *Rec.* 2012-..., §197

pas à se comporter en « 4^e instance ». Elle examine alors scrupuleusement les motifs de la décision nationale et peut remettre en question son bien-fondé²¹⁰⁵. En outre elle peut remettre en cause les peines imposées²¹⁰⁶, la durée trop limitée d'un traitement psychiatrique²¹⁰⁷, le refus d'imposer une interdiction de s'approcher à l'ex-compagnon de la requérante²¹⁰⁸

794. Enfin, la Cour exige au titre de l'article 13 CEDH que la responsabilité de l'État puisse être engagée devant les juridictions nationales pour manquement à ses obligations qu'elles soient positives ou négatives. Par exemple, en matière d'obligations positives individuelles est exigé l'existence d'un recours permettant d'alléguer du défaut de diligence des autorités pénitentiaires en cas de traitements contraires aux articles 2 ou 3 CEDH subis par un détenu²¹⁰⁹. Les juridictions françaises ont donc reconnu la possibilité d'engager la responsabilité de l'État pour manquement à ses obligations positives conventionnelles. Depuis l'arrêt *Chabba* de 2003, le Conseil d'État a abandonné l'exigence d'une faute lourde afin de reconnaître la responsabilité de l'État du fait du suicide d'un détenu²¹¹⁰. Par la suite, dans l'affaire *Slimani*, dans laquelle le concubin de la requérante avait trouvé la mort en centre de rétention à la suite d'une crise d'épilepsie²¹¹¹, le Tribunal administratif de Marseille, se fondant sur la jurisprudence de la Cour EDH relative à l'article 2, a estimé « *que, ainsi que l'a retenu la Cour européenne des droits de l'homme, lesdites stipulations*

²¹⁰⁵ Voir par exemple, en matière de droit des transsexuels au titre de l'article 8 CEDH : Cour EDH, 12 juin 2003, **Van Kück**, *préc.*, §81 ; Cour EDH, 8 janvier 2009, **Schlumpf**, *préc.*, §115. En matière de protection de la réputation au titre de l'article 8 CEDH : Cour EDH, 15 novembre 2007, **Pfeifer** c. Autriche, req. 12556/03, §48-49 ; *RTDH*, 2008, 1171, note Th. Hochmann ; Cour EDH, 14 octobre 2008, **Petrina** c. Roumanie, req. 78060/01, §39-48 ; *JCP G*, 2009, I, 104, obs. F. Sudre. Rejet d'une demande d'inscription d'un syndicat ecclésiastique (article 11 CEDH) : Cour EDH, 31 janvier 2012, **Sindicatul « Păstorul cel Bun »** c. Roumanie, req. 2330/09, §76-86. En matière de pollution sonore (article 8 CEDH) : Cour EDH, 9 novembre 2010, **Deés** c. Hongrie, req. 2345/06, §23 ; *JDI*, 2011, 1336, obs. P. Tavernier ; *D.*, 2011, 2694, chron. F.-G. Trébulle.

²¹⁰⁶ Voir *supra*, Partie 3, Chapitre 1, Section 2, §1, B, 2, a, i, n° 744.

²¹⁰⁷ Cour EDH, 15 janvier 2009, **Branko Tomašić et al.**, *préc.*, §59.

²¹⁰⁸ Cour EDH, 24 avril 2012, **Kalucza** c. Hongrie, req. 57693/10, §65-66.

²¹⁰⁹ Cour EDH, 3 avril 2001, **Keenan**, *préc.*, §129-130.

²¹¹⁰ CE, 23 mai 2003, **Chabba**, n° 244663, *Leb.*, p. 240 ; *AJDA*, 2004, 157, note N. Albert ; *Dr. adm.*, 2003, 44, note M. Lombard ; *JCP Adm.*, 2003, II, 1751, note J. Moreau. La faute lourde a également été abandonnée en cas de responsabilité du fait du décès d'un détenu causé par un autre détenu (CE, 17 décembre 2008, **Garde des Sceaux, ministre de la Justice c. M. et M^{me} Z.**, n° 292088, *Leb.*, p. 465 ; *AJDA*, 2009, 432, concl. I. de Silva ; *AJ pénal*, 2009, 86).

²¹¹¹ Cette affaire avait préalablement donné lieu à un constat de violation du volet procédural de l'article 2 devant la Cour EDH, mais les griefs relatifs au volet substantiel de l'article 2 avaient été rejetés pour non épuisement des voies de recours internes (Cour EDH, 27 juillet 2004, **Slimani**, *préc.*, §41 et 49).

astreignent les États contractants non seulement à s'abstenir de provoquer la mort de manière volontaire et irrégulière, mais aussi à prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de leur juridiction et qu'à ce titre, s'agissant de personnes détenues ou gardées à vue, leur situation de vulnérabilité impose aux États de les protéger et, au cas où ces personnes meurent dans cette situation, de fournir une explication plausible quant à l'origine de la mort »²¹¹², et a ensuite conclu à la responsabilité de l'État²¹¹³.

Le Conseil d'État a en outre estimé que l'obligation de protection issue de l'article 2 CEDH « *peut être de nature à imposer à l'administration pénitentiaire de mettre à la disposition de certains détenus des quartiers ordinaires, lorsque des circonstances particulières tenant notamment à leur comportement, à celui de leurs codétenus ou à la configuration de leur cellule le justifient, des matelas Celso utilisés dans les quartiers disciplinaires, faute de quoi sa responsabilité serait susceptible d'être engagée pour faute* »²¹¹⁴.

795. Par ailleurs, les juridictions françaises ont également admis la possibilité d'engager la responsabilité de l'État du fait de la violation d'une obligation positive structurelle, et plus particulièrement en raison du défaut d'adoption d'une loi. La voie employée est celle de la responsabilité de l'État du fait d'une loi méconnaissant ses engagements internationaux²¹¹⁵. Dans une affaire devant le Tribunal Administratif de Bordeaux, le requérant soulevait que l'État avait manqué à ses engagements issus de l'article 2 CEDH en raison de l'adoption tardive d'une loi mettant en garde contre les dangers du tabac²¹¹⁶. Le Tribunal a cependant estimé que « *par la loi précitée du 9 juillet 1976, le législateur a imposé, comme il a été dit ci-dessus, l'indication sur les paquets de cigarettes des taux de nicotine et de goudron, ainsi qu'un avertissement sur les dangers de l'abus de consommation de tabac ; que si ces mesures, qui étaient suffisantes au regard des exigences de l'article 2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ont été prises dans un délai légèrement supérieur à deux ans suivant la ratification*

²¹¹² TA Marseille, 9 févr. 2006, n° 0303042 ; *AJDA*, 2006. 1454, note F. Lazaud et M. Romnicanu.

²¹¹³ Comme le souligne M. Afroukh (M. AFROUKH, « L'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence administrative », *op. cit.*, p. 1158, note de bas de page n° 47) la Cour administrative d'appel de Marseille ne s'est cependant pas placée sur le terrain de l'article 2 CEDH (CAA Marseille, 10 décembre 2007, n° 06MA00572 ; *AJDA*, 2008. 37, note L. Marcovici.).

²¹¹⁴ CE, 17 décembre 2008, **Section française de l'Observatoire international des prisons**, *préc.*.

²¹¹⁵ CE, 8 février 2007, **Gardedieu**, n° 279522, *Leb.*, p. 78, concl. L. Derepas ; *Europe*, 2007, 3., obs. D. Simon ; *RFDA*, 2007, 2, 361, obs. L. Derepas ; *JCP G*, 2007, 11, 53, obs. M.-Ch. Rouault ; *AJDA*, 2007, 11, 585, chron. F. Lenica et J. Boucher.

²¹¹⁶ TA Bordeaux, 5 novembre 2008, **Bouamine**, n° 0701796 ; *AJDA*, 2009. 1110, concl. J.-M. Bayle.

de ladite convention, un tel délai ne peut, eu égard notamment à l'incertitude des connaissances scientifiques de l'époque concernant l'existence de risques vitaux liés à la consommation de tabac, être regardé comme fautif » et a rejeté en conséquence la demande du requérant. Ainsi, il semble possible d'engager la responsabilité de l'État devant le juge administratif français pour manquement à une obligation positive législative.

796. Les obligations positives imposées par la Cour s'avèrent de plus en plus précises tant par le contenu de plus en plus détaillé des mesures imposées que par la désignation explicite de leur débiteur. Aucun pouvoir de l'État n'est épargné et la liberté laissée aux Parties contractantes pour exécuter les arrêts de la Cour devient alors minime. La Cour développe ainsi un véritable pouvoir d'injonction grâce à la technique des obligations positives. Cette dernière permet de renforcer encore davantage ce pouvoir en permettant à la Cour de contrôler l'exécution de ses propres arrêts.

B. Le contrôle de l'exécution de ses propres arrêts

797. La Cour a fait un usage inattendu de la technique des obligations positives. Initialement conçue comme permettant de déduire des obligations d'action à partir de droits conventionnels supposant uniquement l'abstention de l'État, elle a également été employée par la Cour afin de contrôler l'exécution de ses propres arrêts²¹¹⁷. Elle est alors plus que jamais devenue un instrument du développement du pouvoir d'injonction du juge. Cette utilisation de la technique des obligations positives n'a cependant eu lieu qu'une fois et n'est probablement pas amenée à se généraliser.

798. Dans une affaire *VGT c. Suisse*, la Cour avait en 2001 condamné l'État suisse pour violation de l'article 10 CEDH, en raison du refus de diffusion par une société de droit privé d'un spot télévisuel visant à sensibiliser la population aux dangers de l'élevage industriel de porcs, refus

²¹¹⁷ Sur la question de la compétence de la Cour relativement au contrôle de l'exécution de ses arrêts voir G. MALINVERNI, « La compétence de la Cour pour surveiller l'exécution de ses propres arrêts », in *Mélanges en l'honneur de Ch. L. ROZAKIS, La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant*, Bruylant, 2011, p. 360-375.

confirmé par le Tribunal fédéral suisse²¹¹⁸. L'association requérante à la suite de cet arrêt européen de condamnation avait saisi le Tribunal fédéral d'une demande de révision de son premier arrêt. Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, estimant que les diverses mesures adoptées par l'État suisse en exécution de l'arrêt étaient satisfaisantes (publication de l'arrêt, versement de la satisfaction équitable, et dépôt par la requérante de la demande de révision), avait adopté une résolution finale²¹¹⁹. Cette résolution avait été adoptée avant que le Tribunal fédéral ait rejeté la demande de révision formulée par la requérante. À la suite du rejet de sa demande, cette dernière avait de nouveau saisi la Cour qui avait rendu deux nouveaux arrêts, un de chambre en 2007²¹²⁰, puis un de Grande Chambre en 2009²¹²¹.

799. En principe, deux raisons s'opposent à ce que la Cour contrôle l'exécution de ses propres arrêts. Tout d'abord, la Convention prévoit qu'une telle mission revient au Comité des Ministres (article 46§2 CEDH) et ensuite que doit être déclarée irrecevable toute requête qui est « *essentiellement la même qu'une requête précédemment examinée par la Cour (...), et si elle ne contient pas de faits nouveaux* » (article 35 § 2 b) CEDH). Toutefois, si la Cour affirme qu'elle « *n'a pas compétence pour examiner si une Partie contractante s'est conformée aux obligations que lui impose un de ses arrêts* »²¹²², elle reconnaît la possibilité de « *connaître d'une requête ultérieure soulevant un problème nouveau, non tranché par l'arrêt* »²¹²³. La Cour a donc établi qu'une requête devait être déclarée recevable si elle portait sur des « *faits nouveaux* ». Elle a par exemple estimé que les mesures (octroi d'un visa spécial, relèvement partiel de l'interdiction définitive du territoire national, octroi d'un titre de séjour portant permission de travailler) prises à la suite d'un arrêt condamnant la France pour avoir expulsé un étranger en violation de l'article 8 CEDH, constituaient des faits nouveaux permettant à la Cour de considérer la requête comme recevable *ratione materiae*²¹²⁴.

²¹¹⁸ Cour EDH, 28 juin 2001, **VgT Verein Gegen Tierfabriken** c. Suisse, *Rec.* 2001-VI ; *RTDH*, 2002, 1035, obs. P.-F. Docquir.

²¹¹⁹ Comité des Ministres, 22 juillet 2002, DH (2003) 125.

²¹²⁰ Cour EDH, 4 octobre 2007, **Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VGT) n° 2** c. Suisse, req. 32772/02.

²¹²¹ Cour EDH, GC, 30 juin 2009, **Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VGT)** c. Suisse (n° 2), *Rec.* 2009-... ; *RTDH*, 2010, 421, note M. Hertig Randall et X.-B. Ruedin ; *JCP G*, 2010, 70, chron. F. Sudre ; *AJDA*, 2009, 1936, chron. J.-F. Flauss.

²¹²² Cour EDH, 10 avril 2003, **Mehemi** c. France (n° 2), *Rec.* 2003-IV, §43.

²¹²³ *Ibid.*.

²¹²⁴ *Ibid.*.

800. La frontière entre le contrôle des mesures d'exécution d'un arrêt et celui des « *faits nouveaux* » paraît cependant bien mince et la définition donnée par la Cour de ces derniers peu prévisible. Ainsi, les faits de l'arrêt VGT 2 peuvent être rapprochés de ceux d'une autre affaire dans laquelle la Cour avait rejeté la requête comme irrecevable *ratione materiae*. Dans la décision *Lyons*, les requérants avaient obtenu la condamnation du Royaume-Uni pour violation du droit à un procès équitable²¹²⁵. Selon les mots de la Cour « *les requérants ont par la suite réussi à faire renvoyer l'examen de leurs condamnations devant la Cour d'appel au vu du constat fait par la Cour européenne. Toutefois, il convient d'observer que la procédure de renvoi n'a pas donné lieu à une décision sur une nouvelle "accusation en matière pénale" dirigée contre les requérants. Pour autant que l'on puisse dire que l'article 6 est applicable à cette instance, le point de départ doit être le procès et les condamnations initiaux des requérants. Il s'ensuit que la procédure de renvoi doit être considérée comme une partie d'un processus judiciaire continu au niveau interne, qui tire son origine de l'iniquité de la procédure relative aux accusations initiales en matière pénale ayant donné lieu à une décision défavorable aux requérants. À cet égard, la Cour ne saurait accueillir l'argument des intéressés selon lequel la procédure de renvoi a donné lieu à une nouvelle violation de l'article 6 de la Convention* »²¹²⁶. De même, dans l'affaire VGT 2, il aurait été possible de considérer que la procédure de révision devant le Tribunal Fédéral devait être jugé « *comme une partie d'un processus judiciaire continu au niveau interne, qui tire son origine* » de l'inconventionnalité de la première décision du Tribunal fédéral refusant la diffusion du spot de l'association requérante. La conclusion de la Cour a cependant été toute autre, maquillant ainsi ce qui peut être considéré comme un revirement de jurisprudence. La Grande Chambre a en effet établi que le rejet de la demande devait être considéré comme un « *fait nouveau* »²¹²⁷, point critiqué de manière convaincante par les juges dissidents²¹²⁸.

801. En outre si la Cour, au stade de la recevabilité *ratione materiae*, a identifié l'existence de « *faits nouveaux* », elle n'a pas masqué se situer au niveau du contrôle de l'exécution

²¹²⁵ Cour EDH, 19 septembre 2000, **I.J.L., G.M.R. et A.K.P. c. Royaume-Uni**, req. 29522/95, 30056/96 et 30574/96.

²¹²⁶ Cour EDH, Déc., 8 août 2003, **Lyons et al. c. Royaume-Uni**, Rec. 2003-IX.

²¹²⁷ Cour EDH, GC, 30 juin 2009, **Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VGT)**, préc., §67.

²¹²⁸ Cour EDH, GC, 30 juin 2009, **Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VGT)**, préc., opinion dissidente du juge G. Malinverni, à laquelle se rallient les juges C. Bîrsan, E. Myjer et I. Berro-Lefèvre, §8-15 et opinion dissidente de la juge A. Power.

de son arrêt antérieur au stade de l'examen au fond de l'affaire²¹²⁹. Il y a alors une certaine incohérence à vouloir démontrer l'existence d'un fait nouveau afin de ne pas encourir le grief de s'engager sur le terrain de l'exécution de ses propres arrêts pour ensuite l'affirmer haut et fort au stade de l'examen de la violation²¹³⁰. La Cour a en effet annoncé devoir « *aborder la présente requête sous l'angle de l'obligation positive de l'État défendeur de prendre les mesures nécessaires afin de permettre la diffusion du spot litigieux* »²¹³¹, c'est-à-dire « *vérifier si, à la lumière de l'importance que revêt l'exécution de ses arrêts dans le système de la Convention et des principes qui régissent la matière, une obligation positive pesait sur l'État défendeur de prendre les mesures nécessaires afin de permettre la diffusion du spot litigieux à la suite de l'arrêt de la Cour ayant constaté une violation de l'article 10. Pour déterminer s'il existe une telle obligation, il faut prendre en compte le juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu* »²¹³². La Cour a alors appliqué la technique des obligations positives à l'article 46 CEDH afin d'affirmer pour la première fois de manière explicite sa compétence pour surveiller l'exécution de ses arrêts. L'État ayant une « obligation positive » issue de l'article 46 d'adopter des mesures afin d'exécuter un arrêt de violation, la Cour est compétente pour contrôler leur respect. Elle a cependant uniquement conclu au manquement à l'obligation positive « *découlant en l'espèce de l'article 10 de la Convention* »²¹³³. Elle n'a pas prononcé la violation de l'article 46 CEDH, alors que la responsabilité de l'État était clairement engagée en raison de « *l'inexécution ou l'exécution lacunaire d'un arrêt de la Cour* »²¹³⁴, qui exigeait selon cette dernière, d'autoriser la diffusion télévisuelle dudit spot.

802. Le recours à la technique des obligations positives a alors pour unique but de

²¹²⁹ « *La Cour rappelle qu'il convient de lire la Convention comme un tout. Dans le contexte de la présente affaire, la question de savoir s'il y a eu une nouvelle violation de l'article 10 doit nécessairement être examinée en tenant compte de l'importance, dans le système de la Convention, de l'exécution effective des arrêts de la Cour conformément à l'article 46 de la Convention qui est libellé comme suit* » (Cour EDH, GC, 30 juin 2009, **Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VGT)**, *préc.*, §83).

²¹³⁰ Une telle incohérence n'existait pas dans l'affaire de chambre. Le rejet de la demande par le Tribunal Fédéral ayant été considéré comme un fait nouveau, la Cour établit qu'il s'agissait d'un nouvelle ingérence devant alors être examinée indépendamment du constat de violation dans son premier arrêt (Cour EDH, 4 octobre 2007, **Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VGT) n° 2**, *préc.*, §59 et s.). De même voir dans une affaire où il était en revanche possible de considérer qu'il y avait des faits nouveaux : Cour EDH, Déc., 17 janvier 2002, **Hertel** c. Suisse, *Rec.* 2002-I ; *RTDH*, 2001, 743, obs. M. Hottelier.

²¹³¹ Cour EDH, GC, 30 juin 2009, **Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VGT)**, *préc.*, §78.

²¹³² *Ibid.*, §91.

²¹³³ *Ibid.*, §98.

²¹³⁴ *Ibid.*, §85.

renforcer l'argumentation de la Cour, son poids rhétorique permet d'insister sur l'importance de la bonne exécution des arrêts de la Cour. Cette dernière aurait cependant pu parvenir au même constat sans y avoir recours²¹³⁵. La technique des obligations positives est alors une des voies employées par la Cour afin de dicter aux États les mesures à prendre en application de ses arrêts. Selon les mots du professeur F. Sudre à propos de l'affaire *VGT 2*, « *le principe du libre choix des moyens dont dispose, en théorie, l'État pour s'acquitter de son obligation de "se conformer" aux arrêts de la Cour est ainsi vidé de son contenu* »²¹³⁶. Le développement du pouvoir d'injonction du juge européen et l'affirmation progressive de son pouvoir de contrôler l'exécution de ses propres arrêts n'est pas sans poser question. Elle remet en cause le partage des tâches entre le Comité des Ministres et la Cour quant au contrôle de l'exécution des arrêts de cette dernière²¹³⁷. Elle vient en outre directement court-circuiter les nouvelles procédures prévues par le Protocoles 14 et permettant au Comité de Ministres de saisir la Cour s'il constate qu'un État refuse d'exécuter un arrêt en violation de l'article 46§1 CEDH²¹³⁸. Cette procédure inusitée jusqu'à présent pourrait bien rester lettre morte²¹³⁹ alors

²¹³⁵ Voir les arrêts suivants où elle parvient au même résultat sans avoir recours à la technique des obligations positives : Cour EDH, 4 octobre 2007, *Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VGT) n° 2*, *préc.*, §59 et s. ; Cour EDH, 11 octobre 2011, *Emre c. Suisse* (n° 2), req. 5056/10 ; *JCP G*, 2012, 1992, obs. H. Surrel. Dans le second arrêt le Tribunal fédéral avait accueilli la demande de révision formulée par le requérant, ressortissant turc, et adopté un arrêt réduisant « à une durée de dix ans de l'éloignement initialement prononcé pour une durée indéterminée » (§68). Les juges dissidents contestaient, tout comme dans l'affaire *VGT 2*, l'existence de « faits nouveaux » en jeu en soulignant la différence d'espèce avec l'affaire *Mehemi 2* (opinion dissidente du juge G. Malinverni, à laquelle se rallie le juge D. Thór Björgvinsson, §7). La Cour, à la différence de l'arrêt de Grande Chambre dans l'affaire *VGT 2*, ne fit cependant pas usage de la technique des obligations positives. Elle considéra que l'arrêt du Tribunal Fédéral constituait une nouvelle ingérence (§63) et rechercha si cette dernière était « "prévues par la loi", justifiées par un ou plusieurs buts légitimes au regard dudit paragraphe, et "nécessaire dans une société démocratique" » (§64). Elle estima « que l'exécution la plus naturelle de l'arrêt de la Cour, et celle qui correspond le plus à la *restitutio in integrum*, aurait été d'annuler purement et simplement, et avec effet immédiat, l'interdiction de territoire contre le requérant. A supposer même qu'un autre résultat aurait pu être acceptable, la Cour estime que la nature obligatoire des arrêts au sens de l'article 46 § 1 et l'importance de leur exécution effective, de bonne foi et compatible avec les « conclusions et l'esprit » de l'arrêt auraient commandé, dans les circonstances concrètes de l'affaire, un examen plus complet des considérations du premier arrêt de la Cour » (§75). Elle conclut alors à la violation de l'article 8 CEDH mais de manière nouvelle « combiné avec l'article 46 de la Convention » (§77).

²¹³⁶ F. SUDRE, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G*, 2010, p. 70.

²¹³⁷ A cet égard voir E. LAMBERT, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, op. cit., p. 187 ; M. EUDES, *La pratique judiciaire interne de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 412.

²¹³⁸ Article 46§4 CEDH : « Lorsque le Comité des Ministres estime qu'une Haute Partie contractante refuse de se conformer à un arrêt définitif dans un litige auquel elle est partie, il peut, après avoir mis en demeure cette partie et par décision prise par un vote à la majorité des deux tiers des représentants ayant le droit de siéger au Comité, saisir la Cour de la question du respect par cette partie de son obligation au regard du paragraphe 1 ».

²¹³⁹ L'article 11 du Règlement du Conseil des Ministres pour la surveillance de l'exécution des arrêts et des termes des règlements amiables adopté le 12 mai 2006 (CM/Del/Dec(2006)964/4.4/annexe4F), précise d'ailleurs que la procédure en manquement prévue à l'article 46§4 CEDH « ne devrait être utilisée que dans des situations exceptionnelles ».

que la Cour reconnaît la possibilité de se prononcer sur l'exécution d'un de ses arrêts en l'absence de toute saisine par le Comité des Ministres²¹⁴⁰. Dans des affaires telles que les arrêts *VGT 2* ou *Emre*²¹⁴¹, elle évacue donc totalement les États de la procédure d'exécution tant dans le choix des mesures que dans le processus de contrôle. Or il ne faut pas oublier que les États sont incontournables afin d'assurer une bonne exécution des arrêts et, sans eux, un constat de violation ne peut avoir aucun effet concret. Ainsi, l'effectivité des droits recherchée par la Cour lorsqu'elle se reconnaît compétente pour contrôler l'exécution d'un arrêt resterait virtuelle si l'État refusait de coopérer. Un équilibre est donc à établir. Il est dès lors probable que ce type d'affaire ne se multiplie pas, tant dans un souci de respect du rôle du Comité des Ministres et de ménager les États qu'afin de ne pas générer un flot de nouvelles requêtes dans un contexte d'engorgement du rôle de la Cour.

²¹⁴⁰ Le Comité des Ministres semble cependant accepter ce contournement de la procédure en manquement. Il a ainsi adopté une résolution intérimaire (Comité de Ministres, 12 juillet 2007, CM/ResDH(2007)106) afin de suspendre l'examen de l'exécution de l'arrêt *Ilascu* (Cour EDH, GC, 8 juillet 2004, *Ilascu et al.*, *préc.*) dans l'attente que la Cour se prononce sur une nouvelles requête déposée par certains des requérants de cette affaire (Cour EDH, 15 novembre 2011, *Ivanțoc et al.*, *préc.*, §94).

²¹⁴¹ Cour EDH, 11 octobre 2011, *Emre c. Suisse* (n° 2), *préc.*.

Conclusion du Chapitre 1

803. Au cours de ce chapitre, il a été possible de voir les emplois très variés de la technique des obligations positives. Cette dernière ne sert pas seulement à déduire des dispositions de la Convention des obligations d'action des États qui n'y sont pas prescrites expressément. Elle est également utilisée afin d'étendre la compétence *ratione loci*, *personae* et *temporis* de la Cour. En outre, la Cour s'est appuyée sur cette technique afin de reconnaître sa compétence en matière de contrôle de ses propres arrêts.

Par ailleurs, la technique des obligations positives constitue un outil particulièrement adaptable en ce qu'elle permet au juge de procéder à une gradation de la normativité des obligations imposées. Grâce à elle, le juge strasbourgeois met au jour des obligations plus ou moins précises en fonction de la liberté qu'il souhaite laisser aux États dans l'exécution l'arrêt. Une tendance claire se dessine cependant. La Cour, grâce à la technique des obligations positives, étend de plus en plus sa compétence et impose des obligations à la précision croissante, développant ainsi son pouvoir d'injonction.

804. De par son caractère malléable, cette technique constitue un outil de choix pour le juge européen afin de répondre aux défis auxquels il est actuellement confronté. L'expansion croissante du flot des requêtes nécessite d'adapter son contrôle. La régulation de ce flot exige une meilleure exécution des arrêts de la Cour afin d'éviter de nouveaux constats de violation. Par le biais de la technique des obligations positives, la Cour impose des obligations au contenu de plus en plus précis et au débiteur bien souvent clairement identifié. Elle indique par là-même à l'État les mesures à adopter afin d'éviter de nouvelles violations, instaurant ainsi une sorte de « *contrôle préventif de l'effectivité* »²¹⁴² des ses arrêts. Si certains juges²¹⁴³ appellent à ce que la Cour renforce l'indication

²¹⁴² E. LAMBERT, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, op. cit., p. 144.

²¹⁴³ « En vertu de l'article 46§2 de la Convention, la surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour incombe au Comité des Ministres. Cela ne signifie toutefois pas que la Cour ne doive jouer aucun rôle en la matière ni prendre des mesures destinées à faciliter la tâche du Comité des Ministres dans l'accomplissement de ces fonctions. (...) À cette fin, il est essentiel que la Cour, dans ses arrêts, ne se borne pas à donner une description aussi précise que

des mesures à prendre, des voix de plus en plus nombreuses s'élèvent toutefois contre cette tendance. Que ce soit dans certaines opinions de juges jointes aux arrêts²¹⁴⁴ ou dans la Déclaration de Brighton, les références au principe de subsidiarité se multiplient²¹⁴⁵. En application de l'une des demandes formulées dans cette dernière, le projet de Protocole 15 à la Convention prévoit que soit intégré au Préambule de la Convention un nouveau paragraphe précisant que « *conformément au principe de subsidiarité, la reconnaissance des droits et libertés garantis par la présente Convention incombe au premier chef aux Parties contractantes sous le contrôle de la Cour établie par la présente Convention, et dans le cadre de la marge d'appréciation définie par la Cour* »²¹⁴⁶.

805. Invoquant le principe de subsidiarité, les États exigent pouvoir « *choisir de quelle manière ils entendent satisfaire à leurs obligations en vertu de la Convention* »²¹⁴⁷. Or la technique des obligations positives grâce à certaines obligations procédurales permet également d'assurer une subsidiarité encadrée, en déléguant aux États une partie du contentieux sous condition de respecter certaines exigences procédurales européennes. Ainsi, pouvoir d'injonction et uniformisation des droits nationaux ne vont pas nécessairement de pair. L'instauration d'un cadre procédural peut permettre d'organiser une harmonisation des droits en laissant aux États les choix de fond sur certaines questions sensibles ou techniques. Bien sûr, quand la Cour juge qu'un intérêt primordial dans une société démocratique est en jeu, elle n'hésite pas à imposer des obligations structurelles de fond et non plus seulement de procédure. Dès lors, elle crée un véritable droit commun européen.

806. L'adaptabilité de la technique des obligations positives permet alors au juge européen de dessiner les contours d'une définition du rôle de l'État dans une société démocratique.

possible de la nature de la violation de la Convention constatée mais qu'elle indique également à l'État concerné dans son raisonnement sous l'angle de l'article 46 de la Convention et dans le dispositif, lorsque les circonstances de l'affaire le requièrent, les mesures qu'elle juge les plus appropriées pour redresser la violation » Cour EDH, GC, 18 septembre 2009, **Varnava et al.**, préc., opinion concordante du juge D. Spielmann, à laquelle se rallient les juges I. Ziemele et Z. Kalaydjieva.

²¹⁴⁴ « *non seulement nous écartons les constats factuels des tribunaux internes mais de plus nous proposons notre propre norme minimale pour toute situation identique pouvant se présenter à travers les quarante-sept États contractants. Il doit être clair que, compte tenu de la très nombreuse population qui est placée sous notre juridiction, la norme minimale doit réellement être minimale. Entre autres, l'indispensable minimalisme des normes découle également du principe de subsidiarité récemment mis en avant et de la logique de la marge d'appréciation. En raison de l'effet erga omnes de facto de nos arrêts, la Cour, en adoptant une certaine position dans un certain contexte factuel, tel celui que nous examinons ici, doit garder à l'esprit que les mêmes normes s'appliqueront à Vladivostok comme à Reykjavik, en Norvège comme à Chypre* » Cour EDH, 19 juillet 2012, **Ketreb**, préc., opinion dissidente du juge B. Zupančič, §136).

²¹⁴⁵ Voir *supra* Partie 3, Chapitre 1, n° 640.

²¹⁴⁶ Comité directeur pour les droits de l'homme, groupe de rédaction « B » sur la réforme de la Cour, « *Projet de Protocole n° 15* », GT-GDR-B(2012)R1 Addendum, Article 1.

²¹⁴⁷ Déclaration finale de la Conférence de Brighton sur l'avenir de la Cour EDH des 19 et 20 avril 2012, §29, b).

CHAPITRE 2 : La définition du rôle de l'État dans une démocratie libérale européenne

807. Les droits civils et politiques sont le produit des philosophies libérales de l'État. Issus des revendications visant à limiter la souveraineté étatique afin de préserver les libertés individuelles, ils ont été définis comme des droits naturels et préexistants à l'État et en tant que tels conçus comme générant uniquement des obligations d'abstention à l'égard des autorités publiques. Dans ce contexte, toute intervention de ces dernières était ressentie comme une menace potentielle pour les libertés individuelles²¹⁴⁸.

808. La consécration du caractère objectif des droits de l'homme a marqué un tournant dans la conception libérale de l'État²¹⁴⁹. Elle a fait des droits de l'homme non plus seulement une limite de l'action étatique mais également une directive d'action opposée aux pouvoirs publics. Les juristes ne sont pas les seuls à avoir fait état de ce changement de perspective. Ainsi, M. Gauchet a observé que les droits de l'homme étaient devenus « *au delà de leur aspect négatif de limite à opposer aux pouvoirs, (...) une force d'entraînement à exploiter positivement* », ou encore « *la norme organisatrice de la conscience collective et l'étalon de l'action publique* »²¹⁵⁰. Il a ainsi souligné l'existence d' « *un tournant dans l'histoire des démocraties libérales, une inflexion de grande ampleur dans leur trajectoire* », en considérant que « *l'installation des droits de l'homme au poste de commandement* » était « *le foyer visible de cette transformation qui affect[ait] l'ensemble de leurs pièces et de leurs rouages* »²¹⁵¹. Un tel constat l'a amené à affirmer que les droits de l'homme étaient devenus une politique²¹⁵².

²¹⁴⁸ V. *supra* Introduction, §1, B, n° 9 et s.

²¹⁴⁹ Sur la conception objective des droits de l'homme voir *supra* Partie 1, Chapitre 2, Section 2, §1, n° 318 et s.

²¹⁵⁰ M. GAUCHET, « Quand les droits de l'homme deviennent une politique », *Le Débat*, 2000/3, n° 110, p. 260.

²¹⁵¹ *Ibid.*, p. 261.

²¹⁵² *Ibid.*, p. 258-288. Il avait défendu le contraire quelques années plus tôt (M. GAUCHET, « Les droits de l'homme ne

809. Les droits de l'homme façonnent désormais l'action étatique, et définissent ainsi les contours du rôle dévolu à l'État. Le développement de la technique des obligations positives en est une manifestation. Sans pour autant remettre en cause les fondements de l'État démocratique et libéral, elle constitue un approfondissement de ce dernier. Le libéralisme politique vise à organiser l'État de façon à ce que soient préservés les droits individuels. Il « *fait de l'individu libre une valeur sacrée : puisque la société se définit comme l'ensemble des individus, valoriser la liberté des individus implique de garantir à la sphère sociale une dimension d'autonomie par rapport à l'État. Reconnaître l'individu comme principe et comme valeur, c'est donc aussi ériger la limitation de l'État en principe politique* »²¹⁵³. Ainsi, les libéraux « classiques » reconnaissaient la nécessité de l'existence de l'État, mais concevaient ce dernier comme séparé de la société et en tant que tel comme un État minimal. Certains penseurs ont cependant démontré que le renforcement de l'État était une conséquence possible de la valorisation de l'individu²¹⁵⁴. Un libéralisme politique prônant l'intervention de l'État, s'est ainsi progressivement développé²¹⁵⁵. Dès lors, libéralisme politique et intervention de l'État ne sont pas nécessairement antithétiques et vont désormais de pair selon la conception européenne.

810. À travers la technique des obligations positives, la Cour EDH a établi que l'effectivité des droits devait dans certains cas être assurée par une intervention de la puissance

sont pas une politique », *Le Débat*, 1980/3, n° 3, p. 2-21).

²¹⁵³ A. RENAUT, « Libéralisme politique », in A. RENAUT (dir.), *Encyclopédie de la culture politique contemporaine*, T. 3, *Théories*, HERMANN Éditeurs, 2008, p. 484.

²¹⁵⁴ A. de Toqueville avait observé la tendance expansionniste de l'État lors de son voyage aux Etats-Unis (A. de TOCQUEVILLE, *De la Démocratie en Amérique*, t. 2, Garnier Flammarion, 1981, p. 385-386). Voir aussi C. LEFORT, « Les droits de l'homme et l'État providence », in C. LEFORT, *Essais sur le politique*, coll. « Esprit », Le Seuil, 1986, p. 35 ; M. GAUCHET, « Les droits de l'homme ne sont pas une politique », *op. cit.*, p. 9 et M. GAUCHET, « Préface. Benjamin Constant, l'illusion lucide du libéralisme », in B. CONSTANT, *Écrits politiques*, Gallimard, 1997, p. 85 et s.

²¹⁵⁵ En 1822, Guizot écrivait, « *Je sais comme un autre ce qu'il y a de fâcheux et de puéril dans la manie de tout gouverner; je n'ignore point quelle latitude doit être laissée au commerce, à l'industrie, au déploiement des activités individuelles, des forces sociales, ni combien l'autorité gêne et dérange beaucoup de chose quand elle y touche hors de propos... (...) plus la société se perfectionne, plus elle aspire à des perfectionnements nouveaux. Serait-ce que vous regardez le pouvoir public comme uniquement voué à réprimer, à punir le mal, jamais à prendre l'initiative du bien? (...). Quand son gouvernement lui convient [à la société], quand elle se sent vivre en lui, quand il est vraiment son interprète et son chef... c'est lui qu'elle invoque pour le bien qu'elle recherche et contre le mal qu'elle craint ; elle sollicite son action au lieu de la fuir* » (F. GUIZOT, *De la peine de mort en matière politique*, Paris, 1822, p. 172-174, cité par P. MANENT, *Histoire intellectuelle du libéralisme*, 10 leçons, Calmann-Levy, 1987, p. 207-208. Voir également G. BURDEAU, *Le libéralisme*, Seuil, 1979, p. 48 et s. Selon C. Audard « *Sous l'influence de ce « nouveau » libéralisme, un changement de paradigme s'opère et l'on passe de la théorie du gouvernement limité à celle de l'État au service de la société et du bonheur des citoyens. L'un des fondements du libéralisme va s'écrouler : la méfiance à l'égard des interventions de l'État* » C. AUDARD, *Qu'est ce que le libéralisme ? Éthique, politique, société*, Folio essais, 2009, p. 314.

publique. Elle a ainsi dessiné un rôle de l'État conforme aux fondements du libéralisme, tout en s'adaptant à son évolution. La Cour a respecté le mandat qui lui avait été délivré par les pères de la Convention. Il s'agissait avant tout de permettre l'enracinement du « *patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit* »²¹⁵⁶. Dès lors, selon M. R. Madsen, « *la majorité des signataires, à commencer par la France, perçurent initialement les droits de l'homme comme des mesures dirigées d'abord contre une menace extérieure (empêcher l'avènement futur du fascisme et du communisme en Europe), plutôt que comme l'instrument d'un changement en profondeur des pratiques juridiques des États membres* »²¹⁵⁷. La technique des obligations positives a alors accompagné l'évolution des démocraties libérales européennes sans les révolutionner.

811. Elle s'inscrit toutefois dans un processus de transformation majeure de ces dernières. Selon A. Garapon, « *si le droit libéral du XIX^{ème} siècle fut celui du pouvoir législatif, le droit matériel de l'État-providence du XX^{ème} celui de l'exécutif, celui qui s'annonce pourrait être bien celui du juge* »²¹⁵⁸. Le juge devient en effet créateur de droit et participe activement à la définition du rôle de l'État dans une société démocratique européenne.

812. Les obligations imposées en vertu de la technique des obligations positives, si elle donnent lieu à un approfondissement de l'État libéral « classique » (section 1), définissent l'État comme un État providence minimal (section 2).

²¹⁵⁶ Préambule de la Convention EDH.

²¹⁵⁷ M. R. MADSEN, *La genèse de l'Europe des droits de l'homme, Enjeux juridiques et stratégies d'État (France, Grande Bretagne et pays scandinaves, 1945-1970)*, Presses universitaires de Strasbourg, coll. « sociologie politique européenne », 2010, p. 113. De même voir M. LEVINET, « Les présupposés idéologiques de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Les 60 ans de la Convention européenne des droits de l'homme* (9 avril 2010), *Les Petites Affiches*, n° 254, 22 décembre 2010, p. 9, §1.

²¹⁵⁸ A. GARAPON, « La question du juge », *Pouvoirs*, n° 74, p. 24.

SECTION 1 : Un approfondissement de l'État libéral « classique »

813. La montée en puissance de la place de l'individu au sein de la société et la consécration du caractère objectif des droits de l'homme implique que ces derniers doivent être non seulement respectés mais également protégés par l'État. Ainsi, les droits conventionnels doivent être garantis par des mesures assurant leur pleine effectivité. Ces mesures interviennent essentiellement afin de protéger les droits civils et politiques au sens classique, c'est-à-dire au sens de droits naturels et préexistants à l'État. Les mesures dictées par la Cour visent alors à préserver les droits conventionnels des interférences extérieures publiques ou privées. La technique des obligations positives œuvre donc à assurer l'autonomie des individus et répond aux attentes du libéralisme « classique », garantir la sécurité des individus vis-à-vis des atteintes des tiers et de l'État. En effet, pour Locke, premier penseur du libéralisme, le contrat social devait être conclu afin d'éviter les « états de guerre ». Locke les définissait comme des états « d'inimitié et de destruction »²¹⁵⁹, qui pouvaient surgir lorsque « tout homme tente d'en assujettir un autre à son pouvoir absolu »²¹⁶⁰. Afin d'éviter cet état de guerre, les hommes devaient « former des sociétés et (...) abandonner l'état de nature »²¹⁶¹. À l'état de nature, l'homme bénéficiait de certains droits, parmi eux, le droit à la vie²¹⁶², la liberté²¹⁶³, et la propriété²¹⁶⁴. La raison d'être du contrat social, et donc le rôle de l'État, était alors d'assurer la « préservation »²¹⁶⁵ de ces droits, autrement dit de pourvoir à une meilleure garantie des droits naturels préexistants à sa conclusion²¹⁶⁶. Locke formulait cependant une mise en garde contre

²¹⁵⁹ J. LOCKE, *Le second traité du gouvernement, Essai sur la véritable origine, L'étendue et la fin du gouvernement civil*, trad. et notes J.-F. SPITZ, PUF, 1994, §16.

²¹⁶⁰ *Ibid.*, §17.

²¹⁶¹ *Ibid.*, §21.

²¹⁶² *Ibid.*, §6.

²¹⁶³ *Ibid.*, Chapitre 4, « De l'esclavage ».

²¹⁶⁴ Pour Locke, la propriété de l'homme recouvre « sa vie, sa liberté et ses biens » (*ibid.*, §87). Ces éléments désignent « en fait tout ce qui, appartenant en propre à l'individu, ne peut lui être enlevé sans son consentement » (Ph. RAYNAUD, « Locke », in Ph. RAYNAUD, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la philosophie politique*, PUF, « Quadrige », 2003, p. 415).

²¹⁶⁵ J. LOCKE, *Le second traité du gouvernement, Essai sur la véritable origine, L'étendue et la fin du gouvernement civil*, *op.cit.* §127.

²¹⁶⁶ Les hommes acceptent d'abandonner « l'égalité, la liberté et le pouvoir exécutifs qu'ils possédaient dans l'état de nature, et qu'ils les remettent entre les mains de la société pour que le législatif en dispose selon que le bien de cette

les risques d'arbitraire du pouvoir²¹⁶⁷. Dès lors, les droits de l'homme devaient être sauvegardés contre toute atteinte qu'elle soit publique ou privée²¹⁶⁸.

814. Suivant cette même logique, la Cour EDH s'emploie ainsi à la fois à développer des obligations afin que l'État assure l'effectivité des droits et à imposer les garde-fous nécessaires afin que l'État protecteur des droits n'abuse pas de ses prérogatives. Pour reprendre les termes de K. Popper « *nous avons besoin de la liberté pour empêcher les abus de l'État, et nous avons besoin de l'État pour empêcher les abus de la liberté* »²¹⁶⁹. De même, comme l'écrit le professeur P. Wachsmann « *l'État libéral est fait de tel compromis, étant entendu qu'il faut toujours veiller à ce que l'État n'utilise pas le surcroît de légitimité qui lui est conféré par son rôle de défenseur des libertés pour briser les barrières que lui opposait la théorie classique. Nouvellement aimé, l'État doit tout de même être craint : dans ce paradoxe réside la difficulté et l'instabilité des équilibres à organiser* »²¹⁷⁰. Dès lors, l'État endosse un double rôle. Il doit intervenir à la fois vis-à-vis des personnes privées et de ses propres organes afin qu'ils ne portent pas atteinte aux droits conventionnels. Ainsi, selon la parlante expression du professeur J.-F. Akandji-Kombé, l'État « *se voit imposer (...) une obligation de schizophrénie, celle de protéger les personnes contre les violations commises par les autorités qui le représentent* »²¹⁷¹.

Grâce à la technique des obligations positives, le juge européen développe son pouvoir créateur de droit et se substitue aux États, « législateurs » sur la scène internationale. Le droit commun européen formé est, quant à son contenu, conforme aux préceptes du libéralisme politique (§1). Il marque une évolution de l'État gendarme et un perfectionnement de l'État arbitre (§2).

même société l'exigera, il reste cependant que chacun ne le fait que dans l'intention de préserver d'autant mieux sa personne, sa liberté et sa propriété », *ibid.*, §131.

²¹⁶⁷ « *le pouvoir dirigeant doit gouverner d'après les lois déclarées et reçues, et non au moyen de décrets improvisés et de décisions ambiguës. Car, en ce cas, les hommes seraient dans une situation pire que celle de l'état de nature, parce qu'ils auraient armé un ou plusieurs individus de toute force réunie de la multitude, leur permettant ainsi de les contraindre à obéir selon leur bon plaisir aux décrets exorbitants et sans limites de leurs plus soudains caprices et de leurs volontés sans frein et imprévisible, sans qu'aucune règle n'ait été établie pour guider et justifier leurs actions* », *ibid.*, §137.

²¹⁶⁸ Sur l'effet horizontal voir *supra* v. *supra* Partie 1, Chapitre 1, Section 1, §2, n° 80 et s.

²¹⁶⁹ K. POPPER, *État paternaliste ou État minimal. Remarques théoriques et pratique sur la gestion de l'État démocratique*, Éditions de l'Aire, 1997, p. 49.

²¹⁷⁰ P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, Dalloz, 6^{ème} éd., 2009, p. 54.

²¹⁷¹ J. F. AKANDJI-KOMBÉ, « L'obligation positive d'enquête sur le terrain de l'article 3 CEDH », in C.-A. CHASSIN (dir.), *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 139.

§1. Un droit commun européen conforme aux aspirations libérales

815. Les mesures imposées par la Cour grâce à la technique des obligations positives s'inscrivent dans une logique libérale. Ces mesures visent à prévenir (A) et réparer (B) toute atteinte à ces droits, ainsi qu'à reconnaître ces derniers (C).

A. Des mesures de prévention des atteintes aux droits

816. Les diverses mesures préventives imposées par la Cour en application de la technique des obligations positives s'inscrivent dans la logique libérale. Stuart Mill, pourtant partisan d'un État minimal²¹⁷², estimait ainsi que « *c'est l'une des fonctions incontestées du gouvernement que de prendre des précautions contre le crime avant qu'il ne soit perpétré* ». De même, selon cet auteur, il appartenait aux pouvoirs publics de « *de prévenir les accidents* »²¹⁷³. Les mesures de prévention des atteintes aux droits dégagées par la Cour sont d'ordre tant structurel qu'individuel. Pour ce qui est des obligations structurelles, la prévention emprunte plusieurs voies.

817. Tout d'abord, la Cour peut imposer la mise en place d'une législation assurant une sanction pénale, civile et/ou administrative des atteintes aux droits conventionnels. Elle juge qu'une législation pénale doit être adoptée pour réprimer la viol sur le fondement de l'article 8 CEDH²¹⁷⁴, et depuis son arrêt *M. C.* sur le fondement des articles 3 et 8 combinés²¹⁷⁵. Elle a en outre estimé que l'article 3 CEDH imposait une telle législation afin de protéger les enfants contre les mauvais traitements²¹⁷⁶. Elle exige également que soient prévues des sanctions pénales afin de prévenir les

²¹⁷² « *la plus forte raison de restreindre l'intervention du gouvernement est le mal extrême que cause l'élargissement sans nécessité de son pouvoir* » J. STUART MILL, *De la liberté*, trad., L. Lenglet à partir de la traduction de D. White, Gallimard, coll. « Folio essais », 1990, p. 233.

²¹⁷³ *Ibid.*, p. 210-211.

²¹⁷⁴ Cour EDH, 26 mars 1985, *X et Y c. Pays-Bas*, A 91, §27 ; *Rev. sc. crim.*, 1985, 629, obs. L.-E. Pettiti ; *JDI*, 1986, 1082, chron. P. Rolland et P. Tavernier ; *CDE*, 1988, 462, chron. G. Cohen-Jonathan ; Cour EDH, 22 octobre 1996, *Stubbings et al. c. Royaume-Uni*, *Rec.* 1996-IV, §64 ; *RTDH*, 1998, 781, obs. J. Sace.

²¹⁷⁵ Cour EDH, 4 décembre 2003, *M.C. c. Bulgarie*, *Rec.* 2003-XII, §153 ; *RTDciv.*, 2004, p. 364, obs. J.-P. Marguénaud ; *JCP G*, 2004, I, 107, n° 1, obs. F. Sudre.

²¹⁷⁶ Cour EDH, 23 septembre 1998, *A. c. Royaume-Uni*, *Rec.* 1998-VI, §22 ; *JCP G*, 1999, I, 105, n° 11, obs. F. Sudre ; Cour EDH, GC, 10 mai 2001, *Z et al. c. Royaume-Uni*, *Rec.* 2001-V, §73 ; *JCP G*, 2001, I, 342, chron. F. Sudre.

atteintes aux articles 2²¹⁷⁷ et 4²¹⁷⁸ CEDH. En revanche, lorsque les atteintes aux droits sont involontaires et/ou d'une gravité moindre²¹⁷⁹, ou que les auteurs sont mineurs²¹⁸⁰, la Cour impose simplement que l'État prévoie des sanctions civiles ou administratives²¹⁸¹. Dans ces exemples, que la voie employée soit civile, administrative ou pénale, l'existence d'une sanction vise un effet préventif et dissuasif afin de limiter les risques d'atteinte à un droit.

818. Ensuite, la Cour exige la mise en place de réglementations afin d'encadrer les activités publiques ou privées susceptibles de porter atteinte aux droits individuels : un « *cadre réglementaire imposant aux hôpitaux, qu'ils soient privés ou publics, l'adoption de mesures propres à assurer la protection de la vie des malades* » (article 2 et 8 CEDH)²¹⁸², une réglementation relative aux activités dangereuses devant « *régir l'autorisation, la mise en place, l'exploitation, la sécurité et le contrôle afférents à l'activité* » (articles 2 et 8 CEDH)²¹⁸³, ou encore une

²¹⁷⁷ Cour EDH, GC, 28 octobre 1998, **Osman** c. Royaume-Uni, *Rec.* 1998-VIII, §115 ; *GACEDH*, n° 12 ; *JCP G*, 1999, I, 105, chron. F. Sudre ; *JDI*, 1999, 269, obs. P. Tavernier ; Cour EDH, 14 mars 2002, **Paul et Audrey Edwards** c. Royaume-Uni, *Rec.* 2002-II, §54 ; *JCP G*, 2002, I, 157, n° 2, obs. F. Sudre ; *JDI*, 2003, 534, chron. E. Decaux et P. Tavernier ; Cour EDH, 28 mars 2000, **Kılıç** c. Turquie, *Rec.* 2000-III, § 62 ; Cour EDH, 28 mars 2000, **Mahmut Kaya** c. Turquie, *Rec.* 2000-III, §85 ; *JDE*, 2001, 76, 34, chron. P. Lambert.

²¹⁷⁸ Cour EDH, 26 juillet 2005, **Siliadin** c. France, *Rec.* 2005-VII, §112 ; *GACEDH*, n° 17 ; *JCP G*, 2005, II, 10142, note F. Sudre ; *D.*, 2006, 346, note D. Roets ; Cour EDH, 7 janvier 2010, **Rantsev** c. Chypre et Russie, *Rec.* 2010-..., §284 ; *JCP G*, act. 132, F. Sudre ; *HRLR*, 10-3 (2010), 546, note J. Allain ; *AJDA*, 2010, 997, chron. J.-F. Flauss ; *Rev. sc. crim.*, 2010, 675, chron. J.-P. Marguénaud et D. Roets ; Cour EDH, Déc., 29 novembre 2011, **V.F.** c. France, req. 7196/10 ; *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 15 décembre 2011, obs. N. Hervieu ; Cour EDH, 11 octobre 2012, **C.N. et V.** c. France, req. 67724/09, §105.

²¹⁷⁹ Tel est le cas sur le fondement de l'article 2 CEDH en matière de négligences médicales : Cour EDH, GC, 17 janvier 2002, **Calvelli et Ciglio** c. Italie, *Rec.* 2002-I, §51 ; *JCP G*, 2002, I, 157, n° 1, obs. F. Sudre. Article 8 : Cour EDH, Déc., 5 octobre 2006, **Trocellier** c. France, *Rec.* 2006-XIV ; Cour EDH, 15 novembre 2007, **Benderskiy** c. Ukraine, req. 22750/02, §61-62 ; Cour EDH, 2 juin 2009, **Codarcea** c. Roumanie, req. 31675/04, §102-105 ; *JCP G*, 2009, 143, chron. F. Sudre.

²¹⁸⁰ Mineurs de moins de quatorze ans (article 3 CEDH) : Cour EDH, 24 juillet 2012, **Dordevic** c. Croatie, req. 41526/10, §141-143.

²¹⁸¹ Voir *infra* Partie 3, Chapitre 2, Section 1, §2, B, 2, n° 849 et s.

²¹⁸² Article 2 : Cour EDH, GC, 8 juillet 2004, **Vo** c. France, *Rec.* 2004-VIII, §89 ; *GACEDH*, n° 10 ; *D.*, 2004, 2456, note J. Pradel ; *Rev. dr. fam.*, 2004, comm. n° 194 obs. P. Murat ; *JCP G*, 2004, II, 10158, note M. Levinet ; *RTDciv.*, 2004, 799, chron. J.-P. Marguénaud ; *RDP*, 2005, 765, chron. F. Sudre ; *RDP*, 2005, 1417 note X. Bioy. Article 8 : Cour EDH, Déc., 5 octobre 2006, **Trocellier**, *préc.* ; Cour EDH, 15 novembre 2007, **Benderskiy**, *préc.*, §61-62 ; Cour EDH, 25 septembre 2012, **Spyra et Kranczkowski** c. Pologne, req. 19764/07, §82.

²¹⁸³ Article 2 : Cour EDH, GC, 30 novembre 2004, **Öneryildiz** c. Turquie, *Rec.* 2004-XII, §90 ; *GACEDH*, n° 66 ; *AJDA*, 2005, 550, obs. J.-F. Flauss ; *JDE*, 2006, 116, 39, chron. P. Lambert ; *Europe*, 2005, 3, 28, note N. Deffains ; *JDI*, 2005, 506, obs. P. Tavernier ; Cour EDH, 24 avril 2012, **Iliya Petrov** c. Bulgarie, req. 19202/03, §55. Article 8 : Cour EDH, 27 janvier 2009, **Tătar** c. Roumanie, req. 67021/01, §87 ; *JDI*, 2010, 1008, obs. P. Tavernier ; *RJE*, 2010-1, 61, chron. J.-P. Marguénaud et S. Nadaud ; *RTDE*, 2010, 233, note A. Pomade ; Cour EDH, 30 mars 2010, **Băcilă** c. Roumanie, req. 19234/04, §61 ; *JCP G*, 2010, act. 452, F. Sudre ; *Environnement*, 2010, 6, 3, note Ph. Billet ; *D.*, 2010, 2468, chron. F.-G. Trébulle ; *RJE*, 2010, 657, chron. J.-P. Marguénaud et S. Nadaud ; Cour EDH, 14 février

réglementation des « secteurs généralement utilisés comme couvertures pour la traite d'êtres humains » (article 4 CEDH)²¹⁸⁴. En matière d'usage de la force publique meurtrière, la Cour, comme le souligne le professeur J.-F. Akandji Kombé, a tout d'abord fait preuve d'une certaine « réticence » à consacrer une telle obligation structurelle²¹⁸⁵. Il a fallu attendre l'arrêt *Makaratzis* de 2004 pour que soit établi que « le non-encadrement par des règles et l'abandon à l'arbitraire de l'action des agents de l'État sont incompatibles avec un respect effectif des droits de l'homme. Cela signifie que les opérations de police, en plus d'être autorisées par le droit national, doivent être suffisamment bornées par ce droit, dans le cadre d'un système de garanties adéquates et effectives contre l'arbitraire et l'abus de la force »²¹⁸⁶. La Cour a précisé et transposé cette exigence à l'article 3 CEDH. L'État doit ainsi également entraîner ses agents de manière à assurer leur haut niveau de compétence et de professionnalisme afin que personne ne soit soumis à des traitements contraires à l'article 3 CEDH. Les agents étatiques doivent également être préparés à prévenir toute conduite d'un autre agent de l'État qui pourrait mener à une atteinte de ce droit²¹⁸⁷.

819. Sur le fondement de l'article 10, les États doivent « créer, tout en établissant un système efficace de protection des auteurs ou journalistes, un environnement favorable à la participation aux débats publics de toutes les personnes concernées, leur permettant d'exprimer sans crainte leurs opinions et idées, même si celles-ci vont à l'encontre de celles défendues par les autorités officielles ou par une partie importante de l'opinion publique, voire même sont irritantes ou choquantes pour ces dernières »²¹⁸⁸ ou encore adopter une réglementation qui garantisse « d'une part l'accès du public, par l'intermédiaire de la télévision et de la radio, à des informations impartiales et exactes ainsi qu'à une pluralité d'opinions et de commentaires reflétant notamment la diversité des opinions politiques dans le pays, et d'autre part la protection des journalistes et des

2012, **Hardy & Maile** c. Royaume-Uni, req. 31965/07, §222 et s.

²¹⁸⁴ Cour EDH, 7 janvier 2010, **Rantsev**, *préc.*, §284.

²¹⁸⁵ La Cour avait refusé de dégager une telle obligation dans son arrêt Cour EDH, GC, 27 septembre 1995, **McCann et al.** c. Royaume-Uni, A 324, §153 ; *GACEDH*, n° 11 ; *AFDI*, 1995, 485, chron. V Coussirat- Coustère ; *Rev. sc. crim.*, 1996, 462, obs. R. Koering-Joulin ; *RUDH*, 1996, 9, chron. F. Sudre. J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, *Les obligations positives en vertu de la CEDH. Un guide pour la mise en œuvre de la CEDH*, Ed. du Conseil de l'Europe, Précis sur les droits de l'homme, n° 7, 2006, p. 24.

²¹⁸⁶ Cour EDH, GC, 20 décembre 2004, **Makaratzis** c. Grèce, *Rec.* 2004-XI, §57-58 ; *RDP*, 2005, 768, obs. M. Levinet ; *JDI*, 2005, 509, note M. Eudes ; *JT*, 2005, 116, 39, chron. P. Lambert ; *AJDA*, 2005, 541, chron. J.-F. Flauss. Confirmé par Cour EDH, GC, 6 juillet 2005, **Natchova et al.** c. Bulgarie, *Rec.* 2005-VII, §96 ; *RTDH*, 2005, 171, obs. D. Rosenberg.

²¹⁸⁷ Cour EDH, 1^{er} juillet 2010, **Davydov et al.** c. Ukraine, req. 17674/02 et 39081/02, §268.

²¹⁸⁸ Cour EDH, 14 septembre 2010, **Dink** c. Turquie, req. 2668/07 et *al.*, §137 ; *Gaz. Pal.*, 2011, 61, 21, note C. Michalski.

autres professionnels des médias audiovisuels contre les entraves à la communication de ces informations et commentaires »²¹⁸⁹. Sur le fondement de l'article 2 du Protocole 1 la Cour exige que si un État contractant « *intègre l'enseignement du fait religieux dans les matières des programmes d'étude, il faut alors, autant que faire se peut, éviter que les élèves ne se retrouvent face à des conflits entre l'éducation religieuse donnée par l'école et les convictions religieuses ou philosophiques de leurs parents* ». Il s'agit d'offrir « *au moins un moyen permettant aux élèves de ne pas suivre un enseignement religieux, en prévoyant un mécanisme d'exemption, en donnant la possibilité de suivre une matière de substitution, ou en laissant toute liberté de s'inscrire ou non à un cours de religion* »²¹⁹⁰.

820. Enfin, la Cour exige la mise en place de garanties procédurales afin que les décisions prises par les autorités publiques prennent en compte les différents intérêts en présence. L'objectif est l'adoption d'une décision la plus « juste » possible et donc d'éviter les atteintes injustifiées aux droits conventionnels. L'idée de prévention est bien présente. Les garanties procédurales doivent permettre de prévenir les violations de la Convention en limitant les décisions publiques attentatoires aux droits conventionnels²¹⁹¹.

821. La protection des valeurs jugées les plus importantes dans une société démocratique justifie en outre d'imposer à l'État des obligations individuelles de prévention de plus en plus nombreuses²¹⁹². Elles se sont multipliées et diversifiées de manière spectaculaire ces

²¹⁸⁹ Cour EDH, 17 septembre 2009, **Manole et al.** c. Moldavie, *Rec.* 2009-..., §100. Elle exige en outre « *l'obligation positive de mettre en place un cadre législatif et administratif approprié pour garantir un pluralisme effectif* » (Cour EDH, GC, 7 juin 2012, **Centro Europa 7 S.r.l. et Di Stefano** c. Italie, *Rec.* 2012-..., §134).

²¹⁹⁰ Cour EDH, 9 octobre 2007, **Hasan et Eylem Zengin** c. Turquie, req. 1448/04, §71.

²¹⁹¹ V. *supra* Partie 1, Chapitre 1, Section 1, §3, A, 2, n° 116 et s. À cet égard voir H. TRAN, *Les obligations de vigilance des États parties à la CEDH – Essai sur la transposition en droit européen des droits de l'homme d'un concept de droit international général*, Th. Strasbourg, dact., 2011, p. 339 et s.

²¹⁹² Voir *supra* Partie 2, Chapitre 2, Section 2, §2, A, 2, n° 520 et s.

dernières années et visent à la fois à prévenir les atteintes aux articles 2²¹⁹³, 3²¹⁹⁴, 4²¹⁹⁵, 8²¹⁹⁶, 9²¹⁹⁷, 10²¹⁹⁸ et 11²¹⁹⁹. Ces atteintes peuvent provenir de personnes publiques²²⁰⁰, privées²²⁰¹, ou de causes « naturelles »²²⁰². Les mesures de prévention dégagées par la Cour visent à protéger la sphère d'autonomie de l'individu contre les interférences extérieures.

822. La doctrine libérale concevait l'État comme devant avoir un rôle de prévention des atteintes aux droits. Ce rôle s'est cependant considérablement accru par rapport à ce qu'avaient pu

²¹⁹³ Homme tué par l'ancien professeur de son fils : Cour EDH, GC, 28 octobre 1998, **Osman**, *préc.*, §115-116 ; *GACEDH*, n° 12 ; *JCP G* 1999, I 105, chron. F. Sudre ; *JDI* 1999, 269, obs. P. Tavernier. Suicide d'un détenu : Cour EDH, 3 avril 2001, **Keenan** c. Royaume-Uni, *Rec.* 2001-III, §90-91 ; *JCP G*, 2001, I, 342, n° 4, chron. F. Sudre ; *Rev. sc. crim.*, 2001, 881, chron. F. Tulkens ; *AJDA*, 2001, 1060, chron. J.-F. Flauss. Détenu tué par son codétenu : Cour EDH, 14 mars 2002, **Paul et Audrey Edwards**, *préc.*, §54-56. Obligation de soin des détenus : Cour EDH, 13 juin 2002, **Anguelova** c. Bulgarie, *Rec.* 2002-IV, §125 et s. ; *JDI*, 2003, 539, chron. E. Decaux et P. Tavernier. Détenu ayant commis un meurtre au cours d'une autorisation de sortie : Cour EDH, GC, 24 octobre 2002, **Mastromatteo** c. Italie, *Rec.* 2002-VIII, §67-68 ; *JCP G*, 2003, I, 109, n° 1, obs. F. Sudre ; *Europe*, 2003, 2, 24, note N. Deffains ; *JDE*, 2003, 96, 44, chron. P. Lambert ; *JDI*, 2003, 544, chron. E. Decaux, P. Lambert. Enfants tués par balle par leur père : Cour EDH, 31 mai 2007, **Kontrová** c. Slovaquie, req. 7510/04, §49-50. Homme ayant tué sa femme et sa fille avant de se suicider : Cour EDH, 15 janvier 2009, **Branko Tomašić et al.** c. Croatie, req. 46598/06, §49-51. Femme tuée par son gendre : Cour EDH, 9 juin 2009, **Opuz** c. Turquie, *Rec.* 2009-..., §128-131 ; *JCP G*, 2009, 143, chron. F. Sudre ; *AJDA*, 2009, 1936, chron. J.-F. Flauss.

²¹⁹⁴ Enfants maltraité par leurs parents : Cour EDH, GC, 10 mai 2001, **Z et al.**, *préc.*, §73 ; Détenu maltraité par ses codétenus : Cour EDH, 3 juin 2003, **Pantea** c. Roumanie, *Rec.* 2003-VI, §189 ; *D.*, 2003, 2268, obs. J.-F. Renucci ; *JCP G*, 2003, I, 160, n° 2, obs. F. Sudre. Homme ayant battu sa femme et ses enfants et sexuellement abusé ces derniers : Cour EDH, 15 septembre 2009, **E.S. et al.** c. Slovaquie, req. 8227/04, §43-44. Enfant handicapé maltraité par les enfants de son quartier : Cour EDH, 24 juillet 2012, **Dordevic**, *préc.*, §137-139.

²¹⁹⁵ Article 4 CEDH : Cour EDH, 7 janvier 2010, **Rantsev**, *préc.*, §286-287 ; Cour EDH, Déc., 29 novembre 2011, **V.F.**, *préc.*.

²¹⁹⁶ Homme ayant maltraité sa fille et sa femme : Cour EDH, 12 juin 2008, **Bevacqua et S.** c. Bulgarie, req. 71127/01, §64-65. Femmes battues par leurs maris : Cour EDH, 14 octobre 2010, **A.** c. Croatie, req. 55164/08, §57 ; Cour EDH, 30 novembre 2010, **Hajduová** c. Slovaquie, req. 2660/03, §45-46, Cour EDH, 24 avril 2012, **Kalucza** c. Hongrie, req. 57693/10, §58-59. Défaut de protection du domicile du requérant contre les menaces de tiers : Cour EDH, 20 avril 2004, **Surugiu** c. Roumanie, req. 48995/99, §59 et s.

²¹⁹⁷ Membres de la communauté des témoins de Jéhovah attaqué par un groupe de chrétiens orthodoxes : Cour EDH, 3 mai 2007, **Membres de la Congrégation des témoins de Jéhovah de Gldani et al.** c. Géorgie, req. 71156/01, §132-134 ; *RQDI*, 2007, 20-2, 292, obs. A. Mirentxu, G. David.

²¹⁹⁸ Cour EDH, 16 mars 2000, **Özgür Gündem** c. Turquie, *Rec.* 2000-III, §43 et s. ; *RTDH*, 2001, 95, obs. P. de Fontbressin ; *JCP G*, 2001, I, 291, n° 38, obs. F. Sudre. Cour EDH, 14 septembre 2010, **Dink**, *préc.*, §64 (article 2) et §137-138 (article 10).

²¹⁹⁹ Cour EDH, 21 juin 1988, **Plattform « Ärzte für das Leben »** c. Autriche, A 139, §32 et 34 et s. ; *JDI*, 1989, 824, chron. P. Tavernier ; Cour EDH, 20 octobre 2005, **Ouranio Toxo et al.** c. Grèce, *Rec.* 2005-X, §37 ; *JDI*, 2006, 1154, obs. P. Tavernier ; Cour EDH, 29 juin 2006, **Öllinger** c. Autriche, *Rec.* 2006-IX, §37 ;

²²⁰⁰ Utilisation de la force publique meurtrière : Cour EDH, GC, 24 mars 2011, **Giuliani et Gaggio** c. Italie, *Rec.* 2011-..., §251 ; *HRLR*, 2011, 11-3, 567, note S. Skinner ; *JCP G*, 2011, 753, obs. G. Gonzalez. Mineure de 16 ans soumise à un examen gynécologique durant sa garde à vue Cour EDH, 1^{er} février 2011, **Yazgül Yilmaz** c. Turquie,

imaginer Locke ou Stuart Mill. L'essor de la démocratie et la valorisation croissante de l'individu au sein de la société ont modifié la perception des atteintes contre lesquelles une telle protection devait être prévue. Ainsi, l'objet de la prévention a crû de manière considérable, justifiant une intervention de plus en plus tolérée puis souhaitée de l'État. Tout risque d'atteinte à un droit doit tendre à être maîtrisé, qu'il provienne de faits étatiques, de personnes privées ou d'événements « naturels »²²⁰³. La technique des obligations positives traduit cette évolution en imposant des obligations de prévention de plus en plus nombreuses et variées et en assouplissant progressivement les critères de déclenchement des obligations individuelles de prévention²²⁰⁴. En outre, si la prévention échoue, l'État doit adopter des mesures de réparation des atteintes aux droits conventionnels.

req. 36369/06, §52 ; *AJDA*, 2011, 2000, chron. L. Burgorgue-Larsen.

²²⁰¹ Voir tous les exemples cités ci-dessus.

²²⁰² Article 2 CEDH : Effondrement d'une décharge : Cour EDH, GC, 30 novembre 2004, **Öneryildiz**, *préc.*, §89-90. Coulée de boue, Cour EDH, 20 mars 2008, **Boudaïeva et al.** c. Russie, *Rec.* 2008-..., §134 ; *AJDA*, 2008, 1929, chron. J.-F. Flauss. Chute d'arbre : Cour EDH, 14 juin 2011, **Ciechońska** c. Pologne, req. 19776/04, §60-61 ; *JCP G*, 2011, 914, chron. F. Sudre. Inondations : Cour EDH, 28 février 2012, **Kolyadenko et al.** c. Russie, req. 17423/05 et *al.*, §160. Attaque par des chiens : Cour EDH, 11 janvier 2001, **Berü** c. Turquie, req. 47304/07, §46-47. Explosions de mines antipersonnelles : Cour EDH, 12 décembre 2006, **Paşa et Erkan Erol** c. Turquie, req. 51358/99, §24 et 31 ; Cour EDH, 20 novembre 2007, **Amaç et Okkan** c. Turquie, req. 54179/00 et 54176/00, §44 et 46. Enfant mort de froid sur le chemin entre l'école et son domicile, Cour EDH, 10 avril 2012, **İlbeyi Kemaloğlu et Meriye Kemaloğlu** c. Turquie, req. 19986/06, §35-36. Électrocution survenue dans le bâtiment d'un transformateur électrique : Cour EDH, 24 avril 2012, **Iliya Petrov**, *préc.*, §63. Article 8 : Cour EDH, 26 juillet 2011, **Georgel et Georgeta Stoicescu** c. Roumanie, req. 9718/03, §49 et s. ; *JCP G*, 2011, act. 997, K. Grabarczyk ; *JCP G*, 2012, 87, chron. F. Sudre.

²²⁰³ « La logique de sécurité va cependant au delà des simples exigences du maintien de l'ordre pour s'étendre à la protection contre les risques de toute nature : à ce titre, elle peut contribuer à l'affirmation de nouveaux droits. La consécration du principe de précaution témoigne ainsi d'une conception plus exigeante des droits de l'homme face à des risques nouveaux, en matière d'environnement ou de santé » J. CHEVALLIER, « Propos introductif », in D. LOCHAK (dir.), *Mutations de l'État et protection des droits de l'homme*, Presses Universitaires de Paris 10, 2006, p. 25-26.

²²⁰⁴ Sur l'assouplissement croissant du critère de la connaissance du risque voir *supra* Partie 2, Chapitre 2, Section 2, §2, A, 2, n° 520 et s.

B. Des mesures de réparation des atteintes aux droits

823. La réparation des atteintes aux droits était l'une des missions assignées aux États par les libéraux classiques. Pour Locke, les hommes devaient sortir de l'état de nature et conclure le contrat social car « *là où il existe une autorité, c'est-à-dire un pouvoir sur la terre à qui l'on puisse faire appel pour obtenir réparation, la continuation de l'état de guerre est alors exclue et les controverses sont tranchées par ce pouvoir* »²²⁰⁵.

824. La technique des obligations positives a permis à la Cour de déduire à partir des dispositions substantielles des obligations procédurales de réparation²²⁰⁶. Dans certains cas, la Cour exige que soient menées des enquêtes officielles et effectives devant mener à l'identification et à la punition des auteurs de l'atteinte au droit conventionnel, que ces auteurs soient des personnes publiques ou privées. Elle encadre précisément la manière dont doivent être menées ces enquêtes²²⁰⁷. Dans l'affaire *McCann*, premier arrêt dans lequel la Cour a consacré une obligation d'enquête, il avait été exigé que les autorités procèdent « *à un examen complet, impartial et approfondi des circonstances* » dans lesquelles les atteintes au droit conventionnel avaient été commises²²⁰⁸. Elle a par la suite précisé ces exigences. Les personnes menant l'enquête doivent être impartiales, ce qui implique « *que les personnes responsables de l'enquête et celles effectuant les investigations soient indépendantes de celles impliquées dans les événements* » et « *suppose non seulement l'absence de tout lien hiérarchique ou institutionnel mais également une indépendance pratique* »²²⁰⁹. Tel n'est pas le cas lorsque la décision de ne pas saisir les juridictions pénales émane d'un « *organe administratif, présidé par le préfet (lequel nomme les inspecteurs et est responsable de la gendarmerie locale) ou son délégué, et composé de représentants locaux de l'exécutif* »²²¹⁰,

²²⁰⁵ J. LOCKE, *Le second traité du gouvernement, Essai sur la véritable origine, L'étendue et la fin du gouvernement civil*, op. cit., §21.

²²⁰⁶ V. *supra*, Partie 1, Chapitre 1, Section 2, §1, B, 1, b, ii, n° 149 et s.

²²⁰⁷ Sur les exigences inhérentes aux obligations d'enquête voir J. F. AKANDJI-KOMBÉ, « L'obligation positive d'enquête sur le terrain de l'article 3 CEDH », op. cit., p. 123-140, spéc. p. 132 et s. P. WACHSMANN, « Convention européenne des droits de l'homme. Droits garantis. Libertés de la personne physique », *Jurisclasseur Europe traité*, fascicule 6520, 10 juin 2009, §23 et s. et §63 et s. K. PANAGOULIAS, *La procéduralisation des droits substantiels garantis par la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2011, p. 40 et s. ; *GACEH*, p. 131 et s., p. 161 et s.

²²⁰⁸ Cour EDH, GC, 27 septembre 1995, *McCann et al.*, préc., §163.

²²⁰⁹ Cour EDH, 14 mars 2002, *Paul et Audrey Edwards*, préc., §70.

²²¹⁰ Cour EDH, 27 juillet 1998, *Güleç c. Turquie*, Rec. 1998-IV, §80. De même Cour EDH, GC, 20 mai 1999, *Ogur c. Turquie*, Rec. 1999-III, §91 ; Cour EDH, 28 mars 2000, *Mahmut Kaya*, préc., §95.

dans une affaire où il était allégué que le proche des requérants avait été tué par des membres des forces de sécurité. De même n'est pas indépendant l'enquêteur qui dépend « *de la même hiérarchie locale que les forces de sécurité sur lesquelles il menait son enquête* »²²¹¹, ou celui qui est lié, même indirectement, à l'opération ayant mené aux décès de proches des requérants²²¹². Le critère d'indépendance fait également défaut lorsque l'enquête sur la tentative de suicide d'un détenu est menée par les autorités pénitentiaires sans intervention d'une autorité extérieure²²¹³.

825. La Cour examine ensuite le caractère approfondi de l'enquête au regard des mesures entreprises afin de recueillir des preuves. Elle vérifie si les enquêteurs ont pris les dépositions des témoins oculaires²²¹⁴, et exige que ces derniers puissent être contraints à comparaître²²¹⁵. Elle peut en outre demander à ce que soient organisées une reconstitution des faits²²¹⁶, des expertises balistiques²²¹⁷, un examen médical en cas d'allégations de traitements contraires à l'article 3 CEDH²²¹⁸, et en cas de décès, une autopsie²²¹⁹. Si cette dernière a été menée, la Cour examine toutefois le sérieux avec lequel elle a été entreprise. Elle a ainsi pu regretter « *l'absence de photographies médico-légales adéquates du corps et le défaut de dissection et d'examen histopathologique des blessures et des marques* » que présentait le corps de la victime

²²¹¹ Cour EDH, GC, 20 mai 1999, **Ogur**, *préc.*, §91.

²²¹² Cour EDH, 4 mai 2001, **Kelly et al.** c. Royaume-Uni, req. 30054/96, §114 ; *JDI*, 2002, 253, note E. Decaux. Cour EDH, 28 mai 2002, **McShane** c. Royaume-Uni, req. 43290/98, §111.

²²¹³ Cour EDH, 29 avril 2003, **Kuznetsov** c. Ukraine, req. 39042/97, §106 ; *JDI*, 2004, 689, obs. E. Decaux. Pour d'autres exemples de défaut d'indépendance des autorités ayant mené l'enquête : Cour EDH, 5 octobre 2004, **Barbu Anghelescu** c. Roumanie, req. 46430/99, §67 ; Cour EDH, 12 octobre 2004, **Bursuc** c. Roumanie, req. 42066/98, §104.

²²¹⁴ Cour EDH, 19 février 1998, **Kaya** c. Turquie, *Rec.* 1998-I, §89 ; Cour EDH, 27 juillet 1998, **Güleç**, *préc.*, §79 ; Cour EDH, 28 octobre 1998, **Assenov et al.** c. Bulgarie, *Rec.* 1998-VIII, §103-105 ; *RTDH*, 1999, 383, obs. D. Rosenberg ; *JCP G*, 1999, I, 105, n° 12, 13 et 17, obs. F. Sudre ; Cour EDH, 10 octobre 2000, **Akkoç** c. Turquie, *Rec.* 2000-X, §98 ; Cour EDH, GC, 20 mai 1999, **Ogur**, *préc.*, §89 ; Cour EDH, 7 février 2006, **Scavuzzo-Hager et al.** c. Suisse, req. 41773/98, §85 ; Cour EDH, 1^{er} juin 2006, **Taïs** c. France, req. 39922/03, §107 ; Cour EDH, 6 juillet 2006, **Kavak** c. Turquie, req. 53489/99, §77.

²²¹⁵ Cour EDH, 28 mai 2002, **McShane**, *préc.*, §120 ; Cour EDH, 14 mars 2002, **Paul et Audrey Edwards**, *préc.*, §79.

²²¹⁶ Cour EDH, 27 juillet 1998, **Güleç**, *préc.*, §79 ; Cour EDH, GC, 6 juillet 2005, **Natchova et al.**, *préc.*, §115.

²²¹⁷ Cour EDH, 27 juillet 1998, **Güleç**, *préc.*, §79 ; Cour EDH, GC, 20 mai 1999, **Ogur**, *préc.*, §89.

²²¹⁸ « *Ces examens doivent être effectués par des médecins dûment qualifiés, en dehors de la présence de la police, et le rapport de l'examen doit faire état non seulement de toutes les lésions corporelles relevées mais aussi des explications fournies par le patient quant à la façon dont elles sont survenues et de l'avis du médecin sur la compatibilité des lésions avec les explications* » Cour EDH, 10 octobre 2000, **Akkoç**, *préc.*, §118.

²²¹⁹ Cour EDH, GC, 20 mai 1999, **Ogur**, *préc.*, §89 ; Cour EDH, 29 novembre 2007, **Tangiyeva** c. Russie, req. 57935/00, §92.

ayant « empêché toute analyse précise de la datation et de l'origine de ces marques »²²²⁰. De même, elle a jugé insatisfaisante l'autopsie ayant été menée plus de deux ans après la découverte du corps²²²¹. En outre, l'enquête doit être transparente et la victime et/ou ses proches doivent être tenus informés de ses avancées²²²², et « associés à la procédure dans la mesure nécessaire à la sauvegarde des intérêts légitimes de la victime »²²²³. Le droit d'accès à des copies des rapports d'enquête n'est cependant pas automatique²²²⁴.

826. Cependant, la réparation d'un droit conventionnel n'exige pas nécessairement que soit menée une procédure pénale. L'existence de voies de recours civiles ou administratives peut alors suffire. Tel est le cas en matière d'atteintes involontaires à la vie, par exemple pour ce qui est des négligences médicales²²²⁵. De même, en cas de discrimination syndicale, la Cour estime « *crucially important that individuals affected by discriminatory treatment should be provided with an opportunity to challenge it and to have the right to take legal action to obtain damages and other relief. Therefore, the States are required under Articles 11 and 14 of the Convention to set up a judicial system that would ensure real and effective protection against the anti-union discrimination* »²²²⁶. Plus largement, la Cour juge que l'État a « *l'obligation de prévoir une procédure judiciaire qui soit entourée des garanties de procédure nécessaires et qui permette ainsi aux tribunaux nationaux de trancher efficacement et équitablement tout litige éventuel entre particuliers* »²²²⁷. En application de la technique des obligations positives, la Cour impose également des obligations de reconnaissance des droits.

²²²⁰ Cour EDH, GC, 27 juin 2000, **Salman** c. Turquie, *Rec.* 2000-VII, §106.

²²²¹ Cour EDH, 26 juin 2007, **Canan** c. Turquie, req. 39436/98, §97.

²²²² Cour EDH, 27 juillet 1998, **Güleç**, *préc.*, §82 ; Cour EDH, GC, 20 mai 1999, **Ogur**, *préc.* ; Cour EDH, 4 mai 2001, **Kelly et al.**, *préc.*, §115 ; Cour EDH, 8 décembre 2005, **Kanlıbaş** c. Turquie, req. 32444/96, §50 ; Cour EDH, 15 novembre 2007, **Khamila Isayeva** c. Russie, req. 6846/02 ; Cour EDH, 17 janvier 2008, **Khatsiyeva et al.** c. Russie, req. 5108/02, §148.

²²²³ Cour EDH, 14 mars 2002, **Paul et Audrey Edwards**, *préc.*, §73.

²²²⁴ Cour EDH, 4 mai 2001, **Kelly et al.**, *préc.*, §115 ; Cour EDH, 28 mai 2002, **McShane**, *préc.*, §114 ;

²²²⁵ Article 2 : Cour EDH, GC, 17 janvier 2002, **Calvelli et Ciglio**, *préc.*, §51. Article 8 : Cour EDH, Déc., 5 octobre 2006, **Trocellier**, *préc.* ; Cour EDH, 15 novembre 2007, **Benderskiy**, *préc.*, §61-62 ; Cour EDH, 2 juin 2009, **Codarcea**, *préc.*, §102-105.

²²²⁶ Cour EDH, 30 juillet 2009, **Danilenkov et al.** c. Russie, *Rec.* 2009-..., §124 ; *JCP G*, 2010, doctr., 70, obs. F. Sudre.

²²²⁷ Cour EDH, 25 juillet 2002, **Sovtransavto Holding** c. Ukraine, *Rec.* 2002-VII, §96 ; *JCP G*, 2003, I, 109, n° 24, obs. F. Sudre.

C. Des mesures de consécration des droits

827. La montée de l'individualisme s'accompagne de revendications croissantes visant à obtenir la reconnaissance de droits subjectifs de plus en plus nombreux et variés²²²⁸. La Cour s'inscrit dans ce mouvement en imposant aux États certaines obligations structurelles. Ces dernières manifestent le choix de la Cour de privilégier l'autonomie individuelle et le libre choix de vie des personnes.

828. L'article 8 CEDH est le berceau principal de ces nouveaux droits dégagés grâce à la technique des obligations positives. La Cour, sur le fondement du droit à la vie familiale, impose des obligations positives afin d'exiger une adaptation des législations nationales à l'évolution des structures familiales en profonde mutation. L'arrêt *Marckx* en est la première manifestation. La Cour sanctionne l'impossibilité pour la requérante, mère célibataire, de voir reconnaître du seul fait de la naissance le lien de filiation avec sa fille, sachant qu'une telle possibilité existait pour les femmes mariées. Elle estime que « *le respect de la vie familiale implique en particulier, aux yeux de la Cour, l'existence en droit national d'une protection juridique rendant possible dès la naissance l'intégration de l'enfant dans sa famille* »²²²⁹. Elle exige de même que la filiation entre un père et son fils puisse être établie le plus rapidement possible afin « *que la réalité biologique et sociale prévale sur une présomption légale heurtant de front tant les faits établis que les vœux des personnes concernées* »²²³⁰.

829. Ce processus de consécration de nouveaux droits subjectifs a été renforcé par la montée en puissance, dans la jurisprudence de la Cour, du principe d'autonomie personnelle qui « *reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de la Convention* »²²³¹. Sur le terrain du droit à la vie privée, le principe d'autonomie personnelle a justifié une

²²²⁸ A. LAURENT, *Histoire de l'individualisme*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1993, p. 113 et s. ; M. PICHARD, *Le droit à, Étude de la législation française*, Economica, 2006, p. 37 et s.

²²²⁹ Cour EDH, Plén., 13 juin 1979, *Marckx* c. Belgique, A 31, § ; *GACEDH*, n° 51 ; *JT*, 1979, 513, obs. F. Rigaux ; *JDI*, 1982, 1983, obs. P. Rolland.

²²³⁰ Cour EDH, 27 octobre 1994, *Kroon et al.* c. Pays-Bas, A 297-C, §36 et 38 ; *JCP G*, 1995, I, 3823, chron. F. Sudre. Voir aussi Cour EDH, 21 juin 2011, *Krušković* c. Croatie, req. 46185/08, §40.

²²³¹ Cour EDH, GC, 11 janvier 2006, *Sørensen et Rasmussen* c. Danemark, *Rec.* 2006-I, §54 ; *Dr. soc.*, 2006, 1022, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly ; *RTDH*, 2006, 787, obs. F. Krenc. Voir M. LEVINET, « La notion d'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Droits*, 2009, n° 49, p. 3-18 ; M. FABRE-MAGNAN, M. LEVINET, J.-P. MARGUÉNAUD et F. TULKENS, « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *Droits*, 2008, n° 48, p. 3-57.

interprétation particulièrement constructive de l'article 8 CEDH. La Cour a jugé que selon cet article, interprété à la lumière de ce principe, « *la sphère personnelle de chaque individu est protégée, y compris le droit pour chacun d'établir les détails de son identité d'être humain* »²²³². Elle a dès lors exigé que la loi autorise la modification de l'état civil afin de reconnaître le changement de sexe des transsexuels²²³³. La Cour a également estimé que le droit à la vie privée protégeait « *un droit à l'identité et à l'épanouissement personnel et celui de nouer et de développer des relations avec ses semblables et le monde extérieur* »²²³⁴. Contribuent à cet épanouissement « *l'établissement des détails de son identité d'être humain et l'intérêt vital, protégé par la Convention, à obtenir des informations nécessaires à la découverte de la vérité concernant un aspect important de son identité personnelle, par exemple l'identité de ses géniteurs* »²²³⁵. Sur ce fondement la Cour a censuré la législation italienne qui ne donnait pas la « *possibilité à l'enfant adopté et non reconnu à la naissance de demander soit l'accès à des informations non identifiantes sur ses origines, soit la réversibilité du secret* »²²³⁶, alors que sa mère biologique avait décidé de garder l'anonymat. Ainsi, « *la garantie offerte par l'article 8 de la Convention est principalement destinée à assurer le développement, sans ingérences extérieures, de la personnalité de chaque individu dans les relations avec ses semblables* »²²³⁷.

830. La Cour a également fait usage de ce principe dans un tout autre domaine. Sur le terrain de l'article 11 CEDH, elle a jugé inconstitutionnelle la législation danoise autorisant les accords de monopole syndical²²³⁸. Faisant usage de la technique des obligations positives la Cour a donc garanti par cet arrêt la liberté de choix d'adhérer à un syndicat. La technique des obligations positives permet ainsi de reconnaître des droits visant à assurer l'absence d'interférence dans la sphère d'autonomie des individus.

²²³² Cour EDH, GC, 11 juillet 2002, **Christine Goodwin** c. Royaume-Uni, *Rec.* 2002-VI, §90 ; *GACEDH*, n° 45, *RTDciv.*, 2002, 862, chron. J.-P. Marguénaud ; *D.*, 2003, 2032, note A.-S. Chavent-Leclère ; *RTDH*, 2003, 1157, note A. Marienburg-Wachsmann et P. Wachsmann ; *JCP G*, 2003, I, 109, n° 16 et 22, chron. F. Sudre.

²²³³ *Ibid.*, §71 et s.

²²³⁴ Cour EDH, 6 février 2001, **Bensaid** c. Royaume-Uni, *Rec.* 2001-I, § 47 ; *JCP G*, 2001, 1559, chron. F. Sudre.

²²³⁵ Cour EDH, GC, 13 février 2003, **Odièvre** c. France, *Rec.* 2003-III, §29 ; *JCP G*, 2003, II, 10049, note A. Gouttenoire et F. Sudre ; *RTDciv.*, 2003, 276, obs. J. Hauser ; *JCP G*, 2003, I, 120, étude Ph. Malaurie ; *RTDciv.*, 2003, 375, obs. J.-P. Marguénaud ; *RTDH*, 2004, 405, obs. V. Bonnet.

²²³⁶ Cour EDH, 25 septembre 2012, **Godelli** c. Italie, req. 33783/09, §71.

²²³⁷ Cour EDH, 24 juin 2004, **Von Hannover** c. Allemagne, *Rec.* 2004-VI, §50 ; *GACEDH*, n° 43 ; *RTDciv.*, 2004, 802, obs. J.-P. Marguénaud ; *JCP G*, 2004, I, 161, n° 8, obs. F. Sudre ; *D.*, 2005, 340, note J.-L. Halperin.

²²³⁸ Cour EDH, GC, 11 janvier 2006, **Sørensen et Rasmussen**, *préc.*, §75.

831. La Cour fait cependant encore preuve de retenue concernant certaines revendications, préférant remettre le choix de se prononcer sur ces questions aux Parlements nationaux. Elle a ainsi estimé que l'article 8 CEDH n'impliquait pas « *l'obligation d'adopter des mesures autorisant le divorce et le remariage revendiqués par les requérants* »²²³⁹, ni « *comme imposant à l'État l'obligation de reconnaître le mariage religieux* » ou « *d'instaurer un régime spécial pour une catégorie particulière de couples non mariés* »²²⁴⁰. La Cour refuse en outre de consacrer un quelconque « droit à l'enfant ». Elle a ainsi dénié l'existence d'un droit à l'adoption et donc l'obligation positive pour les États d'adopter une législation nationale le consacrant, que ce soit par des couples hétérosexuels²²⁴¹ ou homosexuels²²⁴². De même elle refuse de consacrer un droit à la procréation médicalement assistée, en refusant de juger inconstitutionnelle la loi interdisant le don d'ovules à des fins de procréation artificielle et le don de sperme à des fins de fécondation *in vitro*²²⁴³. Dans nombre de ces affaires cependant les références à l'évolution rapide des mœurs et du consensus au sein des États et de la société en général²²⁴⁴ sont énonciatrices de revirements à plus ou moins court terme quant à ces questions. L'essor au sein de la jurisprudence européenne de la notion d'autonomie personnelle jouera très certainement afin de voir consacrées des obligations positives visant à reconnaître de nouveaux droits subjectifs.

832. Les obligations imposées à l'État grâce aux obligations positives s'inscrivent donc dans la logique de la conception libérale « classique » de l'État et dans sa fonction de prévention, de

²²³⁹ Cour EDH, Plén., 18 décembre 1986, **Johnston et al.** c. Irlande, A 112, §57 ; *AFDI*, 1987, 239, obs. C. Coussirat-Coustère ; *JDI*, 1987, 812, obs. P. Rolland ; Cour EDH, 14 juin 2011, **Ivanov et Petrova** c. Bulgarie, req. 15001/04, §61 ; *Gaz. Pal.*, 2011, 322-323, 28, obs. M. Eppler. Elle a cependant avancé dans cette dernière que « *l'article 12 garantit tout de même le droit à la personne divorcée de se remarier sans subir de restrictions déraisonnables de la part de l'Etat* » et qu'un problème pourrait se poser au regard de cette disposition « *au cas où, malgré le constat d'une altération irréversible du lien conjugal, le droit interne érige en obstacle absolu au prononcé du divorce l'opposition de l'époux non fautif* » (§61).

²²⁴⁰ Cour EDH, GC, 2 novembre 2010, **Şerife Yiğit** c. Turquie, req. 3976/05, §102 ; *JCP G*, 2010, 2231, note G. Gonzalez ; *JDI*, 2011, 1366, note D. Lachal.

²²⁴¹ Cour EDH, 22 juin 2004, **Pini et Bertani et Manera et Atripaldi** c. Roumanie, *Rec.* 2004-IV, §140 ; *JCP G*, 2004, I, 161, n° 9, chron. F. Sudre ; *JDI*, 2005, 519, obs. C. Renaut.

²²⁴² Cour EDH, 26 février 2002, **Fretté** c. France, *Rec.* 2002-I, §32 ; *JCP G*, 2002, II, 10074, note A. Gouttenoire et F. Sudre ; Cour EDH, GC, 22 janvier 2008, **E.B.** c. France, req. 43546/02, §41 ; *RTD civ.* 2008, 249, obs. J.-P. Marguénaud ; *JDI*, 2009, 1063, obs. D. Lachal ; *JCP G*, 2008, 34, obs. A. Gouttenoire et F. Sudre.

²²⁴³ Cour EDH, GC, 3 novembre 2011, **S.H. et al.** c. Autriche, *Rec.* 2011-..., §115 ; *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 6 novembre 2011, obs. N. Hervieu ; *AJDA*, 2012, 143, chron. L. Burgorgue-Larsen ; *JCP G*, 2012, 87, chron. F. Sudre.

²²⁴⁴ *Ibid.*, §117-118.

réparation et de reconnaissance des droits individuels.

La technique des obligations positives marque cependant un approfondissement de la logique libérale à deux titres. Tout d'abord, elle est le symptôme de l'extension des libertés individuelles. La montée de l'individualisme donne lieu à une prolifération des droits subjectifs. Le rôle protecteur de l'État est alors considérablement étendu. Ensuite, elle renforce l'effectivité de la garantie des droits individuels. Désormais, le défaut de protection étatique est justiciable. Il existe des droits subjectifs permettant d'obtenir la sanction de l'inaction étatique devant le juge européen voire devant le juge national.

En outre, la technique des obligations positives s'inscrit dans un processus de mutation du fonctionnement de l'État libéral européen et de l'équilibre des différents pouvoirs en son sein. Le juge de « *fonctionnaire de la loi* » devient « *diseur de droit* »²²⁴⁵. En effet, « *la démocratie dans nos pays occidentaux ne s'entend plus seulement comme la volonté générale mais comme une tension entre celle-ci et des principes qui lui sont indisponibles ; juge et texte fondateur (Constitution, Déclaration universelle des droits de l'homme, traités, etc.) forment désormais un couple légitime* »²²⁴⁶. Cette exacerbation du rôle du juge est doublement renforcée au niveau européen. D'une part, le juge de Strasbourg pallie l'absence de « législateur ». La complexité de la procédure de révision de la Convention par les États est contournée par le juge par voie d'interprétation. D'autre part, la Cour bénéficie d'une légitimité originelle très forte. Elle trouve sa raison d'être dans la « *sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales* » qui, selon le Préambule de la Convention constitue « *l'un des moyens d'atteindre* » le « *but du Conseil de l'Europe* », à savoir celui « *de réaliser une union plus étroite entre ses membres* ». La Cour, gardienne des libertés en Europe est devenue la porte parole des valeurs de la « société démocratique ». En leur nom, et notamment grâce à la technique des obligations positives, elle impose un véritable « *"ius commune" des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la perspective de l'unité européenne* »²²⁴⁷. Ce faisant elle établit une définition du rôle de l'État. Cette dernière dessine une évolution de l'État gendarme.

²²⁴⁵ A. GARAPON, « La question du juge », *op. cit.*, p. 18.

²²⁴⁶ *Ibid.*, p. 13-14.

²²⁴⁷ M. DE SALVIA, « L'élaboration d'un "ius commune" des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la perspective de l'unité européenne : l'œuvre accomplie par la Commission et la Cour européennes des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur de G. J. WIARDA, Protection des droits de l'homme : la dimension européenne*, Carl Heymans Verlag KG, 1988, p. 555-563.

§2. Une évolution de l'État gendarme

833. La tradition libérale consacre le rôle de « gendarme » de l'État. Ce dernier doit avoir un rôle minimal et assurer les activités régaliennes, police, justice et contrôle des forces armées. Pour Locke, la « loi de nature », « enseigne à tous les hommes qui prennent la peine de le consulter qu'étant tous égaux et indépendants, aucun ne doit nuire à un autre dans sa vie, sa santé sa liberté et ses possessions »²²⁴⁸. Une fois la « société politique » créée par contrat entre les hommes, la « communauté » a alors pour charge de faire respecter la « loi de nature », en utilisant son « pouvoir de faire les lois » pour déterminer les punitions qu'elle aura jugées utiles pour sanctionner les violations de celle-ci²²⁴⁹. De même, pour Stuart Mill, il appartient aux pouvoirs publics, pour ce qui est d'un crime, « de le découvrir et le punir après coup »²²⁵⁰. Selon ces auteurs, l'État doit édicter et appliquer un droit pénal apte à sanctionner les atteintes aux droits « naturels ». Ainsi, il est possible de trouver quelques correspondances entre les valeurs protégées par les droits de l'homme et celles protégées par le droit pénal. Comme le souligne S. Van Drooghenbroeck, « toute incrimination pénale a classiquement pour source matérielle une valeur susceptible d'être plus ou moins directement rattachée à la sphère des droits de l'homme »²²⁵¹.

834. Cependant, les penseurs libéraux étaient également conscients des risques induits par une telle mission « punitive » de l'État. Les revendications ayant mené aux premières déclarations des droits de l'homme visaient à encadrer ces pouvoirs et notamment à éviter les poursuites et les détentions abusives. Les droits de l'homme étaient des remparts posés contre les intrusions de l'État. Le principe de légalité, le principe de non rétroactivité des lois, la présomption d'innocence, les droits de la défense, étaient autant de garanties contre l'utilisation arbitraire du droit pénal par l'État. Ce dernier devait donc être encadré par les droits de l'homme²²⁵². Or cette logique

²²⁴⁸ J. LOCKE, *Le second traité du gouvernement, Essai sur la véritable origine, L'étendue et la fin du gouvernement civil*, op. cit., §6.

²²⁴⁹ *Ibid.*, §87-88.

²²⁵⁰ J. STUART MILL, *De la liberté*, op. cit., p. 211.

²²⁵¹ S. VAN DROOGHENBROECK, « L'horizontalisation des droits de l'homme », in H. DUMONT, F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 357. Cet auteur cite Rivero écrivant « mises à part les atteintes à la sécurité de l'État, la plupart des délits ne sont pas autre chose que la violation d'un droit de l'homme » (J. RIVERO, « Une éthique fondée sur le respect de l'Autre », in J.-F. SIX (dir.), *1989, les droits de l'homme en question : livre blanc*, La documentation française, 1989, p. 181).

²²⁵² Y. CARTUYVELS, « Droits de l'homme et droit pénal, un retournement ? », in Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée*

semble aujourd'hui s'inverser et la technique des obligations positives en est une manifestation.

835. Il a déjà été constaté que les droits de l'homme, de « *bouclier du droit pénal* », étaient devenus « *l' "épée" de la répression, contribuant ainsi au déploiement et à la légitimation du droit pénal, ainsi qu'à une véritable "pénalisation" des droits fondamentaux* »²²⁵³. Au fondement de cette évolution se trouve l'essor de l'individualisme. Comme l'a écrit le professeur F. Ost, « *Sans doute aurait-on pu imaginer que l'exacerbation de cette logique individualiste libérale aurait conduit à la disparition progressive de l'institution pénale, bras armé des valeurs et intérêts collectifs. Mais l'expérience nous montre que c'est tout le contraire qui se produit, comme si la survalorisation du pénal accompagnait la montée en puissance de l'individu et tentait de compenser le déficit du collectif* »²²⁵⁴. La technique des obligations positives est une manifestation de ce processus, en constituant un moyen de « pénalisation » croissante des droits de l'homme (A). Cette « pénalisation » doit cependant être encadrée (B).

A. La « pénalisation » croissante des droits civils et politiques

836. La Cour EDH, par le biais de la technique des obligations positives, impose aux États l'adoption de législations pénales afin de sanctionner certaines atteintes aux droits conventionnels²²⁵⁵. Elle exige en outre que soit menées des enquêtes pénales devant permettre l'identification et la punition des responsables²²⁵⁶. Bien sûr, ces obligations ne se sont pas généralisées à l'ensemble des droits conventionnels et ne sont vouées à s'imposer que pour garantir certaines valeurs, qui, de par leur importance dans une société démocratique, exigent une protection renforcée. La Cour impose ainsi la pénalisation du viol²²⁵⁷, des mauvais traitements infligés à des

du droit pénal ?, Bruylant, Presses Universitaires de Saint Louis, 2007, p. 26-31.

²²⁵³ F. OST, « Quand l'enfer se pave de bonnes intentions... A propos de la relation ambivalente du droit pénal et des droits de l'homme », in Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, op. cit., p. 10.

²²⁵⁴ *Ibid.*, p. 20.

²²⁵⁵ Voir D. SPIELMANN, « la Convention européenne des droits de l'homme et le droit pénal », *Annales du droit luxembourgeois*, Vol. 14, 2004, p. 48 et s.

²²⁵⁶ V. *supra*, Partie 1, Chapitre 1, Section 2, §1, B, 1, b, ii, n° 152 et s. et *supra* Partie 3, Chapitre 2, Section 1, §1, B, n° 824 et s.

²²⁵⁷ Sur le fondement de l'article 8 CEDH : Cour EDH, 26 mars 1985, **X et Y**, *préc.*, §27 ; Cour EDH, 22 octobre 1996, **Stubbings et al.**, *préc.*, §64. Sur le fondement des articles 3 et 8 combinés : Cour EDH, 4 décembre 2003, **M.C.**,

enfants²²⁵⁸, des atteintes au droit à la vie²²⁵⁹, ou encore de l'esclavage, du travail forcé et de la traite d'êtres humains²²⁶⁰. Les droits de l'homme se « pénalisent », en ce que, désormais, ils imposent l'adoption et l'application de législations pénales. Le droit pénal n'est alors plus seulement perçu comme une menace mais comme un moyen de défendre les droits de l'homme.

837. La « pénalisation » des droits de l'homme ne concerne pas que le droit européen des droits de l'homme, il s'agit d'un processus global. Elle ne trouve pas sa source dans la jurisprudence européenne. La Cour a imposé pour la première fois une obligation d'adopter une législation pénale en 1985 avec l'arrêt *X. et Y. c. Pays-Bas*²²⁶¹. D'autres organes l'avaient précédée aussi bien au niveau national qu'international.

838. La Cour constitutionnelle allemande, dès 1975 a par exemple estimé que « l'obligation pour l'État de protéger chaque vie humaine » faisait obstacle à ce que le législateur allemand procède à la dépénalisation de l'avortement effectué pendant les douze premières semaines de grossesse²²⁶².

839. En droit international, l'obligation de pénaliser certains comportements portant gravement atteinte aux droits de l'homme a été consacrée dans certains traités aux lendemains de la deuxième guerre mondiale. La Convention contre le génocide prévoit que les Parties contractantes adoptent « des sanctions pénales efficaces frappant les personnes coupables de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III »²²⁶³. Les Conventions de Genève de 1949 exigent que les États Parties prennent « toute mesure législative nécessaire pour fixer les sanctions pénales adéquates à appliquer aux personnes ayant commis, ou donné l'ordre de commettre, l'une

préc., §153.

²²⁵⁸ Article 3 CEDH : Cour EDH, 23 septembre 1998, **A.**, *préc.*, §22 ; Cour EDH, GC, 10 mai 2001, **Z et al.**, *préc.*, §73.

²²⁵⁹ Cour EDH, GC, 28 octobre 1998, **Osman**, *préc.*, §115 ; Cour EDH, 14 mars 2002, **Paul et Audrey Edwards**, *préc.*, §54 ; Cour EDH, 28 mars 2000, **Kılıç**, *préc.*, § 62 ; Cour EDH, 28 mars 2000, **Mahmut Kaya**, *préc.*, §85.

²²⁶⁰ Cour EDH, 26 juillet 2005, **Siliadin**, *préc.*, §112 ; Cour EDH, 7 janvier 2010, **Rantsev**, *préc.*, §284 ; Cour EDH, Déc., 29 novembre 2011, **V.F.**, *préc.* ; Cour EDH, 11 octobre 2012, **C.N. et V.**, *préc.*, §105.

²²⁶¹ Cour EDH, 26 mars 1985, **X et Y**, *préc.*, §27.

²²⁶² CCFA, 25 février 1975, **Interruption volontaire de grossesse I**, BverfGE 39, 1 ; *Documents d'étude*, n° 1. 15-1. 16 p. 41, Ch. Eisenmann, traduction ; *RDP*, 1977, p. 344, chron. M. Fromont ; *RIDC*, 1981, p. 461, H. G. Rupp ; *Pouvoirs*, 1982, n° 22, p. 142, J.-C. Béguin ; *AIJC*, II-1986, p. 83, M. Fromont ; p. 89, G. Ress. Voir D. RIBES, *L'État protecteur des droits fondamentaux, Recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées*, Th. Aix Marseille III, dact., 2005, §430.

²²⁶³ Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, 9 décembre 1948.

ou l'autre des infractions graves à la présente Convention », c'est-à-dire « l'homicide intentionnel, la torture ou les traitements inhumains, y compris les expériences biologiques, le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé, la destruction et l'appropriation de biens, non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire »²²⁶⁴.

840. En outre les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme ont prescrit des obligations de pénalisation de plus en plus nombreuses au fil du temps²²⁶⁵. La Convention des Nations Unies du 21 décembre 1965 sur l'élimination de toute forme de discrimination raciale a été pionnière en la matière²²⁶⁶. L'ont suivie dans cette voie, la Convention contre la torture et autres peines et traitements inhumains et dégradants du 10 décembre 1984²²⁶⁷, ou encore le Protocole facultatif se rapportant à la Convention relative aux droits de l'enfant concernant la vente d'enfant, la prostitution des enfants, et la pornographie mettant en scène des enfants, adopté le 25 mai 2000²²⁶⁸.

841. Les organes régionaux et internationaux de protection des droits de l'homme ont également consacré, tout comme la Cour de Strasbourg, des obligations prétoriennes imposant aux États d'assurer une protection pénale de certains droits de l'homme. Parmi quelques exemples peuvent être citées les obligations de pénaliser la torture ainsi que l'esclavage et le travail forcé imposées par le Comité des droits de l'homme²²⁶⁹. Une telle exigence est également implicite

²²⁶⁴ Articles 49 et 50 Convention (I) de Genève ; articles 50 et 51 Convention (II) de Genève ; articles 129 et 130 Convention (III) de Genève ; articles 146 et 147 Convention (IV) de Genève, 12 août 1949.

²²⁶⁵ S. VAN DROOGHENBROECK, « Droit pénal et droits de l'homme : le point de vue de la Cour européenne des droits de l'homme », in Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, op. cit., p. 107.

²²⁶⁶ Son article 4 exige notamment que les États parties déclarent « délits punissables par la loi toute diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale, toute incitation à la discrimination raciale, ainsi que tous actes de violence, ou provocation à de tels actes, dirigés contre toute race ou tout groupe de personnes d'une autre couleur ou d'une autre origine ethnique, de même que toute assistance apportée à des activités racistes, y compris leur financement ».

²²⁶⁷ Article 4 « 1. Tout État partie veille à ce que tous les actes de torture constituent des infractions au regard de son droit pénal. Il en est de même de la tentative de pratiquer la torture ou de tout acte commis par n'importe quelle personne qui constitue une complicité ou une participation à l'acte de torture. 2. Tout État partie rend ces infractions passibles de peines appropriées qui prennent en considération leur gravité ».

²²⁶⁸ Article 3 « 1. Chaque État Partie veille à ce que, au minimum, les actes et activités suivants soient pleinement couverts par son droit pénal, que ces infractions soient commises au plan interne ou transnational, par un individu ou de façon organisée: a) Dans le cadre de la vente d'enfants telle que définie à l'article 2: (...) b) Le fait d'offrir, d'obtenir, de procurer ou de fournir un enfant à des fins de prostitution, telle que définie à l'article 2; c) Le fait de produire, de distribuer, de diffuser, d'importer, d'exporter, d'offrir, de vendre ou de détenir aux fins susmentionnées, des matériels pornographiques mettant en scène des enfants, tels que définis à l'article 2. (...) »

²²⁶⁹ Pour ce qui est de la torture : Comité DH, Observation générale n° 20, 10 mars 1992, **Remplacement de l'observation générale n° 7 concernant l'Article 7 (interdiction de la torture et des peines ou traitements**

concernant les atteintes au droit à la vie, le Comité ayant jugé que des sanctions administratives ou disciplinaires étaient insuffisantes²²⁷⁰. De même, la Cour IADH impose l'utilisation de la voie pénale pour réprimer les disparitions forcées²²⁷¹ ainsi que les atteintes à la liberté, l'intégrité physique et à la vie, et celles à la liberté d'expression si elles sont combinées avec l'une des atteintes précitées²²⁷². De par les potentialités liberticides qu'elle porte en germe, la « pénalisation » des droits de l'homme doit cependant être encadrée.

B. La « pénalisation » encadrée des droits civils et politiques

842. Devant les risques liberticides d'une pénalisation excessive des droits de l'homme, une limitation des obligations positives pénales s'avère nécessaire (1). La Cour a effectivement mis en œuvre certaines limites au développement de ces dernières (2).

1. Une limitation nécessaire des obligations pénales

843. Certaines voix se sont élevées contre l'extension du processus de pénalisation des droits de l'homme. Certains auteurs questionnent ainsi « *l'idée que le droit pénal serait la technique la plus adéquate pour assurer la défense de tel ou tel droit fondamental* » ou encore celle selon laquelle « *seule une incrimination serait de nature à exprimer symboliquement le prix qu'une société attache à la promotion d'une cause ou d'une valeur déterminée* »²²⁷³. De même, la juge F.

cruels, inhumains ou dégradants), §8. Pour l'esclavage : Comité DH, Observation finale, 27 août 2001, **République populaire démocratique de Corée**, CCPR/CO/72/PRK, §26 ; Comité DH, Observation finale, 8 juillet 2005, **Thaïlande**, CCPR/CO/84/THA, §20 (cité par F. MARTIN, « Article 8 », in E. DECAUX (dir.), *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Commentaire article par article*, Economica, 2011, p. 234.

²²⁷⁰ Comité DH, Const., 31 mars 1982, **Suarez de Guerrero** c. Colombie, comm. n° 45/1979, §11.7 ; Comité DH, Const., 27 octobre 1995, **Bautista de Arellana** c. Colombie, 1995, n° 563/1993, §8.2 (L. HENNEBEL, *La jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations Unies*, Bruylant, 2007, §100).

²²⁷¹ Cour IADH, Fond et réparations, 22 novembre 2005, **Gómez Palomino** c. Pérou, C 136, §96 ; *RTDH*, 2006, 292, chron. H. Tigroudja ; *EDL*, n° 19, chron. A. Úbeda de Torres.

²²⁷² Cour IADH, Fond et réparations, 28 janvier 2009, **Perozo et al.** c. Venezuela, C 195, §300 ; *RTDH*, 2010, 827, chron. L. Hennebel et H. Tigroudja.

²²⁷³ F. OST, « Quand l'enfer se pave de bonnes intentions... A propos de la relation ambivalente du droit pénal et des droits de l'homme », in Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, S. VAN

Tulkens dans son opinion dissidente jointe à l'arrêt *M. C. c. Bulgarie*, remettant en cause le « postulat » selon lequel « la voie pénale serait, en tout état de cause, la plus efficace en termes de prévention », a souligné que « la prévention générale fondée sur le droit pénal dépend de nombreux facteurs et que celle-ci n'est pas la seule façon de prévenir les comportements indésirables »²²⁷⁴.

844. Une autre série de critiques existe quant à la remise en cause du principe de subsidiarité de droit pénal induite par le développement des obligations positives pénales. Toujours selon la juge F. Tulkens, « l'intervention pénale doit rester, en théorie comme en pratique, un remède ultime, une intervention subsidiaire et (...) son usage, même dans le champ des obligations positives, doit faire l'objet d'une certaine "retenue" »²²⁷⁵. En effet en vertu de ce principe, la sanction pénale ne doit intervenir qu'en dernier recours et si d'autres moyens moins invasifs pour les droits individuels s'avèrent inadéquats. La technique des obligations positives vient inverser cette logique. Elle impose l'adoption et l'application d'une législation pénale afin de sanctionner les auteurs de certaines atteintes aux droits conventionnels. L'État n'a dès lors aucune marge de manœuvre afin de proposer des moyens alternatifs et le défaut d'adoption d'une législation pénale semble ne pouvoir être justifié d'aucune manière.

845. Ces mises en garde doivent être d'autant plus prises au sérieux que les principes traditionnels du droit pénal, principe de légalité, présomption d'innocence, ont été érodés ces dernières années dans la jurisprudence européenne²²⁷⁶. Si la fonction « épée » des droits de l'homme se développe, il s'agit au contraire de rester vigilant à maintenir sa fonction « bouclier » du droit pénal. Si tel n'était pas le cas, le risque serait grand de porter démesurément atteinte aux droits des uns au prétexte de devoir défendre les droits des autres. En outre, plus largement, la « problématique

DROOGHENBROECK (dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruylant, Presses Universitaires de Saint Louis, 2007, p. 15. Voir aussi F. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK, « La place des droits sociaux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. La question de la pauvreté », in COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME (éd.), *La Déclaration universelle des droits de l'homme, 1948-2008, Réalité d'un idéal commun ? Les droits économiques, sociaux et culturels en question*, La documentation Française, 2009, p. 100.

²²⁷⁴ Cour EDH, 4 décembre 2003, *M.C.*, préc., opinion concordante de la juge F. Tulkens, §2.

²²⁷⁵ Cour EDH, 4 décembre 2003, *M.C.*, préc., opinion concordante de la juge F. Tulkens, §2. Voir aussi F. TULKENS, « Le droit à la vie et le champ des obligations des États dans la jurisprudence récente de la Cour EDH », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. COHEN-JONATHAN, Libertés, justice, tolérance*, Bruylant, 2004, p. 1616 ; M. VAN DE KERCHOVE, S. VAN DROOGHENBROECK, « La subsidiarité et le droit pénal : aspects nouveaux d'une question ancienne », in F. DELPÉRÉE (dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruylant, LGDJ, 2002, p. 153-160.

²²⁷⁶ S. VAN DROOGHENBROECK, « Droit pénal et droits de l'homme : le point de vue de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 102 et s. Un tel constat peut également être fait au niveau national : Y. CARTUYVELS, « Droits de l'homme et droit pénal, un retournement ? », *op. cit.*, 2007, p. 31 et s.

de la sécurité » s'est imposée et mène à un renforcement croissant de l'outil pénal. Comme l'écrit le professeur J. Chevallier, cette problématique « conduit en effet à une conception extensive du maintien de l'ordre, justifiée par le développement de nouvelles menaces : à la suite des attentats du 11 septembre ont ainsi été adoptées dans l'urgence des législations limitant l'exercice de certaines libertés publiques au nom de la lutte contre le terrorisme ; de même, la lutte contre les formes nouvelles de délinquance conduit, non seulement à renforcer le dispositif policier, mais encore à recourir de manière croissante à la répression pénale, tout en réduisant certaines garanties procédurales dont bénéficiaient les justiciables »²²⁷⁷.

846. À cet égard, la rhétorique des obligations positives intervient afin de justifier l'usage de sanctions pénales et donc la limitation de certains droits individuels. Les *lignes directrices sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme*, adoptées par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 11 juillet 2002 prévoient ainsi que « Les États ont l'obligation de prendre les mesures nécessaires pour protéger les droits fondamentaux des personnes relevant de leur juridiction à l'encontre des actes terroristes, tout particulièrement leur droit à la vie. Cette obligation positive justifie pleinement la lutte des États contre le terrorisme »²²⁷⁸.

847. De même, certains États invoquent devant la Cour de Strasbourg la nécessité de se conformer à leurs obligations positives afin de justifier les ingérences actives dans l'exercice d'un droit. La Cour reste cependant très vigilante quant à une utilisation abusive de tels arguments. Elle a par exemple jugé que « les autorités de l'Etat ne pouvaient, en l'espèce, se fonder sur leurs obligations positives en vertu de la Convention afin de justifier la privation de liberté du requérant, laquelle, comme on l'a démontré ci-dessus, (...) ne relève d'aucune des justifications énumérées de manière exhaustive aux alinéas a) à f) de l'article 5 § 1. Cette disposition peut donc passer pour exposer l'ensemble des motifs pour lesquels une personne peut être privée de sa liberté dans l'intérêt général, notamment l'intérêt à protéger le public d'actes criminels »²²⁷⁹. En outre, lorsque la Cour contrôle une obligation individuelle de prévention ou d'enquête, elle examine si « la police exerce son pouvoir de juguler et de prévenir la criminalité en respectant pleinement (...) les garanties figurant aux articles 5 et 8 de la Convention »²²⁸⁰.

²²⁷⁷ J. CHEVALLIER, « Propos introductif », in D. LOCHAK (dir.), *Mutations de l'État et protection des droits de l'homme*, op. cit., p. 25-26. Voir aussi A. GARAPON, *La République pénalisée*, Hachette, 1996, 140 p.

²²⁷⁸ Comité des Ministres, 11 juillet 2002, *Lignes directrices sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme*, CM/Del/Dec(2002)804, Annexe 3, I.

²²⁷⁹ Cour EDH, 14 avril 2011, **Jendrowiak** c. Allemagne, req. 30060/04, §38 ; JCP G, 2011, act. 596, F. Sudre.

²²⁸⁰ Cour EDH, GC, 28 octobre 1998, **Osman**, préc., §116. Voir *supra* Partie 2, Chapitre 2, Section 3, §2, B, 2, a, i, n°

848. Par ailleurs, consciente des risques inhérents à la « pénalisation » des droits de l'homme, la Cour a posé des limites afin de circonscrire les obligations pénales à certains cas de figure bien spécifiques.

2. Une limitation mise en œuvre des obligations pénales

849. Pour le professeur F. Massias, le risque sécuritaire « *ne vient certainement pas de la Cour européenne des droits de l'homme, si l'on en croit sa jurisprudence et la circonspection qu'elle révèle à l'égard du réseau pénal* »²²⁸¹. Examinant les critères guidant le choix de la Cour d'imposer une obligation positive pénale elle estime que « *La jurisprudence européenne est à la fois lisible et circonspecte à l'égard des bienfaits du réseau pénal : les indicateurs de pénalisation sont appréciés restrictivement quant à l'obligation positive de pénaliser* »²²⁸². Seules les atteintes aux droits jugées les plus graves dans une société démocratique justifient d'adopter une sanction pénale²²⁸³. Plusieurs facteurs conditionnent alors le choix de la Cour de dégager une obligation positive pénale. Ils se rapportent à la nature et à l'auteur du fait générateur de l'atteinte, ainsi qu'à la nature de la valeur touchée par l'atteinte.

850. Pour ce qui est du premier facteur, la Cour a considéré que seules les atteintes intentionnelles pouvaient appeler une sanction pénale. Elle a ainsi jugé que des négligences médicales, qu'elles aient entraîné la mort d'un patient ou porté atteinte à son intégrité physique, « *n'exigent pas nécessairement dans tous les cas un recours de nature pénale* »²²⁸⁴. De même, le fait

617.

²²⁸¹ F. MASSIAS, « Pénaliser : une obligation positive très circonscrite », in *Mélanges dédiés à Bernard BOULOC, Les droits et le droit*, Dalloz, 2007, p. 747.

²²⁸² *Ibid.*, p. 769.

²²⁸³ Pour le professeur F. Massias la gravité de l'atteinte au droit justifie le recours à la sanction pénale. La gravité « *est appréciée par la Cour en fonction de trois éléments : la transgression autrement dit la faute, l'importance de la valeur protégée, sa place dans le système conventionnel, et enfin le dommage subi par la victime* » (*ibid.*, p. 747). Sur les hypothèses dans lesquelles la Cour n'exige pas de recours de nature pénale, voir D. SPIELMANN, « la Convention européenne des droits de l'homme et le droit pénal », *op. cit.*, p. 55 et s.

²²⁸⁴ Tel est le cas sur le fondement de l'article 2 CEDH en matière de négligences médicales : Cour EDH, GC, 17 janvier 2002, **Calvelli et Ciglio**, *préc.*, §51 ; Cour EDH, GC, 8 juillet 2004, **Vo**, *préc.*, §90 ; Cour EDH, 23 mars 2010, **Oyal c. Turquie**, req. 4864/05, §66. Article 8 : Cour EDH, Déc., 5 octobre 2006, **Trocellier**, *préc.* ; Cour EDH, 15 novembre 2007, **Benderskiy**, *préc.*, §61-62 ; Cour EDH, 2 juin 2009, **Codarcea**, *préc.*, §102-105.

d'avoir laissé sortir un détenu ayant tué le fils des requérants pendant sa permission²²⁸⁵ ou encore la négligence des autorités pénitentiaires ayant permis le suicide d'un détenu en prison n'encourent pas ce type de sanction²²⁸⁶. La Cour a cependant fait exception à ce principe lorsque des activités dangereuses ont provoqué, ou failli provoquer, la mort d'un individu. Dans l'affaire *Öneryildiz*²²⁸⁷ dans laquelle une explosion au méthane dans une décharge avait provoqué un glissement de terrain à l'origine de l'ensevelissement de la maison du requérant et du décès de neuf de ses proches, la Cour a estimé que « *dans les cas où il est établi que la faute imputable, de ce chef, aux agents ou organes de l'État va au-delà d'une erreur de jugement ou d'une imprudence, en ce sens qu'ils n'ont pas pris, en toute connaissance de cause et conformément aux pouvoirs qui leur étaient conférés, les mesures nécessaires et suffisantes pour pallier les risques inhérents à une activité dangereuse (...), l'absence d'incrimination et de poursuites à l'encontre des personnes responsables d'atteintes à la vie peut entraîner une violation de l'article 2, abstraction faite de toute autre forme de recours que les justiciables pourraient exercer de leur propre initiative* »²²⁸⁸. Elle a dès lors exigé que le système judiciaire comporte « *un mécanisme d'enquête officielle, indépendant et impartial, répondant à certains critères d'effectivité et de nature à assurer la répression pénale des atteintes à la vie du fait d'une activité dangereuse, si et dans la mesure où les résultats des investigations justifient cette répression* »²²⁸⁹.

851. Par ailleurs, le caractère intentionnel d'un acte n'emporte pas nécessairement l'exigence d'une sanction pénale. Dans une affaire *Dordevic*²²⁹⁰, dans lequel le fils handicapé de la requérante avait été harcelé et maltraité par des enfants de son quartier, la Cour a en effet explicitement exclu l'usage de la voie pénale en se fondant sur deux arguments principaux. Elle souligna d'abord que les auteurs étaient des mineurs de moins de quatorze ans contre lesquels le système national ne prévoyait pas de sanction pénale. Ensuite, elle considéra que « *in the specific circumstances at issue, it might be that none of the acts complained of in itself amounts to a criminal offence, but that nevertheless in their entirety the incidents of harassment are incompatible*

²²⁸⁵ Cour EDH, GC, 24 octobre 2002, *Mastromatteo*, préc., §90.

²²⁸⁶ Cour EDH, 9 octobre 2012, *Çoşelav* c. Turquie, req. 1413/07, §44.

²²⁸⁷ Cour EDH, GC, 30 novembre 2004, *Öneryildiz*, préc., §93-94. Voir aussi une affaire dans laquelle le requérant avait subi un grave accident dans un transformateur électrique : Cour EDH, 24 avril 2012, *Iliya Petrov*, préc., §72-73

²²⁸⁸ Cour EDH, GC, 30 novembre 2004, *Öneryildiz*, préc., §93.

²²⁸⁹ *Ibid.*, §94.

²²⁹⁰ Cour EDH, 24 juillet 2012, *Dordevic*, préc., §141-143.

with the requirements of Article 3 of the Convention »²²⁹¹. Ce dernier argument laisse cependant perplexe. Si la minorité de l'auteur est un critère pertinent afin de déterminer la nature de la sanction imposée, il est difficilement acceptable de considérer que des faits de harcèlements, parce qu'ils sont composés d'une succession d'actes qui, pris individuellement, ne peuvent être pénalement répréhensibles, ne pourraient justifier une sanction pénale.

852. Par ailleurs, la valeur touchée par l'atteinte est un facteur déterminant afin de juger de l'opportunité d'imposer des sanctions pénales²²⁹². Le viol et les atteintes sexuelles, les atteintes à l'intégrité physique ou au droit à la vie, et l'esclavage, le travail forcé et la traite d'êtres humains justifient ainsi selon la Cour des sanctions pénales. Si la victime est mineure, une protection pénale est d'autant plus nécessaire. La Cour a tout d'abord exigé une législation pénale afin de sanctionner les actes de viol. Dans son arrêt *X. et Y. c. Pays-Bas*, dans laquelle une handicapée mineure avait été victime d'un viol, la Cour, se fondant sur l'article 8 CEDH, a invoqué les « *valeurs fondamentales* » et les « *aspects essentiels de la vie privée* » en jeu en l'espèce, et estimé que « *seule une législation criminelle* » pouvait « *assurer une prévention efficace, nécessaire en ce domaine* »²²⁹³. Sur le fondement de ce même article 8 CEDH, elle a ensuite jugé dans son arrêt *Stubbings* que « *les sévices sexuels constituent incontestablement un type odieux de méfaits qui fragilisent les victimes. Les enfants et autres personnes vulnérables ont droit à la protection de l'État, sous la forme d'une prévention efficace les mettant à l'abri de formes aussi graves d'ingérence dans des aspects essentiels de leur vie privée* »²²⁹⁴. Puis, avec l'arrêt *M. C.*, la Cour a accepté pour la première fois qu'un viol, même sans résistance physique de la victime, puisse constituer une violation des articles 3 et 8 CEDH combinés et ce, au nom de la promotion d'« *une égalité effective* » et du « *respect de l'autonomie sexuelle de tout individu* »²²⁹⁵.

853. La Cour exige également la répression pénale des atteintes à l'intégrité physique. Dans l'affaire *A. c. Royaume-Uni*, dans laquelle le requérant mineur était battu par son beau père, la Cour, sans citer expressément la voie pénale et reprenant une formulation très proche de l'arrêt *Stubbings*, a affirmé qu'une « *prévention efficace* » devait être assurée afin de mettre « *les enfants et*

²²⁹¹ *Ibid.*, §142.

²²⁹² F. MASSIAS, « Pénaliser : une obligation positive très circonscrite », *op. cit.*, p. 750 et s.

²²⁹³ Cour EDH, 26 mars 1985, *X et Y*, *préc.*, §27.

²²⁹⁴ Cour EDH, 22 octobre 1996, *Stubbings et al.*, *préc.*, §64.

²²⁹⁵ Cour EDH, 4 décembre 2003, *M.C.*, *préc.*, §165. Voir aussi Cour EDH, 27 septembre 2011, *M. et C. c. Roumanie*, req. 29032/04, §109-111 ; Cour EDH, 15 novembre 2011, *M.P. et al. c. Bulgarie*, req. 22457/08, §110.

autres personnes vulnérables (...) à l'abri de formes aussi graves d'atteinte à l'intégrité de la personne »²²⁹⁶. Elle a ensuite dégagé une obligation positive pénale afin que soient poursuivies les « infractions contre la personne, y compris les tentatives »²²⁹⁷.

854. Une « protection » pénale est également imposée pour ce qui est des atteintes à l'article 2 CEDH. La Cour a estimé que les États avaient le « *devoir primordial d'assurer le droit à la vie en mettant en place une législation pénale concrète dissuadant de commettre des atteintes contre la personne et s'appuyant sur un mécanisme d'application conçu pour en prévenir, réprimer et sanctionner les violations* »²²⁹⁸.

855. Enfin, la Cour a posé des exigences identiques en ce qui concerne les atteintes à l'article 4 CEDH. Dans une affaire d'esclavage domestique, elle a établi que « *les obligations positives qui pèsent sur les États membres en vertu de l'article 4 de la Convention commandent la criminalisation et la répression effective de tout acte tendant à maintenir une personne dans ce genre de situation* »²²⁹⁹. Il en est de même concernant la traite d'êtres humains. Dans une affaire dans laquelle la fille du requérant avait été victime d'un réseau de prostitution, la Cour a estimé que « *la palette des garanties prévues dans la législation nationale doit être suffisante pour assurer une protection pratique et effective des droits des victimes avérées ou potentielles de la traite* », et que devaient notamment être adoptées « *les mesures de droit pénal visant à sanctionner les trafiquants* »²³⁰⁰.

856. Est à relever enfin un dernier arrêt concernant l'article 8 CEDH, et plus précisément en cas d'enlèvement international d'enfant par l'un des parents. Dans cette affaire, sans pour autant exiger explicitement une sanction pénale, la Cour a cependant estimé « *que, si des mesures coercitives à l'égard des enfants ne sont pas souhaitables dans ce domaine délicat, le recours à des sanctions ne doit pas être écarté en cas de comportement illégal du parent avec lequel*

²²⁹⁶ Cour EDH, 23 septembre 1998, **A.**, *préc.*, §22 ; Cour EDH, GC, 10 mai 2001, **Z et al.**, *préc.*, §73.

²²⁹⁷ Cour EDH, 2 décembre 2008, **K.U. c. Finlande**, *Rec.* 2008-..., §46 ; *JCP G*, 2009, I, 104, chron. F. Sudre.

²²⁹⁸ Cour EDH, GC, 28 octobre 1998, **Osman**, *préc.*, §115 ; Cour EDH, 14 mars 2002, **Paul et Audrey Edwards**, *préc.*, §54 ; Cour EDH, 28 mars 2000, **Kılıç**, *préc.*, §62 ; Cour EDH, 28 mars 2000, **Mahmut Kaya**, *préc.*, §85.

²²⁹⁹ Cour EDH, 26 juillet 2005, **Siliadin**, *préc.*, §112.

²³⁰⁰ Cour EDH, 7 janvier 2010, **Rantsev**, *préc.*, §284 ; Cour EDH, Déc., 29 novembre 2011, **V.F.**, *préc.*. Elle exige désormais plus généralement que les États « *doivent mettre en place un cadre législatif et administratif interdisant et réprimant le travail forcé ou obligatoire, la servitude et l'esclavage* » (Cour EDH, 11 octobre 2012, **C.N. et V.**, *préc.*, §105).

vivent les enfants »²³⁰¹. Ainsi, les États doivent adopter des « mesures effectives permettant d'assurer le regroupement des parents et de leurs enfants », et mettre en place des « recours particuliers permettant la prévention et la répression des enlèvements d'enfants hors du territoire » de l'État²³⁰².

857. Ces obligations de pénalisation instaurent une hiérarchisation implicite en ce qu'elles s'imposent uniquement aux valeurs jugées les plus importantes dans une société démocratique²³⁰³. La Cour IADH adopte une attitude similaire en estimant que l'opportunité d'imposer des sanctions pénales « *shall depend on the type of the action or omission that violates such right (...). Criminal proceedings should be "resorted to where fundamental legal rights must be protected from conducts which imply a serious infringement thereof and where they are proportionate to the seriousness of the damage caused"* »²³⁰⁴.

858. La technique des obligations positives, en imposant la répression pénale de certaines atteintes aux droits conventionnels, est donc une manifestation de l'évolution de l'État gendarme. Ainsi, pour reprendre les termes du juge J.-P. Costa, « *Les obligations positives des Etats, (...) ne sont pas seulement dues au fait que l'omission d'agir peut rendre les libertés plus formelles que réelles. Elles s'expliquent aussi parce que l'État, garant de la sécurité collective et de la paix sociale, a le devoir juridique et moral de protéger les droits de tous contre les agissements de chacun. Les violences sous toutes leurs formes, le racisme, la xénophobie, l'exploitation domestique ou professionnelle, les discriminations de toutes sortes ne peuvent être tolérés par les autorités, et elles les obligent en tout cas à intervenir, à protéger les victimes. Ce n'est pas entièrement nouveau : "Entre le fort et le faible, c'est la liberté qui opprime et c'est la loi qui libère", disait déjà Lacordaire au XIX^{ème} siècle. Mais cela revient à l'ordre du jour : paradoxalement, en raison de la crise financière et sociale, le modèle de l'État-providence s'affaiblit, et celui de l'État-gendarme renaît, non cependant comme simple régulateur et contrôleur de la vie économique, mais comme protecteur des libertés fondamentales* »²³⁰⁵.

²³⁰¹ Cour EDH, 12 décembre 2006, **Bajrami c. Albanie**, Rec. 2006-XIV, §54.

²³⁰² *Ibid.*, §65.

²³⁰³ En ce sens voir Y. CARTUYVELS, « Droits de l'homme et droit pénal, un retournement ? », *op. cit.*, p. 42 ; S. VAN DROOGHENBROECK, « Droit pénal et droits de l'homme : le point de vue de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 92.

²³⁰⁴ Cour IADH, Fond et réparations, 28 janvier 2009, **Perozo et al.**, *préc.*, §300.

²³⁰⁵ Discours de J.-P. Costa, Président de la Cour européenne des droits de l'homme, à l'occasion de la cérémonie d'ouverture de l'année judiciaire, 28 janvier 2011, *Rapport annuel 2011 de la Cour européenne des droits de*

La technique des obligations positives manifeste également l'évolution de l'État arbitre.

§3. Un perfectionnement de l'État arbitre

859. Pour Locke, la « *société politique* » établie à la suite du contrat social est élevée « *au rang d'arbitre* »²³⁰⁶. Elle implique l'institution d'un juge « *investi de l'autorité de trancher toutes les controverses et de réparer les torts susceptibles d'être faits à tous les membres de la communauté* »²³⁰⁷. Ce rôle d'arbitre de l'État se trouve aujourd'hui considérablement renforcé. La multiplication des droits subjectifs entraîne en effet une croissance exponentielle des possibilités de conflits entre ces derniers²³⁰⁸. L'État doit alors intervenir afin de les trancher. Cet arbitrage implique bien sûr d'opérer des choix. La promotion des droits des uns à travers la technique des obligations positives implique la limitation des droits des autres. Cet arbitrage s'opère cependant toujours à l'aune des valeurs de la société démocratique. Cette dernière conditionne la grille de lecture permettant de déterminer les droits à privilégier. L'arbitrage exercé par l'État peut donc s'avérer contraint lorsque la Cour lui indique quels sont les droits à protéger à travers une obligation structurelle ou individuelle. L'établissement d'une hiérarchie des droits s'avère cependant délicate²³⁰⁹, et la Cour dans de nombreux cas ne fait alors qu'encadrer le rôle d'arbitre de l'État grâce à la procéduralisation des droits.

860. Comme le souligne C. Audard, « *une des difficultés centrales du libéralisme* » est « *l'accusation de relativisme ou de neutralité face au pluralisme des valeurs* »²³¹⁰. Certains auteurs ont ainsi proposé des solutions afin de déterminer une solution « juste » sans avoir recours à un

l'homme, Conseil de l'Europe, 2012, p. 44.

²³⁰⁶ J. LOCKE, *Le second traité du gouvernement, Essai sur la véritable origine, L'étendue et la fin du gouvernement civil*, op. cit., §87.

²³⁰⁷ *Ibid.*, §89.

²³⁰⁸ J. CHEVALLIER, « *Propos introductif* », in D. LOCHAK (dir.), *Mutations de l'État et protection des droits de l'homme*, op. cit., p. 27.

²³⁰⁹ M. AFROUKH, *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, coll. « *Droit de la Convention européenne des droits de l'homme* », 2011, p. 622 p. P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2011, p. 474 et s.

²³¹⁰ C. AUDARD, *Qu'est ce que le libéralisme ? Éthique, politique, société*, Folio essais, 2009, p. 432.

système de valeurs²³¹¹. Pour J. Rawls, « la justice procédurale pure s'exerce quand il n'y a pas de critère indépendant pour déterminer le résultat correct ; au lieu de cela, c'est une procédure correcte ou équitable qui détermine si un résultat est également correct ou équitable, quel qu'en soit le contenu, pourvu que la procédure ait été correctement appliquée »²³¹². Ainsi, « Une procédure équitable transmet donc son caractère au résultat, mais seulement à condition d'être réellement appliquée (...). Donc il est nécessaire de créer un système d'institution qui soit juste (just) et de l'administrer impartialement »²³¹³. J. Habermas a également réfléchi sur ces questions en développant une « conception procéduraliste du droit »²³¹⁴. Selon cet auteur, « sont valides les normes d'action auxquelles toutes les personnes susceptibles d'être concernées pourraient consentir en tant que participants à des discussions rationnelles »²³¹⁵.

861. Si la Cour de Strasbourg est loin d'adhérer totalement à ces thèses qui présument un total relativisme des valeurs²³¹⁶, il semble cependant qu'elle ait adopté certaines de leurs propositions afin faciliter l'adoption de décisions les plus « justes » possibles. La technique des obligations positives, en permettant de développer des obligations procédurales, en a été l'un des outils²³¹⁷. La Cour impose en effet certaines garanties du procès équitable aux processus décisionnels statuant sur des droits matériels conventionnels.

862. Le juge européen peut alors exiger sur le fondement d'un droit substantiel que les individus aient accès à un juge afin qu'il tranche un litige et/ou répare l'atteinte à un droit conventionnel²³¹⁸. En outre, il prescrit la création d'instances indépendantes et non nécessairement juridictionnelles afin d'arbitrer un conflit entre plusieurs droits²³¹⁹. Ces organes doivent permettre de

²³¹¹ Sur cette question se reporter à P. COPPENS et J. LENOBLE (dir.), *Démocratie et procéduralisation du droit*, Bruylant, 2000, 437 p. ; G. TIMSIT, « L'invention de la légitimité procédurale », in *Mélanges en l'honneur de J.-P. COSTA, La conscience des droits*, Dalloz, 2011, p. 635-648.

²³¹² J. RAWLS, *Théorie de la Justice*, trad. C. Audard, Seuil, 1997, p. 118.

²³¹³ *Ibid.*

²³¹⁴ J. HABERMAS, *Droit et démocratie, entre faits et normes*, Gallimard, 1997, p. 456 et s.

²³¹⁵ *Ibid.*, p. 490.

²³¹⁶ Pour J. Habermas « Le droit positif ne peut plus emprunter sa légitimité à un droit moral supérieur mais seulement à une procédure de formation de l'opinion et de la volonté présumée raisonnable » *ibid.*, p. 488.

²³¹⁷ V. *supra* Partie 1, Chapitre 1, Section 1, §3, A, 2, a, n° 117 et s. et Partie 3, Chapitre 1, Section 2, §1, B, 2, b, n° 751.

²³¹⁸ Cour EDH, 25 juillet 2002, **Sovtransavto Holding**, *préc.*, §96 ; Cour EDH, 2 novembre 2006, **Giacomelli c. Italie**, *Rec.* 2006-XII, §83 ; D., 2007, 1324, note J.-P. Marguénaud.

²³¹⁹ Un processus similaire existe en France avec le développement des autorités administratives indépendantes (J. CHEVALLIER, « Propos introductif », in D. LOCHAK (dir.), *Mutations de l'État et protection des droits de*

déterminer l'accès à des informations relatives à l'enfance du requérant²³²⁰, se prononcer sur une demande d'avortement thérapeutique²³²¹, examiner une requête d'objection de conscience au service militaire obligatoire²³²², ou encore « *s'assurer qu'une décision de mettre fin à sa vie corresponde bien à la libre volonté de l'intéressé* »²³²³.

863. La technique des obligations positives permet à la Cour de transposer l'examen des garanties de l'article 6§1CEDH sur le terrain des droits matériels lorsqu'est en cause une décision de justice²³²⁴. De manière beaucoup plus spectaculaire, la Cour exige également que les décisions prises par des organes non juridictionnels tels que ceux décrits ci-dessus et plus largement par l'administration, à partir du moment où elles sont susceptibles de porter atteinte à un droit conventionnel, doivent respecter certaines garanties procédurales. Par exemple le refus par l'administration moldave d'une demande de modification de l'origine ethnique inscrite sur la carte d'identité a été jugée par la Cour comme emportant violation de l'article 8 CEDH du fait de l'impossibilité pour le requérant de faire examiner sa requête à la lumière des preuves objectives et vérifiables jointes à sa sollicitation²³²⁵. La Cour grâce à la technique des obligations positives vient

l'homme, op. cit., p. 27-28).

²³²⁰ Cour EDH, Plén., 7 juillet 1989, **Gaskin** c. Royaume-Uni, A 160, §49 ; *JDI*, 1990, chron. P. Tavernier ; *RTDH*, 1990, 361, obs. P. Lambert.

²³²¹ Cour EDH, 20 mars 2007, **Tysiāc** c. Pologne, *Rec.* 2007-I, §117 ; *RDSS*, 2007, 643, note D. Roman ; *RTDH*, 2007, 855, note J.-M. Larralde ; *JCP G*, 2007, I, 106, n° 6, obs. F. Sudre ; Cour EDH, GC, 16 décembre 2010, **A, B et C** c. Irlande, *Rec.* 2010-..., §245-246 ; *JCP G*, 2011, act. 58, obs. M. Levinet ; *JCP G*, 2011, 94, chron. F. Sudre ; *HRLR*, 2011, 11-3, 556, note E. Wicks ; *RTDciv.*, 2011, 303, note J.-P. Margénaud ; *D.*, 2011, 1360, note S. Hennette-Vauchez ; *JCP G*, 2011, 1449, chron. Ch. Byk ; *JDI*, 2011, 1342, obs. E. Birden ; Cour EDH, 25 mai 2011, **R.R.** c. Pologne, *Rec.* 2011-..., §191 ; *JCP G*, 2011, 914, chron. F. Sudre ; *RTDH*, 2012, 609, obs. J.-M. Larralde.

²³²² Article 9 CEDH : Cour EDH, 12 juin 2012, **Savda** c. Turquie, req. 42730/05, §98-99.

²³²³ Cour EDH, 20 janvier 2011, **Haas** c. Suisse, *Rec.* 2011-..., §58 ; *JCP G*, 2011, act. 122, chron. Ch. Byk ; *JCP G*, 2011, 914, chron. F. Sudre ; *RTDciv.*, 2011, 311, note J.-P. Margénaud ; *JDI*, 2012, chron. 6, obs. E. Birden.

²³²⁴ Respect du délai raisonnable par exemple : Cour EDH, 20 mai 2010, **Oluić** c. Croatie, req. 61260/08, §64 ; *RJE*, 2010, 657, chron. J.-P. Margénaud et S. Nadaud. Obligations de motivation des décisions : Cour EDH, 16 octobre 2008, **Taliadorou et Stylianou** c. Chypre, req. 39627/05 et 39631/05, §58 ; Cour EDH, 27 avril 2010, **Moretti et Benedetti** c. Italie, req. 16318/07, §69 ; *JCP G*, 2010, act. 578, F. Sudre.

²³²⁵ Cour EDH, 27 avril 2010, **Ciubotaru** c. Moldavie, req. 27138/04, §59. La Cour fait de même sans avoir recours à la technique des obligations positives, mais en examinant les garanties procédurales au stade de la nécessité de l'ingérence (voir *supra* Partie 1, Chapitre 1, Section 1, §3, B, n° 125 et s.). Dans l'affaire **Lombardi Vallori**, le requérant s'était vu opposer une décision de non renouvellement de son contrat par l'Université Catholique du Sacré-Cœur, personne publique, à la suite de propos tenus par ce dernier (Cour EDH, 20 octobre 2009, **Lombardi Vallauri** c. Italie, req. n° 39128/05 ; *JDI*, 2010, 1025, chron. E. Decaux et P. Tavernier ; *AJDA*, 2010, 4, 215, note F. Laffaille). La Cour estima devoir « *déterminer si le requérant a joui de garanties procédurales adéquates, notamment quant à la possibilité de connaître et de contester les raisons de la limite apportée à son droit à la liberté d'expression. Ces garanties concernent non seulement la phase administrative devant le Conseil de faculté, mais aussi celle, ultérieure, du contrôle juridictionnel de la procédure administrative, et en particulier l'efficacité de ce* »

donc totalement dynamiser les conditions d'applicabilité de l'article 6§1 CEDH, et porte en germe la possibilité d'une application généralisée des garanties procédurales²³²⁶. Ce processus n'est cependant pas exempt de critiques et la Cour doit veiller à ce que le respect des procédures ne se substitue pas totalement au respect des droits.

864. Toutefois il est possible de considérer que l'État arbitre s'en trouve perfectionné en ce que l'équité de la procédure doit favoriser la prise d'une décision la plus juste possible. La technique des obligations positives en imposant une procéduralisation des droits substantiels ne vient donc pas remettre en cause les fondements du libéralisme politique. Elle ne fait que renforcer le rôle traditionnel d'arbitrage dévolu à l'État. Ce renforcement rejaillit en outre sur la place du juge dans la société démocratique européenne. Le recours à ce dernier se multiplie, menant alors à une « *juridictionnalisation de la vie collective* »²³²⁷.

865. Les mesures dictées grâce à la technique des obligations positives restent donc très fidèles au libéralisme classique tout en opérant un approfondissement de ce dernier. L'État est le protecteur de droits individuels de plus en plus nombreux et doit agir afin d'assurer une effectivité maximale de ceux-ci. Les mesures employées, de prévention, de réparation, et de reconnaissance des droits se multiplient mais n'emportent pas quant à leur nature un bouleversement par rapport à celles utilisées dans un État libéral « classique ». En outre la technique des obligations positives ne fait que confirmer et renforcer les rôles de gendarme et d'arbitre de l'État, rôle traditionnellement assigné à ce dernier dans les théories libérales. L'État agit pour empêcher les intrusions dans la sphère privée des individus. Il n'œuvre que pour assurer l'effectivité des droits acquis. Ainsi, la Cour ne s'est engagée que de manière minimale vers la consécration d'un État providence.

contrôle » (§46). La Cour conclut alors à la violation de l'article 10 CEDH notamment en raison du défaut de motivation de cette décision par l'Université (§47 et s.). Voir aussi pour une application des garanties procédurales à la phase administrative sur le fondement de l'article 2 du Protocole 1, en cas d'expulsion temporaire d'un élève (Cour EDH, 11 janvier 2011, *Ali* c. Royaume-Uni, req. 40385/06, §58).

²³²⁶ L. MILANO, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, collection « Nouvelle bibliothèque de Thèses », Dalloz, 2006, p. 16.

²³²⁷ A. GARAPON, « La question du juge », *op. cit.*, p. 16.

SECTION 2 : Un État providence minimal

866. Certains auteurs ont défendu que la technique des obligations positives ferait de l'État un « État-providence »²³²⁸. Selon ce modèle, et à la différence de celui prôné par les tenants du libéralisme politique classique, l'État « *n'a pas seulement pour fonction de protéger des acquis (la vie ou la propriété) ; il vise également des actions positives (de redistribution des revenus, de réglementation des rapports sociaux, de prise en charge des services collectifs etc.)* »²³²⁹. L'État providence suppose ainsi la consécration d'une intervention étatique en matière économique et sociale.

867. Prescrivant des obligations d'action aux autorités publiques, la technique des obligations positives aurait pu permettre à la Cour de consacrer un tel rôle de l'État. Elle aurait ainsi par ricochet protégé, par le biais du contrôle des droits civils et politiques, certains droits économiques sociaux et culturels (DESC)²³³⁰. Au moment de la rédaction de la Convention de Rome, les États avaient refusé dans un premier temps d'y intégrer ces droits. La Charte sociale européenne avait été adoptée en 1961 et un Comité d'expert, rebaptisé Comité européen des droits sociaux, avait été mis en place afin d'en assurer le respect²³³¹. Une répartition avait ainsi été établie entre la Cour, chargée d'assurer le respect des droits civils et politiques, et le Comité, compétent pour contrôler les DESC. Toutefois, le juge de Strasbourg n'a pas hésité à affirmer dans son affaire *Airey*, qu'il n'existait nulle « *cloison étanche* » entre les deux catégories de droits²³³². En outre, il a

²³²⁸ V. SAINT-JAMES, H. PAULIAT, « L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme », in J.-P. MARGUÉNAUD (dir.), *CEDH et droit privé, L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, La Documentation Française, 2001, p. 92.

²³²⁹ P. ROSANVALLON, *La crise de l'État providence*, Seuil, 1992, p. 22. Sur l'État providence voir également F. EWALD, *Histoire de l'État providence, les origines de la solidarité*, Grasset, 1996, 317 p. ; F.-X. MERRIEN, *L'État-providence*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 3^{ème} éd. 2007, 127 p.

²³³⁰ Voir A. DE SALAS, « Les droits sociaux et la Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. COHEN-JONATHAN, Libertés, justice, tolérance*, op. cit., p. 579-589 ; E. PALMER, *Judicial Review, Socio-Economic Rights and the Human Rights Act*, Hart Publishing, 2007, 345 p. ; F. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK, « La place des droits sociaux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. La question de la pauvreté », op. cit., p. 105-116.

²³³¹ V. *supra*, Partie 1, Chapitre 2, Section 1, §2, A, n° 297 et s.

²³³² Cour EDH, 9 octobre 1979, *Airey* c. Irlande, A 32, §26 ; *GACEDH*, n° 2 ; *JDI*, 1982, 187, chron. P. Rolland ; *AFDI*, 1980, 323, chron. R. Pelloux.

accepté de s'engager dans certains domaines économiques et sociaux et sa jurisprudence et celle du Comité connaissent désormais de nombreuses interactions²³³³. Il n'a pas pour autant, à travers la technique des obligations positives, défini l'État comme un État providence.

868. Il n'est pas possible de dégager une définition juridique uniforme des droits dits à tort de deuxième génération. Initialement caractérisés par les effets strictement positifs qu'ils généreraient, cette définition est aujourd'hui périmée²³³⁴. En outre, tel que l'a observé le professeur J.-F. Akandji-Kombé « *une observation juridique rigoureuse amène (...) à la conclusion que les DESC ne constituent en aucune manière une catégorie, c'est-à-dire un ensemble d'éléments présentant des caractères semblables qui les distinguerait d'autres ensembles, en particulier des droits civils et politiques* »²³³⁵. Ce même auteur souligne que certains procèdent « *d'une logique de liberté* », tels que le « *droit de propriété* » ou la « *liberté syndicale* », alors que d'autres sont des « *droits-créances* » et « *supposent, pour leur jouissance, une intervention positive des pouvoirs publics* »²³³⁶. La plupart des droits sociaux relèvent de cette dernière logique, le droit au logement, le droit à la sécurité sociale, le droit au travail, exigent des prestations financières de l'État et l'organisation de services publics. Ce sont en particulier ces derniers droits qui caractérisent le modèle de l'État providence et qui marquent la rupture avec la logique de l'État libéral classique. Ce sont donc à ces droits que nous nous intéresserons ici. À cet égard l'étude de la jurisprudence européenne en matière d'obligations positives amène à conclure qu'ils ont sur ce terrain été consacrés de manière très limitée. Si la Cour a opéré certaines incursions dans le domaine social grâce aux dispositions procédurales et au droit à la non discrimination²³³⁷, elle a fait un usage très

²³³³ G. MALINVERNI, « La Cour européenne des droits de l'homme et le Comité européen des droits sociaux : rapprochements et convergences », in *Colloque en l'honneur du professeur L. WILDHABER, Nouveaux défis et perspectives pour la protection des droits de l'homme*, Nomos, 2008, p. 3-13 ; F. BENOÎT-ROHMER, « De l'impact de la Convention européenne des droits de l'homme sur la juridictionnalisation du Comité européen des droits sociaux », in N. ALIPRANTIS, *Les droits sociaux dans les instruments européens et internationaux, défis à l'échelle mondiale*, Bruylant 2008, coll. « rencontres européennes », p. 235-252 ; C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux, étude de droit conventionnel européen*, Bruylant, coll. « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », 2012, 810 p.

²³³⁴ V. *supra* Introduction, §1, B, n° 9 et s. et Partie 1, Chapitre 2, Section 2, §2, n° 355.

²³³⁵ J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, « Droits économiques, sociaux et culturels », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, coll. « Quadrige », 2008, p. 323.

²³³⁶ *Ibid.*

²³³⁷ F. SUDRE, « La perméabilité des droits de l'homme aux droits sociaux », in *Études J. Mourgeon, Pouvoir et Liberté*, Bruylant, 1998, p. 467-478. C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux, étude de droit conventionnel européen*, *op. cit.*, p. 551 et s.

parcimonieux de la technique des obligations positives dans ce domaine. Comme l'observait le professeur F. Sudre en 2003, « *alors même que la Cour européenne n'a pas hésité à procéder à une généralisation progressive des obligations positives dans le champ de la Convention (...) force est de constater qu'elle n'a pas fait preuve du même engouement pour utiliser cette technique prétorienne afin de pénétrer de plain-pied sur le terrain des droits sociaux. C'est là, manifestement, une volonté délibérée* »²³³⁸. Depuis lors, certains arrêts sont intervenus afin de consacrer des obligations positives en matière sociale, cependant ils restent limités.

869. La technique des obligations positives aurait pu ouvrir une brèche dans la frontière séparant les deux catégories de droits. Le mur est en réalité tout juste ébranlé. La Cour refuse ainsi clairement de s'engager dans la voie de la « socialisation » des droits civils et politiques (§1). Toutefois, dans des cas bien spécifiques et peu nombreux, elle accepte de consacrer des obligations positives en matière sociale (§2).

§1. Une voie clairement évitée : la « socialisation » des droits civils et politiques

870. Le juge européen a coupé court à tout développement de droits sociaux ou droits créances par le biais de la technique des obligations positives. Il a par exemple estimé à propos d'une allocation de congé parental que « *l'article 8 n'impose pas aux États une obligation positive de fournir l'assistance financière en question* »²³³⁹. De même, il a jugé que l'« *article 8 ne reconnaît pas comme tel le droit de se voir fournir un domicile, pas plus que la jurisprudence de la Cour* »²³⁴⁰ et que la portée des obligations positives visant à loger les sans-abris devait être limitée²³⁴¹. En outre, la Cour a estimé que ne saurait « *être tiré de l'article 3 un devoir général de fournir aux*

²³³⁸ F. SUDRE, « La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme : un exercice de "jurisprudence fiction" ? », *RTDH*, 2003, p. 764. Voir aussi A. R. MOWBRAY, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart Publishing, 2004, p. 230.

²³³⁹ Cour EDH, 27 mars 1998, **Petrovic** c. Autriche, *Rec.* 1998-I, §26 ; *JCP G*, 1999, I, 105, chron. F. Sudre ; *D.* 1999, 141, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly ; *RTDH*, 1998, 721, chron. S. Priso-Essawe. De même voir Cour EDH, GC, 22 mars 2012, **Konstantin Markin** c. Russie, *Rec.* 2012-..., §130 ; *JCP G*, 2012, 182, chron. F. Sudre.

²³⁴⁰ Cour EDH, GC, 18 janvier 2001, **Chapman** c. Royaume-Uni, *Rec.* 2001-I, §99 ; *GACEDH*, n° 48 ; *RTDH*, 2001, 887, obs. F. Sudre ; *RTDH*, 2001, 999, note F. Benoît-Rohmer ; *RTDciv.*, 2001, 448, chron. J.-P. Marguénaud ; *EDL*, mai 2001, 2, note M. Levinet. . Voir aussi Cour EDH, Déc., 4 mai 1999, **Marzari** c. Italie, req. 36448/97.

²³⁴¹ « *It considers therefore that the scope of any positive obligation to house the homeless must be limited* » (Cour EDH, Déc., 26 juin 2001, **O'Rourke** c. Royaume-Uni, req. 39022/97).

*réfugiés une assistance financière pour que ceux-ci puissent maintenir un certain niveau de vie »*²³⁴² et que « *la Convention ne garantit pas en tant que tel un droit à la gratuité des soins médicaux »*²³⁴³. La Commission avait, avant la Cour, refusé de dégager des obligations positives en matière sociale en jugeant par exemple que l'article 3 CEDH ne pouvait « *être interprété comme imposant aux États de prendre des mesures économiques ou sociales spécifiques de nature à assurer un minimum vital »*²³⁴⁴, ou encore que l'article 8 CEDH « *n'oblige pas l'État à intervenir positivement pour rétablir des conditions de vie familiale dégradées »*²³⁴⁵.

871. Lorsqu'elle avance des justifications à son refus de consacrer une obligation positive en matière sociale, la Cour développe deux séries d'arguments²³⁴⁶. La première est relative à l'absence d'applicabilité *ratione materiae* du droit invoqué. Sans exclure totalement la possibilité que la Convention puisse s'appliquer en matière sociale, la Cour s'avère très exigeante quant au niveau de souffrance ou de désagrément subi par les requérants²³⁴⁷. Pour ce qui est de l'article 3 CEDH, elle a estimé que n'atteignait pas le seuil d'applicabilité de cet article le fait, pour une requérante sans ressources et logeant avec ses trois enfants, d'être privée d'électricité et donc de chauffage au mois de décembre faute d'avoir pu régler ses factures. La Cour a jugé que « *la suspension ou les menaces de suspension des fournitures d'électricité n'atteignaient pas le niveau d'humiliation ou d'avilissement requis pour qu'il y ait un traitement inhumain et dégradant »*²³⁴⁸. Elle a également estimé qu'une pension de retraite ou autre prestation sociale, si elle s'avérait insuffisante, pouvait soulever une question sous l'angle de l'article 3 mais n'admet généralement pas l'applicabilité de cet article dans ce contexte²³⁴⁹. Sur le fondement de l'article 8 CEDH, la démarche

²³⁴² Cour EDH, 26 avril 2005, **Müslim** c. Turquie, req. 53566/99, §85.

²³⁴³ Cour EDH, Déc., 4 janvier 2005, **Pentiacova et 48 al.** c. Moldavie, *Rec.* 2005-I ; Cour EDH, Déc., 31 mai 2007, **Makuc et al.** c. Slovaquie, req. 26828/06.

²³⁴⁴ ComEDH, Déc., 16 mai 1977, **X** c. Belgique, req. 7697/76, *D.R.* 9, p. 194.

²³⁴⁵ ComEDH, Déc., 9 mai 1990, **Van Volsem** c. Belgique, req. 14641/89, §1 ; *RUDH*, 1990, 349, note F. Sudre.

²³⁴⁶ C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux, étude de droit conventionnel européen*, *op. cit.*, p. 461 et s.

²³⁴⁷ La Cour IADH s'avère moins exigeante à cet égard et intègre au droit à la vie le droit à vivre dans des conditions dignes (Cour IADH, Fond, 19 novembre 1999, **Villagrán Morales et al.** (« **Les enfants des rues** ») c. Guatemala, C 63 ; Cour IADH, Fond, 2 septembre 2004, **Institut de rééducation des mineurs** c. Paraguay, C 112, §159-161 ; *RTDH*, 2005, 479, chron. C. Laly-Chevalier, F. Da Poïan et H. Tigroudja ; *EDL*, n° 15, chron. A. Úbeda de Torres). La Cour de San José a ainsi mis en jeu le droit à la vie dans une affaire où des autochtones avaient été chassés de leurs terres ancestrales et contraints de vivre dans des conditions de pauvreté extrême (Cour IADH, Fond et réparations, 29 mars 2006, **Communauté indigène Sawhoyamaya** c. Paraguay, C 146, §166 ; *RTDH*, 2008, 1038, chron. L. Hennebel et H. Tigroudja).

²³⁴⁸ ComEDH, Déc., 9 mai 1990, **Van Volsem**, *préc.*, §1.

²³⁴⁹ Cour EDH, Déc., 28 octobre 1999, **Pančenko** c. Lettonie, req. 40772/98 ; Cour EDH, Déc., 23 avril 2002,

de la Cour consiste à dénier la protection conventionnelle de l'intérêt invoqué et/ou à minimiser la gravité de l'atteinte alléguée par les requérants. Pour ce faire, elle peut, ou non²³⁵⁰, faire application du critère de l'inhérence ou du « lien direct et immédiat »²³⁵¹.

872. La Cour réserve l'applicabilité d'un droit conventionnel en matière sociale à des hypothèses dans lesquelles les requérants se trouvent en état de détresse extrême et où les individus ne peuvent subvenir à leurs besoins par eux mêmes²³⁵². Ainsi, tel qu'il sera vu *infra*, elle a admis l'applicabilité de la Convention dans de rares hypothèses, mais toujours dans des affaires dans lesquelles certaines conditions particulières étaient réunies, soit que la situation des requérants était due à un fait de l'État, soit que la prestation en cause était prévue par le droit national²³⁵³.

873. En outre, même si elle admet la recevabilité *ratione materiae* d'une requête exigeant une obligation positive en matière sociale, la Cour conclut généralement à l'absence de violation en conférant une large marge d'appréciation à l'État. Selon les termes de C. Nivard « *au nom de cette marge, la Cour s'abstient d'imposer des contraintes à l'État qui affecteraient de*

Larioshina c. Russie, req. 56869/00 ; Cour EDH, Déc., 26 juin 2001, **O'Rourke**, *préc.* ; Cour EDH, Déc., 18 juin 2009, **Budina** c. Russie, req. 45603/05.

²³⁵⁰ Par exemple elle peut simplement estimer que l'article 8 CEDH « *n'oblige pas l'État à fournir, ou à faire fournir de l'énergie gratuitement ou à supprimer l'obligation de paiement des dettes relatives à la fourniture d'énergie* » (ComEDH, Déc., 9 mai 1990, **Van Volsem**, *préc.*, §1). De même voir Cour EDH, 27 mars 1998, **Petrovic**, *préc.*, §26 ; Cour EDH, Déc., 26 juin 2001, **O'Rourke**, *préc.*.

²³⁵¹ C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux, étude de droit conventionnel européen*, op. cit., p. 472 et s. Sur le lien direct et immédiat (v. *supra*, Partie 2, Chapitre 2, Section 1, §2, n° 468 et s.) « *La Cour est d'avis que l'article 8 de la Convention ne saurait s'appliquer en règle générale et chaque fois que la vie quotidienne de la requérante est en cause, mais seulement dans les cas exceptionnels où un manque d'accès aux établissements publics et ouverts au public empêcherait la requérante de mener sa vie de façon telle que le droit à son développement personnel et son droit d'établir et d'entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur soient mis en cause (...). Dans un tel cas, une obligation positive de l'État pourrait être établie pour assurer l'accès aux établissements mentionnés. Or en l'espèce, les droits invoqués sont trop amples et indéterminés, les requérants ayant failli à concrétiser les empêchements allégués et à donner des preuves convaincantes d'une atteinte à leur vie privée. Selon la Cour, la requérante n'a pas réussi à démontrer le lien spécial entre l'inaccessibilité des établissements mentionnés et les besoins particuliers relevant de sa vie privée.* » Cour EDH, Déc., 14 mai 2002, **Zehnalová et Zehnal** c. République tchèque, *Rec.* 2002-V ; Cour EDH, Déc., 14 septembre 2010, **Farcaș** c. Roumanie, req. 32596/04, §68.

²³⁵² Sur le fondement de l'article 3 CEDH « *The Court cannot exclude that State responsibility could arise for "treatment" where an applicant, in circumstances wholly dependent on State support, found herself faced with official indifference when in a situation of serious deprivation or want incompatible with human dignity* » Cour EDH, Déc., 18 juin 2009, **Budina**, *préc.*. Sur le fondement de l'article 8 CEDH : « *The Court considers that, although Article 8 does not guarantee the right to have one's housing problem solved by the authorities, a refusal of the authorities to provide assistance in this respect to an individual suffering from a severe disease might in certain circumstances raise an issue under Article 8 of the Convention because of the impact of such refusal on the private life of the individual* » Cour EDH, Déc., 4 mai 1999, **Marzari**, *préc.*.

²³⁵³ V. *infra* Partie 3, Chapitre 2, Section 2, §2, n° 876 et s.

*manière excessive ses ressources et ses choix quant à leur répartition »*²³⁵⁴. La Cour l'a clairement exprimé dans son arrêt *Chapman* relativement à l'obligation positive de fournir un logement : « *il est à l'évidence souhaitable que tout être humain dispose d'un endroit où il puisse vivre dans la dignité et qu'il puisse désigner comme son domicile, mais il existe malheureusement dans les États contractants beaucoup de personnes sans domicile. La question de savoir si l'État accorde des fonds pour que tout le monde ait un toit relève du domaine politique et non judiciaire* »²³⁵⁵.

874. Elle a jugé de même dans des affaires dans lesquelles les requérants demandaient à pouvoir bénéficier du financement de leur traitement médical. Dans une affaire *Pentiacova*, admettant qu'entraient dans le champs d'applicabilité de l'article 8 les « *griefs tirés d'un financement insuffisant de l'hémodialyse par l'État et du fait que les autorités locales n'assument pas les frais de déplacement des requérants* », la Cour a cependant rejeté la requête comme manifestement mal fondée en jugeant que « *la revendication des requérants revient à un appel à des fonds publics que, compte tenu de la rareté des ressources, il faudrait détourner d'autres besoins aussi dignes d'intérêt financés par le contribuable* »²³⁵⁶. Dans une autre affaire était invoqué l'article 2 CEDH du fait que le requérant, dans laquelle le requérant, atteint d'hémophilie, ne pouvait bénéficier gratuitement d'un traitement qui aurait permis de contenir sa maladie²³⁵⁷. S'appuyant sur le fait que « *les choix à faire en termes de priorités et de ressources, surtout quand ces dernières sont limitées, reviennent aux autorités nationales* », la Cour a jugé que les autorités n'avaient pas « *failli à leur obligation positive, dans le domaine de soins médicaux, de prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de leur juridiction* »²³⁵⁸.

875. Ainsi la Cour brandit opportunément la liberté de choix du législateur national dans l'emploi de ses ressources afin de refuser la mise au jour d'obligations de prestations sociales. Cet argument est toutefois cantonné au domaine social. En effet la Cour n'hésite pas, lorsqu'elle juge qu'est en jeu une valeur fondamentale dans une société démocratique, à imposer des obligations très précises aux Parlements des États membres sans égard aux éventuelles répercussions financières²³⁵⁹.

²³⁵⁴ C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux, étude de droit conventionnel européen*, op. cit., p. 468.

²³⁵⁵ Cour EDH, GC, 18 janvier 2001, **Chapman**, préc., §98.

²³⁵⁶ Cour EDH, Déc., 4 janvier 2005, **Pentiacova et 48 al.**, préc..

²³⁵⁷ Cour EDH, Déc., 22 septembre 2005, **Gheorghe c. Roumanie**, req. 19215/04.

²³⁵⁸ *Ibid.*.

²³⁵⁹ Voir *supra* Partie 3, Chapitre 1, Section 2, §2, A, 1, n° 764 et s. Dans certaines affaires, sans pour autant formuler une obligation à l'égard du législateur, la Cour rejette les arguments des États défendeurs excipant du manque de moyens dans le milieu carcéral (Cour EDH, 27 mai 2008, **Rodić et al. c. Bosnie-Herzégovine**, req. 22893/05, §71 ;

En outre, dans des affaires récentes en matière sociale, la Cour a rejeté de tels arguments²³⁶⁰. Dans ces affaires cependant, certaines conditions spécifiques étaient réunies permettant à la Cour de dessiner les contours d'un État providence minimal.

§2. Une voie timidement empruntée : l'imposition d'obligations positives sociales conditionnées

876. Les rares obligations de prestations sociales dégagées par la Cour s'inscrivent toutes dans un contexte similaire. Il s'agit soit de réparer une violation d'un droit conventionnel causé par une action étatique (A) soit d'assurer l'effectivité d'un droit déjà consacré en droit interne (B). En dehors de ces hypothèses, seules quelques rares exceptions existent où la Cour dégage des obligations positives sociales conventionnelles (C).

A. En cas d'implication de l'État dans la situation des requérants

877. La Cour met à la charge des États des obligations positives en matière sociale vis-à-vis des personnes sous sa responsabilité (1) et lorsque l'État est à l'origine de l'atteinte à un droit conventionnel (2).

1. Des obligations vis-à-vis des personnes sous sa responsabilité

878. Si la Cour est réticente à dégager des obligations positives en matière sociale, une

Cour EDH, 6 décembre 2011, **De Donder et De Clippel** c. Belgique, req. 8595/06, §84).

²³⁶⁰ « *The Court further considers in this connection that, just as it is not open to a State authority to cite lack of funds or resources as an excuse for not honouring a judgment debt (...), the same principle applies a fortiori when there is a need to secure the practical and effective protection of the right protected by Article 2, a right fundamental in the scheme of the Convention* » (Cour EDH, 10 avril 2012, **Panaïtescu** c. Roumanie, req. 30909/06, §35). Voir aussi Cour EDH, GC, 21 janvier 2011, **M.S.S.** c. Belgique et Grèce, *Rec.* 2011-..., §223 ; *JCP G*, 2011, 914, chron. F. Sudre ; *JCP G*, 2011, 124, zoom C. Picheral ; *JCP G*, 2011, 760, note E. Dubout ; *JCP A*, 2011, 48, 25, obs. G. Marti ; *JDI*, 2012, chron. 6, obs. S. Marmin ; Cour EDH, GC, 17 janvier 2012, **Stanev** c. Bulgarie, *Rec.* 2012-..., §210.

exception existe cependant lorsque des individus se situent sous la responsabilité de l'État et ne peuvent donc subvenir par eux-même à leurs besoins. Tel est le cas pour les détenus. La Commission, puis la Cour, ont estimé sur le fondement de l'article 3 CEDH, que l'État avait l'obligation positive de veiller à leur santé, si nécessaire par la prestation de soins et de médicaments²³⁶¹. Selon la Commission « *une obligation positive spécifique pèse sur l'État aux termes de l'article 3 (art. 3) de la Convention afin de protéger l'intégrité physique des personnes privées de liberté. Le manque de soins médicaux adéquats dans une telle situation doit être qualifié de traitement inhumain* »²³⁶². Quant à la Cour dans son arrêt *Kudla* elle a jugé que « *l'article 3 de la Convention impose à l'État de s'assurer que tout prisonnier est détenu dans des conditions qui sont compatibles avec le respect de la dignité humaine, que les modalités d'exécution de la mesure ne soumettent pas l'intéressé à une détresse ou à une épreuve d'une intensité qui excède le niveau inévitable de souffrance inhérent à la détention et que, eu égard aux exigences pratiques de l'emprisonnement, la santé et le bien-être du prisonnier sont assurés de manière adéquate, notamment par l'administration des soins médicaux requis* »²³⁶³. La Cour a imposé ces mêmes exigences vis-à-vis des personnes atteintes de troubles mentaux placées dans des foyers spécialisés²³⁶⁴.

879. Ainsi, pour ce qui est des personnes privées de liberté, la Cour exige « *l'existence d'un encadrement médical pertinent du malade et l'adéquation des soins médicaux prescrits à sa situation particulière. L'efficacité du traitement dispensé présuppose ainsi que les autorités pénitentiaires offrent au détenu les soins médicaux prescrits par des médecins compétents* »²³⁶⁵. La

²³⁶¹ Sur le sujet voir J.-M. LARRALDE, « L'article 3 CEDH et les personnes privées de liberté », in C.-A. CHASSIN (dir.), *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., 2006, p. 209-236 ; B. BELDA, *Les droits de l'homme des personnes privées de liberté*, Contribution à l'étude du pouvoir normatif de la Cour européenne des droits de l'homme, Bruylant, 2010, p. 121 et s.

²³⁶² ComEDH, Rapp., 8 juillet 1993, **Hurtado** c. Suisse, req. 17549/90. la Commission avait auparavant consacré une obligation de soin des détenus sans référence aux obligations positives (ComEDH, Déc., 6 mai 1978, **Kotälla** c. Pays-Bas, req. 7994/77, D.R. 14, p. 245 ; ComEDH, Déc., 10 mars 1988, **B.** c. R.F.A., req. 13047/87, D. R. 55, p. 271).

²³⁶³ Cour EDH, GC, 26 octobre 2000, **Kudla** c. Pologne, Rec. 2000-XI, §94 ; *GACEDH*, n° 15 et 40 ; *AJDA*, 2000, 1006, chron. J.-F. Flauss ; *Rev. sc. crim.*, 2001, 881, chron. F. Tulkens ; *Gaz. Pal.*, 2001, 266, 24, note Ch. Pettiti ; *RTDciv.*, 2001, 2, 439 chron. J.-P. Marguénaud ; *RTDH*, 2002, 179, obs. J.-F. Flauss ; *JDE*, 2001, 49, obs. P. Frumer ; *JDI*, 2001, 191, obs. P. Tavernier. La Cour IADH a établi ces mêmes obligations vis-à-vis des détenus (Cour IADH, Fond et réparations, 25 novembre 2004, **Lori Berenson Mejía** c. Pérou, C 119, §102 et 106) et des personnes placées en hôpital psychiatrique (Cour IADH, Fond et réparations, 4 juillet 2006, **Ximenes Lopez** c. Brésil, C 149, §129-130 ; *RTDH*, 2008, 1021, chron. L. Hennebel et H. Tigroudja).

²³⁶⁴ Cour EDH, GC, 17 janvier 2012, **Stanev**, préc., §205.

²³⁶⁵ Cour EDH, 9 septembre 2010, **Xiros** c. Grèce, req. 1033/07, §75 ; *JJCP G*, 2011, 94, chron. F. Sudre ; *Gaz. Pal.*,

Cour recherche alors si la personne privée de liberté « a eu accès aux soins médicaux courants que les autorités se sont engagées à fournir aux personnes atteintes de la même affection »²³⁶⁶. Elle n'impose donc pas à l'État de financer tous les traitements médicaux des détenus. Pour déterminer la gratuité d'un traitement, elle prend en compte la situation économique du détenu et le coût du traitement. Par exemple, l'article 3 CEDH est violé si une personne placée en garde à vue et blessée à la tête n'a pu bénéficier de soins « au seul motif qu'il n'avait pas payé les frais relatifs à l'acte médical »²³⁶⁷. Toutefois, si un détenu peut bénéficier d'une aide financière de ses proches et que le traitement médical requis est très onéreux la Cour n'exige pas qu'un tel traitement soit administré gratuitement²³⁶⁸. Dans ce cas, elle peut néanmoins demander le transfert du détenu vers un centre médical où il pourra recevoir un traitement adapté à sa maladie²³⁶⁹. La Cour a en revanche conclu à la violation de l'article 3 CEDH dans une affaire où le requérant détenu n'avait pu bénéficier gratuitement d'une prothèse dentaire alors que « son état d'indigence, connu et accepté par les autorités, ne lui permettait pas de se procurer les prothèses par ses propres moyens »²³⁷⁰. Si elle le peut, la Cour évite donc de se prononcer sur la nécessité d'imposer à l'État d'assurer gratuitement certains soins spécifiques aux détenus. Elle exige toutefois que les autorités pénitentiaires agissent avec diligence afin de permettre à un détenu de bénéficier des soins disponibles²³⁷¹.

En revanche, lorsque l'État est responsable de l'atteinte au droit, la Cour s'avère beaucoup plus exigeante.

2011, 14, 32, obs. C. Murillo ; Cour EDH, 21 décembre 2010, **Raffray Taddei** c. France, req. 36435/07, §51 ; Cour EDH, 5 avril 2011, **Akbar** c. Roumanie, req. 28686/04, §68.

²³⁶⁶ Cour EDH, 16 février 2010, **V.D.** c. Roumanie, req. 7078/02, §93.

²³⁶⁷ Cour EDH, 12 octobre 2010, **Umar Karatepe** c. Turquie, req. 20502/05, §72.

²³⁶⁸ Concernant un traitement anti-rétroviral prescrit à un détenu atteint du VIH (Cour EDH, 22 décembre 2008, **Aleksanyan** c. Russie, req. 46468/06. §148-149).

²³⁶⁹ Traitement du SIDA : *ibid.*, §151.

²³⁷⁰ Cour EDH, 16 février 2010, **V.D.**, *préc.*, §95. Voir aussi Cour EDH, 11 octobre 2011, **Fane Ciobanu** c. Roumanie, req. 27240/03, §80 et s.

²³⁷¹ « In this connection the Court underlines that this case is not concerned with the issue of whether a detainee has a right to be provided with a free morphine pump and it is not suggested that the State was required to pay for one (s...). The essential issue raised by the case at hand is whether the applicant had had the possibility to have a morphine pump implanted. Such a possibility was not given to the applicant during the entire period of his two-and-a-half-year detention » Cour EDH, 25 janvier 2011, **Kupczak** c. Pologne, req. 2627/09, §64.

2. Des obligations de réparation des atteintes causées par un fait étatique

880. La Cour, dans certaines affaires dans lesquelles l'atteinte au droit a été causée par une action de l'État, peut imposer une obligation de réparation impliquant certaines prestations financières ou matérielles.

881. Par exemple, en cas d'atteinte à l'article 8 CEDH en raison de nuisances environnementales, et lorsque l'État a favorisé ces dernières, la Cour impose implicitement et tout en s'en défendant une obligation positive visant à favoriser le relogement des personnes touchées. Dans l'affaire *Fadeïva*, l'État avait « autorisé l'exploitation d'une usine polluante au cœur d'une ville fortement peuplée »²³⁷². La requérante habitait à proximité de l'usine dans une zone dans laquelle les niveaux de pollution étaient supérieurs à ceux autorisés et alors que le logement y était prohibé par la loi. Inscrite sur une liste d'attente de demandeurs de logements, elle ne s'était cependant vue proposer aucun relogement et la Cour considéra que cette mesure « n'apport[ait] rien à la requérante, puisqu'elle ne lui offr[ait] aucune perspective réaliste de se voir éloigner de la source de pollution litigieuse »²³⁷³. La Cour a estimé qu'« Il serait excessif de considérer que l'État ou l'entreprise polluante avaient l'obligation de reloger gratuitement la requérante (...). En l'espèce, toutefois, l'intéressée ne s'est vu proposer par l'État aucune solution effective pour favoriser son éloignement de la zone à risques, alors que la situation écologique aux alentours de l'usine imposait de réserver un traitement spécial aux résidents de la zone concernée ». La Cour a refusé de formuler une obligation de relogement mais a sanctionné l'État pour avoir failli à proposer une quelconque solution à la requérante.

882. Dans deux autres affaires, la Cour a été plus exigeante en raison de la gravité particulière de la situation des requérants. Dans une affaire *Moldovan*, les requérants d'origine rom avaient été privés par la force de leur domicile, leurs maisons ayant été brûlées par des villageois accompagnés de policiers. Ils avaient alors été « contraints de vivre, (...) dans des conditions déplorables, dans des caves, des poulaillers, des étables, etc., changeant souvent d'adresse, allant habiter chez des amis ou des parents dans une extrême promiscuité »²³⁷⁴. La Cour a estimé que les mesures nécessaires afin de faire cesser les atteintes aux droits des requérants n'avaient pas été

²³⁷² Cour EDH, 9 juin 2005, *Fadeïeva* c. Russie, *Rec.* 2005-IV, §132.

²³⁷³ *Ibid.*, §123.

²³⁷⁴ Cour EDH, 12 juillet 2005, *Moldovan et al.* c. Roumanie (n° 2), *Rec.* 2005-VII, §103 ; *JCP G*, 2006, I, 109, chron. F. Sudre.

prises. Outre le défaut de poursuites pénales menées à l'encontre des responsables, elle a observé que l'indemnisation de la perte de la maison des requérants avait été décidée tardivement et s'avérait insuffisante. De plus, les maisons des requérants n'avaient pas ou mal été rebâties ce qui excluait le retour de ces derniers dans leur foyer. La Cour a donc jugé que « *cette entrave tout comme le fait que les autorités ont manqué à plusieurs reprises à mettre un terme aux atteintes aux droits des requérants constituent une violation grave et continue de l'article 8 de la Convention* »²³⁷⁵. Puis que « *les conditions dans lesquelles les requérants ont vécu ces dix dernières années, notamment la promiscuité et l'insalubrité et leurs effets délétères sur la santé et le bien-être des requérants, associées à la durée pendant laquelle ces derniers ont été contraints de vivre ainsi et à l'attitude générale des autorités, ont nécessairement dû leur causer des souffrances psychologiques considérables et, partant, porter atteinte à leur dignité humaine et susciter chez eux des sentiments d'humiliation et d'avilissement* »²³⁷⁶. Étant donnée la responsabilité de l'État dans la détresse des requérants, ce dernier devait s'assurer que les requérants puissent retrouver leur domicile.

883. Dans une affaire *Oyal*²³⁷⁷, le requérant mineur à l'époque des faits avait été contaminé par le virus du SIDA au cours d'une transfusion sanguine. Des procédures civiles et administratives avaient été menées au terme desquelles avait été reconnue la responsabilité des services de santé. La Cour a cependant jugé que la réparation décidée par les tribunaux internes n'avait pas été suffisante. Le montant des dommages et intérêts versés ne permettait de couvrir que les frais d'une seule année de traitement alors que du fait du coût très élevé de ce dernier, les parents du requérant ne pouvaient le financer. La Cour conclut à la violation de l'obligation positive issue de l'article 2 CEDH, estimant que la réparation appropriée en l'espèce aurait été d'exiger la prise en charge du traitement et des médicaments du requérants durant sa vie entière²³⁷⁸.

La Cour accepte également de consacrer une obligation positive en matière sociale lorsque celle-ci est déjà garantie par une norme extra-conventionnelle.

²³⁷⁵ *Ibid.*, § 109.

²³⁷⁶ *Ibid.*, § 110.

²³⁷⁷ Cour EDH, 23 mars 2010, *Oyal*, *préc.*.

²³⁷⁸ *Ibid.*, § 72.

B. En cas de garantie du droit en cause par une norme extra-conventionnelle

884. La Cour consacre tout d'abord un droit d'« accès aux infrastructures et prestations existantes »²³⁷⁹. Dès son premier arrêt faisant application de la technique des obligations positives, la Cour a été très claire à cet égard. Elle a ainsi établi qu'il ne pouvait être question d'obliger chaque État à créer un « système d'enseignement général et officiel (...) mais uniquement de garantir aux personnes placées sous la juridiction des Parties Contractantes le droit de se servir, en principe, des moyens d'instruction existant à un moment donné »²³⁸⁰. Elle a ajouté que « Quant à l'étendue de ces moyens et à la manière de les organiser ou de les subventionner, la Convention n'impose pas d'obligations déterminées »²³⁸¹. De même, elle a estimé « qu'une question peut se poser sous l'angle de l'article 2 de la Convention lorsqu'il est prouvé que les autorités d'un État contractant ont mis la vie d'une personne en danger en lui refusant les soins médicaux qu'elles se sont engagées à fournir à l'ensemble de la population », tout en ne jugeant « pas nécessaire de rechercher en l'espèce dans quelle mesure l'article 2 de la Convention impose à un État contractant l'obligation d'offrir un certain niveau de soins médicaux »²³⁸².

885. La technique des obligations positives n'impose alors pas à l'État de créer des infrastructures ou des prestations sociales particulières mais uniquement de permettre à chacun de bénéficier de celles existantes. La Cour peut alors exiger que les autorités publiques prennent des mesures afin d'informer les individus des aides dont ils peuvent bénéficier en vertu du droit national. Dans l'affaire *Wallová et Walla* les requérants s'étaient vus retirer la garde de leurs enfants « pour la seule raison que la famille occupait à l'époque un logement inadéquat »²³⁸³. La Cour a jugé cette mesure disproportionnée et considéré que « les autorités nationales avaient la possibilité de veiller sur les conditions de vie et d'hygiène dans lesquelles les requérants se trouvaient, et elles

²³⁷⁹ C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux, étude de droit conventionnel européen*, op. cit., p. 481.

²³⁸⁰ Cour EDH, Plén., 23 juillet 1968, **Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »** c. Belgique, A 6, §3 ; *GACEDH*, n° 9 ; *AFDI*, 1968, 201, obs. R. Pelloux ; *RBDI*, 1970, 353, obs. J. Verhoeven.

²³⁸¹ *Ibid.*.

²³⁸² Cour EDH, GC, 10 mai 2001, **Chypre c. Turquie**, *Rec.* 2001-IV, §219 ; *RTDH*, 2002, 807, obs. P. Tavernier ; *JCP G*, 2001, I, 342, n° 7, obs. F. Sudre 2789 ; *JDI*, 2002, 289, obs. E. Delaplace. *Contra* voir Cour EDH, Déc., 21 mars 2002, *Nitecki* c. Pologne, req. 65653/01 ; Cour EDH, Déc., 22 septembre 2005, **Gheorghe**, *préc.*.

²³⁸³ Cour EDH, 26 octobre 2006, **Wallová et Walla** c. République tchèque, req. 23848/04, §73 ; *RTDH*, 2007, 1121, note K. Garcia.

auraient notamment pu les conseiller sur les démarches à faire pour qu'ils puissent eux-mêmes améliorer la situation et trouver une solution à leurs problèmes. Cela aurait d'ailleurs été conforme à la législation tchèque relative à l'aide sociale »²³⁸⁴.

886. Ainsi, la Cour utilise la technique des obligations positives afin d'exiger la jouissance effective des prestations sociales prévues par le droit national. Dans une affaire *Panaïtescu*, le requérant atteint d'un cancer n'avait pu bénéficier d'un traitement indispensable à sa survie alors que la loi prévoyait qu'il devait bénéficier d'une assurance médicale gratuite²³⁸⁵. Les tribunaux internes, au cours d'une première procédure, avaient confirmé son droit à jouir de cette couverture médicale. Au terme d'une seconde procédure, ils avaient ordonné en décembre 2005 aux autorités publiques de lui accorder le dit traitement et de lui rembourser les frais que le requérant avait dû avancer afin de payer ses médicaments. Cette décision avait cependant tardé à être exécutée et le requérant, qui ne pouvait plus financer son traitement, était décédé un an plus tard. La Cour a estimé que les autorités ne pouvaient ignorer que l'octroi de ce médicament était indispensable à la survie du requérant et qu'elles auraient dû prendre les mesures nécessaires afin d'exécuter la décision de justice et d'éviter tout risque d'atteinte à l'article 2 CEDH. Elle a pris cependant certaines précautions à l'heure de conclure à la violation de l'article 2 CEDH : « *the Court thus holds that in the very particular circumstances of the present case, the State failed to prevent the applicant's life from being avoidably put at risk by not providing him the appropriate health-care as ordered by the national courts, in breach of its procedural obligations under Article 2 of the Convention* »²³⁸⁶. Outre la référence à la situation très particulière de la présente affaire, la Cour a précisé soigneusement que seule était violée l'obligation procédurale issue de l'article 2 CEDH. Ainsi, l'État a été sanctionné en raison du défaut d'exécution de la décision interne. La Cour a appliqué une obligation positive classique et déjà dégagée à partir de nombreux droits conventionnels, à savoir l'obligation d'exécution des décisions de justice²³⁸⁷. Elle a donc limité de manière délibérée la portée potentielle de cette affaire en s'assurant qu'elle ne crée pas une obligation positive d'accorder gratuitement des traitements médicaux.

887. Dans l'affaire *M. S. S.* le requérant demandeur d'asile était resté sans logement et

²³⁸⁴ *Ibid.*, §75.

²³⁸⁵ Cour EDH, 10 avril 2012, *Panaïtescu*, préc., §31.

²³⁸⁶ *Ibid.*, §37.

²³⁸⁷ Voir *supra* Partie 1, Chapitre 1, Section 2, §2, n° 173. Il peut cependant être discutable de la qualifier d'obligation « procédurale », là où elle exige en réalité la mise en œuvre de moyens matériels (v. *supra* Partie 1, Chapitre 1, Section 1, §3, A, 1, n° 114).

sans moyen de subsistance dans l'attente de l'examen de sa demande visant à obtenir le statut de réfugié. La Cour avait auparavant clairement exclu dans l'affaire *Müslim* l'existence d'une « obligation générale de fournir aux réfugiés une assistance financière pour que ceux-ci puissent maintenir un certain niveau de vie », que ce soit sur le fondement de l'article 8 ou de toute autre disposition conventionnelle²³⁸⁸. La Cour a cependant souligné, qu'à la différence de l'affaire précitée, « l'obligation de fournir un logement et des conditions matérielles décentes aux demandeurs d'asile démunis fait à ce jour partie du droit positif et pèse sur les autorités grecques en vertu des termes mêmes de la législation nationale qui transpose le droit communautaire, à savoir la directive 2003/9 du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres »²³⁸⁹. Elle a alors constaté que le requérant avait « vécu pendant des mois dans le dénuement le plus total » sans pouvoir « faire face à aucun de ses besoins les plus élémentaires : se nourrir, se laver et se loger. À cela s'ajoutait, l'angoisse permanente d'être attaqué et volé ainsi que l'absence totale de perspective de voir sa situation s'améliorer. C'est pour en finir avec cette situation de précarité et de dénuement matériel et psychologique qu'il a tenté à plusieurs reprises de quitter la Grèce »²³⁹⁰. Elle a donc jugé que cette situation atteignait le seuil de gravité requis par l'article 3 CEDH et a conclu à la violation de cet article²³⁹¹. Elle a cependant souligné pour ce faire le rôle de l'État dans la situation du requérant, estimant que les autorités grecques devaient « être tenues pour responsables, en raison de leur passivité, des conditions dans lesquelles il s'est trouvé pendant des mois, vivant dans la rue, sans ressources, sans accès à des sanitaires, ne disposant d'aucun moyen de subvenir à ses besoins essentiels »²³⁹².

En dehors de ces cas de figure, la Cour impose des obligations positives en matière sociale très réduites et uniquement dans le cas où elles s'avèrent nécessaire à l'effectivité d'un droit conventionnel.

²³⁸⁸ Cour EDH, 26 avril 2005, *Müslim*, préc., §85.

²³⁸⁹ Cour EDH, GC, 21 janvier 2011, *M.S.S.*, préc., §250 ; *JCP G*, 2011, 914, chron. F. Sudre ; *JCP G*, 2011, 124, zoom C. Picheral ; *JCP G*, 2011, 760, note E. Dubout ; *JCP A*, 2011, 48, 25, obs. G. Marti ; *JDI*, 2012, chron. 6, obs. S. Marmin.

²³⁹⁰ *Ibid.*, §254.

²³⁹¹ *Ibid.*, §263-264.

²³⁹² *Ibid.*, §264.

C. En cas de nécessité pour l'effectivité d'un droit conventionnel

888. En dehors des hypothèses exposées ci-dessus, la Cour impose très rarement des obligations de prestations sociales grâce à la technique des obligations positives. Certains exemples existent cependant en matière d'accès à la justice et d'accès à l'éducation.

889. Dans son affaire *Airey*, la Cour a fait usage de la technique afin de déduire de l'article 6§1, au nom du droit à d'accès à la justice, l'obligation positive de fournir un avocat à la requérante dans la procédure de séparation de corps l'opposant à son mari. Le droit à être assisté gratuitement par un avocat d'office est garanti par l'article 6§3 b) mais uniquement en ce qui concerne les procédures pénales. La Cour a donc opéré une interprétation constructive de l'article 6§1 par le biais de la technique des obligations positives afin d'établir que cet article « *peut parfois astreindre l'État à pourvoir à l'assistance d'un membre du barreau quand elle se révèle indispensable à un accès effectif au juge soit parce que la loi prescrit la représentation par un avocat, comme la législation nationale de certains États contractants le fait pour diverses catégories de litiges, soit en raison de la complexité de la procédure ou de la cause* »²³⁹³. Dans une autre affaire concernant cette fois-ci une procédure pénale menée à l'encontre d'une personne malentendante, la Cour a estimé que « *Les circonstances de la cause peuvent imposer aux États contractants de prendre des mesures positives de manière à permettre à l'accusé de participer réellement aux débats. Or, les problèmes auditifs du requérant ayant nui à sa capacité à participer réellement aux débats, les intérêts de la justice exigeaient que, pour bénéficier d'un procès équitable, il fût représenté en justice au cours de l'audience d'appel* »²³⁹⁴. La pauvreté et le handicap peuvent donc justifier d'imposer une obligation positive de fournir gratuitement un avocat.

890. En matière d'accès à l'éducation, la Cour impose certaines obligations positives spécifiques. Une obligation positive de favoriser l'accès à l'éducation des enfants roms a été déduite des articles 14 et 2 du Protocole 1 combinés. L'obligation positive issue de l'article 8 CEDH énoncée dans l'arrêt *Chapman* « *de permettre aux Tsiganes de suivre leur mode de vie* »²³⁹⁵, a été transposée à d'autres dispositions et concrètement appliquée et précisée. Dans l'affaire *DH* la Cour a établi que les États ont « *l'obligation de protéger leur sécurité, leur identité et leur mode de vie, et ce non*

²³⁹³ Cour EDH, 9 octobre 1979, *Airey*, préc., §26.

²³⁹⁴ Cour EDH, 14 octobre 2008, *Timergaliyev* c. Russie, req. 40631/02, §51.

²³⁹⁵ Cour EDH, GC, 18 janvier 2001, *Chapman*, préc., §96.

seulement dans le but de protéger les intérêts des minorités elles-mêmes mais aussi pour préserver la diversité culturelle qui est bénéfique à la société dans son ensemble »²³⁹⁶. Sans faire référence à la technique des obligations positives, la Cour a jugé dans une affaire *Sampanis*²³⁹⁷ qu'étant donné que « l'article 14 exige dans certaines circonstances un traitement différencié pour corriger une inégalité, les autorités compétentes auraient dû reconnaître la particularité du cas d'espèce et faciliter l'inscription des enfants d'origine rom, même dans les cas où certains des documents administratifs requis auraient fait défaut »²³⁹⁸, ce qui était d'ailleurs prévu par le droit national. Elle a en outre exigé « la mise en place d'un système adéquat d'évaluation des aptitudes des enfants présentant des lacunes d'apprentissage en vue de leur remise à niveau », système nécessaire « lorsque les élèves concernés appartiennent à une minorité ethnique, (...) avant tout, pour garantir leur placement éventuel dans des classes spéciales sur la base de critères non discriminatoires »²³⁹⁹.

891. La Cour n'a réellement imposé une obligation positive de faciliter l'accès des enfants rom à l'école que dans l'affaire *Oršuš*. Les enfants des requérants avaient été placés dans des classes spécifiques sur le fondement de leur mauvaise maîtrise de la langue croate. La Cour établit que l'État avait « l'obligation de prendre des mesures positives de nature à aider les requérants à acquérir les compétences linguistiques nécessaires dans le délai le plus court possible, notamment par le biais de cours de langue spéciaux, afin qu'ils pussent être rapidement intégrés dans des classes mixtes »²⁴⁰⁰. En outre, pour remédier au taux de déscolarisation des enfants roms dans la région en cause, elle a estimé qu'il fallait « mettre en place des mesures positives notamment afin de sensibiliser la population rom à l'importance de l'éducation et d'aider les requérants à surmonter les difficultés qu'ils avaient pour suivre le programme scolaire. Il apparaît donc que des mesures supplémentaires telles qu'une participation active et structurée des services sociaux compétents étaient nécessaires pour surmonter ces difficultés »²⁴⁰¹.

892. Ces exemples restent donc isolés et fortement liés à des droits que la Cour juge

²³⁹⁶ Cour EDH, GC, 13 novembre 2007, **D.H. et al.** c. République Tchèque, *Rec.* 2007-IV, §181 ; *AJDA*, 2008, 978, chron. J.-F. Flauss ; *JCP G*, 2008, I, 110, chron. F. Sudre ; *RTDH*, 2008, 821, note E. Dubout.

²³⁹⁷ Cour EDH, 5 juin 2008, **Sampanis et al.** c. Grèce, req. 32526/05.

²³⁹⁸ *Ibid.*, §86.

²³⁹⁹ *Ibid.*, §92. Dans l'affaire DH elle avait déjà estimé que « le processus de scolarisation des enfants roms n'a pas été entouré de garanties (paragraphe 28 ci-dessus) permettant de s'assurer que, dans l'exercice de sa marge d'appréciation en matière d'éducation, l'État a tenu compte des besoins spécifiques de ces enfants découlant de leur position défavorisée » Cour EDH, GC, 13 novembre 2007, **D.H. et al.**, *préc.*, §207.

²⁴⁰⁰ Cour EDH, GC, 16 mars 2010, **Oršuš et al.** c. Croatie, *Rec.* 2010-..., §165.

²⁴⁰¹ *Ibid.*, §177.

essentiels dans une société démocratique, le droit d'accès au juge et le droit à la non discrimination²⁴⁰². La nécessité de protéger effectivement ces droits justifie alors d'imposer des obligations positives de nature sociale.

893. Au terme de ce panorama sur les obligations positives en matière sociale plusieurs constats s'imposent. La Cour a clairement refusé de s'engager dans la voie d'une « socialisation » des droits civils et politiques. La définition de l'État livrée par la Cour au moyen de la technique des obligations positives n'est pas celle d'un État Providence. Il ne revêt ce rôle que dans des hypothèses très spécifiques ; lorsqu'un individu est sous la responsabilité de l'État, lorsque l'atteinte au droit conventionnel est le fait de ce dernier, lorsque l'obligation sociale est déjà prévue en droit interne, et enfin, dans de très rares cas, lorsqu'est en jeu le droit d'accès à la justice ou à l'éducation.

894. La Cour a donc admis dans certaines affaires qu'un état de pauvreté extrême pouvait relever du champ d'application de la Convention. Les populations roms chassées de leur domicile dans l'affaire *Moldovan*²⁴⁰³, les étrangers demandeurs d'asile en Grèce²⁴⁰⁴ subissent des traitements atteignant le seuil de gravité requis par l'article 3 CEDH. Reste à savoir si, dans des hypothèses de détresse similaire, la Cour imposera une obligation sociale alors même qu'il n'existe pas de texte national le prévoyant et que l'État n'a pas de responsabilité directe dans la situation des requérants. Un refus de sa part s'avérerait problématique en créant un double standard en la matière.

895. Si les choses ont évolué depuis, l'observation opérée par P.-H. Imbert en 1989 est toujours en partie vraie : « la notion de "traitement dégradant", inscrite à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, n'est envisagée qu'à travers le relations entre personnes et n'est pas vue comme pouvant résulter directement de situations, en particulier d'extrême pauvreté »²⁴⁰⁵. Est ici en jeu la définition de l'atteinte et corrélativement celle du rôle de l'État dans la protection des droits de l'homme. La Cour admet que l'État doit par des obligations positives protéger l'individu contre ses propres organes, contre des personnes privées ou encore contre des faits climatiques ou naturels. La pauvreté n'est cependant pas jugée comme un atteinte

²⁴⁰² L'entrée en vigueur du Protocole 12 est susceptible de renforcer ce processus (Rapport explicatif du Protocole n° 12, CEDH, §24). GONZALEZ, « Le protocole additionnel n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme portant interdiction générale de discriminer », *RFDA*, 2002, p. 113-123).

²⁴⁰³ Cour EDH, 12 juillet 2005, *Moldovan et al.*, *prés.*.

²⁴⁰⁴ Cour EDH, GC, 21 janvier 2011, *M.S.S.*, *prés.*.

²⁴⁰⁵ P.-H. IMBERT, « Droits des pauvres-pauvre(s) droit(s)? Réflexions sur les droits économiques, sociaux et culturels », *RDP*, 1989, p. 747.

contre laquelle la Convention doit protéger les individus. En outre, même dans les hypothèses décrites ci-dessus la Cour impose des conditions très restrictives à la mise au jour d'obligations positives sociales. La situation du requérant doit être particulièrement grave et il ne doit avoir aucune possibilité d'améliorer son état de détresse par lui-même. Il doit être « *totalelement dépendant de l'aide publique* »²⁴⁰⁶ ou encore « *difficile à l'intéressée de modifier sa situation personnelle, même si cela est théoriquement possible* »²⁴⁰⁷.

896. On retrouve ici une conception minimale des obligations sociales en accord avec celle défendue par le libéralisme classique. Toqueville, par exemple, défendait l'instauration d'une charité publique dans le droit chemin tracé par la Révolution française qui « *a conçu des devoirs de l'État envers les pauvres, envers les citoyens qui souffrent* ». Il estimait qu'il fallait « *accroître* », cette charité publique, la « *consacrer* » et la « *régulariser* »²⁴⁰⁸. Toutefois, celle-ci devait rester limitée afin de ne pas mettre « *la prévoyance et la sagesse de l'État à la place de la prévoyance et de la sagesse individuelle, mais en venant réellement, efficacement, par les moyens dont l'État dispose, au secours de ceux qui souffrent* » et « *qui, après avoir épuisé toutes leurs ressources, seraient réduits à la misère si l'État ne leur tendait pas la main.* »²⁴⁰⁹. Cette charité devait donc s'appliquer uniquement aux plus nécessiteux. La Cour a dégagé très peu d'obligations positives en matière sociale et uniquement en cas de détresse extrême. Il semble ainsi qu'elle entretienne la

²⁴⁰⁶ Cour EDH, Déc., 18 juin 2009, **Budina**, préc. ; Cour EDH, GC, 21 janvier 2011, **M.S.S.**, préc., §253.

²⁴⁰⁷ Cour EDH, 9 juin 2005, **Fadeïeva**, préc., §121. Dans l'affaire *Oyal*, la Cour précise « *Thus the family was left in debt and poverty and unable to meet the high costs of the continued treatment and medication amounting to a monthly cost of almost EUR 6,800* » (Cour EDH, 23 mars 2010, **Oyal**, préc., §71). La Cour a invoqué cet argument afin de refuser d'obliger l'État à fournir gratuitement un traitement anti-rétroviral à un détenu atteint du VIH « *Secondly, as follows from the applicant's medical file, he did not depend on the pharmacy's stock and could receive necessary medication from his relatives. The applicant did not allege that procuring those medicines imposed an excessive financial burden on him or on his relatives* » (Cour EDH, 22 décembre 2008, **Aleksanyan**, préc., §149).

²⁴⁰⁸ A. de TOCQUEVILLE, « Discours prononcé à l'Assemblée Constituante dans la discussion du projet de constitution (12 septembre 1848), Sur la question du droit au travail », in A. de TOCQUEVILLE, *Égalité sociale et liberté politique, une introduction à l'œuvre de Tocqueville, textes choisis et présentés par P. GIBERT, préface de R. RÉMOND*, Ed. Aubier-Montaigne, 1977, p. 195. En Allemagne « *la problématique du droit à des secours en cas de défaillance de l'individu appartient à la tradition libérale classique et au constitutionnalisme allemand de la première moitié du XIX^{ème} siècle* » (O. JOUANJAN, « La théorie allemande des droits fondamentaux », *AJDA*, 1998, n°spécial, p. 46).

²⁴⁰⁹ A. de TOCQUEVILLE, *Égalité sociale et liberté politique, une introduction à l'œuvre de Tocqueville*, op. cit., p. 207. Prévalait l'idée selon laquelle de tels droits ne sauraient être une solution mais un encouragement à la pauvreté. Le Professeur M. Borgetto se reporte à cet égard la circulaire du Ministre de l'Intérieur Rémusat du 6 août 1840 qui dispose que « *si l'État dote trop libéralement les établissements destinés aux pauvres, s'il promet à la vieillesse ou aux infirmités un asile assuré ; s'il laisse à l'indigent qui tend la main l'espérance de trouver l'aumône toujours prête, il encourage et accroît le paupérisme au lieu de le diminuer et de le détruire* » (M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français*, op. cit., p. 221).

même conception de la « charité publique » que les libéraux classiques.

897. Cependant, sa jurisprudence vient apporter une avancée de taille. Les libéraux rejetaient toute consécration de droits subjectifs en matière sociale, craignant que de tels droits remettent en cause l'indépendance individuelle et entravent la liberté de l'économie²⁴¹⁰. Ainsi, les libéraux ne contestaient pas tant l'instauration d'une charité publique, que, pour reprendre les termes du Professeur F. Ewald « *l'idée que les devoirs d'assistance de la société à l'égard des pauvres correspondraient à des droits du pauvre* »²⁴¹¹. La jurisprudence européenne dépasse la réticence libérale à voir reconnaître des obligations positives justiciables en matière sociale et la technique des obligations positives réduit à néant les arguments visant à démontrer l'injusticiabilité des droits sociaux.

²⁴¹⁰ « Il n'y a rien là qui donne aux travailleurs un droit sur l'État ; il n'y a rien là qui force l'État à se mettre à la place de la prévoyance individuelle, à la place de l'économie, de l'honnêteté individuelle ; il n'y a rien là qui autorise l'État à s'entremettre au milieu des industries, à leur imposer des règlements, à tyranniser l'individu pour le mieux gouverner, ou, comme on le prétend insolemment, pour le sauver de lui-même. » A. de TOCQUEVILLE, *Égalité sociale et liberté politique, une introduction à l'œuvre de Tocqueville*, op. cit., p. 208.

²⁴¹¹ F. EWALD, *Histoire de l'État providence, les origines de la solidarité*, op. cit., p. 21.

Conclusion du Chapitre 2

898. La technique des obligations positives, en remettant en cause la distinction classique entre droits civils et politiques et droits économiques sociaux et culturels, n'a pas pour autant trahi les racines libérales des droits de « première génération ». Si elle a permis à la Cour à certains égards de s'engager sur le terrain traditionnellement réservé aux droits de seconde génération, elle s'inscrit dans une logique très respectueuse des canons du libéralisme politique. Les mesures exigées confirment le rôle de gendarme et d'arbitre de l'État. En revanche la Cour a refusé d'imposer des obligations de prestation sociale grâce à la technique des obligations positives. Elle n'a donc pas consacré le modèle de l'État providence. Ce refus apparaît davantage justifié par des considérations politiques que juridiques. La Cour, si elle imposait des obligations de prestations sociales, potentiellement très coûteuses pour les États, encourrait le risque d'une mauvaise exécution de ses arrêts et donc d'une remise en cause de son autorité. Le choix de la consécration des droits sociaux repose aujourd'hui entre les mains des États, choix qui n'est clairement pas la priorité de ces derniers en cette période de crise économique. Dès lors, si la technique des obligations positives montre l'invalidité des arguments avancés pour dénier la justiciabilité des droits sociaux, elle maintient les présupposés idéologiques de ces derniers.

899. La technique des obligations positives permet donc de proposer une définition minimale commune de l'État démocratique et libéral européen. Cette opération était indéniablement délicate étant donnée la diversité des traditions juridiques et politiques des 47 États Parties à la Convention. Cette définition est nécessairement évolutive, et sera amenée à s'affiner au grès des affaires soumises à la Cour. Comme le souligne le juge J.-P. Costa « *Il n'est en tout cas pas surprenant que l'évolution politique et sociale influe sur le régime des droits et sur les fondements et la mise en jeu de la responsabilité des États au titre de notre Convention* »²⁴¹².

²⁴¹² Discours de J.-P. Costa, Président de la Cour européenne des droits de l'homme, à l'occasion de la cérémonie d'ouverture de l'année judiciaire, 28 janvier 2011, *Rapport annuel 2011 de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 44.

Conclusion de la Partie 3

900. La technique des obligations positives permet à la Cour EDH de développer son pouvoir d'injonction dans l'objectif d'établir une définition du rôle de l'État dans une démocratie libérale. À cet égard, cette technique constitue un outil d'adaptation de la norme juridique conventionnelle à l'évolution des États démocratiques et libéraux européens. La montée de l'individualisme génère une revendication accrue de l'effectivité des droits de l'homme. Les premiers libéraux avaient déjà réfléchi aux moyens à mettre en œuvre afin de l'assurer. Pour Constant, il devait exister, pour que la « *liberté individuelle* » ne soit pas « *violée sans cesse* », « *des sauvegardes positives* » et « *des corps assez puissants pour employer en faveur des opprimés les moyens de défense que la loi écrite consacre* »²⁴¹³. Seulement, aucun n'avait présagé qu'un juge, de surcroît international, prendrait une telle place dans la garantie des libertés.

901. Le juge européen acquiert le pouvoir d'indiquer des obligations si précises qu'elles reviennent à une forme d'injonction vis-à-vis des autorités nationales. Il devient en outre créateur de droit, se substituant ainsi aux États. À certains égards, la technique des obligations positives renforce donc le rôle « constitutionnel » du juge européen²⁴¹⁴. Cet accroissement du pouvoir de ce dernier pose nécessairement la question de sa légitimité. Au niveau national, le « *constituant national* » peut « *surmonter une décision de la Cour constitutionnelle en procédant à une révision de la Constitution* »²⁴¹⁵. En revanche, au niveau européen, « *le recours par les États parties*

²⁴¹³ B. CONSTANT, *Principes de politique, applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la Constitution actuelle de la France*, 1815, in B. CONSTANT, *Écrits politiques*, préface M. GAUCHET, Gallimard, 1997, p. 483. Il estimait ensuite que « *notre constitution actuelle est la seule qui ait créé ces sauvegardes et investi assez de puissance les corps intermédiaires. La liberté de la presse placée au-dessus de toute atteinte, grâce aux jugements par jurés ; la responsabilité des ministres, et surtout celle de leurs agents inférieurs ; enfin l'existence d'une représentation nombreuse et indépendante, tels sont les boulevards dont la liberté individuelle est aujourd'hui entourée* » (*ibid.*).

²⁴¹⁴ J.-F. FLAUSS, « La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une Cour constitutionnelle ? », *RFDC*, 1999/1, p. 711-728 ; E. A. ALKEMA, « The European Convention as a Constitution and its Court as a Constitutional Court », in *Mélanges en l'honneur de R. RYSSDAL, Protection des droits de l'homme : la perspective européenne*, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, p. 41-63.

²⁴¹⁵ J.-F. FLAUSS, « La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une Cour constitutionnelle ? », *op. cit.*, p. 725.

contractantes au "lit de justice conventionnel" demeure une issue largement théorique ». En effet, la procédure de révision de la Convention longue et complexe s'avère une voie de contestation impraticable pour les États. Toutefois, il ne faut pas oublier qu'une grande partie de la légitimité de la Cour provient de sa propre jurisprudence. Si les États acceptent d'exécuter ses arrêts c'est qu'ils reconnaissent son autorité. A l'inverse, la Cour a besoin des États pour assurer la bonne application de la Convention et l'exécution effective de ses arrêts. Ce besoin se fait d'autant plus pressant dans un contexte d'engorgement de son prétoire. Elle est donc nécessairement vigilante à la perception de sa jurisprudence par les États et tente d'atteindre un délicat équilibre entre activisme et autolimitation²⁴¹⁶. En outre, pour certains auteurs, la Cour, du fait qu'elle est saisie directement pas les individus, jouit d'une certaine légitimité démocratique au sens où elle assurerait une forme de « *démocratie continue* »²⁴¹⁷.

²⁴¹⁶ B. DELZANGLES, *Activisme et Autolimitation de la Cour européenne des droits de l'homme*, LGDJ, Fondation Varenne, 2009, 565 p.

²⁴¹⁷ *Ibid.*, p. 726. Sur la démocratie continue voir D. ROUSSEAU, « De la démocratie continue », in D. ROUSSEAU (dir.), *La démocratie continue*, Bruylant, LGDJ, 1995, p. 5-25.

Conclusion générale

902. La thèse défendue dans cette étude vise à montrer que la technique des obligations positives est un outil d'adaptation de la norme juridique conventionnelle à l'évolution des États démocratiques et libéraux européens²⁴¹⁸. Loin de remettre en cause les fondements du libéralisme politique, cette technique vient en effet en assurer la promotion. Elle est un instrument de garantie d'effectivité des droits individuels. En outre, elle permet à la fois d'encadrer le pouvoir étatique et d'élever ce dernier au rang de protecteur des libertés. Or, cette conception correspond aussi bien à l'essence du régime libéral qu'à la manière dont il est appliqué aujourd'hui dans les démocraties européennes. Toutefois, si la technique des obligations positives ne bouleverse pas le rôle assigné à l'État dans une démocratie libérale, elle opère un glissement de la séparation des pouvoirs telle que classiquement entendue. Le juge européen se substitue aux États parties et aux législateurs nationaux en tant que créateur de droit. En outre, il développe un pouvoir d'injonction à l'égard de toutes les composantes des pouvoirs publics. Or, *« la question du juge ne se résume pas à un transfert de souveraineté au profit du juge, mais consacre une transformation de la démocratie qui se voit désormais plus juridiquement que politiquement »*²⁴¹⁹.

Au delà de cette conclusion, l'étude de cette technique appelle plusieurs réflexions.

Une invitation à repenser la dichotomie obligation positive - obligation négative

903. Construite de manière pragmatique par le juge européen, la technique des obligations positives est inspirée de sources aussi bien nationales qu'internationales. L'apport de la jurisprudence et de la doctrine constitutionnelle allemande, tout comme de l'obligation de due diligence consacrée en droit international général a ainsi été mis en lumière. La Cour a en outre

²⁴¹⁸ La « technique des obligations positives » a été définie comme le procédé interprétatif qui, impliquant l'emploi du terme « obligation positive » ou « mesure positive » permet de déduire d'une disposition conventionnelle des obligations étatiques d'action qui n'y sont pas prescrites expressément (v. *supra* Introduction §2, C, n° 44-45).

²⁴¹⁹ A. GARAPON, « La question du juge », *Pouvoirs*, n° 74, p. 25.

développé une technique originale. En effet, la démarche adoptée par la Cour pour dégager des obligation d'action à la charge des États, se démarque de celles des autres organes de protection internationale ou régionale des droits de l'homme. La technique des obligations positives qu'elle emploie n'est que très rarement empruntée par ces organes.

904. Cette technique européenne n'est cependant pas exempte d'incohérences. Tout d'abord, son champ d'application a été considérablement étendu. Initialement, la Cour l'appliquait uniquement pour établir que les droits conventionnels, éventuellement combinées avec l'article 1 CEDH, généraient des obligations positives spéciales. Ces dernières ont été définies comme des obligations d'adopter des mesures structurelles ou individuelles bien identifiées imposées aux pouvoirs publics dans une affaire donnée. La jurisprudence a cependant commencé à perdre en lisibilité lorsque la Cour a fait usage de la technique sur le fondement de dispositions conventionnelles ne garantissant pas des droits.

D'une part, la technique est employée pour déduire de l'article 1 CEDH une obligation positive générale d'assurer l'effectivité des droits de l'homme. L'article 1, qui n'était pourtant pas prévu comme tel, développe ainsi des effets normatifs et devient le fondement général des obligations positives. Toutefois l'utilisation du terme « obligation positive » par la Cour pour désigner aussi bien une obligation positive spéciale que l'obligation générale issue de l'article 1 porte à confusion. La Cour fait ainsi référence aux obligations positives pour désigner le devoir général issu de l'article 1 aussi bien afin de justifier la limitation d'un droit conventionnel, dans une affaire où elle examine la nécessité d'une ingérence, que pour étendre la notion de juridiction au sens de l'article 1 CEDH.

D'autre part, la technique des obligations positives a été appliquée à l'article 46 CEDH pour permettre à la Cour de reconnaître sa compétence pour contrôler l'exécution de ses propres arrêts, compétence normalement dévolue au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe.

Dans ces deux cas, la technique n'est pas employée en raison de considérations juridiques mais parce qu'elle constitue un moyen rhétorique de persuasion. Ces emplois très diversifiés entraînent ainsi des difficultés de compréhension de la jurisprudence européenne.

905. Ensuite, la Cour opère une mise en œuvre aléatoire de la technique, choisissant tantôt d'examiner une affaire sur le terrain d'une obligation positive, tantôt sur celui d'une obligation

négative. Ceci s'explique par la difficulté de dégager une distinction juridique entre les deux types d'obligations. Trois obstacles majeurs ont été identifiés.

Premièrement, les écrits du professeur R. Ago démontrent l'absence de corrélation systématique entre le type de fait étatique en jeu, action ou abstention, et la nature de l'obligation en cause, positive ou négative²⁴²⁰. Or très souvent, la Cour déduit la nature de l'obligation de l'appréciation du fait étatique, ce qui mène à des solutions incohérentes. Ainsi, dans certaines affaires, que la Cour choisisse de qualifier l'obligation contrôlée de positive ou de négative, la même obligation est en réalité en jeu. La dénomination donnée n'influe alors pas sur la nature réelle de l'obligation contrôlée.

Deuxièmement, bien souvent, plusieurs obligations sont en jeu dans une même affaire. La Cour ne prend pas toujours la peine de les distinguer et choisit alors de les contrôler de manière globale, ou de focaliser son examen sur une seule obligation. Le choix est alors arbitraire et la décision de se placer sur le terrain d'une obligation positive ou négative s'avère difficilement compréhensible.

Troisièmement, il semble impossible de qualifier objectivement certaines obligations en termes positif ou négatif.

Les obligations structurelles, c'est-à-dire les obligations d'adopter un cadre normatif et procédural, sont de celles-ci. Il est alternativement possible de considérer que l'État a failli à adopter des mesures protectrices, alors qu'il avait l'obligation positive de le faire, ou que le droit en vigueur a permis l'atteinte au droit conventionnel et que l'État a donc failli à son obligation négative de ne pas y porter atteinte. Ainsi, la qualification en terme positif ou négatif devrait être abandonnée pour ce type d'obligations. Il devrait simplement être recherché si le cadre normatif et procédural respecte les exigences conventionnelles.

Concernant les obligations individuelles, c'est-à-dire les obligations de mettre en œuvre un cadre normatif et procédural, les conclusions sont plus nuancées. Les obligations d'adopter une décision administrative ou juridictionnelle sont, tout comme les obligations structurelles et pour les mêmes raisons, difficiles à qualifier en terme positif ou négatif. En revanche, lorsqu'une obligation impliquant une exécution « physique » ou « concrète » de la part d'un organe de l'État est en jeu, une distinction est envisageable. Il y a ainsi des obligations négatives de ne pas commettre des actes

²⁴²⁰ Pour cet auteur, la différence entre obligations positive et négative est une différence « juridique » et non « matérielle » (R. AGO, « Le délit international », *RCADI*, 1939, t. 68, p. 501-502).

de torture, de ne pas faire un usage disproportionné de la force publique meurtrière ou encore de ne pas entraver par l'intervention de forces de police le déroulement d'une manifestation légale. Il y a des obligations positives de mener des enquêtes effectives en auditionnant des témoins, ou en procédant à des autopsies et aux expertises nécessaires. De même, ce type d'obligation peut être identifié lorsqu'est imposé à l'État qu'il prenne des mesures pour assurer des soins aux détenus ou encore qu'il prévienne une atteinte à un droit conventionnel commise par une personne privée. Dès lors, la qualification en terme positif ou négatif n'est pertinente qu'en ce qui concerne ce type particulier d'obligations.

906. Le choix de la Cour de mobiliser une obligation positive, bien souvent, n'est donc pas fondé sur la nature positive de l'obligation, c'est-à-dire sur le fait qu'elle imposerait une obligation d'action à l'État. Ce choix s'explique en revanche par d'autres facteurs contradictoires qui apparaissent en filigrane dans la motivation de la Cour. Le Cour peut ainsi se placer sur le terrain d'une obligation positive en invoquant le fait qu'elle implique d'accorder une large marge d'appréciation à l'État. Dans une logique opposée, elle sert également à insister sur le devoir des États d'assurer l'effectivité des droits et à renforcer ainsi les obligations mises à la charge des États.

907. En définitive, la distinction entre obligations positive et négative semble bien souvent dénuée de tout fondement juridique. Cette analyse est confirmée au stade du contrôle exercé par la Cour lorsqu'elle mobilise une obligation positive. Après systématisation de la jurisprudence, seul un type de contrôle s'avère spécifique par rapport à celui exercé par la Cour sur le terrain d'une obligation négative. Lorsque sont en jeu des obligations positives individuelles impliquant une exécution « physique » de la part d'un organe de l'État, la Cour, s'inspirant du droit international général, exige des autorités publiques qui ont eu connaissance du risque d'atteinte à un droit ou de la survenance de cette dernière, qu'elles adoptent des mesures raisonnables afin de la prévenir ou de la réparer. Ces réflexions invitent ainsi à repenser la dichotomie obligation positive - négative telle qu'elle est appliquée par la Cour.

Une nécessaire évolution de la définition juridique des droits civils et politiques

908. La distinction entre droits civils et politiques et droits économiques et sociaux est

traditionnellement fondée sur la différence de nature des obligations générées par chacune de ces catégories de droits. Les premiers n'imposeraient que des obligations négatives, là où les seconds exigeraient des obligations positives. Cette dichotomie classique est remise en cause à la fois par les textes de protection des droits civils et politiques, qui prévoient certaines obligations positives textuelles, que par la jurisprudence des organes chargés de leur protection. Les obligations positives prétorienne de plus en plus nombreuses dégagées par ces derniers invalident en effet la définition initialement établie de ces deux catégories de droits.

909. Pour autant, peut-on conclure au caractère périmé de la distinction ? L'étude de la jurisprudence européenne ne permet pas de parvenir à un tel constat. La Cour EDH, si elle s'est engagée sur le terrain de certains droits économiques et sociaux grâce à la technique des obligations positives, a refusé de consacrer des obligations de prestation sociale sur ce fondement. Une différence subsiste donc entre les deux catégories de droits. Dès lors comment qualifier les droits civils et politiques ?

Ces droits ont en commun la notion de liberté²⁴²¹. Il se produit un dédoublement dans la définition de cette catégorie de droit. Une distinction est établie entre l'objet de ces droits et leurs effets juridique.

Le premier concerne la sauvegarde de la liberté individuelle. Les droits civils et politiques visent à garantir à chaque individu une sphère d'autonomie libre de toute entrave extérieure publique ou privée. Ils octroient en outre à l'individu les moyens de préserver cette autonomie. Parmi ces moyens se trouvent des droits procéduraux et des droits de participation à la décision politique. Sous cet angle, les droits civils et politiques peuvent toujours être considérés comme des droits « négatifs ». Ils visent en effet à interdire toute intervention injustifiée dans la sphère d'autonomie individuelle.

Cependant, l'objet de ces droits se distingue de leurs effets juridiques. Les droits civils et politiques génèrent à la fois des obligations positives et négatives. L'exigence croissante d'effectivité de ces droits implique d'imposer des obligations d'action aux pouvoirs publics. D'un point de vue juridique, ils ne peuvent donc être définis comme des droits « négatifs ».

²⁴²¹ Pour le professeur B. H. Weston, les droits civils et politiques ont en commun « *the notion of liberty, a shield that safeguards the individual, alone and in association with other against the abuse and misuse of political authority* » (B. H. WESTON, « Human Rights », *HRQ*, 1984, 3, p. 265). Cette définition doit cependant être complétée. Ces droits exigent en effet désormais que la liberté individuelle soit protégée non seulement contre les atteintes provenant de personnes publiques mais également contre celles provenant de personnes privées.

910. Une définition unifiée des droits de l'homme, reconnaissant le caractère indivisible de ces derniers est cependant possible sans pour autant remettre en cause les présupposés du libéralisme politique. Si les droits de l'homme visent à garantir la liberté individuelle, ils doivent également permettre aux personnes de jouir pleinement de cette liberté. Tel qu'il a déjà été mentionné *supra*, les droits civils et politiques octroient déjà certains moyens aux individus afin de garantir leurs libertés. Dans la Convention, le droit à un procès équitable (article 6§1 CEDH), le droit à un recours effectif (article 13 CEDH) ou encore le droit à des élections libres (article 3 du Protocole 1 CEDH) sont de ceux-ci. Il serait cependant temps de reconnaître que l'autonomie individuelle est réduite à néant dans certaines situations de détresse. La pauvreté, le manque de soins de santé, le défaut de logement paralysent toute jouissance des libertés et peuvent porter atteinte à la dignité. Certaines prestations sociales devraient donc être garanties comme moyen de sauvegarde de la liberté. Une telle conception des droits de l'homme n'est malheureusement pas à l'ordre du jour. La Cour EDH s'est très timidement engagée dans cette voie. Sans réelle volonté politique des États parties, elle n'ira probablement pas plus loin.

Un impact sur la conception du droit international

Un consensus se dessine quant à la reconnaissance d'obligations positives prétorienne issues des droits civils et politiques. Le Comité DH, la Cour IADH et la Cour ADH, tout comme la Cour de Strasbourg ont dégagé des obligations d'action à la charge des États. Ces organes ont donc tourné le dos aux préceptes classiques du droit international selon lesquels les limitations de la souveraineté étatique ne se présument pas. Ils ont en outre adopté une conception commune des droits de l'homme en tant que droits indivisibles et objectifs. De plus, les obligations positives prétorienne dégagées ont de nombreux points communs. Elles exigent que l'État intervienne pour prévenir ou réparer une atteinte à un droit, que cette dernière soit commise par une personne publique ou privée. Des normes internationales des droits de l'homme communes voient ainsi le jour, vouées à être intégrées dans les ordres juridiques internes.

Dès lors, si la constitutionnalisation du droit international est définie comme « *le mouvement d'institutionnalisation ainsi que l'essor des traités multilatéraux à vocation universelle porteurs de normes générales et abstraites qui sont censées s'appliquer de manière égale à tous les*

États et qui font évoluer le droit international du contrat vers la "loi" »²⁴²², la technique des obligations positives participe indéniablement de ce processus.

²⁴²² H. RUIZ-FABRI, C. GREWE, « La Constitutionnalisation à l'épreuve du droit international et du droit européen », in *Études en l'honneur de J.C. GAUTRON, Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Pedone, 2004, p. 191.

Bibliographie

I. Ouvrages

A. Dictionnaires

D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, 1649 p.

J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, coll. « Quadrige », 2008, 864 p.

A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et sociologie du droit*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1993, 758 p.

J. BASDEVANT (dir.), *Dictionnaire de terminologie du droit international public*, Siret, 1960, 755 p.

L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004, 1362 p.

G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 8^{ème} éd., 2007, 986 p.

A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie (1926)*, PUF, coll. « Quadrige », 2^{ème} éd., 2006, 1323 p.

S. MESURE, P. SAVIDAN (dir.), *Le dictionnaire des sciences humaines*, PUF, 2006, 1277 p.

Ph. RAYNAUD, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la philosophie politique*, PUF, coll. « Quadrige », 2003, 892 p.

A. RENAUT (dir.), *Encyclopédie de la culture politique contemporaine, T. 3, Théories*, Hermann Éditeurs, 2008, 715 p.

J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant/AUF, 2001, XLI-1198 p.

Dictionnaire français-anglais, anglais-français Senior, Robert Collins, 2005.

Le Petit Robert. Dictionnaire de la langue française, Ed. Le Robert, 2009.

Nouveau Larousse encyclopédique, Larousse, 1994.

B. Manuels et Cours

R. AGO, « Le délit international », *RCADI*, 1939, t. 68, p. 415 et s.

Ph. ALSTON, « Establishing a Right to Petition under the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights », *Collected Courses of the Academy of European Law*, vol. IV/2, Oxford University Press, p. 107-152.

D. ANZILOTTI, *Cours de droit international*, LGDJ, Université Panthéon-Assas, 1999, 534 p.

H. ASCENSIO, E. DECAUX, A. PELLET (dir.), *Droit international pénal*, Pédone, 2000, 1053 p.

Ch. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, PUF, coll. « Droit fondamental », 1997, 379 p.

G. BURDEAU, *Manuel de droit public : les libertés publiques, les droits sociaux*, LGDJ, 1948, 360 p.

G. BURDEAU, *Traité de science politique, t. VI, L'État libéral et les techniques politiques de la démocratie gouvernée*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1987, 810 p.

F. CAPOTORTI, « Cours général de droit international public », *RCADI*, 1994, t. 248, p. 13 et s.

J. CARBONNIER, *Sociologie Juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 2^{ème} éd., 2004, 416 p.

A. CASSESE, *International Law*, Oxford University Press, 2^{ème} éd., 2005, 558 p.

R. CASSIN, « La Déclaration universelle et la mise en œuvre des droits de l'homme », *RCADI*, 1951, t. 79, p. 241-367.

J.-J. CHEVALLIER, *Histoire des institutions et des régimes politiques de la France de 1789 à 1958*, Armand Colin, 9^{ème} éd., 2001, 748 p.

J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public*, Montchrestien, 9^{ème} éd., 2010, 820 p.

L. CONDORELLI, « L'imputation à l'État d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances », *RCADI*, 1984, t. 189, p. 12-221.

J. CRAWFORD, « Multilateral Rights and Obligations in International Law », *RCADI*, 2006, t. 319, p. 325-482.

P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, N. QUOC DINH, *Droit international public*, LGDJ, 8^{ème} éd., 2009, 1709 p.

L. DUGUIT, *Manuel de droit public, t. I, droit constitutionnel*, Fontemoing, 1907, 1140 p.

L. DUGUIT, *Manuel de droit Constitutionnel : théorie générale de l'État, le droit et l'État, les libertés publiques, organisation politique*, E. de Boccard, 1918, 598 p.

P.-M. DUPUY, « Le fait générateur de la responsabilité internationale des états », *RCADI*, 1984, t. 188, p. 9-133.

P.-M. DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international : cours général de droit international public (2000) », *RCADI*, 2002, t. 297, 499 p.

R. ERGEC, *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, 2^{ème} éd., 2006, 271 p.

A. ESMEIN, *Éléments de droits constitutionnel*, 5^{ème} éd., L. Larose & L. Tenin, 1909, 1154 p.

- A. ESMEIN, *Droit constitutionnel français et comparé*, 6^{ème} éd. revue par J. BARTHÉLEMY, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1914, 1246 p.
- L. FAVOREU et al., *Droit Constitutionnel*, Dalloz, 15^{ème} éd., 2013, 1077 p.
- L. FAVOREU et al., *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2009, 685 p.
- M. FROMONT, A. RIEG, *Introduction au droit allemand*, éd. Cujas, 2 t., 1977 et 1984, 252 p. et 428 p.
- C. GREWE, H. RUIZ-FABRI, *Droit Constitutionnel européen*, PUF, 1995, 661 p.
- D. J. HARRIS, M. O'BOYLE, C. WARBRICK, *European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2^d ed., 2009, 902 p.
- M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 2^{ème} éd., 1916, 828 p.
- M. LEVINET, *Théorie générale des droits et Libertés*, Bruylant, 4^{ème} éd., 2012, 828 p.
- F. A. MANN, « The doctrine of Jurisdiction in International Law », *RCADI*, 1964-I, vol. 82, p. 9-162
- B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, « Quelques problèmes de la mise en œuvre de la déclaration universelle des droits de l'homme », *RCADI*, 1953, t. 83, p. 255-351.
- M. MORABITO, *Histoire constitutionnelle de la France (1789-1958)*, Montchrestien, 11^{ème} éd., 2010, 431 p. 12^{ème} éd., 2012, 548 p.
- J.-Y. MORIN, « L'État de droit : émergence d'un principe du droit international », *RCADI*, 1995, t. 254, p. 229 et s.
- G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie générale des droits fondamentaux*, LGDJ, 2004, 497 p.
- R. PISILLO MAZZESCHI, « Responsabilité de l'État pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme », *RCADI*, 2008, t. 333, p. 176-506.
- P. REUTER, *Droit international public*, PUF, coll. « Thémis », 1^{ère} éd., 1958, 443 p.
- P. REUTER, « Principes de droit international public », *RCADI*, 1961, t. 103, p. 425-655.
- F. RIGAUX, *Introduction à la science du droit*, Éd. Vie Ouvrière, 1974, 407 p.
- Ch. ROUSSEAU, *Droit international public*, Dalloz, 11^{ème} éd., 1987, 495 p.
- Ch. ROUSSEAU, *Droit international public, t. V, Les rapports conflictuels*, Sirey, 1983, 504 p.
- F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF, coll. « Droit fondamental », 10^{ème} éd., 2011, 925 p.
- J. RIVERO, *Les libertés publiques, vol. 1, Les droits de l'homme*, PUF, 1973, 275 p.
- J. RIVERO et H. MOUTOUH, *Libertés publiques, t.,1*, PUF, coll. « Thémis », 9^{ème} éd., 2003, 271 p.
- K. STRUPP, *Éléments de droit international public*, 2^{ème} éd., Paris, 1930, 3 vol., 877 p.
- K. STRUPP, « Les règles générales du droit de la paix », *RCADI*, 1934, t. 47, p. 259-590.
- Ch. TOMUSCHAT, « Human Rights between Idealism and Realism », 2^d ed., *The Collected Courses of the Academy of European Law*, vol. XIII/1, Oxford University Press, 2008, 414 p.
- J. TOUCHARD (dir.), *Histoire des idées politiques*, 2 t., PUF, coll. « Quadrige », 2^{ème} éd., 2005, 870 p.

- K. VASAK, « Le droit international des droits de l'homme », *RCADI*, 1974, t. 140, p. 343-415.
- K. VASAK (dir.), *Les dimensions internationales des droits de l'homme, manuel destiné à l'enseignement des droits de l'homme dans les universités*, Unesco, 1978, 780 p.
- J. VERHOEVEN, *Droit international public*, Larcier, 2000, 856 p.
- C. VILLÁN DURÁN, *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*, Editorial Trotta, 2002, 1028 p.
- P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, Dalloz, 6^{ème} éd., 2009, 730 p.
- E. ZOLLER, *Droit constitutionnel*, PUF, coll. « droit fondamental », 2^{ème} éd., 1999, 642 p.

C. Autres Ouvrages

- J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, *Les obligations positives en vertu de la CEDH. Un guide pour la mise en œuvre de la CEDH*, Ed. du Conseil de l'Europe, Précis sur les droits de l'homme, n° 7, 2006, 72 p.
- J. ALLARD et A. GARAPON, *Les juges dans la mondialisation, la nouvelle révolution du droit*, Seuil, La République des Idées, 2005, 94 p.
- C. F. AMERASINGHE, *State Responsibility for Injuries to Aliens*, Clarendon Press, 1967, 324 p.
- P. BON, D. MAUS, *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Dalloz, 2008, 808 p.
- N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, trad. M. Guéret, Ch. Agostini, préface R. Guastini, Bruylant, LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1998, 286 p.
- M. BOSSUYT, *Guide to the "travaux préparatoires" of the International Covenant on Civil and Political Rights*, M. Nijhoff, 1987, 851 p.
- L. BURGORGUE-LARSEN, A. ÚBEDA DE TORRES, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruylant, 2008, 995 p.
- G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne*, Seuil, 2001, 329 p.
- S. BREYER, *La Cour suprême, l'Amérique et son histoire*, trad. J. F. HEL GUEDJ, O. Jacob, 2011, 365 p.
- J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, Montchrestien, 5^{ème} éd., 2010, 158 p.
- J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2008, 266 p.
- G. COHEN-JONATHAN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Economica PUAM, 1989, 616 p.
- M.C.R. CRAVEN, *The International Covenant of Economic, Social and Cultural Rights : a Perspective on its Development*, Oxford Clarendon Press, 1995, 413 p.
- J. CRAWFORD, *Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État, textes et commentaires*, Pedone, 2003, 461 p.
- F.-R. et P. DARESTE, *Les Constitutions modernes*, Chalamel, 2^{ème} éd., 1891, 2 t., 686 et 687 p.

- M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit (I), Le relatif et l'universel*, Seuil 2004, 413 p.
- M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit (III), La refondation des pouvoirs*, Seuil, 2007, 299 p.
- M. DE SALVIA, *Compendium de la CEDH. Les principes directeurs de la jurisprudence relative à la Convention européenne des droits de l'homme, Jurisprudence de 1960 à 2002*, N.P. Engel, 2003, 865 p.
- A. V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 1^{ère} éd. 1885, 10^{ème} éd., MacMilan, St Martin's Press, 1961, 535 p.
- M. FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Dalloz, 1996, 140 p.
- S. FREDMAN, *Human Rights Transformed : Positive Rights and Positive Duties*, Oxford University Press, 2008, 261 p.
- A. GARAPON, *La République pénalisée*, Hachette, 1996, 140 p.
- S. GARCÍA RAMÍREZ, *Los Derechos Humanos y la Jurisdicción Interamericana*, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1^a ed., México, 2002, 170 p.
- J. GODECHOT, *Les Constitutions de la France depuis 1789*, Flammarion, 1979, 508 p.
- R. GOY, *La Cour internationale de justice et les droits de l'homme*, Bruylant, Nemesis, coll. « Droit et justice », 2002, 222 p.
- S. GREER, *The European Convention on Human Rights, Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge University Press, 2006, 365 p.
- L. HENNEBEL, *La Convention américaine des droits de l'homme, mécanismes de protection et étendue des droits et libertés*, Bruylant, 2007, 737 p.
- L. HENNEBEL, *La jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations Unies*, Bruylant, 2007, 582 p.
- S. HOLMES, C. R. SUNSTEIN, *The Cost of Rights*, W. W. Norton & Company, 1999, 255 p.
- G. JELLINEK, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen, contribution à l'histoire du droit constitutionnel moderne*, trad. G. Fardis, Fontemoing, 1902, 101 p.
- G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit. Deuxième partie. Théorie juridique de l'État*, Ed. V. Giard et E. Brière, 1911, rééd., Ed. Panthéon Assas, trad. G. Fardis, 2005, 593 p.
- O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, PUF, coll. « Léviathan », 2005, 364 p.
- S. JOSEPH, J. SCHULTZ, M. CASTAN, *The international covenant on civil and political rights, cases, materials and commentary*, Oxford University Press, 2nd éd., 2004, 985 p.
- H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Bruylant, LGDJ, trad. Ch. Eisenmann, 1999, 367 p.
- R. KOLB, *Interprétation et création du droit international, Esquisse d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*, Bruylant, 2006, 959 p.
- L. LAMARCHE, *Perspectives occidentales du droit international des droits économiques de la personne*, Bruylant, coll. « Droit international », 1995, 513 p.
- E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de*

- l'homme, Dossier sur les Droits de l'homme*, n° 19, Ed. du Conseil de l'Europe, 2^{ème} éd., 2008, 86 p.
- M. de S.-O.-I.E. LASSER, *Judicial Transformations, the Rights Revolution in the Courts of Europe*, Oxford University Press, 2009, 341 p.
- Ph. LEACH, C. PARASKEVA, G. UZELAC, *International Human Rights & Fact Finding*, Human Rights & Social Justice Research Institute, 2009, 178 p.
- W. LEISNER, *Grundrechte und privatrecht*, Beck, 1960, 414 p.
- M. LEVINET, *Droits et libertés fondamentaux*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2010, 126 p.
- D. LOCHAK, *Les droits de l'homme*, Éditions La Découverte, 3^{ème} éd., 2009, 127 p.
- J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, 5^{ème} éd. 2011, 177 p.
- T. MERON, *The Humanization of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 551 p.
- J. MOURGEON, *Les droits de l'homme*, PUF, 8^{ème} éd., 2003, 127 p.
- A. R. MOWBRAY, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart Publishing, 2004, 239 p.
- A. R. MOWBRAY, *Cases and Materials on the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2^{ème} éd., 2007, 1058 p.
- M. NOWAK, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, Engel, 2^{ème} éd., 2005, 1277 p.
- F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit, les directives d'interprétation en droit*, Bruylant, 1989, 334 p.
- C. OVEY, R. C. A. WHITE, *Jacobs and White, The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 4^{ème} éd., 2006, 591 p.
- E. PALMER, *Judicial Review, Socio-Economic Rights and the Human Rights Act*, Hart Publishing, 2007, 345 p.
- J. F. PERRIN, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, librairie Droz, 1979, 177 p.
- F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, LGDJ, 1990, 849 p.
- F. ROUVILLOIS, *Les déclarations des droits de l'homme*, Flammarion, 2009, 271 p.
- B. SANTOSCOY, *La Commission interaméricaine des droits de l'homme et le développement de sa compétence par le système des pétitions individuelles*, PUF, Publications de l'Institut Universitaire des Hautes Études internationales, 1995, 209 p.
- H. SHUE, *Basic Rights : Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy*, Princeton University Press, 2^{ème} éd., 1996, 236 p.
- G. SOULIER, *Nos droits face à l'État*, Seuil, 1981, 252 p.
- H. J. STEINER, Ph. ALSTON, R. GOODMAN, *International Human Rights in Context : Law, Politics, Morals*, Oxford University Press, 3^{ème} éd., 2008, 1492 p.
- B. STIRN, D. FAIRGRIEVE, M. GUYAUMAR, *Droits et libertés en France et au Royaume-Uni*, Odile Jacob, 2006, 300 p.
- F. SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'homme*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 8^{ème} éd.,

2010, 126 p.

H. TIGROUDJA, I. K. PANOUSSIS, *La Cour interaméricaine des droits de l'homme – Analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse*, Bruylant, 2003, 330 p.

M. TUSHNET, *Weak Courts, Strong Rights, Judicial Review and Social Welfare in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press, 2008, 272 p.

M. VAN DE KERCHOVE et F. OST, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Facultés Universitaires de Saint Louis, 1987, 602 p.

M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, coll. « Quadrige », 2008, 169 p.

M. VILLEY, *Philosophie du droit, Définitions et fins du droit, Les moyens du droit*, Dalloz, 2001, 339 p.

J. VELU, R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1990, 1185 p.

P. WACHSMANN, *Les droits de l'homme*, Dalloz, coll. « connaissance du droit », 5^e éd., 2008, 187 p.

E. WYLER, *L'illicite et la condition des personnes privées, La responsabilité internationale en droit coutumier et dans la Convention européenne des droits de l'homme*, Pedone, 1995, 361 p.

K. ZEMANEK et J. SALMON, *Responsabilité internationale*, Pedone, 1987, 235 p.

E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Dalloz, 2010, 922 p.

D. Thèses et mémoires

M. AFROUKH, *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, coll. « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », 2011, 622 p.

J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français : Conseil constitutionnel, Cour de justice des communautés européennes et Cour européenne des droits de l'homme*, LGDJ, 1998, 663 p.

B. BELDA, *Les droits de l'homme des personnes privées de liberté, Contribution à l'étude du pouvoir normatif de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2010, 745 p.

X. BIOY, *Le concept de personne humaine en droit public : recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Dalloz, 2003, 913 p.

M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 1993, 689 p.

M. BOUMGHAR, *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, Pedone, 2010, 404 p.

A.-B. CAIRE, *Relecture du droit des présomptions à la lumière du droit européen des droits de l'homme*, Pedone, 2012, 436 p.

D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, LGDJ, coll.

« bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2001, 343 p.

J. CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance : Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff, 2009, 668 p.

A. CLAPHAM, *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford, Clarendon Press, 1993, 385 p.

O. CORTEN, *L'utilisation du "raisonnable" par le juge international : discours juridique, raison et contradictions*, Bruylant, 1997, 696 p.

A. DEBET, *L'influence de la CEDH sur le droit civil*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque des Thèses », 2002, 998 p.

O. DE FROUVILLE, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international*, Pedone, 2004, 561 p.

P. DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Dalloz, 2006, 680 p.

B. DELZANGLES, *Activisme et Autolimitation de la Cour européenne des droits de l'homme*, LGDJ, Fondation Varenne, 2009, 565 p.

A. DAUTERIBES, *Les idées politiques d'Édouard Laboulaye : 1811-1883*, Th. Montpellier, dact., 1989, 604 p.

X. DIMITRIS, *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, Routledge, 2012, 231 p.

H. DIPLA, *La responsabilité de l'État pour violation des droits de l'homme, problèmes d'imputation*, Pedone, 1994, 116 p.

P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2011, 745 p.

L. DUTHEIL-WAROLIN, *La notion de vulnérabilité de la personne physique en droit privé*, Th. Limoges, dact., 2004, 651 p.

M. EUDES, *La pratique judiciaire interne de la Cour européenne des droits de l'homme*, Pedone, 2005, 564 p.

C. FERCOT, *La protection des droits fondamentaux dans l'État fédéral, Étude de droit comparé allemand, américain et suisse*, Fondation Varenne, 2011, 819 p.

N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés : émergence d'un concept en droit administratif français du XIX^{ème} au XX^{ème} siècle*, Dalloz, 2003, 805 p.

M. FOROWICZ, *The Reception of International Law in the European Court of Human Rights*, Oxford University Press, 2010, 421 p.

L. GAY, *Les « droits-créances » constitutionnels*, Bruylant, coll. « Droit public comparé et européen », 2007, 826 p.

K. GRABARCZYK, *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUAM, 2008, 558 p.

D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité. Étude de droit des personnes et de la famille*, LGDJ, 2000, 520 p.

I. HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, Ant. N. Sakkoulas, Bruylant, Nomos Verlagsgesellschaft, 2008, 693 p.

- N. HAUPAIS, *Le droit international et l'organisation interne de l'État*, Th. Paris II, dact., 2003, 696 p.
- L. HENNEBEL, *Le régionalisme comme garant de l'universalisme des droits de l'homme : le cas du mécanisme de recours individuel de la Convention américaine des droits de l'homme*, Université Libre de Bruxelles, 2005, 575 p.
- C. HUSSON-ROCHCONGAR, *Droit international des droits de l'homme et valeurs, Le recours aux valeurs dans la jurisprudence des organes spécialisés*, Bruylant, coll. « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », 2012, 989 p.
- P. JACOB, *L'imputation d'un fait à l'État en droit international de la responsabilité*, Th. Rennes 1, dact., 2010, 454 p.
- F. JACQUEMOT, *Le standard européen de société démocratique*, Université Montpellier 1, Collection Thèses n° 4, 2006, 713 p.
- E. LAMBERT, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, Bruylant, 1999, 624 p.
- G. LETSAS, *A theory of interpretation of the european convention on human rights*, Oxford University Press, 2007, 145 p.
- M. R. MADSEN, *La genèse de l'Europe des droits de l'homme, Enjeux juridiques et stratégies d'État (France, Grande Bretagne et pays scandinaves, 1945-1970)*, Presses universitaires de Strasbourg, coll. « sociologie politique européenne », 2010, 333 p.
- B. MAURER, *Le principe de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, La Documentation Française, 1999, 555 p.
- T. MEINDL, *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, LGDJ, 2003, 514 p.
- P. MEYER-BISCH, *Le corps des droits de l'homme, L'indivisibilité comme principe d'interprétation et de mise en œuvre des droits de l'homme*, Ed. universitaire de Fribourg, 1992, 401 p.
- L. MILANO, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, collection « Nouvelle bibliothèque de Thèses », Dalloz, 2006, 674 p.
- M. MILANOVIC, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties : law, principles, and policy*, Oxford University Press, 2011, 276 p.
- P. MONTANÉ DE LAROQUE, *L'inertie des pouvoirs publics*, Imprimerie moderne, 1950, 547 p.
- B. MOUTEL, *L'« effet horizontal » de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français. Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, Th. Limoges, 2006, dact., 501 p.
- P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme, Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005, 2 vol., 734 p.
- C. NIVARD, *La justiciabilité des droits sociaux, étude de droit conventionnel européen*, Bruylant, coll. « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », 2012, 810 p.
- F. OUGUERGOUZ, *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, une approche juridique des droits de l'homme entre tradition et modernité*, PUF, Publications de l'institut

universitaire des hautes études internationales, Genève, 1993, 479 p.

K. PANAGOULIAS, *La procéduralisation des droits substantiels garantis par la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2011, 108 p.

I. PANOUSSIS, *La combinaison normative : recherche sur une méthode d'interprétation au service des droits de l'homme*, Th. Lille II, dact., 2006, 613 p.

A. PERRIN, *L'injonction en droit public français*, Ed. Panthéon Assas, 2009, 917 p.

M. PICHARD, *Le droit à, Étude de la législation française*, Economica, 2006, 566 p.

C. PICHERAL, *L'ordre public européen, Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, La documentation française, 2001, 426 p.

S. PLATON, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, Fondation Varenne, 2008, 716 p.

D. RIBES, *L'État protecteur des droits fondamentaux, Recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées*, Th. Aix Marseille III, dact., 2005, 500 p.

D. ROMAN, *Le droit public face à la pauvreté*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 2002, 487 p.

S. ROUXEL, *Recherches sur la distinction du dommage et du préjudice en droit civil français*, Th. Grenoble, dact., 1994, 340 p.

X.- B. RUEDIN, *Exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Helbing Lichtenhahn, LGDJ, Bruylant, coll. « droit international public », 2009, 442 p.

L. SASSO, *Les obligations positives en matière de droits fondamentaux, Étude comparée de droit allemand, européen et français*, Th. Caen, dact., 1999, 384 p.

O. de SCHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américains et européens*, Bruylant, 1999, 1164 p.

D. SZYMCZAK, *La Convention européenne des droits de l'Homme et le juge constitutionnel national*, Bruylant, 2006, 849 p.

L. SEMINARA, *Les effets des arrêts de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruylant, coll. « Droit et justice », 2009, 480 p.

M. SEPÚLVEDA, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Intersentia, 2003, 478 p.

D. SIMON, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales. Morphologie des convention et fonction juridictionnelle*, Pedone, 1981, 936 p.

R. SODINI, *Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels*, Montchrestien, Cedin Paris X-Nanterre, Perspectives internationales n° 18, 2000, 220 p.

X. SOUVIGNET, *La prééminence du droit dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, coll. « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », 2012, 574 p.

D. SPIELMANN, *L'effet potentiel de la CEDH entre personnes privées*, Bruylant, 1995, 160 p.

J. TOUSCOZ, *Le principe d'effectivité dans l'ordre international*, LGDJ, 1964, 280 p.

S. TOUZÉ, *La protection des droits des nationaux à l'étranger, recherche sur la protection diplomatique*, Pedone, 2007, 513 p.

H. TRAN, *Les obligations de vigilance des États parties à la CEDH – Essai sur la transposition en droit européen des droits de l'homme d'un concept de droit international général*, Th. Strasbourg, dact., 2011, 552 p.

A. VIDAL NAQUET, *Les garanties légales des exigences constitutionnelles dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Éd. Panthéon-Assas, 2007, 671 p.

S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, Presses Universitaires de Saint Louis, 2001, 785 p.

F. VOEFFRAY, *L'actio popularis ou la défense de l'intérêt collectif devant les juridictions internationales*, PUF, 2004, 403 p.

P. A. ZANNAS, *La responsabilité internationale des États pour les actes de négligence*, Université de Genève, Institut universitaire de hautes études internationales, 1952, 146 p.

E. Ouvrages collectifs

E. BREMS (ed.), *Conflicts between Fundamental Rights*, Intersentia, 2008, 690 p.

L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE, F. PICOD (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article. Partie II. La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, Bruylant, 2005, 837 p.

Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruylant, Presses Universitaires de Saint Louis, 2007, 634 p.

V. CHAMPEIL-DESPLATS, D. LOCHAK (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Presses Universitaires de Paris 10, 2008, 265 p.

F. COOMANS, M. KAMMINGA (ed.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Intersentia, Antwerp, 2004. 281 p.

J. CRAWFORD, A. PELLET, S. OLLESON (ed.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, 2010, 1296 p.

E. DECAUX (dir.), *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Commentaire article par article*, Economica, 2011, 996 p.

M. DELMAS MARTY (dir.), *Raisonner la raison d'État*, PUF, 1989, 512 p.

O. DE SCHUTTER, N. LEBESSIS et J. PATERSON (dir.), *La gouvernance dans l'Union européenne*, Luxembourg, OPOCE, 2001, 334 p.

P. DOURNEAU-JOSETTE et E. LAMBERT-ABDELGAWAD (dir.), *Quel filtrage des requêtes par la Cour européenne des droits de l'homme ?*, Ed. du Conseil de l'Europe, 2011, 567 p.

A. EIDE, C. KRAUSE, A. ROSAS (ed.), *Economic, Social and Cultural Rights : a Textbook*, Martinus Nijhoff, 1995, 506 p.

L. FAVOREU, L. PHILIP et al., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 16^{ème} éd.,

2011, 591 p.

M. FITZMAURICE, D. SAROOSHI (ed.), *Issues of State Responsibility before International Judicial Institution*, Hart, 2004, 236 p.

D. HANSCHERL, S. GRAF VON KIELMANSEGG, U. KISCHEL, R. LORZ, *Praxis des internationalen Menschenrechtsschutzes-Entwicklungen und Perspektiven*, Boorberg, 2008.

L. HENNEBEL, A. VAN WAHEYENBERGE (dir.), *Exceptionnalisme américain et droits de l'homme*, Dalloz, 2009, 366 p.

L. HENNEBEL, H. TIGROUDJA (dir.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme, en l'honneur du 40^{ème} anniversaire de la Convention américaine des droits de l'homme*, Pedone, 2009, 413 p.

INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ, *Le rôle du droit comparé dans l'avènement du droit européen*, Schulthess, 2002, 206 p.

E. JOUANNET, H. RUIZ-FABRI, J.-M. SOREL (dir.), *Regard d'une génération sur le droit international*, Pedone, 2008, 462 p.

M. T. KAMMINGA, M. SCHENIN (ed.), *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, Oxford University Press, 2009, 258 p.

M. KAMTO (dir.), *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Bruylant, 2011, 1628 p.

E. LAMBERT ABDELGAWAD, K. MARTIN-CHENUT, *Réparer les violations graves et massives des droits de l'homme : la Cour interaméricaine, pionnière et modèle ?*, Société de législation comparée, Coll. de l'UMR de droit comparé de Paris, vol. 20, 2010, 334 p.

A. LAPEYRE, F. de TINGUY, K. VASAK (dir.), *Les dimensions universelles des droits de l'homme*, vol. 1, Bruylant, 1990, 318 p.

M. LEVINET (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruylant, coll. « Droit et Justice », 2010, 378 p.

D. LOCHAK (dir.), *Mutations de l'État et protection des droits de l'homme*, Presses Universitaires de Paris 10, 2006, 250 p.

J.-P. MARGUÉNAUD (dir.), *CEDH et droit privé, L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, La Documentation Française, 2001, 253 p.

D. OLIVER, J. FEDTKE (ed.), *Human Rights and the Private Sphere, a Comparative Study*, Routledge-Cavendish, 2007, 608 p.

L.-E. PETTITI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Economica, 2^{ème} éd., 1999, 1230 p.

D. ROMAN (dir.), « *Droits des pauvres pauvres droits ?* », *Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, Mission de recherche droit et justice, 2010, 461 p.

A. SAJO, R. UITZ (ed.), *The Constitution in Private Relations : Expanding Constitutionalism*, Eleven international Publishing, 2005, 322 p.

A. SÉRIAUX (dir.), *Le droit, la médecine et l'être humain*, PUAM, 1996, 274 p.

- J.-F. SIX (dir.), 1989, *les droits de l'homme en question : livre blanc*, La documentation française, 1989, 379 p.
- F. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET, G. GONZALEZ, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 6^{ème} éd., 2011, 902 p.
- C. THIBIERGE *et al.*, *La force normative*, Bruylant, LGDJ, 2009, 891 p.
- C.-H. THUAN (dir.), *Multinationales et droits de l'homme*, PUF, 1984, 220 p.
- UNESCO, *Autour de la nouvelle Déclaration universelle des droits de l'homme*, Sagittaire, 1949, 236 p.
- M. VERDUSSEN (dir.), *L'Europe de la subsidiarité*, Bruylant, 2000, 283 p.

F. Mélanges

- Recueils d'études à la mémoire de G. APOLLIS, *Perspectives du droit international et européen*, Pedone, 1992, 257 p.
- Essays in Honour of P. BAEHR, *The Role of the Nation State in the 21th Century, International Organisation and Foreign Policy*, Kluwer Law International, 1998, 504 p.
- Liber Amicorum in Honour of R. BLANPAIN, *Labour Law and Industrial Relations at the Turn of the Century*, Kluwer, 1998, 878 p.
- Mélanges dédiés à B. BOULOC, *Les droits et le droit*, Dalloz, 2007, 1195 p.
- Mélanges R. CASSIN, t. III, *La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées*, Pedone, 1971, 325 p.
- Études offertes à J.-J. CHEVALLIER, *Histoire des idées et idées sur l'histoire*, Ed. Cujas, 1977, 274 p.
- Mélanges en l'honneur du doyen G. COHEN-JONATHAN, *Libertés, justice, tolérance*, Bruylant, 2004, 1784 p.
- Mélanges en l'honneur de J.-P. COSTA, *La conscience des droits*, Dalloz, 2011, 710 p.
- Mélanges en l'honneur de L. DUBOUIS, *Au carrefour des droits*, Dalloz, 2002, 901 p.
- Études en l'honneur de G. DUPUIS, *Droit public*, LGDJ, 1997, 338 p.
- Liber Amicorum M.-A. EISSEN, Bruylant, LGDJ, 1995, 487 p.
- Écrits en hommage à J. FOYER, *Auteur et législateur, Leges tulit, jura docuit*, PUF, 1997, 491 p.
- Mélanges en l'honneur de M. FROMONT, *Les droits individuels et le juge en Europe*, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, 473 p.
- Études en l'honneur de J.C. GAUTRON, *Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Pedone, 2004, 823 p.
- Mélanges R. GOY, *Du droit interne au droit international*, Publication de l'Université de Rouen,

1998, 484 p.

Amicorum Liber H. GROS ESPIELL, *Personne humaine et droit international*, Bruylant, 1997, 2 vol., 1849 p.

I. BUFFARD, J. CRAWFORD, A. PELLET, S. WITTICH (ed.), *International Law between Universalism and Fragmentation : Festschrift in Honour of Gerhard HAFNER*, Martinus Nijhoff, 2008, 1083 p.

Mélanges en hommage à P. LAMBERT, *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Bruylant, 2000, 1072 p.

Mélanges en l'honneur de D. G. LAVROFF, *La Constitution et les valeurs*, Dalloz, 2005, 615 p.

Mélanges en l'honneur au Doyen Y. MADIOT, *Territoires et liberté*, Bruylant, 2000, 513 p.

Liber amicorum M. MAHIEU, Larcier, 2008, 531 p.

Études en l'honneur du professeur G. MALINVERNI, *Les droits de l'homme et la Constitution*, Schulthess, Collection Genevoise, 2007, 469 p.

Études offertes au professeur M. MIAILLE, *Le droit figure du politique*, Université Montpellier 1, 2008, 2 vol., 974 p. et 600 p.

Études J. MOURGEON, *Pouvoir et Liberté*, Bruylant, 1998, 703 p.

Mélanges en l'honneur du professeur R. OTTENHOF, *Le champ pénal*, Dalloz, 2006, 469 p.

Mélanges en l'honneur du professeur P. J. PARARAS, *Les droits de l'homme en évolution*, Ant. N. Sakkoulas, Bruylant, 2009, 578 p.

Mélanges en l'honneur du doyen L. E. PETTITI, Bruylant, 1998, 791 p.

Ch. SWINARSKI (dir.), *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-rouge en l'honneur de Jean PICTET*, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, 1143 p.

Mélanges en l'honneur de M. PRIEUR, *Pour un droit commun de l'environnement*, Dalloz, 2007, 1740 p.

M. RAGAZZI (ed.), Essays in Memory of O. SCHACHTER, *International Responsibility Today*, Brill, 2005, 472 p.

Mélanges offerts à P. REUTER, *Le droit international : unité et diversité*, Pedone, 1981, 584 p.

Mélanges J. ROBERT, *Libertés*, Montchrestion, 1998, 569 p.

Mélanges en l'honneur de Ch. L. ROZAKIS, *La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant*, Bruylant, 2011, 762 p.

Mélanges en l'honneur de R. RYSSDAL, *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne*, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, 1587 p.

Mélanges offerts à R. SAVATIER, Dalloz, 1965, 972 p.

Recueil d'études à la mémoire de J. SCHWOB, *Le droit des organisations internationales*, Bruylant, 1997, 362 p.

Études à la mémoire de W. STRASSER, *Trente ans de droit européen des droits de l'homme*, Bruylant, 2007, 308 p.

Mélanges en l'honneur de N. VALTICOS, *Droit et Justice*, Pedone, 1999, 705 p.

F. AINSE (éd.), K. VASAK Amicorum Liber, *Les droits de l'homme à l'aube du XXI^{ème} siècle*, Bruylant, 1999, 1183 p.

Mélanges offerts à J. VELU, *Présence du droit public et des droits de l'homme*, Bruylant, 1992, 3 t., 1931 p.

Mélanges en l'honneur de G. J. WIARDA, *Protection des droits de l'homme : la dimension européenne*, Carl Heymans Verlag KG, 1988, 750 p.

Colloque en l'honneur du professeur L. WILDHABER, *Nouveaux défis et perspectives pour la protection des droits de l'homme*, Nomos, 2008, 72 p.

G. Colloques et journées d'études

A. D. E. A. G. E. (dir.), *Juger les droits sociaux*, Pulim, 2004, 133 p.

J.-F. AKANDJI-KOMBÉ et S. LECLERC (dir.), *La Charte sociale européenne*, Actes des premières Rencontres européennes organisées à Caen le 17 mars 2000, Bruylant, 2001, 207 p.

N. ALIPRANTIS (dir.), *Les droits sociaux dans les instruments européens et internationaux, défis à l'échelle mondiale*, Bruylant 2008, coll. « rencontres européennes », 441 p.

Ph. ALSTON et K. TOMAŠEVSKI (ed.), *The Right to Food*, Utrecht, SIM, 1984, 228 p.

M. BORGHI, P. MEYER-BISCH (dir.), *Société civile et indivisibilité des droits de l'homme*, Editions universitaires Fribourg, 2000, 438 p.

P. BOURETZ (dir.), *La force du droit, Panorama des débats contemporains*, Esprit, 1991, 274 p.

E. BRIBOSIA, L. HENNEBEL (dir.), *Classer les droits de l'homme*, Bruylant, 2004, 398 p.

O. CAYLA, M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ (dir.), *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, Bruylant, LGDJ, Publications de l'Université de Rouen n° 298, 2001, 239 p.

C.-A. CHASSIN (dir.), *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2006, 300 p.

G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUSS (dir.), *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2005, 276 p.

G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUSS (dir.), *La réforme du système de contrôle contentieux de la CEDH*, Bruylant, 2005, 256 p.

G. COHEN-JONATHAN, J.-F. FLAUSS, E. LAMBERT ABDELGAWAD (dir.), *De l'effectivité des recours internes dans l'application de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2006, 314 p.

COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME, *La Déclaration universelle des droits de l'homme, 1948-2008, Réalité d'un idéal commun ? Les droits économiques, sociaux et culturels en question*, La documentation Française, 2009, 236 p.

J. COOPER (ed.), *Understanding Human Rights principles*, Hart, 2001, 201 p.

P. COPPENS et J. LENOBLE (dir.), *Démocratie et procéduralisation du droit*, Bruylant, 2000, 437

p.

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, *Dialogue entre juges*, Conseil de l'Europe, 2005, 135 p.

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, *Dialogue entre juges*, Conseil de l'Europe, 2006, 136 p.

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, *Dialogue entre juges*, Conseil de l'Europe, 2007, 125 p.

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, *Dialogue entre juges*, Conseil de l'Europe, 2008, 164 p.

G. DARCY, V. LABROT, M. DOAT (dir.), *L'office du juge*, Sénat, 2006, 544 p.

E. DECAUX, H. THIERRY, (dir.), *Droit international et droits de l'homme, la pratique juridique française dans le domaine de la protection internationale des droits de l'homme*, Montchrestien, Cahiers du CEDIN n° 5, 1990, 296 p.

F. DELPÉRÉE (dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruylant, LGDJ, 2002, 538 p.

E. DUBOUT, S. TOUZÉ (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, 2010, 336 p.

H. DUMONT, F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruylant, 2005. 544 p.

P.-M. DUPUY (dir.), *Obligations multilatérales, droit impératif et responsabilité des États*, Pedone, 2003, 289 p.

L. FONTAINE (dir.), *Droit et pluralisme*, Bruylant, coll. « Droit et Justice », 2007, 398 p.

L. GAY, E. MAZUYER, D. NAZET-ALLOUCHE (dir.), *Les droits sociaux fondamentaux, entre droits nationaux et droit européen*, Bruylant, 2006, 289 p.

C. GREWE, F. BENOÎT-ROHMER (dir.), *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs*, Actes du colloque des 15 et 16 juin 2001 à Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2003, 182 p.

G. de GRAINE, B. de WITTE (éd.), *Social Rights in Europe*, Oxford University Press, 2005, 421 p.

O. JOUANJAN (dir.), *Figures de l'État de droit*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, 410 p.

R. HUESA VINAIXA et K. WELLENS (dir.), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Bruylant, 2006, 280 p.

G. KOUBI (dir.), *Le Préambule de la Constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques*, Actes du colloque d'Amiens, 1^{er} et 2 février 1996, PUF, 1996, 296 p.

F. KRENC, M. PUECHAVY (dir.), *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, coll. « Droit et Justice », 2008, 170 p.

M. LEVINET (dir.), *Le droit au respect de la vie au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2010, 342 p.

F. LICHÈRE, L. POTVIN SOLIS, A. RAYNOUARD (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Bruylant, coll. « Droit et Justice », 2004, 242 p.

L.-E. PETTITI et al., *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant Nemesis, coll.

« Droit et Justice », 1992, p. 101 p.

M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, coll. « Droit et Justice », 2001, 436 p.

M. REVENGA SÁNCHEZ, A. VIANA GARCÉS (dir.), *Tendencias jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos : derecho a la vida, libertad personal, libertad de expresión, participación política*, Tirant lo Blanch, 2008, 341 p.

A. H. ROBERTSON (ed.), *Privacy and Human Rights*, Manchester University Press, 1973, 475 p.

D. ROUSSEAU, F. SUDRE (dir.), *Conseil Constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, S.T.H., 1990, 232 p.

D. ROUSSEAU (dir.), *La démocratie continue*, Bruylant, LGDJ, 1995, 165 p.

F. SALERNO (dir.), *La nouvelle procédure devant la Cour européenne après le Protocole 14*, Bruylant, 2007, 174 p.

S.F.D.I., *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Pedone, 1998, 344 p.

S.F.D.I., *La Responsabilité dans le système international*, Pedone, 1991, 338 p.

S.F.D.I., *La juridictionnalisation du droit international*, Pedone, 2003, 545 p.

S.F.D.I., *L'État de droit en droit international*, Pedone, 2009, 447 p.

L.-A. SICILIANOS et Ch. BOURLOYANNIS-VRAILAS (ed), *The Prevention of Human Rights Violations*, M. Nijhoff, Ant. N. Sakkoulas, 2001, 303 p.

F. SUDRE (dir.), *Le droit Français et la Cour européenne des droits de l'homme 1974-1992*, Engel, 1994, 315 p.

F. SUDRE (dir.), *La protection des droits de l'homme par le Comité des droits de l'homme des nations unies, les communications individuelles*, IDEDH, 1995, 233 p.

F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, coll. « Droit et justice », 1998, 354 p.

F. SUDRE (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, coll. « Droit et justice », 2005, 336 p.

P. TAVERNIER (dir.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme ? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une « union plus étroite » (35 années de jurisprudence 1959-1994)*, Bruylant, 2005, 258 p.

P. TAVERNIER (dir.), *Regards sur les droits de l'homme en Afrique*, L'Harmattan, coll. « Presses universitaires des Sceaux », 2008, 306 p.

C. TEITGEN-COLLY (dir.), *50^{ème} anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2002, 322 p.

M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS, Ch. GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant, LGDJ, 2005, 203 p.

D. TURP et G. A. BEAUDOIN (dir.), *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne : actes des journées strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures*, Éd. Y. Blais, 1984, 722 p.

H. Ouvrages extra-juridiques

- A. -J. ARNAUD, *Entre modernité et mondialisation, Leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, LGDJ, 2^{ème} éd. 2004, 317 p.
- R. ARON, *Essai sur les libertés*, Hachette, 2005, réimp. de l'éd. de 1998, 251 p.
- C. AUDARD, *Qu'est ce que le libéralisme ? Éthique, politique, société*, Folio essais, 2009, 833 p.
- N. BOBBIO, *Libéralisme et démocratie*, Éd. du Cerf, 1996, 123 p.
- N. BOBBIO, *Le futur de la démocratie*, trad. S. Gherardi et J.-L. Pouthier, Seuil, coll. « La couleur des idées », 2007, 300 p.
- M. BORGETTO, R. LAFORE, *La République sociale, contribution à l'étude de la question démocratique en France*, PUF, 2000, 362 p.
- G. BURDEAU, *La démocratie*, Seuil, coll. « Points politique », nouv. éd., 1990, 184 p.
- G. BURDEAU, *Le libéralisme*, Seuil, 1979, 296 p.
- J.-J. CHEVALLIER, *Histoire de la pensée politique, t.3, La grande transition : 1789-1848*, Payot, 1984, 289 p.
- R. CHOUERI, *Charles Malek. Discours, droits de l'homme et ONU. Jubilé de la Déclaration universelle des droits de l'homme 1948-1998*, Félix Beryte, 1998, 501 p.
- CICÉRON, *De la République*, trad. Ch. Appuhn, Garnier-Flammarion, 1965, 250 p.
- B. CONSTANT, *Écrits politiques*, préface M. GAUCHET, Gallimard, 1997, 870 p.
- F. DE SMET, *Les droits de l'homme, Origine et aléas d'une idéologie moderne*, Cerf, 2001, 140 p.
- F. EWALD, *Histoire de l'État providence, les origines de la solidarité*, Grasset, 1996, 317 p.
- Ch. FAURÉ, *Les Déclarations des droits de l'homme de 1789*, Payot, 1992, 486 p.
- Ch. FAURÉ, *Ce que déclarer des droits veut dire : histoires*, PUF, 1997, 323 p.
- L. FERRY, A. RENAUT, *Philosophie politique -3- des droits de l'homme à l'idée républicaine*, PUF, 1985, 181 p.
- L. FERRY, A. RENAUT, *Philosophie politique*, PUF, coll. « Quadrige », 2007, 602 p.
- M. GAUCHET, *La Révolution des droits de l'homme*, Gallimard, 1989, 341 p.
- M. GAUCHET, *L'avènement de la Démocratie, I, La révolution moderne*, Gallimard, coll. « Bibliothèque des sciences humaines », 2007, 206 p.
- M. GAUCHET, *L'avènement de la Démocratie, II, La crise du libéralisme*, coll. « Bibliothèque des sciences humaines », Gallimard, 2007, 309 p.
- P. GERARD, *L'esprit des droit, philosophie des droits de l'homme*, Facultés universitaires de Saint Louis, 2007, 256 p.
- F. GUIZOT, *De la peine de mort en matière politique*, Paris, 1822, 185 p.
- G. HAARSCHER, *Philosophie des droits de l'homme*, Ed. de l'Université Libre de Bruxelles, 1^{ère} éd., 1987, 150 p.
- J. HABERMAS, *Droit et démocratie, entre faits et normes*, Gallimard, 1997, 552 p.

- J. HABERMAS, *Théorie et pratique*, Payot et Rivages, 2006, 522 p.
- F. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, 2. *Le mirage de la justice sociale*, PUF, coll. « Libre échange », 1982, 221 p.
- L. JAUME, *La liberté et la loi. Les origines philosophiques du libéralisme*, Fayard, 2000, 389 p.
- E. KANT, *Théorie et pratique, droit de mentir*, Librairie philosophique J. Vrin, 1992, 102 p.
- A. LAURENT, *Histoire de l'individualisme*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1993, 126 p.
- C. LEFORT, *Essais sur le politique*, coll. « Esprit », Le Seuil, 1986, 331 p.
- C. LEFORT, *L'invention démocratique : les limites de la domination totalitaire*, Fayard, 1981, 331 p.
- J. LOCKE, *Le second traité du gouvernement, Essai sur la véritable origine, L'étendue et la fin du gouvernement civil*, trad. et notes J.-F. SPITZ, PUF, 1994, 302 p.
- P. MANENT, *Histoire intellectuelle du libéralisme, 10 leçons*, Calmann-Levy, 1987, 250 p.
- K. MARX, *Les luttes de classes en France, 1848-1850*, Les éditions sociales, 1967, 221 p.
- F.-X. MERRIEN, *L'État-providence*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 3^{ème} éd., 2007, 127 p.
- C. -L. de S. MONTESQUIEU, *Œuvres complètes, II*, Texte présenté et annoté par R. CALLOIS, Gallimard, 1951, 1809 p.
- K. POPPER, *État paternaliste ou État minimal. Remarques théoriques et pratique sur la gestion de l'État démocratique*, Éditions de l'Aire, 1997, 76 p.
- J. RAWLS, *Théorie de la Justice*, trad. C. Audard, Seuil, 1997, 665 p.
- P. RICOEUR, *Le Juste*, Esprit, 1995, 221 p.
- P. ROSANVALLON, *Le moment Guizot*, Gallimard, 1985, 414 p.
- P. ROSANVALLON, *La crise de l'État providence*, Seuil, 1992, 183 p.
- P. ROSANVALLON, *La nouvelle question sociale, repenser l'État providence*, Seuil, 1995, 222 p.
- J. STUART MILL, *De la liberté*, trad., L. Lenglet à partir de la traduction de D. White, Gallimard, coll. « Folio essais », 1990, 242 p.
- A. de TOCQUEVILLE, *De la Démocratie en Amérique*, Garnier Flammarion, 1981, 2 t., 569 et 414 p.
- A. de TOCQUEVILLE, *Égalité sociale et liberté politique, une introduction à l'œuvre de Tocqueville, textes choisis et présentés par P. GIBERT, préface de R. RÉMOND*, Ed. Aubier-Montaigne, 1977, 254 p.
- F. WORMS, *Droits de l'homme et philosophie*, CNRS éd., 2009, 444 p.

II. Articles

A. Contributions dans des ouvrages collectifs

J. F. AKANDJI-KOMBÉ, « L'obligation positive d'enquête sur le terrain de l'article 3 CEDH », in C.-A. CHASSIN (dir.), *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 123-140.

J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, « Charte sociale européenne », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, coll. « Quadrige », 2008, p. 134-137.

J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, « Droits économiques, sociaux et culturels », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, coll. « Quadrige », 2008, p. 322-325.

E. A. ALKEMA, « The Third-Party Applicability of "Drittwirkung" of the European Convention on Human Rights », in *Mélanges en l'honneur de G. J. WIARDA, Protection des droits de l'homme : la dimension européenne*, Carl Heymans Verlag KG, 1988, p. 33-45.

E. A. ALKEMA, « The European Convention as a Constitution and its Court as a Constitutional Court », in *Mélanges en l'honneur de R. RYSSDAL, Protection des droits de l'homme : la perspective européenne*, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, p. 41-63.

D. ALLAND, « Observations sur le devoir international de protection de l'individu », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. COHEN-JONATHAN, Libertés, justice, tolérance*, Bruylant, 2004, p.13-30.

J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Les méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme, instrument de dialogue ? », in F. LICHÈRE, L. POTVIN SOLIS, A. RAYNOUARD (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Bruylant, coll. « Droit et Justice », 2004, p.167-192.

R. ARNOLD, « les développements des principes de base des droits fondamentaux par la Cour constitutionnelle allemande », in *Mélanges J. ROBERT, Libertés*, Montchrestion, 1998, p. 463-480.

H. ASCENSIO, « La notion de juridiction internationale en question », in S.F.D.I., *La juridictionnalisation du droit international*, Pedone, 2003, p. 163-202.

J. A. BARBERIS, « Una reflexión sobre el artículo 1, inciso 1, de la Convención americana sobre derechos humanos », in *Amicorum Liber H. GROS ESPIELL*, Bruylant, 1997, vol. 1, p. 77-92.

M. BEDJAOUÏ, « A propos de la place des droits de la personne humaine dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice », in *Mélanges en l'honneur de R. RYSSDAL, Protection des droits de l'homme : la perspective européenne*, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, p. 87-93.

F. BENOÎT-ROHMER, « De l'impact de la Convention européenne des droits de l'homme sur la juridictionnalisation du Comité européen des droits sociaux », in N. ALIPRANTIS, *Les droits sociaux dans les instruments européens et internationaux, défis à l'échelle mondiale*, Bruylant

2008, coll. « rencontres européennes », p. 235-252.

B. BERCUSSON, « Social and Labour Rights under the EU Constitution », in G. DE GRAINE, B. DE WITTE (éd.), *Social Rights in Europe*, Oxford University Press, 2005, p. 169-197.

V. BERGER, « La nouvelle Cour européenne des droits de l'homme : d'une jurisprudence à l'autre ? », in *Mélanges en l'honneur du doyen L. E. PETTITI*, Bruylant, 1998, p. 127-144.

R. BERNHARDT, « Thoughts on the Interpretation of Human-Rights Treaties », in *Mélanges en l'honneur de G. J. WIARDA, Protection des droits de l'homme : la dimension européenne*, Carl Heymans Verlag KG, 1988, p. 65-71.

L. BIEULES BÎNZARU, « Compétence *ratione temporis* », in P. DOURNEAU-JOSETTE et E. LAMBERT-ABDELGAWAD (dir.), *Quel filtrage des requêtes par la Cour européenne des droits de l'homme ?*, Ed. du Conseil de l'Europe, 2011, p. 151-164.

R. BIRK, « The Collective Complaint. A New Procedure in the European Social Charter », in *Liber amicorum in Honour of R. BLANPAIN, Labour Law and Industrial Relations at the Turn of the Century*, Kluwer, 1998, p. 261-274.

M. BORGHI, « Société civile et effectivité des droits de l'homme », in M. BORGHI, P. MEYER-BISCH (éd.), *Société civile et indivisibilité des droits de l'homme*, Editions universitaires Fribourg, 2000, p. 377-403.

M. BOSSUYT et O. LINS, « La prise en considération de la jurisprudence de Strasbourg par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies », in G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUSS (dir.), *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2005, p. 83-99.

M. BOSSUYT, « Les travaux préparatoires », in E. DECAUX (dir.), *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, Economica, 2011, p. 1-9.

S. BRACONNIER, « Faut-il avoir peur de la Cour EDH ? », in *Mélanges en l'honneur au Doyen Yves MADIOT, Territoires et liberté*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 223-306.

G. BRAIBANT, « L'avenir de l'État », in *Études en l'honneur de G. DUPUIS, Droit public*, LGDJ, 1997, p. 36-46.

L. BURGORGUE-LARSEN, « Article II-112 », in L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE, F. PICOD (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article. Partie II. La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, Bruylant, 2005, p. 658-688.

L. BURGORGUE-LARSEN, « La prohibition de la torture et ses équivalents dans le système interaméricain des droits de l'homme », in C.-A. CHASSIN, *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2006, p. 23-46.

L. BURGORGUE-LARSEN, « Les Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme et le "système onusien" », in E. DUBOUT, S. TOUZÉ (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, 2010, p. 91-115.

T. BURGUMENTAL, « The European and Inter-American Human Rights Courts : Beneficial Interaction », in *Mélanges à la mémoire de R. RYSSDAL, Protection des droits de l'homme : la perspective européenne*, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, p. 123-133.

L. CALFISH, « Le droit international et la Cour européenne des droits de l'homme », in COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, *Dialogue entre juges*, Conseil de l'Europe, 2007, p. 23-40.

- L. CAFLISCH, « L'application du droit international général par la Cour européenne des droits de l'homme », in I. BUFFARD, J. CRAWFORD, A. PELLET, S. WITTICH (ed.), *International law between universalism and fragmentation : festschrift in honour of Gerhard HAFNER*, Martinus Nijhoff, 2008, p. 627-647.
- J. CALLEWAERT, « Quel avenir pour la marge d'appréciation ? », in *Mélanges en l'honneur de R. RYSSDAL, Protection des droits de l'homme : la perspective européenne*, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, p. 147-166.
- J. CALLEWAERT, « La subsidiarité dans l'Europe des droits de l'homme : la dimension substantielle », in M. VERDUSSEN (dir.), *L'Europe de la subsidiarité*, Bruylant, 2000, p. 13-61.
- A. A. CANÇADO TRINDADE, « Une ère d'avancées jurisprudentielles et institutionnelles : souvenirs de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », in L. HENNEBEL, H. TIGROUDJA (dir.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme, en l'honneur du 40^{ème} anniversaire de la Convention américaine des droits de l'homme*, Pedone, 2009, p. 7-74.
- A. A. CANÇADO TRINDADE, « Approximations and Convergences in the Case-law of the European and Inter-American Courts of Human Rights », G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUSS (dir.), *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2005, p. 101-138.
- G. CANIVET, « Cours suprêmes nationales et Convention européenne des droits de l'homme : nouveau rôle ou bouleversement de l'ordre juridique interne ? », in COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, *Dialogue entre juges*, Conseil de l'Europe, 2005, p. 17- 40.
- L. CARIOLOU, « The Search for an Equilibrium by the European Court of Human Rights », in E. BREMS (dir.), *Conflicts between Fundamental Rights*, Intersentia, 2008, p. 249-268.
- Y. CARTUYVELS, « Droits de l'homme et droit pénal, un retournement ? », in Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruylant, Presses Universitaires de Saint Louis, 2007, p. 23-44.
- J. A. CARRILLO-SALCEDO, « Souveraineté des États et droits de l'homme en droit international contemporain », in *Mélanges en l'honneur de G. J. WIARDA, Protection des droits de l'homme : la dimension européenne*, Carl Heymanns Verlag KG, 1988, p. 91-95.
- J. A. CARRILLO-SALCEDO, « Article 1 », in L.-E. PETTITI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Economica, 2^{ème} éd., 1999, p. 134-141.
- D. CASSEL, « Extraterritorial Application of Inter-American Human Rights Instruments », in F. COOMANS, M. KAMMINGA (ed.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Intersentia, Antwerp, 2004. p. 175-181.
- Ch. M. CERNA, « Extraterritorial Application of the Human Rights Instruments of the Inter-American System », in F. COOMANS, M. KAMMINGA (ed.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Intersentia, Antwerp, 2004. p. 141-174.
- V. CHAMPEIL-DESPLATS, M. TROPER, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », in M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS, Ch. GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant, LGDJ, 2005, p. 11-23.
- V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », in V. CHAMPEIL-DESPLATS, D. LOCHAK (dir.), *A la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*,

Presses Universitaires de Paris 10, 2008, p. 11-26.

J. CHEVALLIER, « Propos introductif », in D. LOCHAK (dir.), *Mutations de l'État et protection des droits de l'homme*, Presses Universitaires de Paris 10, 2006, p. 15-30.

G. COHEN-JONATHAN, « Responsabilité pour atteinte aux droits de l'homme », in S.F.D.I., *La Responsabilité dans le système international*, Pedone, 1991, p. 101-135.

G. COHEN-JONATHAN, « Considérations sur l'autorité des arrêts de la Cour européenne », in *Liber Amicorum M.-A. EISSEN*, Bruylant, LGDJ, 1995, p. 39-64.

G. COHEN-JONATHAN, « Transparence, démocratie et effectivité des droits fondamentaux dans la Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur de R. RYSSDAL, Protection des droits de l'homme : la perspective européenne*, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, p. 245-263.

G. COHEN-JONATHAN, « Réponse aux propos introductifs », in G. COHEN-JONATHAN, J.-F. FLAUSS, E. LAMBERT ABDELGAWAD (dir.), *De l'effectivité des recours internes dans l'application de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2006, p.19-28.

G. COHEN-JONATHAN, « Conclusions générales : La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international », in S.F.D.I., *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Pedone, 1998, p. 307-344.

G. COHEN-JONATHAN, « Du caractère objectif des obligations internationales relatives aux droits de l'homme, Quelques observations », in *Études en l'honneur du professeur G. MALINVERNI, Les droits de l'homme et la Constitution*, Schulthess, Collection Genevoise, 2007, p. 109-133.

J. COMBACAU, « Obligation de résultat et obligation de comportement quelques questions et pas de réponse », in *Mélanges offerts à P. REUTER, Le droit international : unité et diversité*, Pedone, 1981, p. 181-204.

L. CONDORELLI et L. BOISSON de CHAZOURNE, « Quelques remarques à propos de l'obligation de "respecter et faire respecter" le droit international humanitaire "en toutes circonstances" », in Ch. SWINARSKI (dir.), *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-rouge en l'honneur de Jean PICTET*, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, p. 17-35.

L. CONDORELLI et C. KRESS, « The Rules of Attribution : General Consideration », in J. CRAWFORD, A. PELLET, S. OLLESON (ed.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, 2010, p. 221-236.

B. CONFORTI, « Exploring the Strasbourg Case-Law : Reflections on State Responsibility for the Breach of Positive Obligations », in M. FITZMAURICE, D. SAROOSHI (éd.), *Issues of State Responsibility before International Judicial Institution*, Hart, 2004, p. 129-137.

J.-P. COSTA, « Vers une protection juridictionnelle des droits économiques et sociaux en Europe ? », in *Mélanges en hommage à P. LAMBERT, Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Bruylant, 2000, p. 153-166.

J.-P. COSTA, « La Cour européenne des droits de l'homme et le dialogue des juges », in F. LICHERE, L. POTVIN SOLIS, A. RAYNOUARD (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Bruylant, coll. « Droit et Justice », 2004, p.153-166.

J.-P. COSTA, « Qui relève de la juridiction de quel(s) État(s) au sens de l'article 1^{er} de la

- Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. COHEN-JONATHAN, Libertés, justice, tolérance*, Bruylant, 2004, p. 483-500.
- V. COUSSIRAT-COUSTERE, « Convention européenne et droit interne : primauté et effet direct », in L.-E. PETTITI et al., *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant Nemesis, coll. « Droit et Justice », 1992, p. 11-23.
- M. CRAVEN, « The Protection of Economic, Social and Cultural Rights under the Inter American System of Human Rights » in D. HARRIS, S. LIVINGSTONE (éd.), *The Inter American System of Human Rights*, Oxford, 1998, p. 289 et s.
- J. DABIN, « Droit et politique », in *Mélanges offerts à R. SAVATIER*, Dalloz, 1965, p. 183-218.
- E. DECAUX, « Le territoire des droits de l'homme », in *Liber Amicorum M.-A. EISSEN*, Bruylant, LGDJ, 1995, p. 65-78.
- E. DECAUX, « La réforme du Pacte international de droits économiques, sociaux et culturels », in *Mélanges en l'honneur de N. VALTICOS, Droit et Justice*, Pedone, 1999, p. 405-415.
- E. DECAUX, « La Charte internationale des droits de l'homme, cohérence et complémentarité ? », in COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME (éd.), *La Déclaration universelle des droits de l'homme, 1948-2008, Réalité d'un idéal commun ? Les droits économiques, sociaux et culturels en question*, La documentation Française, 2009, p. 41-55.
- O. DE FROUVILLE, « Attribution of Conduct to the State – Private Individuals », in J. CRAWFORD, A. PELLET, S. OLLESON (ed.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, 2010, p. 257-280.
- O. DE FROUVILLE, « Article 9 § 2 », in M. KAMTO (dir.), *La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et le protocole y relatif portant création de la Cour africaine des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Bruylant, 2011, p. 238-264.
- M. DELMAS-MARTY, « Le rôle du juge européen dans la reconnaissance du jus commune-Signification et limites », in *Mélanges en l'honneur de R. RYSSDAL, Protection des droits de l'homme : la perspective européenne*, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, p. 397-414.
- B. DELZANGLES, « Le rôle du juge national comme garant de la Convention européenne des droits de l'homme : renforcement ou affaiblissement ? », in D. LOCHAK (dir.), *Mutations de l'État et protection des droits de l'homme*, Presses Universitaires de Paris 10, 2006, p. 101-114.
- B. DELZANGLES, « Effectivité, efficacité et efficience dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in V. CHAMPEIL-DESPLATS, D. LOCHAK (dir.), *A la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Presses Universitaires de Paris 10, 2008, p. 41-57.
- A. DE SALAS, « Les droits sociaux et la Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. COHEN-JONATHAN, Libertés, justice, tolérance*, Bruylant, 2004, p. 579-589.
- M. DE SALVIA, « L'élaboration d'un "ius commune" des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la perspective de l'unité européenne : l'œuvre accomplie par la Commission et la Cour européennes des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur de G. J. WIARDA, Protection des droits de l'homme : la dimension européenne*, Carl Heymanns Verlag KG, 1988, p. 555-563.
- M. DE SALVIA, « Contrôle européen et principe de subsidiarité : faut-il encore (et toujours) émarger à la marge d'appréciation ? », in *Mélanges en l'honneur de R. RYSSDAL, Protection des*

droits de l'homme : la perspective européenne, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, p. 373-385.

O. DE SCHUTTER, « Les générations des droits de l'homme et l'interaction des systèmes de protection : les scénarios du système européen de protection des droits fondamentaux », in A.D. E. A. G. E. (dir.), *Juger les droits sociaux*, Pulim, 2004, p. 13-45.

O. DE SCHUTTER, F. TULKENS, « Rights in Conflict : the European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution », in E. BREMS (éd.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, Intersentia, 2008, p. 169-216.

P. DUCOULOMBIER, « Conflicts between Fundamental Rights and the European Court of Human Rights : an Overview », in E. BREMS (éd.), *Conflicts between Fundamental Rights*, Intersentia, 2008, p. 217-247.

H. DUMONT, I. HACHEZ, « Les obligations positives déduites du droit international des droits de l'homme, dans quelles limites ? », in Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruylant, Presses Universitaires de Saint Louis, 2007, p. 45-73.

P.-M. DUPUY, « La protection internationale des droits de l'homme » in Ch. ROUSSEAU, *Droit international public*, Dalloz, 11^{ème} éd., 1987, p. 403-429.

P.-M. DUPUY, « Bilan général. Des rencontres de la dimension multilatérale des obligations avec la codification du droit de la responsabilité », in P.-M. DUPUY (dir.), *Obligations multilatérales, droit impératif et responsabilité des États*, Pedone, 2003, p. 207-240.

P.-M. DUPUY, « Fragmentation du droit international ou des perceptions qu'on en a ? », in R. HUESA VINAIXA et K. WELLENS (dir.), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Bruylant, 2006, p. V-XXII.

G. DÜRIG, « Grundrechte und Privatrechtsprechung », in T. MAUNZ (dir.), *Festschrift für H. Nawiasky*, 1956, p.157-190.

C. P. ECONOMIDES, « Content of the Obligation : Obligations of Means and Obligations of Result », in J. CRAWFORD, A. PELLET, S. OLLESON (ed.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, 2010, p. 371-381.

A. EIDE, « Economic Social and Cultural Rights as Human Rights », in A. EIDE, C. KRAUSE, A. ROSAS (éd.), *Economic, Social and Cultural Rights : a Textbook*, Martinus Nijhoff, 1995, p. 21-40.

A. EIDE, « Human Rights Require Responsibilities and Duties », in F. AINSE (éd.), K. VASAK *Amicorum Liber*, *Les droits de l'homme à l'aube du XXI^{ème} siècle*, Bruylant, 1999, p. 581-598.

M.-A. EISSEN, « La Convention européenne des droits de l'homme et les obligations de l'individu : une mise à jour », in *Mélanges R. CASSIN, t. III, La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées*, Pedone, 1971, p.151-162.

M.-A. EISSEN, « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in L.-E. PETTITI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Economica, 2^{ème} éd., 1999, p. 65-81.

L. FAVOREU, « Les Cours de Strasbourg et de Luxembourg ne sont pas des Cours constitutionnelles », in *Mélanges en l'honneur de L. DUBOUIS, Au carrefour des droits*, Dalloz, 2002, p. 35-45.

T. A. FINLAY, « Judicial Self-Restraint », in *Mélanges en l'honneur de R. RYSSDAL, Protection des*

droits de l'homme : la perspective européenne, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, p. 499-505.

J.-F. FLAUSS, « La protection des droits de l'homme et les sources du droit international », in S.F.D.I., *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Pedone, 1998, p. 11- 80.

J.-F. FLAUSS, « Du droit international comparé dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ (éd.), *Le rôle du droit comparé dans l'avènement du droit européen*, Schulthess, 2002, p. 159-182.

J.-F. FLAUSS, « Le double standard dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : fiction ou réalité ? », in *Études en l'honneur du professeur G. MALINVERNI, Les droits de l'homme et la Constitution*, Schulthess, Collection Genevoise, 2007, p. 135-153.

J. F. FLAUSS, « La procéduralisation des droits substantiels de la Convention européenne des droits de l'homme au service de la lutte contre les pollutions et nuisances », in *Mélanges en l'honneur de M. PRIEUR, Pour un droit commun de l'environnement*, Dalloz, 2007, p. 1263-1276.

L. FONTAINE, « Le pluralisme comme théorie des normes », in L. FONTAINE (dir.), *Droit et pluralisme*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 125-160.

P. de FONTBRESSIN, « L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme et l'avenir du droit des obligations », in *Liber Amicorum M.-A. EISSEN*, Bruylant, LGDJ, 1995, p. 157-164.

P. de FONTBRESSIN, « L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme, voie de démocratie participative », in *Mélanges en l'honneur du professeur P. J. PARARAS, Les droits de l'homme en évolution*, Ant. N. Sakkoulas, Bruylant, 2009, p. 215-226.

J. A. FROWEIN, « L'effet utile dans la jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme entre 1970 et 1985 », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. COHEN-JONATHAN, Libertés, justice, tolérance*, Bruylant, 2004, p. 855-864.

A. FROWEIN, « La transformation du droit constitutionnel par la Convention européenne des droits de l'homme », in COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, *Dialogue entre juges*, Conseil de l'Europe, 2007, p. 73- 94.

W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Le caractère "autonome" des termes et la "marge d'appréciation" des gouvernements dans l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur de G. J. WIARDA, Protection des droits de l'homme : la dimension européenne*, Carl Heymanns Verlag KG, 1988, p. 201-220.

L. GARLICKI, « Relations between Private Actors and the European Convention on Human Rights », in A. SAJO, R. UITZ (éd.), *The Constitution in Private Relations : Expanding Constitutionalism*, Eleven international Publishing, 2005, p. 129-143.

H. GHERARI, « La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (bilan d'une jurisprudence) », in P. TAVERNIER, *Regards sur les droits de l'homme en Afrique*, L'Harmattan, coll. « Presses universitaires des Sceaux », 2008, p. 132-164.

G. GIUDICELLI-DELAGE, « Les jeux de l'interprétation entre discontinuités et interactions. L'inévitable dialogue des juges ? », in *Mélanges en l'honneur du professeur R. OTTENHOF, Le champ pénal*, Dalloz, 2006, p. 17-36.

H. GOLSONG, « The European Court of Human Rights and the National Law Maker : Some General Reflexions », in *Mélanges en l'honneur de G. J. WIARDA, Protection des droits de*

l'homme : la dimension européenne, Carl Heymans Verlag KG, 1988, p. 239-244.

R. de GOUTTES, « La Convention européenne des droits de l'homme et le juge national : vers une consolidation de la mission et du statut du juge ? », in F. SUDRE (dir.), *Le droit Français et la Cour européenne des droits de l'homme 1974-1992*, Engel, 1994, p. 49-60.

A. GROS ESPIELL, « La Cour interaméricaine et la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur de M.-A. EISSEN*, Bruylant, 1995, p. 233-246.

A. GROS ESPIELL, « La Commission et la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Situation actuelle et perspective d'avenir », in *Mélanges en hommage à L. E. Pettiti*, Bruylant, 1998, p. 437-447.

M. GUYAUMAR, « Le dialogue des jurisprudences entre le Conseil d'État et la Cour de Strasbourg : appropriation, anticipation, émancipation », in *Mélanges en l'honneur de J.-P. COSTA*, *La conscience des droits*, Dalloz, 2011, p. 311-320.

G. HAARSCHER, « De l'usage légitime et de quelques usages pervers de la typologie des droits de l'homme », in E. BRIBOSIA et L. HENNEBEL (dir.), *Classer les droits de l'homme*, Bruylant, 2004, p. 25-46.

K. HAJIYEV, « The Evolution of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights – by the European Court of Human Rights », in *Mélanges en l'honneur de Ch. L. ROZAKIS*, *La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant*, Bruylant, 2011, p. 207-218.

L. HENNEBEL, « La "destinée manifeste" des droits de l'homme aux États-Unis », in L. HENNEBEL, A. VAN WAEYENBERGE (dir.), *Exceptionnalisme américain et droits de l'homme*, Dalloz, 2009, p. 1-42.

A. HEYMANN-DOAT, « Le respect des droits de l'homme dans les relations privées », in C. TEITGEN-COLLY (dir.), *50^{ème} anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2002, p. 219-228.

M. HUNTER-HENIN, « France Horizontal Application and the Triumph of the European Convention on Human Rights », in D. OLIVER, J. FEDTKE, *Human Rights and the Private Sphere, a Comparative Study*, Routledge-Cavendish, 2007, p. 98-124.

A. IEVEN, « Privacy Rights in Conflict : in Search of the Theoretical Framework Behind the European Court of Human Rights, Balancing of Private Life Against Other Rights », in E. BREMS (éd.), *Conflicts between Fundamental Rights*, Intersentia, 2008, p. 39-67.

P.-H. IMBERT, « L'avenir du passé. Une Cour européenne des droits de l'homme, pour quoi faire ? », in *Études à la mémoire de Wolfgang STRASSER, Trente ans de droit européen des droits de l'homme*, Bruylant, 2007, p. 117-133.

G. ISRAËL, « L'humanité des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. COHEN-JONATHAN, Libertés, justice, tolérance*, Bruylant, 2004, p. 993-1006.

O. JACOT-GUILLARMOD, « Règles, méthodes et principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in L.-E. PETTITI, E. DECAUX, P.-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Economica, 2^{ème} éd., 1999, p. 41-63.

O. JACOT GUILLARMOD, « Autonomie procédurale des États (article 6, 13, 35 et 46 CEDH) : de l'apport possible de la jurisprudence de Luxembourg à celle de Strasbourg », in *Mélanges en l'honneur de R. RYSSDAL, Protection des droits de l'homme : la perspective européenne*, Carl

Heymanns Verlag KG, 2000, p. 617-633.

G. JANSSEN-PEVTSCHIN, « Marc-André Eissen, tel que je le connais », in *Liber Amicorum M.-A. EISSEN*, Bruylant, LGDJ, 1995. p. 1-4.

P. JOURDAIN, « Retour sur l'imputabilité », in *Les droits et le droit, Mélanges dédiés à Bernard BOULOC*, Dalloz, 2007, p. 511-527.

G. KATROUGALOS, « La généalogie des droits sociaux », in N. ALIPRANTIS, *Les droits sociaux dans les instruments européens et internationaux, défis à l'échelle mondiale*, Bruylant 2008, coll. « rencontres européennes », p. 13-34.

A.-Ch. KISS, « La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées en droit international public », in *Mélanges R. CASSIN, t. III, La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées*, Pedone, 1971, p. 215-223.

T. KOIVUROVA, « Due diligence », *Max Plank Encyclopedia of public international law*, 2008 [www.mpepil.com].

N. KRIBECHE, « Le placement des enfants dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in F. KRENC, M. PUECHAVY (dir.), *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 113-126.

P. LAMBERT, « Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité », in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la CEDH*, Bruylant, coll. « Droit et justice », 1998, p. 63-89.

P. LAMBERT, « Les droits et les devoirs de l'homme : un équilibre délicat », in *Études en l'honneur du professeur G. MALINVERNI, Les droits de l'homme et la Constitution*, Schulthess, Collection Genevoise, 2007, p. 219-227.

E. LAMBERT-ABDELGAWAD, « Le rayonnement de la jurisprudence européenne à l'égard de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, analyse empirique des références à la Cour européenne dans les communications de la Commission africaine », in G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUSS (dir.), *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2005, p. 139-188.

E. LAMBERT-ABDELGAWAD, « Le protocole 14 et l'exécution des arrêts de la Cour EDH », in G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUSS (dir.), *La réforme du système de contrôle contentieux de la CEDH*, Bruylant, 2005, p. 79-113.

E. LAMBERT-ABDELGAWAD, « La perte de la qualité de victime », in P. DOURNEAU-JOSETTE et E. LAMBERT-ABDELGAWAD (dir.), *Quel filtrage des requêtes par la Cour européenne des droits de l'homme ?*, Ed. du Conseil de l'Europe, 2011, p. 31-52.

K. H. LAUDER « La procéduralisation et son utilisation dans une théorie juridique post-moderne », in O. DE SCHUTTER, N. LEBESSIS et J. PATERSON (dir.), *La gouvernance dans l'Union européenne*, Luxembourg, OPOCE, 2001, p. 55-73.

J.-M. LARRALDE, « L'article 3 CEDH et les personnes privées de liberté », in C.-A. CHASSIN (dir.), *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 209-236.

J.-M. LARRALDE, « L'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme et la violence publique meurtrière », in M. LEVINET (dir.), *Le droit au respect de la vie au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2010, p. 189-214.

F. LATTY, « Actions and Omissions », in J. CRAWFORD, A. PELLET, S. OLLESON (ed.), *The*

Law of International Responsibility, Oxford University Press, 2010, p. 355-369.

R. LAWSON, « Life after Bankovic : on the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights », in F. COOMANS, M. KAMMINGA (ed.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Intersentia, Antwerp, 2004. p. 83-123.

C. LEFORT, « Les droits de l'homme et l'État providence », in C. LEFORT, *Essais sur le politique*, coll. « Esprit », Le Seuil, 1986, p. 31-58.

M. LEVINET, « Le droit des minorités », in F. SUDRE (dir.), *La protection des droits de l'homme par le Comité des droits de l'homme des nations unies, les communications individuelles*, IDEDH, 1995, p. 61-107.

M. LEVINET, « Rapport introductif - "La construction" par le juge européen du droit au respect de la vie », in M. LEVINET (dir.), *Le droit au respect de la vie au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2010, p. 7-72.

S. LIVINGSTONE, « La typologie des droits de l'homme au sein du système interaméricain », in E. BRIBOSIA et L. HENNEBEL (dir.), *Classer les droits de l'homme*, Bruylant, 2004, p. 351-369.

D. MCGOLDRICK, « Extraterritorial Application of the International Covenant on Civil and Political Rights », F. COOMANS, M. KAMMINGA (ed.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Intersentia, Antwerp, 2004. p. 41-72.

C. MADELAINE, « Les obligations positives procédurales, instrument du pluralisme ? », in M. LEVINET (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruylant, 2010, p. 106-123.

E. MAES, « Constitutional Democracy, Constitutional Interpretation and Conflicting Rights », in E. BREMS (éd.), *Conflicts between Fundamental Rights*, Intersentia, 2008, p. 69-98.

P. MAHONEY, « The Comparative Method in Judgements of the European Court of Human Rights : Reference Back to National Law », in INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ (éd.), *Le rôle du droit comparé dans l'avènement du droit européen*, Schulthess, 2002, p. 143-157.

G. MALINVERNI, « Les fonctions des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'homme », in W. HALLER, A. KÖLZ, G. MÜLLER (dir.), *Dienst an der Gemeinschaft. Festschrift für Dietrich Schindler zum 65 Geburtstag*, 1989, p. 539-560.

G. MALINVERNI, « Le projet de protocole additionnel au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels », in C. GREWE, F. BENOÎT-ROHMER (dir.), *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs*, Actes du colloque des 15 et 16 juin 2001 à Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2003, p. 95-115.

G. MALINVERNI, « The Protection of Social Rights in the Case Law of the European Court of Human Rights », in D. HANSCHER, S. GRAF VON KIELMANSEGG, U. KISCHEL, R. LORZ, *Praxis des internationalen Menschenrechtsschutzes-Entwicklungen und Perspektiven*, Boorberg, 2008, p. 23-33.

G. MALINVERNI, « La Cour européenne des droits de l'homme et le Comité européen des droits sociaux : rapprochements et convergences », in *Colloque en l'honneur du professeur L. WILDHABER, Nouveaux défis et perspectives pour la protection des droits de l'homme*, Nomos, 2008, p. 3-13.

G. MALINVERNI, « La compétence de la Cour pour surveiller l'exécution de ses propres arrêts », in *Mélanges en l'honneur de Ch. L. ROZAKIS, La Convention européenne des droits de l'homme, un*

instrument vivant, Bruylant, 2011, p. 360-375.

S. MARCUS-HELMONS, « La quatrième génération des droits de l'homme », in *Mélanges en hommage à P. LAMBERT, Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Bruylant, 2000, 1072 p. 549-559.

J.-P. MARGUÉNAUD, « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit français : approches par le droit privé », in *Études en l'honneur de J.C. GAUTRON, Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Pedone, 2004, p. 155-168.

P. MARTENS, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », in *Mélanges offerts à J. VELU, Présence du droit public et des droits de l'homme, t. I*, Bruylant, 1992, p. 57-68.

F. MARTIN, « Article 8 », in E. DECAUX (dir.), *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Commentaire article par article*, Economica, 2011, p. 225-239.

F. MASSIAS, « Pénaliser : une obligation positive très circonscrite », in *Mélanges dédiés à Bernard BOULOC, Les droits et le droit*, Dalloz, 2007, p. 745-769.

B. MATHIEU, « La dignité de la personne humaine : du bon (et du mauvais ?) usage en droit positif français d'un principe universel », in A. SÉRIAUX (dir.), *Le droit, la médecine et l'être humain*, PUAM, 1996, p. 213-244.

F. MATSCHER, « Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle. Les méthodes d'interprétation de la Convention européenne », in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, coll. « Droit et justice », 1998, p. 15- 62.

F. MATSCHER, « Idéalisme et réalisme dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur de R. RYSSDAL, Protection des droits de l'homme : la perspective européenne*, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, p. 881-904.

J. MATRINGE, « Le contrôle de la licéité internationale de la loi nationale par la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. COHEN-JONATHAN, Libertés, justice, tolérance*, Bruylant, 2004, p. 1225-1245.

M. MELCHIOR, « Notions "vagues" ou "indéterminées" et "lacunes" dans la Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur de G. J. WIARDA, Protection des droits de l'homme : la dimension européenne*, Carl Heymanns Verlag KG, 1988, p. 411-419.

D. MEUWISSEN, « Reflections on Habermas's Legal Theory and Human Rights », in *Mélanges en l'honneur de R. RYSSDAL, Protection des droits de l'homme : la perspective européenne*, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, p. 905-920.

P. MEYER-BISCH, « Méthodologie pour une présentation systémique des droits humains », in E. BRIBOSIA et L. HENNEBEL (dir.), *Classer les droits de l'homme*, Bruylant, 2004, p. 47-85.

L. MILANO, « Pluralisme et garanties procédurales », in M. LEVINET (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruylant, coll. « Droit et Justice », 2010, p. 335-356.

E. MILLARD, « Effectivité des droits de l'homme », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS, F. SUDRE (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, coll. « Quadrige », 2008, p. 349-352.

J. MORANGE, « Droits civils et politiques », in D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 536-538.

O. MOOR, « Systématique et illustration du principe de la proportionnalité », in *Mélanges en*

- l'honneur de M. FROMONT, Les droits individuels et le juge en Europe*, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, p. 319-341.
- J. MOURGEON, « L'universalité des droits de l'homme entre foi et droit », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. COHEN-JONATHAN, Libertés, justice, tolérance*, Bruylant, 2004, p. 1265-1282.
- M. MUBIALA, « La typologie des droits de l'homme au sein du système africain », in E. BRIBOSIA et L. HENNEBEL (dir.), *Classer les droits de l'homme*, Bruylant, 2004, p. 369-393.
- J. de MUNCK et J. LENOBLE, « Les mutations de l'art de gouverner, Approche généalogique et historique des transformations de la gouvernance dans les sociétés démocratiques », in O. DE SCHUTTER, N. LEBESSIS et J. PATERSON (dir.), *La gouvernance dans l'Union européenne*, Luxembourg, OPOCE, 2001, p. 31-73.
- H.-C. NIPPERDEY, « Die Würde des Menschen », in F. L. NEUMANN, H.-C. NIPPERDEY et U. SCHEUNER, *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, vol. II, Dunker & Humblot, 1954, p. 1-50.
- D. OLIVER, J. FEDTKE, « Comparative Analysis », in D. OLIVER, J. FEDTKE, *Human Rights and the Private Sphere, a Comparative Study*, Routledge-Cavendish, 2007, p. 468-519.
- V. ONIDA, « Réflexion sur la jurisprudence *Broniowski* », in COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, *Dialogue entre juges*, Conseil de l'Europe, 2005, p. 47-62.
- M. OREJA, « Souveraineté des États et respect des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur de G. J. WIARDA, Protection des droits de l'homme : la dimension européenne*, Carl Heymans Verlag KG, 1988, p. 7-15.
- F. OST, « Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme », in M. DELMAS-MARTY (dir.), *Raisonner la raison d'État*, PUF, 1989, p. 405-463.
- F. OST, « Les directives d'interprétation adoptées par la Cour EDH. L'esprit plutôt que la lettre », in F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit, les directives d'interprétation en droit*, Bruylant, 1989, p. 237-323.
- F. OST, « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », in P. BOURETZ (dir.), *La force du droit, Panorama des débats contemporains*, Editions Esprit, 1991, p. 241-272.
- F. OST, « Quand l'enfer se pave de bonnes intentions... A propos de la relation ambivalente du droit pénal et des droits de l'homme », in Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruylant, Presses Universitaires de Saint Louis, 2007, p. 7-21.
- F. OST, S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité, face cachée des droits de l'homme », in E. BRIBOSIA et L. HENNEBEL (dir.), *Classer les droits de l'homme*, Bruylant, 2004, p. 87-133.
- H.-J. PAPIER, « L'exécution et les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique allemand », in COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, *Dialogue entre juges*, Conseil de l'Europe, 2006, p. 57- 76.
- W. PAULY, « Le droit public subjectif dans la doctrine des statuts de Georg Jellinek », in O. JOUANJAN (dir.), *Figures de l'État de droit*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, p. 293-312.
- A. PELLET, « La mise en œuvre des normes relatives aux droits de l'homme : souveraineté du droit contre souveraineté de l'État », in E. DECAUX, H. THIERRY, (dir.), *Droit international et droits de l'homme, la pratique juridique française dans le domaine de la protection internationale des droits*

de l'homme, Montchrestien, Cahiers du CEDIN n° 5, 1990, p. 101-142.

C. PETTITI, « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit social français », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. COHEN-JONATHAN, Libertés, justice, tolérance*, Bruylant, 2004, p. 1283-1297.

E. PICARD, « Droits fondamentaux », in D. ALLAND, S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 544-549.

S. PIERRÉ-CAPS, « La Constitution comme ordre de valeurs », in *Mélanges en l'honneur de Dimitri Georges LAVROFF, La Constitution et les valeurs*, Dalloz, 2005, p. 283-296.

L. POTVIN-SOLIS, « Le concept de dialogue des juges en Europe », in F. LICHÈRE, L. POTVIN SOLIS, A. RAYNOUARD (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Bruylant, coll. « Droit et Justice », 2004, p. 19-58.

S. C. PREBENSEN, « Evolutive Interpretation of the European Convention of Human Rights », in *Mélanges en l'honneur de R. RYSSDAL, Protection des droits de l'homme : la perspective européenne*, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, p. 1123-1137.

J.-L. RENCHON, « Considérations en forme de conclusions à propos de l'œuvre politique et/ou idéologique de la Cour européenne des droits de l'homme », in F. KRENC, M. PUECHAVY (dir.), *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 145-168.

F. RIGAUX, « Interprétation consensuelle et interprétation évolutive », in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la CEDH*, Bruylant, coll. « Droit et justice », 1998, p. 41-62.

F. RIGAUX, « International Responsibility and the Principle of Causality », in M. RAGAZZI (ed.), *Essays in Memory of O. SCHACHTER, International Responsibility Today*, Brill, 2005, p. 81-91.

J. RIVERO, « La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées », in *Mélanges R. CASSIN, t. III, La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées*, Pedone, 1971, p. 311-322.

J. RIVERO, « Idéologies et techniques dans le droit des libertés publiques », in *Études offertes à J.-J. CHEVALLIER, Histoire des idées et idées sur l'histoire*, Ed. Cujas, 1977, p. 247-258.

J. RIVERO, « Une éthique fondée sur le respect de l'Autre », in J.-F. SIX (dir.), *1989, les droits de l'homme en question : livre blanc*, La documentation française, 1989, p. 179-182.

N. RODLEY, « Article 2 – Engagement des États parties », in E. DECAUX (dir.), *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Commentaire article par article*, Economica, 2011, p. 115-131.

J. RODRIGUEZ-ZAPATA PEREZ, « L'effet dynamique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et le rôle des cours constitutionnelles », in COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, *Dialogue entre juges*, Conseil de l'Europe, 2007, p. 45-68.

P. ROLLAND, « Le contrôle de l'opportunité par la Cour européenne des droits de l'homme », in D. ROUSSEAU, F. SUDRE (dir.), *Conseil Constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, S.T.H., 1990, p. 47-75.

Ph. ROUBLOT, « La nouvelle condition de recevabilité des requêtes devant la Cour européenne des droits de l'homme : enjeux et perspectives », in P. DOURNEAU-JOSETTE et E. LAMBERT-ABDELGAWAD (dir.), *Quel filtrage des requêtes par la Cour européenne des droits de l'homme ?*, Ed. du Conseil de l'Europe, 2011, p. 213-223.

- D. ROMAN, « Introduction. La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un État de droit social », in D. ROMAN (dir.), « *Droits des pauvres pauvres droits ?* », *Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, Mission de recherche droit et justice, 2010, p. 1-40.
- D. ROUSSEAU, « De la démocratie continue », in D. ROUSSEAU (dir.), *La démocratie continue*, Bruylant, LGDJ, 1995, p. 5-25.
- Ch. L. ROZAKIS, « Through the Looking Glass : an "Insider"'s View of the Margin of Appreciation », in *Mélanges en l'honneur de J.-P. COSTA, La conscience des droits*, Dalloz, 2011, p. 527-537.
- H. RUIZ-FABRI, « L'ordre public en droit international », in M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, coll. « Droit et Justice », 2001, p. 85-109.
- H. RUIZ-FABRI, C. GREWE, « La Constitutionnalisation à l'épreuve du droit international et du droit européen », in *Études en l'honneur de J.C. GAUTRON, Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Pedone, 2004, p. 189-206.
- V. SAINT-JAMES, H. PAULIAT, « L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme », in J.-P. MARGUÉNAUD (dir.), *CEDH et droit privé, L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, La Documentation Française, 2001, p. 75-100.
- J. SALMON, « Le concept de raisonnable en droit international public », in *Mélanges offerts à P. REUTER, Le droit international : unité et diversité*, Pedone, 1981, p. 452-478.
- M. SASSOLI, « L'effet horizontal de l'indivisibilité des droits humains dans le contexte de la mondialisation », in M. BORGHI, P. MEYER-BISCH (éd.), *Société civile et indivisibilité des droits de l'homme*, Editions universitaires Fribourg, 2000, p. 341-364.
- W. SCHABAS, « Le droit à l'intégrité physique », in F. SUDRE (dir.), *La protection des droits de l'homme par le Comité des droits de l'homme des nations unies, les communications individuelles*, IDEDH, 1995, p. 108-129.
- W. A. SCHABAS, « Comment répondre aux violations horizontales des droits de l'homme : la poursuite pénale », in M. BORGHI, P. MEYER-BISCH (éd.), *Société civile et indivisibilité des droits de l'homme*, Editions universitaires Fribourg, 2000, p. 365-374.
- M. SCHEININ, « Extraterritorial Effect of the International Covenant on Civil and Political Rights », in F. COOMANS, M. KAMMINGA (ed.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Intersentia, Antwerp, 2004. p. 73-80.
- M. G. SCHMIDT, « Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques », in E. DECAUX (dir.), *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Commentaire article par article*, Economica, 2011, p. 839-868.
- O. DE SCHUTTER, « La subsidiarité dans l'Europe des droits de l'homme : la dimension procédurale », in M. VERDUSSEN (dir.), *L'Europe de la subsidiarité*, Bruylant, 2000, p. 63-130.
- S. SEDLEY, « Réflexions personnelles sur la réception et l'application de la jurisprudence de la Cour », in COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, *Dialogue entre juges*, Conseil de l'Europe, 2006, p. 81-94.
- L.-A. SICILIANOS, « La responsabilité de l'État pour absence de prévention et de répression des crimes internationaux », in H. ASCENSIO, E. DECAUX, A. PELLET (dir.), *Droit international*

pénal, Pédone, 2000, p. 115-128.

L.-A. SICILIANOS, « The Individual as a Catalyst for Change in International Law : Interaction between General International Law and Human Rights », in *Mélanges en l'honneur de Ch. L. ROZAKIS, La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant*, Bruylant, 2011, p. 531-554.

J.-M. SOREL, « Le rôle du droit international dans le développement du pluralisme (et vice versa) : une liaison moins naturelle qu'il n'y paraît. », in L. FONTAINE (dir.), *Droit et pluralisme*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 73-99.

J.-M. SOREL, « Le droit international au début du XXI^{ème} siècle : un salubre chaos permanent mêlant humanisme et réalisme », in E. JOUANNET, H. RUIZ-FABRI, J.-M. SOREL (dir.), *Regard d'une génération sur le droit international*, Pedone, 2008, p. 395-412.

J.-C. SOYER, « La loi nationale et la Convention européenne des droits de l'homme », in *Écrits en hommage à J. FOYER, Auteur et législateur, Leges tulit, jura docuit*, PUF, 1997, p. 125-146.

D. SPIELMANN, « "Obligations positives" et "effet horizontal" des dispositions de la Convention », in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la CEDH*, Bruylant, coll. « Droit et justice », 1998, p. 133-174.

D. SPIELMANN, « The European Convention on Human Rights, The European Court of Human Rights », in D. OLIVER, J. FEDTKE (éd.), *Human Rights and the Private Sphere, a Comparative Study*, Routledge-Cavendish, 2007, p. 427-464.

D. SPIELMANN, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'État de droit », in S.F.D.I., *L'État de droit en droit international*, Pedone, 2009, p. 179-188.

K. STARMER, « Positive Obligations under the Convention », in J. COOPER (dir.), *Understanding Human Rights Principles*, Hart, 2001, p. 139-159.

B. STERN, « La responsabilité internationale aujourd'hui... Demain... », in *Recueils d'Études à la mémoire de G. APOLLIS, Perspectives du droit international et européen*, Pedone, 1992, p. 75-101.

F. SUDRE, « Le droit à la non-discrimination », in F. SUDRE (dir.), *La protection des droits de l'homme par le Comité des droits de l'homme des Nations unies, les communications individuelles*, IDEDH, 1995, p. 33-60.

F. SUDRE, « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux : y a-t-il des droits prééminents dans la Convention européenne des droits de l'homme ? », in *Liber Amicorum M.-A. EISSEN*, Bruylant, LGDJ, 1995, p. 381-398.

F. SUDRE, « La protection du droit de l'environnement par la Convention Européenne des droits de l'homme », in CEDECE, colloque d'Angers, *La citoyenneté européenne et l'environnement*, La Documentation française, 1997, p. 209-222.

F. SUDRE, « La perméabilité des droits de l'homme aux droits sociaux », in *Études J. Mourgeon, Pouvoir et Liberté*, Bruylant, 1998, p. 467-478.

F. SUDRE, « Le recours aux "notions autonomes" », in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la CEDH*, Bruylant, coll. « Droit et justice », 1998, p. 93-131.

F. SUDRE, « L'office du juge national au regard de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en hommage à P. LAMBERT, Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Bruylant, 2000, p. 821-840.

- F. SUDRE, « Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur de R. RYSSDAL, Protection des droits de l'homme : la perspective européenne*, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, p. 1359-1376.
- F. SUDRE, « L'ordre public européen », in M.-J. REDOR (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, coll. « Droit et Justice », 2001, p. 109-131.
- F. SUDRE, « À propos du "dialogue des juges" et du contrôle de conventionnalité », in *Études en l'honneur de J.-C. GAUTRON, Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Pedone, 2004, p. 207-224.
- F. SUDRE, « L'article 3bis de la Convention européenne des droits de l'homme : le droit à des conditions de détention conformes au respect de la dignité humaine », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. COHEN-JONATHAN, Libertés, justice, tolérance*, Bruylant, 2004, p. 1499-1514.
- F. SUDRE, « Le Pluralisme saisi par le juge européen », in L. FONTAINE (dir.), *Droit et pluralisme*, coll. « Droit et Justice », Bruylant, 2007, p. 261-286.
- F. SUDRE, « Au delà du texte... le juge européen », in *Études offertes au professeur M. MIAILLE, Le droit figure du politique*, Université Montpellier 1, 2008, vol. 2, p. 143-158.
- J.-J. SUEUR, « Régénération des droits de l'homme et/ou consécration de droits nouveaux ? », in G. KOUBI, *Le Préambule de la Constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques*, Actes du colloque d'Amiens, 1^{er} et 2 février 1996, PUF, 1996, p. 129-146.
- W. STRASSER, « The Relationship between Substantive Rights and Procedural Rights Guaranteed by the European Convention on Human Rights », in *Mélanges en l'honneur de G. J. WIARDA, Protection des droits de l'homme : la dimension européenne*, Carl Heymanns Verlag KG, 1988, p. 595-604.
- F. SUNDBERG, « Le contrôle de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. COHEN JONATHAN, Libertés, justice, tolérance*, Bruylant, 2004, p. 1515-1535.
- H. SURREL, « Pluralisme et recours au consensus dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in M. LEVINET (dir.), *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruylant, coll. « Droit et Justice », 2010, p. 61-86.
- B. STERN, « The Element of an International Wrongful Act », in J. CRAWFORD, A. PELLET, S. OLLESON (ed.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, 2010, p. 193-220.
- P. TAVERNIER, « La Cour européenne des droits de l'homme applique-t-elle le droit international ou un droit de type interne ? », in P. TAVERNIER (dir.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme ? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une « union plus étroite » (35 années de jurisprudence 1959-1994)*, Bruylant, 2005, p. 17-36.
- P. TAVERNIER, « Le droit international dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : l'apport des arrêts Loizidou c. Turquie », in *Mélanges R. GOY, Du droit interne au droit international*, Publication de l'Université de Rouen, 1998, p. 411-428.
- P. TAVERNIER, « Réflexions sur le rôle de Mentor du juge des droits de l'homme, à propos de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg », in *Mélanges en l'honneur du professeur P. J. PARARAS, Les droits de l'homme en évolution*, Ant. N. Sakkoulas, Bruylant, 2009, p. 479-494.

- J. TAVERNIER, « Compétence *ratione loci* : extraterritorialité et recevabilité », in P. DOURNEAU-JOSETTE et E. LAMBERT-ABDELGAWAD (dir.), *Quel filtrage des requêtes par la Cour européenne des droits de l'homme ?*, Ed. du Conseil de l'Europe, 2011, p. 105-129.
- H. TIGROUDJA, « Propos conclusifs, la légitimité du "particularisme interaméricain des droits de l'homme" en question », in L. HENNEBEL, H. TIGROUDJA (dir.), *Le particularisme interaméricain des droits de l'homme, en l'honneur du 40^{ème} anniversaire de la Convention américaine des droits de l'homme*, Pedone, 2009, p. 383-413.
- G. TIMSIT, « L'invention de la légitimité procédurale », in *Mélanges en l'honneur de J.-P. COSTA, La conscience des droits*, Dalloz, 2011, p. 635-648.
- Ch. TOMUSCHAT, « The Interaction between Different Systems for the Protection of Human Rights », in R. BIEBER (dir.), *Au nom des peuples européens : un catalogue des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Nomos, 1995, p. 29-43.
- M. TROPER, « Le pouvoir judiciaire et la démocratie », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. COHEN-JONATHAN, Libertés, justice, tolérance*, Bruylant, 2004, p. 1571-1586.
- F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, « La Cour européenne des droits de l'homme depuis 1980. Bilan et orientations », in W. DEBEUCKELAERE et D. VOORHOOF (eds), *En toch beweegt het recht*, Tegenspraak, cahier 23, La Charte 2003, p. 211-237.
- F. TULKENS, « Le droit à la vie et le champ des obligations des États dans la jurisprudence récente de la Cour EDH », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. COHEN-JONATHAN, Libertés, justice, tolérance*, Bruylant, 2004, p. 1605-1626.
- F. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK, « La place des droits sociaux dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. La question de la pauvreté », in COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME (éd.), *La Déclaration universelle des droits de l'homme, 1948-2008, Réalité d'un idéal commun ? Les droits économiques, sociaux et culturels en question*, La documentation Française, 2009, p. 105-116.
- F. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK, « Le soft law des droits de l'homme est-il vraiment si soft ? Les développements de la pratique interprétative récente de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Liber amicorum M. MAHIEU*, Larcier, 2008, p. 505-528.
- C. THIBIERGE, « Conclusion. Le concept de "force normative" », in C. THIBIERGE *et al.*, *La force normative*, Bruylant, LGDJ, 2009, p. 813-838.
- N. VALTICOS, « Interprétation juridique et idéologies », in *Mélanges en l'honneur de R. RYSSDAL, Protection des droits de l'homme : la perspective européenne*, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, p. 1471-1482.
- T. VAN BOVEN, « Les critères de distinction des droits de l'homme », in K. VASAK (dir.), *Les dimensions internationales des droits de l'homme, manuel destiné à l'enseignement des droits de l'homme dans les universités*, Unesco, 1978, p. 45-63.
- F. VANDAMME, « Les droits protégés par la Charte sociale, contenu et portée », in J.-F. AKANDJI-KOMBÉ et S. LECLERC (dir.), *La Charte sociale européenne*, Actes des premières Rencontres européennes organisées à Caen le 17 mars 2000, Bruylant, 2001, p. 11-43.
- M. VAN DE KERCHOVE, S. VAN DROOGHENBROECK, « La subsidiarité et le droit pénal : aspects nouveaux d'une question ancienne », in F. DELPÉRÉE (dir.), *Le principe de subsidiarité*, Bruylant, LGDJ, 2002, p. 153-160.

W. J. VAN DER MEERSCH, « Les méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme », in D. TURP et G. A. BEAUDOIN (dir.), *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne : actes des journées strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures*, Éd. Y. Blais, 1984, p. 189-204.

P. VAN DIJK, « "Positive Obligations" Implied in the European Convention on Human Rights : Are the States Still the "Masters" of the Convention ? », in *Essays in Honour of P. BAEHR, The Role of the Nation State in the 21th Century, International Organisation and Foreign Policy*, Kluwer Law International, 1998, p. 17-33.

S. VAN DROOGHENBROECK, « L'horizontalisation des droits de l'homme », in H. DUMONT, F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 355-390.

S. VAN DROOGHENBROECK, « Droit pénal et droits de l'homme : le point de vue de la Cour européenne des droits de l'homme », in Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruylant, Presses Universitaires de Saint Louis, 2007, p. 75-109.

G.J.H. VAN HOOFF, « The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights : a Rebuttal of Some Traditional Views », in Ph. ALSTON et K. TOMAŠEVSKI (dir.), *The Right to Food*, Utrecht, SIM, 1984, p. 97-118.

K. VASAK, « Vers un droit international spécifique des droits de l'homme », in K. VASAK (dir.), *Les dimensions internationales des droits de l'homme, manuel destiné à l'enseignement des droits de l'homme dans les universités*, Unesco, 1978, p. 707-715.

K. VASAK, « Les différentes catégories des droits de l'homme », in A. LAPEYRE, F. de TINGUY, K. VASAK (dir.), *Les dimensions universelles des droits de l'homme*, vol. 1, Bruylant, 1990, p. 297-316.

K. VASAK, « Les différentes typologies des droits de l'homme », in E. BRIBOSIA et L. HENNEBEL (dir.), *Classer les droits de l'homme*, Bruylant, 2004, p. 11-23.

P. WACHSMANN, « La prééminence du droit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Recueil d'études à la mémoire de J. SCHWOB, Le droit des organisations internationales*, Bruylant, 1997, p. 241-286.

P. WACHSMANN, « Les méthodes d'interprétation des conventions internationales relatives à la protection des droits de l'homme », in S.F.D.I., *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Pedone, 1998, p. 157-195.

P. WACHSMANN, « De la qualité de la loi à la qualité du système juridique », in *Mélanges en l'honneur du doyen G. COHEN-JONATHAN, Libertés, justice, tolérance*, Bruylant, 2004, p. 1687-1705.

P. WACHSMANN, « Réflexions sur l'interprétation "globalisante" de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur de J.-P. COSTA, La conscience des droits*, Dalloz, 2011, p. 667-676.

L. WILDHABER, « Precedent in the European Court of Human Rights », in *Mélanges en l'honneur de R. RYSSDAL, Protection des droits de l'homme : la perspective européenne*, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, p. 1529-1545.

L. WILDHABER, « Propos introductifs », in G. COHEN JONATHAN, J.-F. FLAUSS, E. LAMBERT ABDELGAWAD (dir.), *De l'effectivité des recours internes dans l'application de la*

Convention européenne des droits de l'homme, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 13-18.

I. ZIEMELE, « Other Rules of International Law and the European Court of Human Rights : a Question of Simple Collateral Benefit ? », in *Mélanges en l'honneur de Ch. L. ROZAKIS, La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant*, Bruylant, 2011, p. 741-758.

B. Articles de revues et notes

G. ABLINE, « Les observations générales, une technique d'élargissement des droits de l'homme », *RTDH*, 2008, p. 449-479.

M. AFROUKH, « L'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence administrative », *RFDA*, 2011, p. 1153-1164.

J. ALLAIN, « *Rantsev v. Cyprus and Russia*: The European Court of Human Rights and Trafficking as Slavery », *HRLR*, vol. 10-3, 2010, p. 546-557.

Ph. ALSTON, G. QUINN, « The Nature and Scope of States Parties' Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights », *HRQ*, 1987, 9, p. 156-229.

Ph. ALSTON, « Out of the Abyss : the Challenges Confronting the New U.N. Committee on Economic, Social and Cultural Rights », *HRQ*, 1997, 9, p. 332-381.

D. ANZILOTTI, « La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers », *RGDIP*, 1906, p. 5-29.

J.-B. AUBY, « Le recours aux objectifs des textes dans leur application en droit public », *RDP*, 1991, p. 327-337.

R. BADINTER, « Une si longue défiance », *Pouvoirs*, n° 74, p. 7-12.

O. BEAUD, « Droits de l'homme et du citoyen et formes politiques / le cas particulier de la Fédération », *RUDH*, 2004 p. 16-26.

D. de BEER, P. de HERT, G. GONZALES FUSTER, S. GUTWIRTH, « Nouveaux éclairages de la notion de "donnée personnelles" et application audacieuse du critère de proportionnalité, Cour européenne des droits de l'homme, Grande Chambre, S. et Marper c. Royaume-Uni, 4 décembre 2008 », *RTDH*, 2010, p. 141-161.

B. BELDA, « L'État Français condamné pour la première fois du fait du suicide d'un détenu », *JCP G*, 2008, II 10196.

J.-M. BELORGEY, « La Charte sociale du Conseil de l'Europe et son organe de régulation (1961-2011), le Comité européen des droits sociaux : esquisse d'un bilan », *RTDH*, 2011, p. 787-806.

Y. BENAÏMOU, « Brèves réflexions sur la place des juges face à la mondialisation. Contribution à l'intelligence critique de la mondialisation. », *D.*, 2003, 366.

F. BENOÎT-ROHMER, « La Cour de Strasbourg et la protection de l'intérêt minoritaire : une avancée décisive sur le plan des principes ? (En marge de l'arrêt Chapman) », *RTDH*, 2001, p. 999-1015.

F. BENOÎT-ROHMER, « A propos de l'arrêt *Bosphorus Air Lines* du 30 juin 2005 : l'adhésion

contrainte de l'Union à la Convention », *RTDH*, 2005, p. 827-853.

F. BENOÎT-ROHMER, « Pour un espace juridique européen de protection des droits de l'homme », *EDL*, 2005, 15, p. 5-11.

F. BENOÎT-ROHMER, « Un préjudice préjudiciable à la protection des droits de l'homme : premières applications du Protocole 14 sur le condition de "préjudice important" », *RTDH*, 2011, p. 23-42.

J. BENZIMRA-HAZAN, « Disparitions forcées de personnes et protection du droit à l'intégrité : La méthodologie de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », *RTDH*, 2001, p. 765-797.

J. BENZIMRA-HAZAN, « En marge de l'arrêt Timurtas contre la Turquie : vers l'homogénéisation des approches du phénomène des disparitions forcées de personnes », *RTDH*, 2001, p. 983-997.

A. BERENSTEIN, « Economic and Social Rights : their Inclusion in the European Convention on Human Rights, Problems of Formulation and Interpretation », *HRLJ*, 1981, p. 257-280.

N. BERNARD, « Le droit au logement opposable vu de l'étranger : poudre aux yeux ou avancée décisive ? », *RDP*, 3-2008, p. 833-861.

S. BESSON, « Les obligations positives de protection des droits fondamentaux : un essai de dogmatique comparative », *Revue de droit suisse*, 122 (2003), p. 49-96.

L. BOISSON DE CHAZOURNES et L. CONDORELLI, « De la responsabilité de protéger ou d'une nouvelle parure pour une notion déjà bien établie », *RGDIP*, 2006, p. 11-18.

J. C. BONICHOT, « Le juge administratif et l'Europe », *Justice et Cassation, Revue annuelle des avocats au Conseil d'État et à la Cour de Cassation*, 2006, p. 121-126

R. BONNARD, « Les droits publics subjectifs des administrés », *RDP*, 1932, p. 695-728.

S. BORELLI, « Positive Obligations of States and the Protection of Human Rights », *Interights Bulletin*, 2006, 15-3, p. 101-103.

M. BOSSUYT, « La distinction entre les droits civils et politiques et les droits économiques sociaux et culturels », *RDH*, 1975, p. 783-820.

M. BOSSUYT, « L'arrêt Marckx de la Cour européenne des droits de l'homme », *RBDI*, 1980, p. 53-81.

P. BOURETZ, « Entre la puissance de la loi et l'art de l'interprétation : l'énigmatique légitimité du juge », *Pouvoirs*, n° 74, p. 72-83.

E. BOUTMY, « La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et M. Jellinek », *Annales de Sciences politiques*, 1902, t. XVII, p. 415-443.

R. BRINKTRINE, « The Horizontal Effect of Human Rights in German Constitutional Law : the British Debate on Horizontality and the Possible Role Model of the German Doctrine of "Mittelbare Drittwirkung der Grundrechte" », *EHRLR*, 2001/4, p. 421-432.

L. BURGORGUE-LARSEN, « La Corte europea y el derecho penal », *Anuario de derecho internacional*, 2005, p. 317-378.

L. BURGORGUE-LARSEN, « Le bannissement de l'impunité : décryptage de la politique jurisprudentielle de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », *RTDH*, 2012, p. 3-42.

L. CAFLISCH et A.A. CANÇADO TRINDADE, « Les Conventions américaine et européenne des droits de l'homme et le droit international général », *RGDIP*, 2004, p. 5- 62.

- S. CALABRESI, S. DOTSON ZIMDAHL, « The Supreme Court and Foreign Sources of Law : Two Hundred Years of Practice and the Juvenile Death Penalty Decision », *William and Mary Law Review*, 47, 2005, p. 743 et s.
- A. I. L. CAMPBELL, « Positive Obligations under the ECHR: Deprivation of Liberty by Private Actors », *EdinLR*, Vol 10, p. 399-412
- A.A. CANÇADO TRINDADE, « Le développement du droit international des droits de l'homme à travers l'activité et la jurisprudence des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme », *RUDH*, 2004, p. 177-180.
- A.A. CANÇADO TRINDADE, « Le déracinement et la protection des migrants dans le droit international des droits de l'homme », *RTDH*, 2008, p. 289-328.
- A. CARTY, « Du Postmodernisme en théorie et en sociologie du droit ou Rousseau et Durkheim lus par Baudrillard », *Droit et Société*, 13-1989, p. 371-385.
- C. M. CERNA, « La Cour interaméricaine des droits de l'homme : ses premières affaires », *AFDI*, 1983, p. 300-312.
- C. M. CERNA, « La Cour interaméricaine des droits de l'homme et les affaires récentes », *AFDI*, 1987, p. 351-269.
- C. M. CERNA, « Questions générales de droit international examinées par la Cour interaméricaine des droits de l'homme », *AFDI*, 1996, p. 715-732.
- J. CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP*, 1998, p. 659-690.
- J. CHEVALLIER, « L'obligation en droit public », *APD*, t. 44, 2000, p. 179-194.
- G. A. CHRISTENSON, « Attributing Act of Omission to the State », *Michigan journal of international law*, 1991, vol. 12, p. 312-370.
- R. CHURCHILL, U. KHALIQ, « The Collective Complaints System of the European Social Charter : an Effective Mechanism for Ensuring Compliance with Economic and Social Rights ? », *EJIL*, 2004, vol. 15, n° 3, p. 417-456.
- G. COHEN-JONATHAN, « Cour interaméricaine des droits de l'homme, l'arrêt Velasquez », *RGDIP*, 1990, p. 455-471.
- G. COHEN-JONATHAN, « Cour européenne des droits de l'homme et droit international général », *AFDI*, 2000, vol. 46, p. 614-642.
- G. COHEN-JONATHAN, « Garantir l'efficacité à long terme de la Cour européenne des droits de l'homme : quelques observations à partir des derniers travaux du Comité directeur pour les droits de l'homme », *RTDH*, 2003, p. 1125-1156.
- G. COHEN-JONATHAN, « À propos des arrêts *Assanidzé* (8 avril 2004), *Ilascu* (8 juillet 2004) et *Issa* (16 novembre 2004). Quelques observations sur les notions de "juridiction" et d' "injonction" », *RTDH*, 2005, p. 767-785.
- J.-P. COSTA, « Le juge et les libertés », *Pouvoirs*, n° 84, p. 75-87.
- J.-P. COSTA, « Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : de l'influence de différentes traditions nationales », *RTDH*, 2004, p. 101-110.
- J.-P. COSTA, « The European Court of Human Rights : Consistency of its Case-Law and Positive Obligations », *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2008, 26, 3, p. 449-454.

- J.-P. COSTA, « La Cour européenne des droits de l'homme et la protection des droits sociaux », *RTDH*, 2010, p. 207-216.
- J.-P. COT, « La pensée juridique américaine », *RGDIP*, 2006, p. 537-593.
- I. COUZIGOU, « L'incidence du droit à la vie sur le droit à un procès équitable dans la jurisprudence du Comité des droits de l'homme », *RGDIP*, 2010, p. 343-365.
- P. DE MONTALIVET, « Les objectifs de valeur constitutionnelle », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 20, Juin 2006, p. 169-175.
- O. DE SCHUTTER, « L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme : un essai de démolition », *RDISDP*, 1992, p. 83-127.
- O. DE SCHUTTER, « L'interdépendance des droits et l'interaction des systèmes de protection : les scénarios du système européen de protection des droits fondamentaux », *L'Europe des Libertés*, numéro spécial « Le mécanisme de contrôle de l'application de la Charte sociale européenne », 2000, p. 19-31.
- O. DE SCHUTTER, « Globalization and Jurisdiction : Lessons from the European Convention on Human Rights », *CRIDHO Working Paper*, 2005, n° 4, 36 p.
- E. DECAUX, « Les droits fondamentaux en droit international », *AJDA*, 1998, n° spécial, p. 66-74.
- M. DELMAS-MARTY et M. L. IZORCHE, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit », *RIDC*, 2000, p. 753-780.
- M. DELMAS-MARTY, « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *D.*, 2006, p. 951-957.
- M.-P. DESWARTE, « Droit sociaux et État de droit », *RDP*, 1995, p. 951-985.
- B. DICKSON, « Positive Obligations and the European Court of Human Rights », *NILQ*, 2010, 61-3, p. 203-208.
- X. DIJON, « La Convention européenne et les droits de l'homme le plus démunis », *JT*, 1988, p. 716-722.
- C. DONNELLY, « Positive Obligations and Privatisation », *NILQ*, 2010, 61-3, p. 209-223.
- R. DRAGO, « La notion d'obligation : droit privé et droit public », *APD*, t. 44, 2000, p. 43-50.
- A. DRZEMCZEWSKI, « The European Human Rights Convention and Relation Between Private Parties », *Netherlands International Law Review*, 26, p. 163-181.
- E. DUBOUT, « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2007, p. 397-425.
- E. DUBOUT, « Interprétation téléologique et politique jurisprudentielle de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2008, p. 383-418.
- H. DUFFY, « Towards Global Responsibility for Human Rights Protection : A Sketch of International Legal Developments », *Interights Bulletin*, 2006, 15-3, p. 104-107.
- L. DUMONT, « La conception moderne de l'individu », *Esprit*, Février 1978, p. 18-54.
- P.-M. DUPUY, « L'obligation en droit international », *APD*, t. 44, 2000, p. 217-231.
- P. -M. DUPUY, « Quarante ans de codification du droit de la responsabilité internationale des États, Un bilan », *RGDIP*, 2003, p. 305-348.

- A. EIDE, « Realization of Social and Economic Rights and the Minimum Threshold Approach », *HRLJ*, 1989, vol. 10, p. 35-51.
- M.-A. EISSEN, « La Cour européenne des droits de l'homme », *RDP*, 1986, p. 1539-1597 et 1773-1783.
- S. EL BOUDOUHI, « Affaire Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République Démocratique du Congo), Fond : La CIJ est-elle devenue une juridiction de protection des droits de l'homme ? », *AFDI*, 2010, p. 277-299.
- D. EVRIGENIS, « Recent Case-Law of the European Court of Human Rights on Article 8 and 10 of the European Convention on Human Rights », *HRLJ*, 1982, p. 121-139.
- M. FABRE-MAGNAN, M. LEVINET, J.-P. MARGUÉNAUD et F. TULKENS, « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *Droits*, 2008, n° 48, p. 3-57.
- B. FAURE, « Les objectifs à valeur constitutionnelle, une nouvelle catégorie juridique ? », *RFDC*, 1995, p. 47-77.
- J.-F. FELDMAN, « Le comité de réflexion sur le Préambule de la Constitution et la philosophie des droits de l'homme », *D.*, 2009, p.1036-1039.
- J.-F. FLAUSS, « La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une Cour constitutionnelle ? », *RFDC*, 1999/1, p. 711-728.
- J.-F. FLAUSS, « Le droit à un recours effectif au secours de la règle du délai raisonnable : un revirement de jurisprudence historique », *RTDH*, 2002, p.169-201.
- J.-F. FLAUSS, « Faut-il transformer la Cour européenne des droits de l'homme en Cour constitutionnelle ? », *D.*, 2003, p. 1638-1644.
- J.-F. FLAUSS, « L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : du politique au juridique ou vice-versa », *RTDH*, 2009, p. 27-72.
- M. FOESSEL, « Légitimation de l'État. De l'affaiblissement de l'autorité à la restauration de la puissance », *Esprit*, mars-avril 2005, p. 242-256.
- P. de FONTBRESSIN, « La liberté d'expression, les obligations positives des autorités publiques et un juste équilibre », *RTDH*, 2001, p. 105-116.
- M. FORDE, « Non governmental interferences with human rights », *BYIL*, 56 (1985), 253-280.
- C. FORDER, « Legal Protection under Article 8 CEDH : Marckx and Beyond », *NILR*, 1990, 67(2), p. 162-181.
- I. FOUCHARD, « Décès violents de détenus en prison », *AJDA*, 2011, p. 142-149.
- N. FOULQUIER, « De la protection des droits...à l'insécurité juridique. Ou la remise en cause par la Cour européenne des droits de l'homme des fins de non-recevoir et des exceptions d'irrecevabilité consacrées par la procédure juridictionnelle française », *RTDH*, 2003, p. 1203-1220.
- J. FOYER, « La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *APD*, t. 50, 2006, p. 239-244.
- A. GARAPON, « La question du juge », *Pouvoirs*, n° 74, p. 13-27.
- K. GARCIA, « Le droit au logement décent et le respect de la vie familiale. Cour européenne des droits de l'homme (5^e section), *Wallova et Walla c. République tchèque* du 26 octobre 2006 », *RTDH*, 2007, p. 1121-1135.

- M. GARCÍA ELORRIO, « Algunas consideraciones en torno a la naturaleza y alcance de la noción de diligencia debida en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos », *Revista Electrónica Cordobesa de Derecho Internacional Público*, vol. 1, No. 1 (2011).
- M. GAUCHET, « Les droits de l'homme ne sont pas une politique », *Le Débat*, 1980/3, n° 3, p. 2-21.
- M. GAUCHET, « Quand les droits de l'homme deviennent une politique », *Le Débat*, 2000/3, n° 110, p. 258-288.
- J. GAUDEMET, « Naissance d'une notion juridique. Les débuts de l' "obligation" dans le droit de la Rome antique », *APD*, t. 44, 2000, p. 19-32.
- L. GAY, « La notion de droits-créances à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 16, p. 148.
- J. GERARDS, H. SENDEN, « The Structure of Fundamental Rights and the European Court of Human Rights », *IJCL*, vol. 7, n° 4, Octobre 2009, p. 619-648.
- G. GONZALEZ, « Le protocole additionnel n° 12 à la Convention européenne des droits de l'homme portant interdiction générale de discriminer », *RFDA*, 2002, p. 113-123.
- A. GOUTTENOIRE-CORNU et F. SUDRE, « La compatibilité avec la Convention EDH de l'accouchement sous X », *JCP G*, 2003, II, 10049.
- S. GREER, « 'Balancing' and the European Court of Human Rights : a Contribution to the Habermas-Alexy Debate », *Cambridge Law journal*, 63(2), Juillet 2004, p. 412-434.
- S. GREER, « Constitutionalizing Adjudication under the European Convention on Human Rights », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 23, n° 3 (2003), p. 405-433.
- C. GREWE, « Les influences du droit allemand des droits fondamentaux sur le droit français : le rôle médiateur de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RUDH*, 2004, p. 26-32.
- A. GUELLALI, « L'application extraterritoriale des droits de l'homme en cas de conflit armé ou d'occupation de territoire », *RDISDP*, 2006, p. 295-324.
- J. HABERMAS, J. RATZINGER, « Les fondements prépolitiques de l'État démocratique », *Esprit*, Juillet 2004, P. 5-28
- Y. HAECK, A. VAN PACHTENBEKE, « From De Becker to Varnava: the state of continuing situations in the Strasbourg case law », *EHRLR*, 2010, vol 1, p. 47-59.
- N. HAUPAIS, « Les obligations de la puissance occupante au regard de la jurisprudence et de la pratique récentes », *RGDIP*, 2007, p.117-146.
- L. HENNEBEL, « L' "Humanisation" du droit international des droits de l'homme. Commentaire de l'avis consultatif n° 18 de la Cour interaméricaine relatif aux droits des travailleurs migrants », *RTDH*, 2004, p.747-756.
- L. HENNEBEL, « La protection de l' "intégrité spirituelle" des indigènes », *RTDH*, 2006, p. 253-276.
- L. HENNEBEL et H. TIGROUDJA, « Chronique de la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (2006-2007) », *RTDH*, 2008, p. 1191-1207.
- C. HERRERA, « Sur le statut des droits sociaux - La constitutionnalisation du social », *RUDH*, 2004, p. 32-39.

- B. HOFSTÖTTER, « European Court of Human Rights : Positive obligations in *E. and others v. United Kingdom* », *International Journal of Constitutional Law*, 2004, 2-3, p. 525-560.
- M. HOTTELIER, « La procédure suisse de révision consécutive à un arrêt de condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2001, p. 743-764.
- M. HOTTELIER, « La nécessaire complémentarité des droits matériels et des garanties de procédure, Cour européenne des droits de l'homme, 8 août 2006, *H. M. c. Turquie* », *RTDH*, 2007, p. 574-586.
- P.-H. IMBERT, « Droits des pauvres-pauvre(s) droit(s)? Réflexions sur les droits économiques, sociaux et culturels », *RDP*, 1989, p. 739-754.
- G. JEZE, « Essai d'une théorie générale de l'abstention en droit public », *RDP*, 1905, p. 764-785.
- G. JEZE, « Les libertés individuelles (rapport à l'institut international de Droit Public) », *Annuaire de l'Institut International de Droit Public*, 1929, p. 162-211.
- O. JOUANJAN, « La théorie allemande des droits fondamentaux », *AJDA*, 1998, n°spécial, p. 44-51.
- O. JOUANJAN, « Les fondations de la théorie des droits publics subjectifs dans la pensée de Georg Jellinek », *RUDH*, 2004, p. 6-16.
- S. KARAGIANNIS, « Le territoire d'application de la convention européenne des droits de l'homme. *Vaetera et Nova* », *RTDH*, 2005, p. 33-120.
- E. KESLASSY, « Tocqueville ou la proposition d'un nouvel État », *Alternatives économiques, L'économie politique*, 2001/3, n° 11, p. 99-106.
- U. KILKELLY, « Protecting Children's Rights under the ECHR: The Role of Positive Obligations », *NILQ*, 2010, 61-3, p. 245-261.
- M. KLATT, « Positive obligations under the European Convention on Human Rights », *ZaöRV*, 2011, 71, p. 691-718.
- S. KOWORTH, « La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples : une rectification institutionnelle du concept de "spécificité africaine" en matière de droits de l'homme », *RTDH*, 2004, p. 757-790.
- F. KRENC, « Liberté négative d'association accords de monopole syndical et appartenance obligatoire au barreau. Observations en marge de l'arrêt *Sorensen et Rasmussen c. Danemark* rendu le 11 janvier 2006 par la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2006, p. 787-815.
- E. LAGRANGE, « L'application de la Convention de Rome à des actes accomplis par les États parties en dehors du territoire national », *RGDIP*, 2008, p. 521-565.
- E. LAMBERT-ABDELGAWAD, « Le réexamen de certaines affaires suite à des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2001, p. 715-742.
- E. LAMBERT-ABDELGAWAD, « La Cour européenne au secours du Comité des Ministres pour une meilleure exécution des arrêts "pilotes" », *RTDH*, 2005, p. 203-224.
- N. LAVENDER, « The Problem of the Margin of Appreciation », *EHRLR*, 1997, 4, p. 380-390.
- P.-F. LAVAL, « À propos de la juridiction extraterritoriale de l'État. Observations sur l'arrêt *Al-Skeini* de la Cour européenne des droits de l'homme du 7 juillet 2011 », *RGDIP*, 2012, p. 61-88.
- F. LAZAUD, « L'objectivisation de contentieux européen des droits de l'homme, lecture de l'arrêt

- Broniowski à la lumière du Protocole n° 14 », *Revue de la recherche juridique*, 2005 -2, p. 913-934.
- Ph. LEACH, « Positive Obligations from Strasbourg – Where do the Boundaries Lie ? », *Interights Bulletin*, 2006, 15-3, p. 123-126.
- C. LE BRIS, « Vers la "protection diplomatique" des non-nationaux victimes de violation des droits de l'homme ? », *RTDH*, 2012, p. 329-345.
- F. LEDUC, « Causalité civile et imputation », *Revue Lamy droit civil*, supplément au n° 40, juillet-août 2007, p. 21-25.
- M. LEVINET, « La notion d'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Droits*, 2009, n° 49, p. 3-18
- M. LEVINET, « Les présupposés idéologiques de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Les 60 ans de la Convention européenne des droits de l'homme* (9 avril 2010), *Les Petites Affiches*, n° 254, 22 décembre 2010, p. 9-16.
- D. LÉVY, « La responsabilité pour omission et la responsabilité pour risque en droit international public », *RGDIP*, 1961, p. 744-764.
- K. M. LEWAN, « The significance of constitutional rights for private law : theory and practice in west Germany », *ICLQ*, 17/3 (1968), p. 571-601.
- L. LOUCAIDES, « Determining the extraterritorial Effect of the European Convention : Facts, Jurisprudence, and the Bankovic Case », *EHRLR*, 2006, p. 391-407.
- P. LÖWENTHAL, « Ambiguïtés des droits de l'homme », *Droits fondamentaux*, n° 7, janvier 2008 - décembre 2009 [www.droits-fondamentaux.org].
- Y. MAYAUD, « La loi Fauchon du 10 juillet 2000 après plus de cinq ans d'application... », *AJ pénal*, 2006, n° 4, p. 146-153.
- J.-P. MARGUÉNAUD, « La délimitation par la Cour de Strasbourg du domaine de l'effet horizontal de la CEDH », *RTD civ.*, 1999, p. 498.
- J.-P. MARGUÉNAUD, « Transsexualisme, droit à l'expertise équitable et diffusion de l'effet horizontal de la Convention EDH dans les relations contractuelles », *RTD.Civ.*, 2004, p. 361.
- MARGUÉNAUD, J. MOULY, « Les clauses relatives au domicile du salarié dans le contrat de travail : du bon usage du principe européen de proportionnalité », obs. sous Cass. Soc., 12 janvier 1999, *D.*, 1999, 645, spéc. p. 645-648.
- J.-P. MARGUÉNAUD, J. MOULY, « L'alcool et la drogue dans les éprouvettes de la CEDH : vie privée du salarié et principe de proportionnalité », *D.*, 2005, p. 36-39.
- J.-P. MARGUÉNAUD, J. MOULY, « Le modèle syndical danois terrassé par le droit d'association négatif. A propos d'un arrêt de la Cour EDH (Grande Chambre) du 11 janvier 2006 », *Droit Social*, 2006, p. 1022-1024.
- J.-P. MARGUÉNAUD, J. MOULY, « Le droit à négociation collective, "partie inséparable" de la liberté syndicale », *JCP G*, 2007, II, 10038.
- J.-P. MARGUÉNAUD, J. MOULY, « L'avènement d'une Cour européenne des droits sociaux (à propos de CEDH 12 novembre 2008, Demir et Baykara c/ Turquie) », *D.*, 2009, n° 11.
- P. MAISANI, F. WIENER, « Réflexions autour de la conception post-moderne du droit », *Droit et Société*, 27-1994, p. 443-464.

- B. MARKESINIS, « Privacy, freedom of expression and the horizontal effect of the human rights bill : lessons from Germany », *LQR*, 1999, p. 47-88.
- J. McBRIDE, « Protecting Life : A Positive Obligation to Help », *ERL*, 1999, 24, p. 43-54.
- T. J. MELISH, A. ALIVERTI, « Positive Obligations in the Inter-American Human Rights System », *Interights Bulletin*, 2006, 15-3, p. 120-122.
- M. MERINO, « Protection de l'individu contre les nuisance environnementales... de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme au système juridictionnel national de protection », *RTDH*, 2006, p. 55-86.
- M. MERINO, « Le renforcement de la protection de la liberté syndicale par la Cour européenne des droits de l'homme en question », *RTDH*, 2007, p. 463-492.
- M. MILANOVIC, « From Compromise to Principle : Clarifying the Concept of State Jurisdiction in Human Rights Treaties », *HRLR*, 2008, 8, p. 411-448.
- B. MIRKINE-GUETZEVITCH, « Les nouvelles tendances du droit constitutionnel, le problème de la rationalisation du pouvoir dans les Constitutions de l'Europe d'après guerre », *RDP*, 1928, p. 5-53.
- B. MIRKINE-GUETZEVITCH, « Les nouvelles tendances du droit constitutionnel. Les Déclarations des droits d'après guerre », *RDP*, 1929, p. 564-598.
- G. MOLLION, « Les garanties légales des exigences constitutionnelles », *RFDC*, 2005/2, n° 62, p. 257-289.
- M. A. NAMOUNTOUGOU, « La saisine du juge international africain des droits de l'homme », *RTDH*, 2011, p. 261-294.
- J. NICKEL, « How Human Rights Generate Duties to Protect and Provide », *HRQ*, 77, 1993, p. 77-86.
- J. NICKEL, « Rethinking Indivisibility : Towards a Theory of Supporting Relations between Human Rights », *HRQ*, 30, 2008, p. 984-1001.
- J. NISSET, « Droits de l'homme, Devoirs de l'homme », *Studia diplomatica*, 40 (2), p. 123.
- A.-D. OLINGA, « Les emprunts normatifs de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples aux systèmes européen et interaméricain de garantie des droits de l'homme », *RTDH*, 2005, p. 499-537.
- A.-D. OLINGA, « The African Charter on Human and Peoples' Rights and Positive Obligations », *Interights Bulletin*, 2006, 15-3, p. 117-119.
- F. OUGUERGOUZ, « La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples – Gros plan sur le premier organe judiciaire africain à vocation continentale », *AFDI*, 2006, p. 213-240.
- R. O'CONNELL, « Realising Political Equality: The European Court of Human Rights and Positive Obligations in a Democracy », *NILQ*, 2010, 61-3, p. 263-280.
- E. PALMER, « Protecting Socio-Economic Rights Through the European Convention on Human Rights : Trends and Developments in the European Court of Human Rights », *Erasmus Law Review*, vol. 2, No. 4, 2009, p. 397-425.
- E. PALMER, « Beyond Arbitrary Interference: the rights to a home? Developing socio-economic duties in the European Convention on Human Rights », *NILQ*, 2010, 61-3, p. 225-243.
- I. PANOUSSIS, « L'obligation générale de protection des droits de l'homme dans la jurisprudence

des organes internationaux », *RTDH*, 2007, p. 427- 461.

A. PELLET, « Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Suite - et fin ? », *AFDI*, 2002, p. 1-23.

R. PELLOUX, « L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire linguistique belge (fond) », *AFDI*, 1968, p. 201-216.

Ch. PERELMAN, « Le raisonnable et le déraisonnable en droit », *APD*, t. 23, 1978, p. 35-42.

V. PETEV, « Pluralisme juridique, construction européenne et droits participatifs », *APD*, t. 49, 2006, p. 13-20.

I. PETRULESCU, « Droit international de la responsabilité et droits de l'homme. A propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 8 juillet 2004 dans l'affaire Ilascu et autres c/ la République de Moldova et la Fédération de Russie », *RGDIP*, 2005, p. 581-606.

Ch. PETTITI, « La Charte sociale révisée », *RTDH*, 1997, p. 3-16.

E. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, 20 juillet - 20 août 1998, n°spécial, p. 6-42.

R. PISILLO MAZZESCHI, « The Due Diligence Rule and the Nature of the International Responsibility of States », *GYIL*, 1992, 35, p. 9-51.

C. PICHERAL et A.-D. OLINGA, « La théorie de la Marge nationale d'appréciation dans la jurisprudence de la CEDH », *RTDH*, 1995, p. 567-603.

C. PICHERAL, « L'hypothèse d'un "droit à" l'environnement », in *Perspectives d'un droit privé de l'environnement – A la recherche du statut juridique du « bioacteur » ?*, Actes du colloque 11 et 12 septembre 2008 (Faculté de droit de Montpellier, Centre de droit de la Consommation et du Marché), *Bull. du droit de l'environnement industriel*, Février 2009, suppl. au n° 19, p. 61-70.

A. PONSEILLE, « La faute caractérisée en droit pénal », *Rev. sc. crim.*, 2003, n° 1, p. 79-90.

S. RABILLER, « Clair-obscur des obligations procédurales jurisprudentielles : (à propos des obligations positives d'ordre procédural dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme) », *Petites affiches*, 26 juillet 2005, n° 147, p. 6-17.

S. RIALS, « Ouverture : généalogie des droits de l'homme », *Droits*, n° 2, 1985, p. 3-12.

S. RIALS, « Ouverture/Le mystère des origines », *Droits*, n° 8, 1988, p. 3-31.

D. RIETIKER, « The Principle of "Effectiveness" in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Its Different Dimensions and Its Consistency with Public International Law - No Need for the Concept of Treaty *Sui Generis* », *Nordic Journal of International Law*, vol. 79, n° 2, 2010, p. 245-277.

D. RIETIKER, « Un enlèvement d'enfant devant la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme : l'affaire *Neulinger et Shuruk c. Suisse* analysée à la lumière des méthodes d'interprétation des traités internationaux », *RTDH*, 2012, p. 377-413.

F. RIGAUX, « La loi condamnée : à propos de l'arrêt du 13 juin 1979 de la Cour européenne des droits de l'homme », *Journal des tribunaux*, 1979, v. 94, no. 5093, p. 513-524

F. RIGAUX, « Les fondements philosophiques des droits de l'homme », *RTDH*, 2007, p. 307-349.

P. RODIÈRE, « Les droits sociaux fondamentaux à l'épreuve de la Constitution européenne », *JCP G*, 2005, I 136, p. 887-893.

- J. ROGERS, « Applying the Doctrine of Positive Obligations in the European Convention on Human Rights to Domestic Substantive Criminal Law in Domestic Proceedings », *CrimLR*, 2003, p. 690-710.
- N. ROHT-ARRIAZA, « State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law », *CLR*, 78 (1990), p. 449-513.
- P. ROLLAND, « L'interprétation de la Convention », *RUDH*, 1991, p. 280-288.
- C. ROMAINVILLE, « Contentieux irakien et extraterritorialité, de la nécessité de dépasser Bankovic », *RTDH*, 2009 p. 1007-1036.
- D. ROMAN, « Entre fichage des séropositifs et suivi épidémiologique, la protection de la vie privée et les données sensibles, A propos de l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'État, 30 juin 2000, Ligue française pour la défense des droits de l'homme et du citoyen », *Les Petites Affiches*, 13 février 2001, n° 31, p. 10-17.
- D. ROSENBERG, « L'arrêt Assenov : un premier pas vers une reconnaissance juridictionnelle des droits des Tsiganes en Europe ? », *RTDH*, 1998, p. 383-398.
- P. RRAPI, « "L'incompétence négative" dans la QPC : de la double négation à la double incompréhension », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 34, janvier 2012, p. 163-171.
- D. RUSSELL, « Supplementing the European Convention on Human Rights: Legislating for Positive Obligations », *NILQ*, 2010, 61-3, p. 281-294.
- J. SALMON, « Le quatrième arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme : affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique », *Journal des tribunaux*, 1967, v. 82, n° 4576, p. 341-348.
- J. SALMON, « Le fait étatique complexe : une notion contestable », *AFDI*, 1982, p. 709-738.
- P. SARGOS, « Approche juridictionnelle de l'effectivité des droits sociaux », *Justice et Cassation, Revue annuelle des avocats au Conseil d'État et à la Cour de Cassation*, 2006, p. 422-430.
- K. SCHLAICH, « Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux, tribunal constitutionnel fédéral allemand », *RIDC*, 1981, p. 335-394.
- V. SCHLETTE, « Les interactions entre les jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour constitutionnelle allemande », *RFDC*, 1996, p. 747-768.
- L.-A. SICILIANOS, « L'influence des droits de l'homme sur la structure du droit international. Première partie : la hiérarchisation de l'ordre juridique international », *RGDIP*, 2012, p. 5-30.
- I. SOUMY, « L'effet horizontal de l'article 5§1, première phrase comme limite à la tyrannie familiale : l'affaire Storck c/Allemagne du 16 juin 2005 », *RTDH*, 2006, p. 237-251.
- G. SOULIER, « Réflexion sur l'évolution et l'avenir du droit de la responsabilité de la puissance publique », *RDP*, 1969, p. 1039-1103.
- D. SPIELMANN, « la Convention européenne des droits de l'homme et le droit pénal », *Annales du droit luxembourgeois*, Vol. 14, 2004, p. 25-90.
- D. SPIELMANN, « La question des Tsiganes et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *AIDH*, 2008, p. 122-158.
- D. 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 Series*, 2012, 30 p.

- J.-F. SPITZ, « Droits négatifs droits positifs : une distinction dépourvue de pertinence », *Droits*, 49, 2009, p. 191-211.
- Ch. STARCK, « La jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale concernant les droits fondamentaux », *RDP*, 1988, p. 1263-1287.
- A. STONE SWEET, « Sur le constitutionnalisation de la convention européenne des droits de l'homme : cinquante ans après son installation, la Cour européenne des droits de l'homme conçue comme une cour constitutionnelle », *RTDH*, 2009, p. 923-944.
- F. SUDRE, « Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1995, p. 363-384.
- F. SUDRE, « Le protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives », *RGDIP*, 1996, p. 715-739.
- F. SUDRE, « A propos du dynamisme interprétatif de la Cour EDH », *JCP G*, 2001, I, 335.
- F. SUDRE, « La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme : un exercice de "jurisprudence fiction" ? », *RTDH*, 2003, p. 755-779.
- F. SUDRE, « Le droit à un environnement sain et le droit au respect de la vie privée », *AIDH*, I, 2006, p. 201-217.
- F. SUDRE, « L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2008, p. 917-947.
- H. SURREL, « L'extension audacieuse de la compétence *rationae temporis* de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de protection des droits procéduraux garantis par les articles 2 et 3 de la Convention », *RTDH*, 2012, p. 271-295.
- P. TAVERNIER, « L'ONU et l'affirmation de l'universalité des droits de l'homme », *RTDH*, 1997, p. 379-393.
- P. TAVERNIER, « La contribution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative au droit de la responsabilité internationale en matière de réparation – une remise en cause nécessaire - », *RTDH*, 2007, p. 945-966.
- Ph. TERNEYRE, « Le droit au juge », *Les Petites Affiches*, 4 déc. 1991, p. 8.
- H. TIGROUDJA, « L'autonomie du droit applicable par la Cour interaméricaine des droits de l'homme : en marge des arrêts et avis consultatifs récents », *RTDH*, 2002, p. 69-110.
- H. TIGROUDJA, « Le droit de la réparation en question : de la nécessaire affirmation de la fonction réparatoire de la responsabilité internationale de l'État », *RTDH*, 2003, p. 232-260.
- S. TOUZE, F. TULKENS, « Les techniques interprétatives des organes de protection des droits de l'homme », *RGDIP*, 2011, p. 517-549.
- A. TROCHEV, « All Appeal Lead to Strasbourg ? Unpacking the Impact of the European Court of Human Rights on Russia », *University of Wisconsin Law School, Legal Studies Research Paper Series*, Paper n° 1082, p. 145-178.
- F. TULKENS, L. DONNAY, « L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ? », *Rev. sc. crim.*, 2006, p. 3-23.
- F. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK, F. KRENC, « La soft law et la Cour européenne des droits de l'homme : question de légitimité et de méthode », *RTDH*, 2012, p. 433-489.

- V. VAN DER PLANCKE et N. VAN LEUVEN, « La privatisation du respect de la Convention européenne des droits de l'homme : faut-il reconnaître un effet horizontal généralisé ? », *CRIDHO Working Paper*, 2007/03, 63 p.
- S. VAN DROOGHENBROECK, « Les frontières du droit et le temps juridique : la Cour européenne des droits de l'homme repousse les limites », *RTDH*, 2009, p. 811-849.
- F. VANNESTE, « Droit international général et droit international des droits de l'homme : l'apport de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2011, p. 807-838.
- G. VEDEL, « Les Déclarations des droits de l'homme (1789-1949) », *Études*, juillet-août 1950, p. 66-82.
- J. VERHOEVEN, « L'arrêt du 23 juillet 1968 dans l'affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique », *RBDI*, 1970, p. 353-382.
- M. VERPEAUX, « La Liberté », *AJDA*, numéro spécial 1998, p. 144-151.
- E. VIERDAG, « The Legal Nature of the Rights Granted by the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights », *Netherlands Yearbook of International Law*, VI. IX, 1978, p. 69-105.
- M. VILLEY, « Esquisse historique sur le mot responsable », *APD*, t. 22, 1977, p. 45-58.
- P. WACHSMANN, « Convention européenne des droits de l'homme. Droits garantis. Libertés de la personne physique », *Jurisclasseur Europe traité*, fascicule 6520, 10 juin 2009.
- C. WARBRICK, « The structure of article 8 », *EHRLR*, 1998-1, p. 32-44.
- P. WEIL, « Vers une normativité relative en droit international ? », *RGDIP*, 1982, p. 5-47.
- B. H. WESTON, « Human Rights », *HRQ*, 1984, 3, p. 257-283.
- R. WILDE, « Legal Space or "espace juridique" of the European Convention on human rights : is it relevant to extraterritorial state action ? », *EHRLR*, 2005, 2, 115-124.
- L. WILDHABER, « Un avenir constitutionnel pour la CEDH ? » *RUDH*, 2002, n° 1-4, p. 1-6.
- J. ZILLER, « L'Europe sociale dans la Constitution », *Dr. soc.*, 2005, p. 188-199.

C. Chroniques

- M. FROMONT, « Chronique de jurisprudence constitutionnelle allemande », *RDP*.
- J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, « Actualité de la Charte sociale européenne. Chronique des décisions du Comité européen des droits sociaux sur les réclamations collectives », *RTDH*.
- L. BURGORGUE-LARSEN, « Chronique Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*.
- G. COHEN-JONATHAN, J.-F. FLAUSS, « Cour européenne des droits de l'homme et droit international général », *AFDI*.
- E. DECAUX et P. TAVERNIER (dir.), « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *JDI*.

- J.-F. FLAUSS, « Chronique Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA*.
- L. HENNEBEL, « Chronique des décisions du Comité des droits de l'homme des Nations Unies », *RTDH*.
- E. LAMBERT-ABDELGAWAD, « L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*.
- J.-P. MARGUÉNAUD, « Sources internationales- La Charte sociale européenne », *RTDCiv.*.
- J.-P. MARGUÉNAUD, J. RAYNARD, Chronique « Sources internationales – Sources européennes – Conseil de l'Europe », *RTDciv.*.
- J.-P. MARGUÉNAUD, P. RÉMY-CORLAY, Chronique « Sources internationales – Sources européennes – Conseil de l'Europe », *RTDciv.*.
- C. PICHERAL, H. SURREL (dir.), « Droit communautaire des droits fondamentaux. Chronique de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *RTDH*.
- F. SUDRE, Chronique, « Droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G*.
- F. SUDRE (dir.), « Droit communautaire des droits fondamentaux. Chronique de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *RTDH*.
- F. SUDRE (dir.), « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'homme : affaires françaises », *RDP*.
- H. LABAYLE, F. SUDRE, « Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA*.
- H. TIGROUDJA (dir.), « Chronique de la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », *RTDH*.

III. Rapports et autres instruments de travail

A. Rapports de la Commission du droit international

- R. AGO, « Deuxième Rapport sur la responsabilité des États », *Annuaire de la Commission du droit international*, 1970, vol. II, p. 189 et s.
- R. AGO, « Troisième Rapport sur la responsabilité des États », *Annuaire de la Commission du droit international*, 1971, vol. II, 1^{ère} partie, p. 209 et s.
- R. AGO, « Quatrième Rapport sur la responsabilité des États », *Annuaire de la Commission du droit international*, 1972, vol. II, p. 77 et s.
- R. AGO, « Cinquième Rapport sur la responsabilité des États », *Annuaire de la Commission du droit international*, 1976, vol. II, 1^{ère} partie, p. 3 et s.

R. AGO, « Sixième Rapport sur la responsabilité des États », *Annuaire de la Commission du droit international*, 1977, vol. II, 1^{ère} partie, p. 3 et s.

R. AGO, « Septième Rapport sur la responsabilité des États », *Annuaire de la Commission du droit international*, 1978, vol. II, 1^{ère} partie, p. 29 et s.

« Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa trentième session (8 mai - 28 juillet 1978) », *Annuaire de la Commission du droit international*, 1978, vol. II, 2^e partie, 220 p.

J. CRAWFORD, « Premier rapport sur la responsabilité des États », *Annuaire de la Commission du droit international*, 1998, vol. II, 1^{ère} partie, p. 1 et s.

J. CRAWFORD, « Deuxième rapport sur la responsabilité des États », *Annuaire de la Commission du droit international*, 1999, vol. II, 1^{ère} partie, p. 3 et s.

Projet d'articles sur la responsabilité des États pour fait internationalement illicite, avec commentaires, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II, 2^e partie p. 31 et s.

Conclusions des travaux du Groupe d'étude de la Commission du droit international, « La fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international », *Annuaire de la Commission du droit international*, 2006, vol. II, 2^e partie, p. 419 et s.

B. Documents du Conseil de l'Europe

Comité directeur pour les droits de l'homme, groupe de rédaction « B » sur la réforme de la Cour, « Projet de Protocole n° 15 », GT-GDR-B(2012)R1 Addendum, Article 1.

Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, 8 volumes., La Haye, Martinus Nijhoff.

Comité de Ministres, 18 janvier 1989, CM/ResDH (89) 3.

Comité des Ministres, 11 juillet 2002, *Lignes directrices sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme*, CM/Del/Dec(2002)804, Annexe 3, I.

Comité de Ministres, 22 juillet 2002, CM/ResDH (2003) 125.

Règlement du Conseil des Ministres pour la surveillance de l'exécution des arrêts et des termes des règlements amiables, 12 mai 2006, CM/Del/Dec(2006)964/4.4/annexe4F.

Comité de Ministres, 12 juillet 2007, CM/ResDH(2007)106.

Guide pratique sur la recevabilité, Conseil de l'Europe, décembre 2010, 112 p.

Rapport annuel 2011 de la Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, 2012, 160 p.

Liste des sites internet consultés

Site de la Cour EDH	http://www.echr.coe.int/
Site du Conseil de l'Europe	http://www.coe.int/
Jurisprudence de la Charte sociale	http://hudoc.esc.coe.int/
Site de la Commission ADH	http://www.achpr.org/fr/
Site de la Commission IADH	http://www.cidh.oas.org/french.htm
Site de la Cour ADH	http://www.african-court.org/fr/
Site de la Cour IADH	http://www.corteidh.or.cr/
Site de la Cour internationale de justice	http://www.icj-cij.org/
Site de la Cour de cassation	http://www.courdecassation.fr/
Site du Conseil constitutionnel	http://www.conseil-constitutionnel.fr/
Site du Conseil d'État	http://www.conseil-etat.fr/
Site Légifrance	http://www.legifrance.gouv.fr/

Jurisprudence

Les numéros renvoient aux paragraphes

I. TABLES CHRONOLOGIQUES DE LA JURISPRUDENCE RÉGIONALE

A. Europe

§1. Cour européenne des droits de l'homme

a. Arrêts

1962

- Cour EDH, 27 mars 1962, **De Becker** c. Belgique, A 4.....765

1968

- Cour EDH, 27 juin 1968, **Wemhoff** c. RFA, A 7.....55, 214
- Cour EDH, Plén., 23 juillet 1968, **Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »** c. Belgique, A 6.
.....1, 37, 56, 58, 60, 62, 73, 183, 184, 193, 199, 212, 355, 358, 453, 490, 641, 766, 884

1975

- Cour EDH, Plén., 21 février 1975, **Golder** c. Royaume-Uni, A 18.....54, 171, 172, 182
- Cour EDH, Plén., 27 octobre 1975, **Syndicat national de la police belge** c. Belgique, A 19...
.....46, 155, 189, 491, 641, 730

1976

- Cour EDH, 6 février 1976, **Syndicat suédois des conducteurs de locomotives** c. Suède, A 20.....155, 189
- Cour EDH, 6 février 1976, **Schmidt et Dahlström** c. Suède, A 21.....101, 156, 189
- Cour EDH, Plén., 7 décembre 1976, **Handyside** c. Royaume-Uni, A24.....182, 413, 416, 442, 454, 559, 724
- Cour EDH, 7 décembre 1976, **Kjeldsen et al.** c. Danemark, A 23.....48

1978

- Cour EDH, Plén., 18 janvier 1978, **Irlande c. Royaume-Uni**, A 25....208, 213, 345, 684, 724
- Cour EDH, Plén., 6 septembre 1978, **Klass et al.** c. Allemagne, A 28.....46, 119, 127, 171, 178, 198, 380, 416, 511, 765, 766

1979

- Cour EDH, Plén., 26 avril 1979, **Sunday Times** c. Royaume-Uni (n° 1), A 30.....172, 560
- Cour EDH, Plén., 13 juin 1979, **Marckx** c. Belgique, A 31.....37, 57, 65, 73, 98, 109, 138, 183, 185, 337, 358, 420, 456, 467, 490, 642, 765, 766, 774, 789, 828
- Cour EDH, 9 octobre 1979, **Airey** c. Irlande, A 32.37, 42, 49, 55, 60, 65, 109, 109, 110, 188, 201, 276, 358, 608, 641, 753, 789, 867, 889

1981

- Cour EDH, 6 mai 1981, **Buchholz** c. Allemagne, A 42.....215
- Cour EDH, Plén., 13 août 1981, **Young, James et Webster** c. Royaume-Uni, A 44.....65, 102, 216, 221, 222, 273, 390, 393, 421
- Cour EDH, Plén., 22 octobre 1981, **Dudgeon** c. Royaume-Uni, A 45.....766, 775

1982

- Cour EDH, 25 février 1982, **Campbell et Cosans** c. Royaume-Uni, A 48.....194
- Cour EDH, 15 juillet 1982, **Eckle** c. Allemagne, A 51.....215

1983

- Cour EDH, 13 juillet 1983, **Zimmermann et Steiner** c. Suisse, A 66.....215

1984

- Cour EDH, 10 juillet 1984, **Guincho** c. Portugal, A 81.....215
- Cour EDH, Plén., 2 août 1984, **Malone** c. Royaume-Uni, A 82.....130, 560, 766
- Cour EDH, 26 octobre 1984, **De Cubber** c. Belgique, A 86.....215, 641

1985

- Cour EDH, 12 février 1985, **Colozza** c. Italie, A 89.....215
- Cour EDH, 26 mars 1985, **X et Y** c. Pays-Bas, A 91.....
.103, 188, 234, 273, 301, 314, 393, 420, 420, 507, 508, 572, 726, 767, 768, 817, 836, 837, 852,
- Cour EDH, Plén., 28 mai 1985, **Abdulaziz, Cabales et Balkandali** c. Royaume-Uni, A 94.
.....188, 194, 440, 624

1986

- Cour EDH, Plén., 21 février 1986, **James et al.** c. Royaume-Uni, A 98.....454
- Cour EDH, 24 octobre 1986, **AGOSI** c. Royaume-Uni, A 108.....113, 120, 128
- Cour EDH, Plén., 18 décembre 1986, **Johnston et al.** c. Irlande, A 112.....
.....188, 194, 200, 420, 491, 831
- Cour EDH, Plén., 17 octobre 1986, **Rees** c. Royaume-Uni, A 106.....
.....372, 398, 453, 456, 491, 494, 502, 504

1987

- Cour EDH, Plén., 2 mars 1987, **Mathieu-Mohin et Clerfayt** c. Belgique, A 113.....36, 192
- Cour EDH, 26 mars 1987, **Leander** c. Suède, A 116.....120, 128, 416
- Cour EDH, Plén., 8 juillet 1987, **W.** c. Royaume-Uni, A 121....113,128,187, 188, 380, 416, 548
- Cour EDH, Plén., 8 juillet 1987, **B.** c. Royaume-Uni, A 121.....128, 187, 380, 416, 608, 619

1988

- Cour EDH, Plén., 24 mars 1988, **Olsson** c. Suède (n° 1), A 130.....187, 774
- Cour EDH, 21 juin 1988, **Plattform « Ärtze für das Leben »** c. Autriche, A 139.....
.....60, 105, 148, 198, 292, 518, 521, 555, 599, 724, 821
- Cour EDH, 7 octobre 1988, **Salabiaku** c. France, A 141-A.....172
- Cour EDH, Plén., 6 décembre 1988, **Barberà, Messegué et Jabardo** c. Espagne, A 146.....

.....	192
1989	
• Cour EDH, Plén., 22 juin 1989, Eriksson c. Suède, A156.....	471, 603
• Cour EDH, Plén., 7 juillet 1989, Gaskin c. Royaume-Uni, A 160.....	132, 400, 507, 509, 572, 754, 777, 862
1990	
• Cour EDH, 21 février 1990, Powell et Rayner c. Royaume-Uni, A 172.....	104, 105, 370, 447, 448, 456, 457, 464, 496, 504, 570, 581
• Cour EDH, 24 avril 1990, Kruslin c. France, A 176-A.	130
• Cour EDH, Plén., 27 septembre 1990, Cossey c. Royaume-Uni, A 184.....	495, 504
1991	
• Cour EDH, 18 février 1991, Fredin c. Suède (n° 1), A192.....	130, 560
• Cour EDH, Plén., 20 mars 1991, Cruz Varas et al. c. Suède, A 201.....	419
• Cour EDH, 30 octobre 1991, Vilvarajah et al. c. Royaume-Uni, A 215.....	419
1992	
• Cour EDH, Plén., 25 mars 1992, B. c. France, A 232-C.....	504, 641
• Cour EDH, 26 mars 1992, Beldjoudi c. France, A 234-A.....	419
• Cour EDH, 27 novembre 1992, Olsson c. Suède (n° 2), A 250.....	471, 603
• Cour EDH, 16 décembre 1992, Niemietz c. Allemagne, A 251-B.....	129, 380
1993	
• Cour EDH, 25 mars 1993, Costello-Roberts c. Royaume-Uni, A 247-C.....	230
• Cour EDH, 20 avril 1993, Sibson c. Royaume-Uni, A 258-A.....	222, 391, 421
• Cour EDH, 25 mai 1993, Kokkinakis c. Grèce, A 260-A.....	224
• Cour EDH, 30 juin 1993, Sigurdur A. Sigurjónsson c. Islande, A 264.....	162, 165
• Cour EDH, 21 septembre 1993, Kremzow c. Autriche, A 268-B.....	42

1994

- Cour EDH, 26 mai 1994, **Keegan** c. Irlande, A 290.....370, 427, 447, 457, 581
- Cour EDH, 22 septembre 1994, **Hentrich** c. France, A296-A.....128
- Cour EDH, 23 septembre 1994, **Hokkanen** c. Finlande, A 299-A.
.....447, 457, 471, 548, 549, 629
- Cour EDH, 27 octobre 1994, **Kroon et al.** c. Pays-Bas, A 297-C.
.....447, 457, 471, 572, 767, 771, 828
- Cour EDH, 25 novembre 1994, **Stjerna** c. Finlande, A 299-B.....
.....370, 400, 407, 447, 457, 461, 462, 495, 499, 581, 582
- Cour EDH, 9 décembre 1994, **López Ostra** c. Espagne, A303-C.....105, 464, 624, 628, 628

1995

- Cour EDH, 24 février 1995, **McMichael** c. Royaume-Uni, A 307-B.....128, 187, 380, 416
- Cour EDH, GC, 23 mars 1995, **Loizidou** c. Turquie (exceptions préliminaires), A 310.
.....346, 655
- Cour EDH, GC, 27 septembre 1995, **McCann et al.** c. Royaume-Uni, A 324.....
.....60, 124, 151, 152, 159, 218, 223, 231, 276, 284, 290, 379, 446, 524, 604, 774, 818, 824

1996

- Cour EDH, 18 décembre 1996, **Aksoy** c. Turquie, *Rec.* 1996-VI.....747
- Cour EDH, 19 février 1996, **Gül** c. Suisse, *Rec.* 1996-I.....370,398, 403, 447, 457, 624
- Cour EDH, 25 septembre 1996, **Buckley** c. Royaume-Uni, *Rec.* 1996-IV.129
- Cour EDH, GC, 25 avril 1996, **Gustafsson** c. Suède, *Rec.* 1996-II.
.....65, 105, 162, 165, 292, 337, 391, 491, 568
- Cour EDH, 10 juin 1996, **Pullar** c. Royaume-Uni, *Rec.* 1996-III.....172
- Cour EDH, 25 juin 1996, **Amuur** c. France, *Rec.* 1996-III.....171
- Cour EDH, 7 août 1996, **Johansen** c. Norvège, *Rec.* 1996-III.....629
- Cour EDH, GC, 16 septembre 1996, **Akdivar et al.** c. Turquie, *Rec.* 1996-IV.....748
- Cour EDH, 22 octobre 1996, **Stubbings et al.** c. Royaume-Uni, *Rec.* 1996-IV.....
.....237, 393, 406, 508, 572, 767, 817, 836, 852
- Cour EDH, 28 novembre 1996, **Ahmut** c. Pays-Bas, *Rec.* 1996-VI.....398
- Cour EDH, GC, 18 décembre 1996, **Loizidou** c. Turquie (fond), *Rec.* 1996-VI.....57, 389, 650

1997

- Cour EDH, 25 février 1997, **Z** c. Finlande, *Rec.* 1997-I.....120, 128, 511
- Cour EDH, 19 mars 1997, **Hornsby** c. Grèce, *Rec.* 1997-II.....171, 172, 173, 549
- Cour EDH, GC, 22 avril 1997, **X, Y et Z** c. Royaume-Uni, *Rec.* 1997-II.....495, 502, 503, 504
- Cour EDH, 27 août 1997, **M.S.** c. Suède, *Rec.* 1997-IV.....572
- Cour EDH, 9 octobre 1997, **Andronicou et Constantinou** c. Chypre, *Rec.* 1997-VI.....
.....604, 782
- Cour EDH, 16 décembre 1997, **Camenzind** c. Suisse, *Rec.* 1997-VIII.....129

1998

- Cour EDH, GC, 30 janvier 1998, **Parti communiste unifié de Turquie et al.** c. Turquie, *Rec.* 1998-I.....222
- Cour EDH, 19 février 1998, **Kaya** c. Turquie, *Rec.* 1998-I.....236, 236, 401, 825
- Cour EDH, GC, 19 février 1998, **Guerra et al.** c. Italie, *Rec.* 1998-I.....
.....133, 196, 293, 462, 608
- Cour EDH, 24 février 1998, **Botta** c. Italie, *Rec.* 1998-I.....469, 470, 491
- Cour EDH, 27 mars 1998, **Petrovic** c. Autriche, *Rec.* 1998-I.....870, 871
- Cour EDH, 25 mai 1998, **Kurt** c. Turquie, *Rec.* 1998-III.....152
- Cour EDH, 9 juin 1998, **L.C.B.** c. Royaume-Uni, *Rec.* 1998-III.....195, 525, 527, 528, 617
- Cour EDH, 9 juin 1998, **McGinley et Egan** c. Royaume-Uni, *Rec.* 1998-III.....
.....133, 400, 402, 472, 484, 608, 616, 777
- Cour EDH, 27 juillet 1998, **Güleç** c. Turquie, *Rec.* 1998-IV.....824, 825
- Cour EDH, 28 juillet 1998, **Ergi** c. Turquie, *Rec.* 1998-IV.....236, 524, 551, 749
- Cour EDH, GC, 30 juillet 1998, **Sheffield et Horsham** c. Royaume-Uni, *Rec.* 1998-V.....
.....495, 503, 504
- Cour EDH, 2 septembre 1998, **Yaşa** c. Turquie, *Rec.* 1998-VI.....236, 236, 401, 551, 746, 749
- Cour EDH, 23 septembre 1998, **A.** c. Royaume-Uni, *Rec.* 1998-VI.....
.....105, 160, 165, 233, 234, 234, 325, 393, 508, 568, 572, 767, 768, 817, 836, 853
- Cour EDH, GC, 28 octobre 1998, **Osman** c. Royaume-Uni, *Rec.* 1998-VIII.....105, 148, 218,
225, 234, 235, 369, 414, 458, 485, 507, 508, 518, 531, 584, 600, 607, 614, 671, 817, 821, 836,
847, 854
- Cour EDH, 28 octobre 1998, **Assenov et al.** c. Bulgarie, *Rec.* 1998-VIII.....

.....124, 152, 236, 284, 825

1999

- Cour EDH, GC, 25 mars 1999, **Iatridis** c. Grèce, *Rec.* 1999-II.....174, 549
- Cour EDH, GC, 20 mai 1999, **Ogur** c. Turquie, *Rec.* 1999-III.....824, 825
- Cour EDH, GC, 8 juillet 1999 **Çakıcı** c. Turquie, *Rec.* 1999-IV.131, 236, 237
- Cour EDH, GC, 28 juillet 1999, **Selmouni** c. France, *Rec.* 1999-V.....747
- Cour EDH, 14 octobre 1999, **Riera Blume et al.** c. Espagne, *Rec.* 1999-VII.....104, 390
- Cour EDH, 16 novembre 1999, **E.P.** c. Italie, req. 31127/96.....427
- Cour EDH, 14 décembre 1999, **Antonakopoulos, Vortsela et Antonakopoulou** c. Grèce, req. 37098/97.....404

2000

- Cour EDH, 25 janvier 2000, **Ignaccolo-Zenide** c. Roumanie, *Rec.* 2000-I.....
.....160, 174, 484, 549, 606
- Cour EDH, GC, 16 février 2000, **Amann** c. Suisse, *Rec.* 2000-II.....130, 416
- Cour EDH, 29 février 2000, **Fuentes Bobo** c. Espagne, req. 39293/98.....105, 387, 583
- Cour EDH, 16 mars 2000, **Özgür Gündem** c. Turquie, *Rec.* 2000-III.....
.....105, 152, 188, 310, 521, 533, 607, 821
- Cour EDH, 28 mars 2000, **Kılıç** c. Turquie, *Rec.* 2000-III.....
.....177, 236, 401, 508, 536, 607, 817, 836, 854
- Cour EDH, 28 mars 2000, **Mahmut Kaya** c. Turquie, *Rec.* 2000-III.....
.....177, 401, 508, 536, 572, 817, 824, 836, 854
- Cour EDH, 28 mars 2000, **Dimitrios Georgiadis** c. Grèce, req. 41209/98.....174, 549
- Cour EDH, GC, 6 avril 2000, **Labita** c. Italie, *Rec.* 2000-IV.....113, 236, 551, 759
- Cour EDH, GC, 4 mai 2000, **Rotaru** c. Roumanie, *Rec.* 2000-V...46, 130, 172, 178, 416, 560
- Cour EDH, 11 juin 2000, **Cılız** c. Pays-Bas, *Rec.* 2000-VIII.....427
- Cour EDH, 13 juin 2000, **Timurtas** c. Turquie, *Rec.* 2000-VI.....236
- Cour EDH, 27 juin 2000, **Nuutinen** c. Finlande, *Rec.* 2000-VIII.....629
- Cour EDH, GC, 27 juin 2000, **Salman** c. Turquie, *Rec.* 2000-VII.....624, 825
- Cour EDH, GC, 27 juin 2000, **İlhan** c. Turquie, *Rec.* 2000-VII.....552, 749

- Cour EDH, 11 juillet 2000, **Jabari** c. Turquie, *Rec.* 2000-VIII.....122
- Cour EDH, 11 juillet 2000, **Dikme** c. Turquie, *Rec.* 2000-VIII.....236
- Cour EDH, GC, 13 juillet 2000, **Scozzari et Giunta** c. Italie, req. 39221/98 et 41963/98.....629
- Cour EDH, 20 juillet 2000, **Caloc** c. France, *Rec.* 2000-IX.....111
- Cour EDH, 19 septembre 2000, **Gnahoré** c. France, *Rec.* 2000-IX.....484
- Cour EDH, 19 septembre 2000, **I.J.L., G.M.R. et A.K.P.** c. Royaume-Uni, req. 29522/95, 30056/96 et 30574/96.....800
- Cour EDH, 28 septembre 2000, **Messina** c. Italie (n° 2), *Rec.* 2000-X.....397
- Cour EDH, 10 octobre 2000, **Akkoç** c. Turquie, *Rec.* 2000-X.....177, 236, 401, 536, 825
- Cour EDH, GC, 26 octobre 2000, **Hassan et Tchaouch** c. Bulgarie, *Rec.* 2000-XI.....130, 172, 416
- Cour EDH, GC, 26 octobre 2000, **Kudla** c. Pologne, *Rec.* 2000-XI.....446, 782, 878
- Cour EDH, 14 novembre 2000, **Annoni di Gussola et al.** c. France, *Rec.* 2000-XI.....358
- Cour EDH, 16 novembre 2000, **Tanribilir** c. Turquie, req. 21422/93.....522, 532, 782
- Cour EDH, 21 novembre 2000, **Demiray** c. Turquie, *Rec.* 2000-XII.....401, 522
- Cour EDH, GC, 23 novembre 2000, **Ex-Roi de Grèce et al.** c. Grèce, *Rec.* 2000-XII.....182

2001

- Cour EDH, 11 janvier 2001, **Berü** c. Turquie, req. 47304/07.....225, 522, 531, 607, 821
- Cour EDH, GC, 18 janvier 2001, **Chapman** c. Royaume-Uni, *Rec.* 2001-I.....129, 158, 302, 436, 499, 603, 607, 624, 726, 730, 774, 870, 873, 890
- Cour EDH, 6 février 2001, **Bensaid** c. Royaume-Uni, *Rec.* 2001-I.....829
- Cour EDH, 3 avril 2001, **Keenan** c. Royaume-Uni, *Rec.* 2001-III.....518, 522, 532, 540, 607, 624, 782, 794, 821
- Cour EDH, 10 avril 2001, **Tanlı** c. Turquie, *Rec.* 2001-III.....735
- Cour EDH, 4 mai 2001, **Shanaghan** c. Royaume-Uni, req. 37715/97.....602
- Cour EDH, 4 mai 2001, **Kelly et al.** c. Royaume-Uni, req. 30054/96.....177, 824, 825
- Cour EDH, GC, 10 mai 2001, **Z et al.** c. Royaume-Uni, *Rec.* 2001-V.....211, 222, 233, 234, 325, 326, 508, 521, 533, 783, 817, 821, 836, 853
- Cour EDH, GC, 10 mai 2001, **Chypre c. Turquie**, *Rec.* 2001-IV.....

-104, 152, 223, 390, 655, 657, 680, 884
- Cour EDH, 28 juin 2001, **VgT Verein Gegen Tierfabriken** c. Suisse, *Rec.* 2001-VI.....
.....105, 188, 222, 233, 234, 390, 393, 418, 798
- Cour EDH, 10 juillet 2001, **Avşar** c. Turquie, *Rec.* 2001-VII.....551, 602
- Cour EDH, 17 juillet 2001, **Association Ekin** c. France, req. 39288/98.....129
- Cour EDH, 18 octobre 2001, **Indelicato** c. Italie, req. 31143/96.....236
- Cour EDH, 21 décembre 2001, **Şen** c. Pays-Bas, req. 31465/96.....398

2002

- Cour EDH, GC, 17 janvier 2002, **Calvelli et Ciglio** c. Italie, *Rec.* 2002-I.....
.....508, 767, 817, 826, 850
- Cour EDH, 7 février 2002, **Mikulić** c. Croatie, *Rec.* 2002-I.....132, 440, 472, 567, 754
- Cour EDH, 26 février 2002, **Fretté** c. France, *Rec.* 2002-I.....831
- Cour EDH, 14 mars 2002, **Paul et Audrey Edwards** c. Royaume-Uni, *Rec.* 2002-II.....
.....233, 234, 235, 508, 521, 532, 607, 625, 782, 817, 821, 824, 825, 836, 854
- Cour EDH, 29 avril 2002, **Pretty** c. Royaume-Uni, *Rec.* 2002-III.....157, 200, 233, 413
- Cour EDH, 7 mai 2002, **Bourdov** c. Russie, *Rec.* 2002-III.....404
- Cour EDH, 21 mai 2002, **Jokela** c. Finlande, *Rec.* 2002-IV.....128
- Cour EDH, 28 mai 2002, **McShane** c. Royaume-Uni, req. 43290/98.....824, 825
- Cour EDH, 13 juin 2002, **Anguelova** c. Bulgarie, *Rec.* 2002-IV.....414, 522, 782, 821
- Cour EDH, 18 juin 2002, **Öneryildiz** c. Turquie, req. 48939/99.....188, 404, 478, 482
- Cour EDH, 20 juin 2002, **Al-Nashif** c. Bulgarie, req. 50963/99.....130, 416
- Cour EDH, 2 juillet 2002, **Wilson, National Union of Journalists et al.** c. Royaume-Uni,
Rec. 2002-V.....491
- Cour EDH, 25 juillet 2002, **Sovtransavto Holding** c. Ukraine, *Rec.* 2002-VII.....
.....105, 131, 218, 233, 234, 291, 393, 418, 425, 509, 755, 826, 862
- Cour EDH, GC, 11 juillet 2002, **Christine Goodwin** c. Royaume-Uni, *Rec.* 2002-VI.....
.....188, 504, 767, 771, 829
- Cour EDH, 10 octobre 2002, **D.P. & J.C** c. Royaume-Uni, req. 38719/97.....521
- Cour EDH, GC, 24 octobre 2002, **Mastromatteo** c. Italie, *Rec.* 2002-VIII.....
.....235, 521, 534, 572, 767, 821, 850

- Cour EDH, 12 novembre 2002, **Płoski** c. Pologne, req. 26761/95.....397
- Cour EDH, 26 novembre 2002, **E. et al.** c. Royaume-Uni, req. 33218/96.....
.....233, 485, 521, 533, 607, 783

2003

- Cour EDH, GC, 13 février 2003, **Refah Partisi (Parti de la Prospérité) et al.** c. Turquie, *Rec.* 2003-II.....224, 389
- Cour EDH, GC, 13 février 2003, **Odièvre** c. France, *Rec.* 2003-III.....
.....132, 441, 495, 500, 502, 504, 505, 566, 754, 829
- Cour EDH, 8 avril 2003, **M.M. c. Pays-Bas**, req. 39339/98.....104, 389, 390
- Cour EDH, 10 avril 2003, **Mehemi** c. France (n° 2), *Rec.* 2003-IV.....799
- Cour EDH, 29 avril 2003, **Aliev** c. Ukraine, req. 41220/98.....397
- Cour EDH, 29 avril 2003, **Iglesias Gil et A.U.I.** c. Espagne, *Rec.* 2003-V.....160
- Cour EDH, 29 avril 2003, **Kuznetsov** c. Ukraine, req. 39042/97.....824
- Cour EDH, 6 mai 2003, **Appleby et al.** c. Royaume-Uni, req. 44306/98.....
.....105, 391, 495, 503, 504
- Cour EDH, 22 mai 2003, **Kyrtatos** c. Grèce, *Rec.* 2003-VI.....462, 464
- Cour EDH, 3 juin 2003, **Pantea** c. Roumanie, *Rec.* 2003-VI.....
.....105, 389, 521, 532, 540, 782, 821
- Cour EDH, 3 juin 2003, **Cotlet** c. Roumanie, req. 38565/97.....470, 472
- Cour EDH, 12 juin 2003, **Van Kück** c. Allemagne, 2003-VII.....106, 393, 418, 581, 791, 793
- Cour EDH, 17 juin 2003, **Ruianu** c. Roumanie, req. 34647/97.....42, 774
- Cour EDH, GC, 8 juillet 2003, **Hatton et al.** c. Royaume-Uni, *Rec.* 2003-VIII.....
.....121, 133, 392, 448, 503, 504, 505, 570, 590, 628, 641, 753, 777
- Cour EDH, 17 juillet 2003, **Craxi (n° 2)** c. Italie, req. 25337/94.....389, 390
- Cour EDH, 4 décembre 2003, **M.C.** c. Bulgarie, *Rec.* 2003-XII.....
.....233, 234, 301, 393, 420, 508, 564, 624, 767, 817, 836, 843, 844, 852
- Cour EDH, 16 décembre 2003, **Kmetty** c. Hongrie, req. 57967/00.....236

2004

- Cour EDH, GC, 17 février 2004, **Gorzelik et al.** c. Pologne, *Rec.* 2004-I.....224
- Cour EDH, GC, 17 février 2004, **Maestri** c. Italie, *Rec.* 2004-I.....222

- Cour EDH, 26 février 2004, **Cvijetić** c. Croatie, req. 71549/01.....174, 549
- Cour EDH, 9 mars 2004, **Glass** c. Royaume-Uni, *Rec.* 2004-II.....394
- Cour EDH, GC, 8 avril 2004, **Assanidzé** c. Géorgie, *Rec.* 2004-II.....
.....218, 222, 223, 389, 643, 652, 654, 659
- Cour EDH, GC, 8 avril 2004, **Tahsin Acar** c. Turquie, *Rec.* 2004-III.....552
- Cour EDH, 20 avril 2004, **Surugiu** c. Roumanie, req. 48995/99.....174, 549, 604, 821
- Cour EDH, 27 mai 2004, **Connors** c. Royaume-Uni, req. 66746/01.....129, 302
- Cour EDH, GC, 22 juin 2004, **Broniowski** c. Pologne, *Rec.* 2004-V.....
.....218, 447, 450, 457, 622, 643
- Cour EDH, 22 juin 2004, **Pini et Bertani et Manera et Atripaldi** c. Roumanie, *Rec.* 2004-IV.....471, 629, 831
- Cour EDH, 24 juin 2004, **Von Hannover** c. Allemagne, *Rec.* 2004-VI.....581, 787, 829
- Cour EDH, GC, 8 juillet 2004, **Vo** c. France, *Rec.* 2004-VIII.....510, 818, 850
- Cour EDH, GC, 8 juillet 2004, **Ilascu et al.** c. Moldavie et Russie, *Rec.* 2004-VII...218, 223, 347, 390, 454, 643, 655, 659, 661, 662, 663, 664, 665, 666, 668, 670, 672, 674, 676, 678, 779, 802
- Cour EDH, 13 juillet 2004, **Pla et Puncernau** c. Andorre, *Rec.* 2004-VIII.....106, 449
- Cour EDH, 20 juillet 2004, **I.R.S. et al.** c. Turquie, req. 26338/95.....172
- Cour EDH, 27 juillet 2004, **Slimani** c. France, *Rec.* 2004-IX.....236, 749, 794
- Cour EDH, 27 juillet 2004, **A.A. et al.** c. Turquie, req. 30015/96.....522, 532
- Cour EDH, 29 juillet 2004, **Blečić** c. Croatie, req. 59532/00.....129, 694
- Cour EDH, 5 octobre 2004, **Barbu Anghelescu** c. Roumanie, req. 46430/99.....824
- Cour EDH, 12 octobre 2004, **Bursuc** c. Roumanie, req. 42066/98.....824
- Cour EDH, 2 novembre 2004, **Abdülşamet Yaman** c. Turquie, req. 32446/96.....735
- Cour EDH, 10 novembre 2004, **Taşkın et al.** c. Turquie, *Rec.* 2004-X.....
.....112, 174, 524, 527, 528, 549, 570, 590
- Cour EDH, 16 novembre 2004, **Moreno Gómez** c. Espagne, *Rec.* 2004-X.....426, 462, 590
- Cour EDH, 16 novembre 2004, **Karhuvaara et Iltalehti** c. Finlande, *Rec.* 2004-X.....621
- Cour EDH, 16 novembre 2004, **Issa et al.** c. Turquie, req. 31821/96.....654, 655, 683
- Cour EDH, GC, 30 novembre 2004, **Öneryildiz** c. Turquie, *Rec.* 2004-XII.....
.....161, 177, 404, 478, 482, 510, 522, 568, 607, 608, 727, 735, 741, 780, 818, 821, 850

- Cour EDH, 30 novembre 2004, **A.K. et V.K.** c. Turquie, req. 38418/97.....522, 532
- Cour EDH, 2 décembre 2004, **Farbtuhs** c. Lettonie, req. 4672/02.....435
- Cour EDH, GC, 20 décembre 2004, **Makaratzis** c. Grèce, *Rec.* 2004-XI.....
.....165, 195, 236, 310, 379, 433, 510, 572, 593, 607, 769, 774, 790, 818

2005

- Cour EDH, 11 janvier 2005, **Sciacca** c. Italie, *Rec.* 2005-I.....390
- Cour EDH, 22 février 2005, **Novosseletski** c. Ukraine, req. 47148/99.152
- Cour EDH, 31 mars 2005, **Matheus** c. France, req. 62740/00.....174, 549
- Cour EDH, GC, 12 mai 2005, **Öcalan** c. Turquie, *Rec.* 2005-IV.
- Cour EDH, 26 avril 2005, **Müslim** c. Turquie, req. 53566/99.....122, 870, 887
- Cour EDH, 16 juin 2005, **Storck** c. Allemagne, *Rec.* 2005-V.....
.....105, 198, 233, 388, 406, 520, 787
- Cour EDH, 7 juin 2005, **Kılınç et al.** c. Turquie, req. 40145/98.....484, 522, 532, 782
- Cour EDH, 9 juin 2005, **Fadeïeva** c. Russie, *Rec.* 2005-IV.....
.....389, 391, 525, 526, 527, 528, 570, 589, 606, 624, 628, 881, 895
- Cour EDH, 16 juin 2005, **Syssoyeva et al.** c. Lettonie, req. n° 60654/00.....435
- Cour EDH, 28 juin 2005, **Fourchon** c. France, req. 60145/00.....174
- Cour EDH, 5 juillet 2005, **Trubnikov** c. Russie, req. 49790/99.....532
- Cour EDH, GC, 6 juillet 2005, **Natchova et al.** c. Bulgarie, *Rec.* 2005-VII.....
.....152, 236, 510, 735, 741, 777, 818, 825
- Cour EDH, 12 juillet 2005, **Moldovan et al.** c. Roumanie (n° 2), *Rec.* 2005-VII.....882, 894
- Cour EDH, 26 juillet 2005, **Siliadin** c. France, *Rec.* 2005-VII.....
.....105, 159, 163, 165, 233, 234, 508, 743, 745, 767, 768, 817, 836, 855
- Cour EDH, 20 septembre 2005, **Yeşilgöz** c. Turquie, req. 45454/99.....131, 380, 417
- Cour EDH, GC, 6 octobre 2005, **Draon** c. France, req. 1513/03.....448
- Cour EDH, GC, 6 octobre 2005, **Maurice** c. France, *Rec.* 2005-IX.....448, 472
- Cour EDH, 17 octobre 2006, **Okkaly** c. Turquie, *Rec.* 2006-XII.....592, 624, 735
- Cour EDH, GC, 19 octobre 2005, **Roche** c. Royaume-Uni, *Rec.* 2005-X.....
.....293, 472, 572, 608, 610, 616
- Cour EDH, 20 octobre 2005, **Ouranio Toxo et al.** c. Grèce, *Rec.* 2005-X.....

.....	105, 152, 450, 521, 821
• Cour EDH, GC, 10 novembre 2005, Leyla Şahin c. Turquie, <i>Rec.</i> 2005-XI.....	224
• Cour EDH, 24 novembre 2005, Shofman c. Russie, req. 74826/01.....	567
• Cour EDH, 8 décembre 2005, Kanlıbaş c. Turquie, req. 32444/96.....	825

2006

• Cour EDH, GC, 11 janvier 2006, Sørensen et Rasmussen c. Danemark, <i>Rec.</i> 2006-I.....	105, 162, 218, 233, 391, 447, 457, 829, 830
• Cour EDH, 12 janvier 2006, Mizzi c. Malte, <i>Rec.</i> 2006-I.....	440, 567
• Cour EDH, 7 février 2006, Scavuzzo-Hager et al. c. Suisse, req. 41773/98.....	522, 532, 825
• Cour EDH, 21 février 2006, Tüm Haber Sen et Çınar c. Turquie, <i>Rec.</i> 2006-II.....	434
• Cour EDH, 7 mars 2006, Evans c. Royaume-Uni, req. 6339/05.....	493, 571
• Cour EDH, GC, 8 mars 2006, Blečić c. Croatie, <i>Rec.</i> 2006-III.....	690, 694, 712
• Cour EDH, 28 mars 2006, Öçkan et al. c. Turquie, req. 46771/99.....	174
• Cour EDH, 11 avril 2006, Uçar c. Turquie, req. 52392/99.....	532
• Cour EDH, 18 avril 2006, Dickson et Dickson c. Royaume-Uni, req. 44362/04.....	397, 447, 457
• Cour EDH, 25 avril 2006, Erdoğan et al. c. Turquie, req. 19807/92.....	769
• Cour EDH, 27 avril 2006, Ataman c. Turquie, req. 46252/99.....	532
• Cour EDH, 30 mai 2006, Ebru et Tayfun Engin Çolak c. Turquie, req. 60176/00.....	132
• Cour EDH, 1 ^{er} juin 2006, Taïs c. France, req. 39922/03.....	522, 601, 825,
• Cour EDH, 15 juin 2006, Zlinsat, spol. s r.o. c. Bulgarie, req. 57785/00.....	128
• Cour EDH, 27 juin 2006, Byrzykowski c. Pologne, req. 11562/05.....	626
• Cour EDH, 29 juin 2006, Öllinger c. Autriche, <i>Rec.</i> 2006-IX.....	821
• Cour EDH, 6 juillet 2006, Kavak c. Turquie, req. 53489/99.....	825
• Cour EDH, 11 juillet 2006, Riviere c. France, req. 33834/03.....	164, 522, 782
• Cour EDH, 8 août 2006, H.M. c. Turquie, req. 34494/97.....	152
• Cour EDH, 10 octobre 2006, Paulík c. Slovaquie, <i>Rec.</i> 2006-XI.....	447, 457
• Cour EDH, 12 octobre 2006, Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique, <i>Rec.</i> 2006-XI.....	237, 435, 624

- Cour EDH, 26 octobre 2006, **Wallová et Walla** c. République tchèque, req. 23848/04.....885
- Cour EDH, 2 novembre 2006, **Giacomelli** c. Italie, *Rec.* 2006-XII.....174, 528, 570, 862
- Cour EDH, 16 novembre 2006, **Huylu** c. Turquie, req. 52955/99.....522
- Cour EDH, 12 décembre 2006, **Paşa et Erkan Erol** c. Turquie, req. 51358/99.....522, 821
- Cour EDH, 12 décembre 2006, **Bajrami** c. Albanie, *Rec.* 2006-XIV.....856

2007

- Cour EDH, GC, 11 janvier 2007, **Anheuser-Busch Inc** c. Portugal, *Rec.* 2007-I.....
.....131, 393, 418, 509, 755
- Cour EDH, 20 février 2007, **Zeynep Özcan** c. Turquie, req. 45906/99.....735
- Cour EDH, 20 mars 2007, **Tysiāc** c. Pologne, *Rec.* 2007-I.....
.....132, 178, 442, 509, 548, 572, 610, 619, 746, 753, 777, 862
- Cour EDH, 3 avril 2007, **Copland** c. Royaume-Uni, *Rec.* 2007-I.....394, 583
- Cour EDH, GC, 10 avril 2007, **Evans** c. Royaume-Uni, *Rec.* 2007-I.....
.....441, 495, 499, 502, 504, 566, 571
- Cour EDH, 3 mai 2007, **Membres de la Congrégation des témoins de Jéhovah de Gldani et al.** c. Géorgie, req. 71156/01.....152, 521, 552, 821
- Cour EDH, 31 mai 2007, **Kontrová** c. Slovaquie, req. 7510/04.....233, 518, 521, 533, 592, 821
- Cour EDH, 5 juin 2007, **Lemke** c. Turquie, req. 17381/02.....174, 527
- Cour EDH, 12 juin 2007, **Bakan** c. Turquie, req. 50939/99.....236
- Cour EDH, 26 juin 2007, **Canan** c. Turquie, req. 39436/98.....825
- Cour EDH, 28 juin 2007, **Šilih** c. Slovénie, req. 71463/01.....699
- Cour EDH, 28 juin 2007, **Wagner et J.M.W.L.** c. Luxembourg, req. 76240/01...160, 471, 581
- Cour EDH, 19 juillet 2007, **Freitag** c. Allemagne, req. 71440/01.....131
- Cour EDH, 6 septembre 2007, **Johansson** c. Finlande, req. 10163/02.....
.....381, 400, 447, 457, 774
- Cour EDH, 11 septembre 2007, **Teren Aksakal** c. Turquie, req. 51967/99.....
.....218, 697, 698, 713
- Cour EDH, 11 septembre 2007, **L.** c. Lituanie, *Rec.* 2007-IV.....504, 572, 643, 767, 771
- Cour EDH, 4 octobre 2007, **Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VGT) n° 2** c. Suisse, req. 32772/02.....378, 641, 798, 801, 802

- Cour EDH, 9 octobre 2007, **Saoud** c. France, req. 9375/02.....522, 532, 601
- Cour EDH, 9 octobre 2007, **Hasan et Eylem Zengin** c. Turquie, req. 1448/04.....819
- Cour EDH, GC, 13 novembre 2007, **D.H. et al.** c. République Tchèque, *Rec.* 2007-IV.....
.....129, 890
- Cour EDH, 15 novembre 2007, **Pfeifer** c. Autriche, req. 12556/03.....447, 457, 581, 793
- Cour EDH, 15 novembre 2007, **Benderskiy** c. Ukraine, req. 22750/02.....
.....391, 393, 508, 510, 817, 818, 826, 850
- Cour EDH, 15 novembre 2007, **Khamila Isayeva** c. Russie, req. 6846/02.....825
- Cour EDH, 20 novembre 2007, **Amaç et Okkan** c. Turquie, req. 54179/00 et 54176/00.....
.....522, 821
- Cour EDH, 29 novembre 2007, **Tangiyeva** c. Russie, req. 57935/00.....825
- Cour EDH, GC, 4 décembre 2007, **Dickson** c. Royaume-Uni, *Rec.* 2007-V.....
.....495, 571, 572, 753, 772
- Cour EDH, 13 décembre 2007, **Emonet et al.** c. Suisse, req. 39051/03.....581, 788
- Cour EDH, 20 décembre 2007, **Phinikaridou** c. Chypre, req. 23890/02.....567
- Cour EDH, 20 décembre 2007, **Nikolova et Velichkova** c. Bulgarie, req. 7888/03.....743, 744

2008

- Cour EDH, 10 janvier 2008, **Kearns** c. France, req. 35991/04.....442, 447, 457, 495, 566
- Cour EDH, 17 janvier 2008, **Dodov** c. Bulgarie, req. 59548/00.....478, 480, 482
- Cour EDH, 17 janvier 2008, **Khatsiyeva et al.** c. Russie, req. 5108/02.....825
- Cour EDH, GC, 22 janvier 2008, **E.B.** c. France, req. 43546/02.....831
- Cour EDH, 24 janvier 2008, **Osmanoğlu** c. Turquie, req. 48804/99.....602
- Cour EDH, 20 mars 2008, **Boudaïeva et al.** c. Russie, *Rec.* 2008-... ..
.....443, 478, 482, 522, 537, 607, 821
- Cour EDH, 27 mars 2008, **Chtoukatourov** c. Russie, *Rec.* 2008-... ..416
- Cour EDH, 8 avril 2008, **Ali et Ayşe Duran** c. Turquie, req. 42942/02.....735
- Cour EDH, 24 avril 2008, **C.G. et al.** c. Bulgarie, req. 1365/07.....130
- Cour EDH, 13 mai 2008, **McCann** c. Royaume-Uni, *Rec.* 2008-... ..129, 753
- Cour EDH, GC, 27 mai 2008, **N.** c. Royaume-Uni, *Rec.* 2008-... ..358

- Cour EDH, 27 mai 2008, **Rodić et al.** c. Bosnie-Herzégovine, req. 22893/05.....521, 541, 607, 875
- Cour EDH, 5 juin 2008, **Sampanis et al.** c. Grèce, req. 32526/05.....890
- Cour EDH, 12 juin 2008, **Bevacqua et S.** c. Bulgarie, req. 71127/01.....521, 568, 602, 624, 768, 821
- Cour EDH, 1^{er} juillet 2008, **Borysiewicz** c. Pologne, req. 71146/01.....462, 464
- Cour EDH, 17 juillet 2008, **I.** c. Finlande, req. 20511/03.....572, 592
- Cour EDH, 24 juillet 2008, **Vladimir Romanov** c. Russie, req. 41461/02.....743, 744
- Cour EDH, 9 octobre 2008, **Forminster Enterprises Limited** c. République Tchèque, req. 38238/04.....130
- Cour EDH, 14 octobre 2008, **Petrina** c. Roumanie, req. 78060/01.....105, 461, 462, 793
- Cour EDH, 14 octobre 2008, **Timergaliyev** c. Russie, req. 40631/02.....889
- Cour EDH, 16 octobre 2008, **Renolde** c. France, *Rec.* 2008-...532, 782
- Cour EDH, 16 octobre 2008, **Taliadorou et Stylianou** c. Chypre, req. 39627/05 et 39631/05.408, 431, 509, 863
- Cour EDH, 21 octobre 2008, **Güzel Erdagöz** c. Turquie, req. 37483/02.....381, 400, 581
- Cour EDH, 21 octobre 2008, **Kilavuz** c. Turquie, req. 8327/03.....532, 540
- Cour EDH, 6 novembre 2008, **Leela Förderkreis E.V. et al.** c. Allemagne, req. 58911/00.224
- Cour EDH, GC, 12 novembre 2008, **Demir et Baykara** c. Turquie, *Rec.* 2008-... 139, 189, 434, 450, 457
- Cour EDH, 25 novembre 2008, **Armonienė** c. Lituanie, req. 36919/02.....743, 745
- Cour EDH, 2 décembre 2008, **K.U.** c. Finlande, *Rec.* 2008-...152, 393, 513, 767, 853
- Cour EDH, GC, 4 décembre 2008, **S. et Marper** c. Royaume-Uni, *Rec.* 2008-...511
- Cour EDH, 16 décembre 2008, **Khurshid Mustafa et Tarzibachi** c. Suède, req. 23883/06.233, 234, 386, 390, 393, 406
- Cour EDH, 16 décembre 2008, **Rupa** c. Roumanie (n° 1), req. 58478/00.....592
- Cour EDH, 18 décembre 2008, **Kats et al.** c. Ukraine, req. 29971/04.....522
- Cour EDH, 22 décembre 2008, **Aleksanyan** c. Russie, req. 46468/06.....879, 895

2009

- Cour EDH, 8 janvier 2009, **Schlumpf** c. Suisse, req. 29002/06.....393, 418, 581, 791, 793
- Cour EDH, 13 janvier 2009, **Todorova** c. Italie, req. 33932/06.....442
- Cour EDH, 15 janvier 2009, **Branko Tomašić et al.** c. Croatie, req. 46598/06.....
.....521, 521, 533, 777, 793, 821
- Cour EDH, GC, 19 février 2009, **A. et al.** c. Royaume-Uni, *Rec.* 2009-...222
- Cour EDH, 15 janvier 2009, **Reklos et Davourlis** c. Grèce, req. 1234/05.....447, 450
- Cour EDH, 27 janvier 2009, **Tătar** c. Roumanie, req. 67021/01.....510, 529, 570, 727, 818
- Cour EDH, 3 février 2009, **Women On Waves et al.** c. Portugal, req. 31276/05.....443
- Cour EDH, 5 mars 2009, **Sandra Janković** c. Croatie, req. 38478/05.....462
- Cour EDH, 24 mars 2009, **Mojsiejew** c. Pologne, req. 11818/02.....746
- Cour EDH, 2 avril 2009, **Belev et al.** c. Bulgarie, req. 16354/02 et *al.*.....447, 450, 457
- Cour EDH, 7 avril 2009, **Brândușe** c. Roumanie, req. 6586/03.....462, 464, 570, 590
- Cour EDH, GC, 9 avril 2009, **Šilih** c. Slovénie, req. 71463/01.....
.....65, 626, 697, 698, 699, 701, 702, 705, 706, 707, 709, 710, 712, 717, 719
- Cour EDH, 28 avril 2009, **Karakó** c. Hongrie, req. 39311/05..... 509, 641, 734
- Cour EDH, 7 mai 2009, **Kalacheva** c. Russie, req. 3451/05.....440, 787
- Cour EDH, 26 mai 2009, **Kenedi** c. Hongrie, req. 31475/05.....130, 174, 549
- Cour EDH, 2 juin 2009, **Codarcea** c. Roumanie, req. 31675/04.....
.....508, 767, 770, 777, 784, 817, 826, 850
- Cour EDH, 9 juin 2009, **Opuz** c. Turquie, *Rec.* 2009-...
.....458, 485, 518, 521, 539, 565, 584, 606, 614, 624, 768, 821
- Cour EDH, 25 juin 2009, **Beganović** c. Croatie, req. 46423/06.....233
- Cour EDH, GC, 30 juin 2009, **Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VGT)** c. Suisse (n° 2), *Rec.* 2009-...378, 447, 457, 798, 800, 801
- Cour EDH, 7 juillet 2009, **Plechanow** c. Pologne, req. 22279/04.....509
- Cour EDH, 30 juillet 2009, **Danilenkov et al.** c. Russie, *Rec.* 2009-...153, 507, 572, 826
- Cour EDH, 25 août 2009, **Giuliani et Gaggio** c. Italie, req. 23458/02.433, 607
- Cour EDH, 15 septembre 2009, **E.S. et al.** c. Slovaquie, req. 8227/04.....301, 521, 624, 821
- Cour EDH, 17 septembre 2009, **Manole et al.** c. Moldavie, *Rec.* 2009-...

-164, 310, 507, 510, 568, 767, 771, 774, 819
- Cour EDH, GC, 18 septembre 2009, **Varnava et al.** c. Turquie, *Rec.* 2009-...689, 697, 707, 804
- Cour EDH, 20 octobre 2009, **Trufin** c. Roumanie, req. 3990/04.....708
- Cour EDH, 20 octobre 2009, **Agache et al.** c. Roumanie, req. 2712/02.....708
- Cour EDH, 27 octobre 2009, **Haralambie** c. Roumanie, req. 21737/03.....507, 572, 607
- Cour EDH, 1^{er} décembre 2009, **Velcea et Mazăre** c. Roumanie, req. 64301/01.....708
- Cour EDH, 8 décembre 2009, **Aguilera Jimenez et al.** c. Espagne, req. 28389/06 et *al.*390, 393, 406
- Cour EDH, 15 décembre 2009, **Kalender** c. Turquie, req. 4314/02.....478, 482, 484
- Cour EDH, 20 octobre 2009, **Lombardi Vallauri** c. Italie, req. n° 39128/05.....129, 394, 757, 863
- Cour EDH, 3 novembre 2009, **Sierpiński** c. Pologne, req. 38016/07.....509
- Cour EDH, 15 décembre 2009, **Maiorano et al.** c. Italie, req. 28634/06.....458, 521, 534, 584, 601, 614
- Cour EDH, 8 décembre 2009, **Șandru et al.** c. Roumanie,, req. 22465/03.....708

2010

- Cour EDH, 7 janvier 2010, **Rantsev** c. Chypre et Russie, *Rec.* 2010-...138, 152, 166, 198, 508, 510, 521, 531, 542, 817, 818, 821, 836, 855
- Cour EDH, 14 janvier 2010, **Kotov** c. Russie, req. 54522/00.....394, 509
- Cour EDH, 19 janvier 2010, **Muskhadzhiyeva et al.** c. Belgique, req. 41442/07.....237
- Cour EDH, 19 janvier 2010, **Tuna** c. Turquie, req. 22339/03.....708
- Cour EDH, 21 janvier 2010, **Barret et Sirjean** c. France, req. 13829/03.....174, 549
- Cour EDH, 21 janvier 2010, **Fernandez et al.** c. France, req. 28440/05.....174, 549
- Cour EDH, 2 février 2010, **Kemal Taşkın et al.** c. Turquie, req. 30206/04 et *al.*.....400
- Cour EDH, 16 février 2010, **Eugenia Lazăr** c. Roumanie, req. 32146/05.....767, 770
- Cour EDH, 16 février 2010, **V.D.** c. Roumanie, req. 7078/02.....879
- Cour EDH, 2 mars 2010, **Al-Saadoon et Mufdhi** c. Royaume-Uni, *Rec.* 2010-...223, 654
- Cour EDH, GC, 16 mars 2010, **Oršuš et al.** c. Croatie, *Rec.* 2010-...891
- Cour EDH, 23 mars 2010, **Oyal** c. Turquie, req. 4864/05.....626, 743, 744, 850, 883, 895

- Cour EDH, 25 mars 2010, **Shishkovi** c. Bulgarie, req. 17322/04.....787
- Cour EDH, GC, 29 mars 2010, **Medvedyev et al.** c. France, *Rec.* 2010-...654
- Cour EDH, 30 mars 2010, **Băcilă** c. Roumanie, req. 19234/04.....
.....462, 510, 527, 528, 529, 590, 628, 727, 818
- Cour EDH, 8 avril 2010, **Namat Aliyev** c. Azerbaïdjan, req. 18705/06.....153
- Cour EDH, 27 avril 2010, **Moretti et Benedetti** c. Italie, req. 16318/07.....442, 754, 863
- Cour EDH, 27 avril 2010, **Ciubotaru** c. Moldavie, req. 27138/04.....581, 753, 863
- Cour EDH, 20 mai 2010, **Oluić** c. Croatie, req. 61260/08.....462, 863
- Cour EDH, GC, 1^{er} juin 2010, **Gäfgen** c. Allemagne, *Rec.* 2010-...735, 743, 744
- Cour EDH, 1^{er} juin 2010, **Jasińska** c. Pologne, req. 28326/05.....532, 782
- Cour EDH, 8 juin 2010, **Khaindrava et Dzamashvili** c. Géorgie, req. 18183/05.....709
- Cour EDH, 1^{er} juillet 2010, **Davydov et al.** c. Ukraine, req. 17674/02 et 39081/02.....818
- Cour EDH, 6 juillet 2010, **Backlund** c. Finlande, req. 36498/05.....440, 567
- Cour EDH, 6 juillet 2010, **Grönmark** c. Finlande, req. 17038/04.....440, 567
- Cour EDH, 13 juillet 2010, **Kurić et al.** c. Slovénie, req. 26828/06.....404, 643
- Cour EDH, 8 juillet 2010, **Sitaropoulos et Giakoumopoulos** c. Grèce, req. 42202/07.....192
- Cour EDH, 20 juillet 2010, **Ciorap** c. Moldavie (n° 2), req. 7481/06.....222, 743, 744
- Cour EDH, 27 juillet 2010, **Aksu** c. Turquie, req. 4149/04 et *al.*.....509
- Cour EDH, 9 septembre 2010, **Xiros** c. Grèce, req. 1033/07.....879
- Cour EDH, GC, 14 septembre 2010, **Sanoma Uitgevers B.V.** c. Pays-Bas, req. 38224/03.....
.....130
- Cour EDH, 14 septembre 2010, **Dink** c. Turquie, req. 2668/07 et *al.*.....
.....405, 510, 518, 521, 767, 819, 821
- Cour EDH, 23 septembre 2010, **Obst** c. Allemagne, req. 425/03.....
.....391, 393, 447, 457, 572, 758
- Cour EDH, 23 septembre 2010, **Schüth** c. Allemagne, *Rec.* 2010-...391, 393, 758, 792
- Cour EDH, 12 octobre 2010, **Umar Karatepe** c. Turquie, req. 20502/05.....618, 879
- Cour EDH, 14 octobre 2010, **A.** c. Croatie, req. 55164/08.....521, 533, 821
- Cour EDH, 19 octobre 2010, **Özpınar** c. Turquie, req. 20999/04.....129
- Cour EDH, GC, 2 novembre 2010, **Şerife Yiğit** c. Turquie, req. 3976/05.....462, 831

- Cour EDH, 4 novembre 2010, **Darraj** c. France, req. 34588/07.....735, 743, 744
- Cour EDH, 9 novembre 2010, **Deés** c. Hongrie, req. 2345/06.....462, 793
- Cour EDH, 18 novembre 2010, **Tunnel Report Limited** c. France, req. 27940/07.....447, 457
- Cour EDH, 25 novembre 2010, **Mileva et al.** c. Bulgarie, req. 43449/02 et 21475/04.....
.....590, 774
- Cour EDH, 25 novembre 2010, **Lyubov Efimenko** c. Ukraine, req. 75726/01.....708
- Cour EDH, 30 novembre 2010, **Hajduová** c. Slovaquie, req. 2660/03.....
.....462, 521, 539, 624, 821
- Cour EDH, 7 décembre 2010, **Jakóbski** c. Pologne, req. 18429/06.....608, 616
- Cour EDH, 14 décembre 2010, **Ternovszky** c. Hongrie, req. 67545/09.....421
- Cour EDH, 14 décembre 2010, **Milanović** c. Serbie, req. 44614/07.....541, 602
- Cour EDH, GC, 16 décembre 2010, **A, B et C** c. Irlande, *Rec.* 2010-... ..
.....111, 132, 421, 572, 753, 753, 767, 772, 862
- Cour EDH, 21 décembre 2010, **Raffray Taddei** c. France, req. 36435/07.....879

2011

- Cour EDH, 11 janvier 2011, **Ali** c. Royaume-Uni, req. 40385/06.....129, 863
- Cour EDH, 20 janvier 2011, **Haas** c. Suisse, *Rec.* 2011-... ..132, 164, 442, 495, 572, 753, 862
- Cour EDH, GC, 21 janvier 2011, **M.S.S.** c. Belgique et Grèce, *Rec.* 2011-... ..
.....164, 165, 542, 607, 624, 875, 887, 894, 895
- Cour EDH, 25 janvier 2011, **Kupczak** c. Pologne, req. 2627/09.....879
- Cour EDH, 27 janvier 2011, **Iordanovi** c. Bulgarie, req. 10907/04.....522
- Cour EDH, 1^{er} février 2011, **Ebcin** c. Turquie, req. 19506/05.....234, 533
- Cour EDH, 1^{er} février 2011, **Yazgül Yilmaz** c. Turquie, req. 36369/06.....522, 524, 821
- Cour EDH, 3 février 2011, **Siebenhaar** c. Allemagne, req. 18136/02.....
.....391, 393, 442, 447, 457, 572, 758
- Cour EDH, 10 février 2011, **Dubetska et al.** c. Ukraine, req. 30499/03.....526, 527, 752
- Cour EDH, 20 février 2011, **Preminyin** c. Russie, req. 44973/04.....521
- Cour EDH, 3 mars 2011, **Merkulova** c. Ukraine, req. 21454/04.....708, 709
- Cour EDH, 8 mars 2011, **Lăpușan et al.** c. Roumanie, req. 29007/06 et *al.*.....708

- Cour EDH, GC, 24 mars 2011, **Giuliani et Gaggio** c. Italie, *Rec.* 2011-...236, 522, 602, 604, 767, 821
- Cour EDH, 29 mars 2011, **Potomska et Potomski** c. Pologne, req. 33949/05.....131, 380, 417
- Cour EDH, 5 avril 2011, **Rahimi** c. Grèce, req. 8687/08.....237
- Cour EDH, 5 avril 2011, **Akbar** c. Roumanie, req. 28686/04.....879
- Cour EDH, 12 avril 2011, **Gluhaković** c. Croatie, req. 21188/09.....643
- Cour EDH, 14 avril 2011, **Jendrowiak** c. Allemagne, req. 30060/04.....847
- Cour EDH, 19 avril 2011, **Pastor et Țiclete** c. Roumanie, req. 30911/06 et 40967/06.....708
- Cour EDH, 26 avril 2011, **Enukidze et Girgvliani** c. Georgie, req. 25091/07.....389
- Cour EDH, 3 mai 2011, **Apanasewicz** c. Pologne, req. 6854/07.....42, 462
- Cour EDH, 3 mai 2011, **Sipoș** c. Roumanie, req. 26125/04.....462
- Cour EDH, 10 mai 2011, **Mosley** c. Royaume-Uni, req. 48009/08.....566, 641
- Cour EDH, 24 mai 2011, **Association « 21 Décembre 1989 » et al.** c. Roumanie, req. 33810/07.....708
- Cour EDH, 25 mai 2011, **R.R.** c. Pologne, *Rec.* 2011-...32, 178, 590, 592, 608, 624, 753, 767, 772, 862
- Cour EDH, 31 mai 2011, **Derman** c. Turquie, req. 21789/02.....735
- Cour EDH, 14 juin 2011, **Trévalec** c. Belgique, req. 30812/07.....236, 484, 782
- Cour EDH, 14 juin 2011, **Ciechońska** c. Pologne, req. 19776/04.....522, 774, 821
- Cour EDH, 14 juin 2011, **Ivanov et Petrova** c. Bulgarie, req. 15001/04.....449, 831
- Cour EDH, 16 juin 2011, **Pascaud** c. France, req. 19535/08.....447, 457
- Cour EDH, 21 juin 2011, **Krušković** c. Croatie, req. 46185/08.....828
- Cour EDH, 28 juin 2011, **Nunez** c. Norvège, req. 55597/09.....450
- Cour EDH, 30 juin 2011, **Girard** c. France, req. 22590/04.....478, 480, 481, 602
- Cour EDH, 5 juillet 2011, **Avram et al.** c. Moldavie, req. 41588/05.....743, 745
- Cour EDH, GC, 7 juillet 2011, **Al-Skeini et al.** c. Royaume-Uni, *Rec.* 2011-...389, 650, 654, 655, 680, 681, 682, 684
- Cour EDH, GC, 7 juillet 2011, **Al-Jedda** c. Royaume-Uni, *Rec.* 2011-...389, 654, 655
- Cour EDH, 21 juillet 2011, **Fabris** c. France, req. 16574/08.....786
- Cour EDH, 21 juillet 2011, **Grimkovskaya** c. Ukraine, req. 38182/03..... 570,624

- Cour EDH, 21 juillet 2011, **Heinisch** c. Allemagne, *Rec.* 2011-...583
- Cour EDH, 26 juillet 2011, **M. et al.** c. Bulgarie, req. 41416/08.....130, 643
- Cour EDH, 26 juillet 2011, **Georgel et Georgeta Stoicescu** c. Roumanie, req. 9718/03.....
.....522, 537, 821
- Cour EDH, 8 septembre 2011, **Oshurko** c. Ukraine, req. 33108/05.....389, 521, 532
- Cour EDH, 26 juillet 2011, **T.Ç. et H.Ç.** c. Turquie, req. 34805/06.....440
- Cour EDH, GC, 12 septembre 2011, **Palomo Sánchez et al.** c. Espagne, *Rec.* 2011-...
.....105, 233, 391, 393, 447, 457, 583, 630, 789, 792
- Cour EDH, 20 septembre 2011, **Shesti Mai Engineering OOD et al.** c. Bulgarie, req. 17854/04.....130, 418, 447, 457
- Cour EDH, 27 septembre 2011, **M. et C.** c. Roumanie, req. 29032/04.....
.....233, 458, 521, 614, 624, 852
- Cour EDH, 4 octobre 2011, **Zafranias** c. Grèce, req. 4056/08.....237
- Cour EDH, 11 octobre 2011, **Emre** c. Suisse (n° 2), req. 5056/10.....802
- Cour EDH, 11 octobre 2011, **Beires Côte-Real** c. Portugal, req. 48225/08.....404
- Cour EDH, 11 octobre 2011, **Fane Ciobanu** c. Roumanie, req. 27240/03.....879
- Cour EDH, 13 octobre 2011, **S.I.** c. Slovénie, req. 45082/05.....450
- Cour EDH, 18 octobre 2011, **Stanimirović** c. Serbie, req. 26088/06.....714
- Cour EDH, 20 octobre 2011, **Stasi** c. France, req. 25001/07.....521, 544
- Cour EDH, 3 novembre 2011, **Arvelo Aponte** c. Pays-Bas, req. 28770/05.....450
- Cour EDH, GC, 3 novembre 2011, **S.H. et al.** c. Autriche, *Rec.* 2011-...
.....399, 422, 505, 774, 831
- Cour EDH, 3 novembre 2011, **M.B.** c. Roumanie, req. 43982/06.....624, 726
- Cour EDH, 8 novembre 2011, **Paçacı et al.** c. Turquie, req. 3064/07.....709
- Cour EDH, 8 novembre 2011, **V.C.** c. Slovaquie, req. 18968/07.....552
- Cour EDH, 15 novembre 2011, **Ivanțoc et al.** c. Moldavie et Russie, req. 23687/05.....
.....659, 802
- Cour EDH, 15 novembre 2011, **Sivova et Koleva** c. Bulgarie, req. 30383/03.....405
- Cour EDH, 15 novembre 2011, **M.P. et al.** c. Bulgarie, req. 22457/08.....521, 852
- Cour EDH, 22 novembre 2011, **Zammit Maempel** c. Malte, req. 24202/10.....450

- Cour EDH, 29 novembre 2011, **Giszczak** c. Pologne, req. 40195/08.....397
- Cour EDH, 1^{er} décembre 2011, **Schwabe et M.G.** c. Allemagne, *Rec.* 2011-...225
- Cour EDH, 6 décembre 2011, **De Donder et De Clippel** c. Belgique, req. 8595/06.....
.....532, 540, 607, 782, 875
- Cour EDH, 13 décembre 2011, **Kanagaratnam et al.** c. Belgique, req. 15297/09.....237, 538
- Cour EDH, 13 décembre 2011, **X** c. Lettonie, req. 27853/09.....759
- Cour EDH, 20 décembre 2011, **Finogenov et al.** c. Russie, *Rec.* 2011-...782

2012

- Cour EDH, 10 janvier 2012, **Di Sarno et al.** c. Italie, req. 30765/08.....391, 529, 530
- Cour EDH, 10 janvier 2012, **Česnulevičius** c. Lituanie, req. 13462/06.....521
- Cour EDH, 12 janvier 2012, **Gorovenky et Bugara** c. Ukraine, req. 36146/05 et 42418/05.....
.....391
- Cour EDH, GC, 17 janvier 2012, **Stanev** c. Bulgarie, *Rec.* 2012-...389, 435, 875, 878
- Cour EDH, 17 janvier 2012, **Kopf et Liberda** c. Autriche, req. 1598/06.....442
- Cour EDH, 17 janvier 2012, **Zontul** c. Grèce, req. 12294/07.....743, 749
- Cour EDH, 17 janvier 2012, **Choreftakis et Choreftaki** c. Grèce, req. 46846/08.....
.....458, 521, 534, 566, 575
- Cour EDH, 19 janvier 2012, **Popov** c. France, req. 39472/07 et 39474/07.....237
- Cour EDH, 24 janvier 2012, **P.M.** c. Bulgarie, req. 49669/07.....188, 714
- Cour EDH, 31 janvier 2012, **Sindicatul « Păstorul cel Bun »** c. Roumanie, req. 2330/09.....
.....419, 434, 581, 793
- Cour EDH, GC, 7 février 2012, **Von Hannover** c. Allemagne (n° 2), *Rec.* 2012-...792
- Cour EDH, 14 février 2012, **Romet** c. Pays-Bas, req. 7094/06.....405
- Cour EDH, 14 février 2012, **Antwi et al.** c. Norvège, req. 26940/10.....450
- Cour EDH, 14 février 2012, **Hardy & Maile** c. Royaume-Uni, req. 31965/07.....
.....467, 510, 767, 818
- Cour EDH, 16 février 2012, **Eremiášová et Pechová** c. République Tchèque, req. 23944/04..
.....532, 624
- Cour EDH, 23 février 2012, **G.** c. France, req. 27244/09.....42
- Cour EDH, 28 février 2012, **Kolyadenko et al.** c. Russie, req. 17423/05 et *al.*.....

.....	522, 537, 767, 770, 821
• Cour EDH, GC, 15 mars 2012, Austin et al. c. Royaume-Uni, <i>Rec.</i> 2012-...	614
• Cour EDH, GC, 15 mars 2012, Aksu c. Turquie, req. 4149/04 et 41029/04.....	391, 418, 792
• Cour EDH, 20 mars 2012, C.A.S. et C.S. c. Roumanie, req. 26692/05.....	164, 165, 233, 462, 624, 767
• Cour EDH, GC, 22 mars 2012, Konstantin Markin c. Russie, <i>Rec.</i> 2012-...	870
• Cour EDH, GC, 3 avril 2012, Kotov c. Russie, req. 54522/00.....	178, 394, 716
• Cour EDH, 10 avril 2012, Panaïtescu c. Roumanie, req. 30909/06.....	549, 607, 875, 886
• Cour EDH, 10 avril 2012, İlbeyi Kemaloğlu et Meriye Kemaloğlu c. Turquie, req. 19986/06.....	522, 784, 821
• Cour EDH, 16 avril 2012, Janowiec et al. c. Russie, req. 55508/07 et 29520/09.....	710
• Cour EDH, 17 avril 2012, J.L. c. Lettonie, req. 23893/06.....	164, 540
• Cour EDH, 19 avril 2012, Gorgiev c. ex-République yougoslave de Macédoine, req. 26984/05.....	537, 553
• Cour EDH, 24 avril 2012, Kalucza c. Hongrie, req. 57693/10.....	521, 614, 793, 821
• Cour EDH, 24 avril 2012, Crăiniceanu et Frumușanu c. Roumanie, req. 12442/04.....	708
• Cour EDH, 24 avril 2012, Iliya Petrov c. Bulgarie, req. 19202/03.....	510, 522, 537, 727, 767, 770, 818, 821, 850
• Cour EDH, 10 mai 2012, Frasila et Ciocirlan c. Roumanie, req. 25329/03.....	174, 391, 549, 627
• Cour EDH, 10 mai 2012, Putintseva c. Russie, req. 33498/04.....	777
• Cour EDH, 15 mai 2012, Fernández Martínez c. Espagne, req. 56030/07.....	583, 758, 792
• Cour EDH, GC, 7 juin 2012, Centro Europa 7 S.r.l. et Di Stefano c. Italie, <i>Rec.</i> 2012-...	
• Cour EDH, 12 juin 2012, Savda c. Turquie, req. 42730/05.....	132, 509, 862
• Cour EDH, 19 juin 2012, Parti Communiste de Russie et al. c. Russie, req. 29400/05....	153
• Cour EDH, 21 juin 2012, E.S. c. Suède, req. 5786/08.....	572
• Cour EDH, 3 juillet 2012, Martínez Martínez et Pino Manzano c. Espagne, req. 61654/08..	484
• Cour EDH, 10 juillet 2012, Kayak c. Turquie, req. 60444/08.....	543, 784
• Cour EDH, 19 juillet 2012, Ketreb c. France, req. 38447/09.....	532, 546, 592, 614, 782, 804

- Cour EDH, 19 juillet 2012, **Koch** c. Allemagne, req. 497/09.....752
- Cour EDH, 24 juillet 2012, **B.S.** c. Espagne, req. 47159/08152
- Cour EDH, 24 juillet 2012, **Dordevic** c. Croatie, req. 41526/10.....521, 624, 817, 821, 851
- Cour EDH, 31 juillet 2012, **Makhashevy** c. Russie, req. 20546/07.....152
- Cour EDH, 31 juillet 2012, **M. et al.** c. Italie et Bulgarie, req. 40020/03.....624, 726
- Cour EDH, 25 septembre 2012, **Godelli** c. Italie, req. 33783/09.....132, 771, 829
- Cour EDH, 25 septembre 2012, **Archidiocèse catholique d’Alba Iulia** c. Roumanie, req. 33003/03622
- Cour EDH, 25 septembre 2012, **Spyra et Kranczkowski** c. Pologne, req. 19764/07.....818
- Cour EDH, 4 octobre 2012, **Harroudj** c. France, req. 43631/09.....400
- Cour EDH, 9 octobre 2012, **Çoşelav** c. Turquie, req. 1413/07.....592, 850
- Cour EDH, 9 octobre 2012, **Alkaya** c. Turquie, req. 42811/06.....431
- Cour EDH, 11 octobre 2012, **C.N. et V.** c. France, req. 67724/09.....817, 836, 855

b. Décisions

1999

- Cour EDH, Déc., 4 mai 1999, **Marzari** c. Italie, req. 36448/97.....472, 870, 872
- Cour EDH, Déc., 28 octobre 1999, **Pančenko** c. Lettonie, req. 40772/98.....871
- Cour EDH, Déc., 23 novembre 1999, **Bromiley** c. Royaume-Uni, req. 33747/96.....534

2000

- Cour EDH, Déc. 7 mars 2000, **T.I.** c. Royaume-Uni, *Rec.* 2000-III.....122

2001

- Cour EDH, Déc., 13 mars 2001, **Moldovan et al. et Rostas et al.** c. Roumanie, req. 41138/98 et 64320/01.....697
- Cour EDH, Déc., 26 juin 2001, **O’Rourke** c. Royaume-Uni, req. 39022/97.....870, 871

- Cour EDH, Déc., 11 septembre 2001, **Clunis** c. Royaume-Uni, req. 45049/98.....478
- Cour EDH, GC, Déc., 12 décembre 2001, **Bankovic et al.** c. Belgique, République Tchèque, Danemark, France, Allemagne, Grèce, Hongrie, Islande, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Norvège, Pologne, Portugal, Espagne, Turquie et Royaume-Uni, *Rec.* 2001-XII.....
.....210, 226, 648, 650, 652, 654, 655, 670, 673

2002

- Cour EDH, Déc., 17 janvier 2002, **Hertel** c. Suisse, *Rec.* 2002-I.....508, 767, 817, 826, 850
- Cour EDH, Déc., 21 février 2002, **Schüssel** c. Autriche, req. 42409/98.....105, 233
- Cour EDH, Déc., 21 mars 2002, **Nitecki** c. Pologne, req. 65653/01.....884
- Cour EDH, Déc., 23 avril 2002, **Larioshina** c. Russie, req. 56869/00.....871
- Cour EDH, Déc., 14 mai 2002, **Zehnalová et Zehnal** c. République tchèque, *Rec.* 2002-V.....
.....472, 871
- Cour EDH, Déc., 7 novembre 2002, **Madsen** c. Danemark, req. 58341/00.....386, 630

2003

- Cour EDH, Déc., 7 janvier 2003, **Younger** c. Royaume-Uni, *Rec.* 2003-I.....532
- Cour EDH, Déc., 8 juillet 2003, **Sentges** c. Pays-Bas, req. 27677/02.....472
- Cour EDH, Déc., 8 août 2003, **Lyons et al.** c. Royaume-Uni, *Rec.* 2003-IX.....800
- Cour EDH, Déc., 2 septembre 2003, **Bălăsoiu** c. Roumanie, req. 37424/97.....697
- Cour EDH, Déc., 13 novembre 2003, **Novak** c. République Tchèque, req. 56525/00.....218

2004

- Cour EDH, Déc., 9 mars 2004, **Wretlund** c. Suède, req. 46210/99.....386, 630
- Cour EDH, Déc., 2 décembre 2004, **Botti** c. Italie, req. 77360/01.....503

2005

- Cour EDH, Déc., 4 janvier 2005, **Pentiacova et 48 al.** c. Moldavie, *Rec.* 2005-I.....
.....496, 503, 607, 870, 874
- Cour EDH, Déc., 1^{er} mars 2005, **Bone** c. France, req. 69869/01.....484
- Cour EDH, GC, Déc., 6 juillet 2005, **Stec et al.** c. Royaume-Uni, *Rec.* 2005-X.....198, 358
- Cour EDH, Déc., 22 septembre 2005, **Gheorghe** c. Roumanie, req. 19215/04....607, 874, 884

- Cour EDH, Déc., 8 décembre 2005, **Voroshilov** c. Russie, req. 21501/02.....697

2006

- Cour EDH, Déc., 17 janvier 2006, **Luginbühl** c. Suisse, req. 42756/02.....462, 464, 527
- Cour EDH, Déc., 11 avril 2006, **Mólka** c. Pologne, *Rec.* 2006-IV.....472
- Cour EDH, Déc., 14 septembre 2006, **Kholodov et Kholodova** c. Russie, req. 30651/05.....
.....697, 705
- Cour EDH, Déc., 5 octobre 2006, **Trocellier** c. France, *Rec.* 2006-XIV.....
.....508, 510, 569, 610, 817, 818, 826, 850
- Cour EDH, Déc., 28 novembre 2006, **Murillo Saldias et al.** c. Espagne, req. 76973/01...522

2007

- Cour EDH, Déc., 31 mai 2007, **Makuc et al.** c. Slovénie, req. 26828/06.....870
- Cour EDH, Déc., 6 septembre 2007, **Reklos et Davourlis** c. Grèce, req. 1234/05.457

2008

- Cour EDH, Déc., 26 février 2008, **Fägerskiöld** c. Suède, req. 37664/04.....462, 464
- Cour EDH, Déc., 18 mars 2008, **Furlepa** c. Pologne, n° 62101/00.....462, 464

2009

- Cour EDH, Déc., 18 juin 2009, **Budina** c. Russie, req. 45603/05.871, 872, 895

2010

- Cour EDH, Déc., 2 septembre 2010, **Jularić** c. Croatie, req. 20106/06.....708
- Cour EDH, Déc., 14 septembre 2010, **Farcaș** c. Roumanie, req. 32596/04.....465, 871
- Cour EDH, Déc., 5 octobre 2010, **Köpke** c. Allemagne, req. 420/07.....393
- Cour EDH, Déc., 7 décembre 2010, **Ianopol** c. Roumanie, req. 9861/05.....406, 457

2011

- Cour EDH, Déc., 17 mai 2011, **Frändeș** c. Roumanie, req. 35802/05.....709
- Cour EDH, Déc., 5 juillet 2011, **Janowiec et al.** c. Russie, req. 55508/07 et 29520/09.....710

- Cour EDH, Déc., 20 septembre 2011, **Verein gegen tierfabriken** c. Suisse, req. 48703/08.389
- Cour EDH, Déc., 29 novembre 2011, **V.F.** c. France, req. 7196/10.....419, 508, 521, 544, 817, 821, 836, 855
- Cour EDH, GC, Déc., 14 décembre 2011, **Chiragov et al.** c. Arménie, req. 13216/05.....659
- Cour EDH, GC, Déc., 14 décembre 2011, **Sargsyan** c. Azerbaïdjan, req. 40167/06.....659

§2. Commission européenne des droits de l'homme

1958

- ComEDH, Déc., 2 octobre 1958, **Grèce** c. Royaume-Uni, req. 176/56, *Ann. Conv.*, vol. 2, p. 175.....724

1961

- ComEDH, Déc., 11 janvier 1961, **Autriche** c. Italie, req. 788/60, *Rec.* 7, p. 23-74.....345

1963

- ComEDH, Déc., 18 décembre 1963, req. n° 1906/63 (non publié).....98

1965

- ComEDH, Rapp., 24 juin 1965, **Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »** c. Belgique, req. 1474/62 et *al.*, B 3 et 4.....1, 37, 62, 73, 193, 355, 490

1968

- ComEDH, Rapp., 1^{er} octobre 1968, **Delcourt** c. Belgique, req. 2689/65, B 9.....182

1973

- ComEDH, Rapp., 1^{er} juin 1973, **Golder** c. Royaume-Uni, req. 4451/70, B 16, *D.R.* 1975, p. 40.....55
- ComEDH, Déc., 20 juillet 1973, **X.** c. Irlande, req. 6040/73, Coll. 44, p. 121-123.....73

1974

- ComEDH, Rapp., 27 mars 1974, **Syndicat national de la police belge** c. Belgique, req. 4464/70, B 14.....98, 155, 189
- ComEDH, Rapp., 27 mars 1974, **Syndicat suédois des conducteurs de locomotives** c. Suède, req. 5614/72, B 18.....98
- ComEDH, Déc., 30 mai 1974, **X.** Autriche, req. 5416/72, Coll. 46, p. 88-93.....73

1975

- ComEDH, Déc., 26 mai 1975, **Chypre** c. Turquie, req. 6780/74 et 6950/75, *D.R.* 2, p. 138.....652
- ComEDH, Déc., 10 juillet 1975, **X.** c. Belgique et Pays-Bas, req. 6482/74, *D.R.* 7, p. 76.....73

1976

- ComEDH, Rapp., 25 janvier 1976, **Irlande** c. Royaume-Uni, req. 5310/71, B 23-1.....97

1977

- ComEDH, Déc., 16 mai 1977, **X** c. Belgique, req. 7697/76, *D.R.* 9, p. 194.....870

1978

- ComEDH, Déc., 2 mai 1978, **X.** c. Royaume-Uni, req. 7782/77, *D.R.* 14, p. 183.....199
- ComEDH, Déc., 6 mai 1978, **Kotälla** c. Pays-Bas, req. 7994/77, *D.R.* 14, p. 238.....878
- ComEDH, Déc., 12 juillet 1978, **Association of parents** c. Royaume-Uni, req. 7154/75, *D.R.* 14, p. 35.....195

1979

- ComEDH, Rapp., 1^{er} mars 1979, **Van Oosterwijck** c. Belgique, req. 7654/76, B 36.....73
- ComEDH, Rapp., 14 décembre 1979, **Young, James et Webster** c. Royaume-Uni, req. 7601/76 et 7806/77, B 39.....98

1981

- ComEDH, Déc., 12 mars 1981, **X.** c. Royaume-Uni, req. 8160/78, *D.R.* 22, p. 39.....188
- ComEDH, Déc., 11 mai 1981, **Gallogly** c. Royaume-Uni, req. 7990/77, *D.R.* 24, p. 65.....187

- ComEDH, Déc., 14 juillet 1981, **X.** c. RFA, req. 9234/81, *D.R.* 26, p. 272.....187

1983

- ComEDH, Déc., 28 février 1983, **W.** c. Royaume-Uni, req. 9348/81, *D.R.* 32, p. 201.
.....105, 198, 235, 518
- ComEDH, Rapp., 5 juillet 1983, **X. et Y.** c. Pays-Bas, req. 8978/80, B 74.....93, 420

1985

- ComEDH, Déc., 17 octobre 1985, **Plattform Ärzte für das Leben** c. Autriche, req. 10126/82, *D.R.* 44, p. 81,.....217

1986

- ComEDH, Déc., 16 octobre 1986, **N.** c. Suède, req. 11366/85, *D.R.* 50, p. 176.....
.....105, 217, 230, 233

1987

- ComEDH, Rapp., 12 mars 1987, **Nielsen** c. Danemark, req. 10929/84.....104

1988

- ComEDH, Déc., 10 mars 1988, **B.** c. R.F.A., req. 13047/87, *D. R.* 55, p. 271.....878

1989

- ComEDH, Déc., 6 septembre 1989, **Rommelfanger** c. R.F.A., req. 12242/86, *D.R.* 62, p. 162.....105, 217, 230, 233

1990

- ComEDH, Déc., 9 février 1990, **M & Co** c. RFA, req. 13258/87, *D.R.* 64, p. 138.....223
- ComEDH, Déc., 9 mai 1990, **Van Volsem** c. Belgique, req. 14641/89.....870, 871

1991

- ComEDH, Rapp., 8 octobre 1991, **Costello-Roberts** c. Royaume-Uni, req. 13134/87.....
.....222, 231

1993

- ComEDH, Rapp., 8 juillet 1993, **Hurtado** c. Suisse, req. 17549/90.....193, 608, 617, 878

1994

- ComEDH, Déc., 7 mars 1994, **Whiteside** c. Royaume-Uni, req. 20357/92, *D.R.* 76-B, p. 80...
.....105, 217, 233

1995

- ComEDH, Rapp., 4 avril 1995, **Gül** c. Suisse, req. 23218/94.....403
- ComEDH, Déc., 18 octobre 1995, **Tugar** c. Italie, req. 22869/93, *D.R.* 83-B, p. 26.....
.....478, 480, 481

1996

- ComEDH, Déc., 11 avril 1996, **Finska Församlingen i Stockholm et Teuvo Hautaniemi** c. Suède, req. 24019/94, *D.R.* 85-B, p. 94.....391
- ComEDH, Déc., 17 mai 1996, **Osman** c. Royaume-Uni, req. 23452/94.....518
- ComEDH, Rapp., 15 octobre 1996, **Botta** c. Italie, req. 21439/93.....470

1997

- ComEDH, Rapp., 1^{er} juillet 1997, **Osman** c. Royaume-Uni, req. 23452/94.....518

1998

- ComEDH, Déc., 16 janvier 1998, **Le Comte et la Comtesse Spencer** c. Royaume-Uni, req. 28851/95 et 28852/95, *D.R.* 92-B, p. 56.....233

§3. Comité européen des droits sociaux

- Comité EDS, 8 décembre 2004, **Centre européen des droits des Roms (CEDR)** c. Grèce, récl. 15/2003.....302
- Comité EDS, 3 décembre 2008, **Centre européen des droits des Roms (CEDR)** c. Bulgarie, récl. 46/2007.....303
- Comité EDS, 30 mars 2009, **Centre international pour la protection juridique des droits**

de l'homme (INTERIGHTS) c. Croatie, récl. 45/2007.....	303
• Comité EDS, 22 juin 2010, Centre sur les droits au logement et les expulsions (COHRE) c. Croatie, récl. 52/2008.....	303
• Comité EDS, 25 juin 2010, Centre sur les droits au logement et les expulsions (COHRE) c. Italie, récl. 58/2009.....	303

B. Amériques

§1. Commission interaméricaine des droits de l'homme

• ComIADH, 29 septembre 1999, Coard et al. c. Etats-Unis, Fond, Résolution 109/99, Affaire 10. 951, <i>Rapport annuel</i> 1999.....	652
• ComIADH, 29 septembre 1999, Armando Alejandro Jr., Carlos Costa, Mario de La Pena, et Pablo Morales c. Cuba, Fond, Résolution 86/99, Affaire 11.589, <i>Rapport annuel</i> 1999.....	655

§2. Cour interaméricaine des droits de l'homme

a. Avis consultatifs

• Cour IADH, Avis n° 2, 24 septembre 1992, Effet des réserves sur l'entrée en vigueur de la Convention américaine des droits de l'homme , A 2.....	345
• Cour IADH, Avis n° 7, 29 août 1986, Droit de rectification ou de réponse , A 7.....	252, 254
• Cour IADH, Avis n° 8, 30 janvier 1987, L'habeas corpus en période de suspension des garanties , A 8.....	265
• Cour IADH, Avis n° 14, 9 décembre 1994, Responsabilité internationale pour l'exécution et l'application des lois contraires à la Convention , A 14.....	269

- Cour IADH, Avis n° 16, 1^{er} octobre 1999, **Le droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties du procès équitable**, A 16.....122, 282
- Cour IADH, Avis n° 18, 17 septembre 2003, **Statut juridique et droits des travailleurs migrants illégaux**, A 18.....96, 264, 274, 291

b. Arrêts

1987

- Cour IADH, Exceptions préliminaires, 26 juin 1987, **Fairén Garbi et Solís Corrales c. Honduras**, C 2.....264, 291

1988

- Cour IADH, Fond, 29 juillet 1988, **Velásquez Rodríguez c. Honduras**, C 4.....146, 148, 152, 266, 270, 274, 278, 291, 314, 401, 551, 602

1989

- Cour IADH, Fond, 20 janvier 1989, **Godínez Cruz c. Honduras**, C 5.....264, 401
- Cour IADH, Fond, 15 mars 1989, **Fairén Garbi et Solís Corrales c. Honduras**, C 6.....401

1994

- Cour IADH, Fond, 21 février 1994, **Gangaram Panday c. Suriname**, C 16.....290

1997

- Cour IADH, Réparations, 29 janvier 1997, **Caballero Delgado et Santana c. Colombie**, C 31.
- Cour IADH, Fond, 3 novembre 1997, **Castillo Páez c. Pérou**, C 34.....279

1998

- Cour IADH, Fond, 8 mars 1998, **Paniagua Morales et al. c. Guatemala**, C 37.....258, 280

1999

- Cour IADH, Fond, 30 mai 1999, **Castillo Petruzzi et al.** c. Pérou, C 52.....269
- Cour IADH, Fond, 19 novembre 1999, **Villagrán Morales et al.** (« **Les enfants des rues** ») c. Guatemala, C 63.160, 258, 279, 280, 290, 871

2000

- Cour IADH, Fond, 25 novembre 2000, **Bámaca Velásquez** c. Guatemala, C 70.....258, 280

2001

- Cour IADH, Fond et réparations, 31 août 2001, **Communauté Mayagna (Sumo) Awas Tingni** c. Nicaragua, C 79.....282
- Cour IADH, Exceptions préliminaires, 7 septembre 2001, **Cantos** c. Argentine, C 85.....705

2002

- Cour IADH, Fond et réparations, 21 juin 2002, **Hilaire, Constantine et Benjamin et al.** c. Trinidad et Tobago, C 94.....122, 282

2003

- Cour IADH, Fond et réparations, 7 juin 2003, **Juan Humberto Sánchez** c. Honduras, C 99.279, 290
- Cour IADH, Fond et réparations, 25 novembre 2003, **Myrna Mack Chang** c. Guatemala, C 101.....279

2004

- Cour IADH, Fond et réparations, 8 juillet 2004, **Gómez Paquiyauri** c. Pérou, C 110.....279, 290
- Cour IADH, Fond et réparations, 15 juillet 2004, **19 commerçants** c. Colombie, C 109.. 279, 384, 390
- Cour IADH, Fond, 2 septembre 2004, **Institut de rééducation des mineurs** c. Paraguay, C 112.....160, 871
- Cour IADH, Exceptions préliminaires, 3 novembre 2004, **Alfonso Martin del Campo Dodd** c. Mexique, C 113.....705
- Cour IADH, Exceptions préliminaires, 23 novembre 2004, **Soeur Serrano Cruz** c. Salvador, C 118.....705

- Cour IADH, Fond et réparations, 25 novembre 2004, **Lori Berenson Mejía c. Pérou**, C 119.
.....878

2005

- Cour IADH, Fond et réparations, 3 mars 2005, **Huilca Tecse c. Pérou**, C 121.....279, 292
- Cour IADH, Fond et réparations, 15 juillet 2005, **Communauté Moiwana c. Suriname**, C 124.....705
- Cour IADH, Fond et réparations, 17 juin 2005, **Communauté indigène Yakye Axa c. Paraguay**, C 125.....282
- Cour IADH, Fond, 12 septembre 2005, **Gutiérrez Soler c. Colombie**, C 132.....279
- Cour IADH, Fond, 15 septembre 2005, **Massacre de Mapiripán c. Colombie**, C 134.....264, 270, 291
- Cour IADH, Fond et réparations, 22 novembre 2005, **Gómez Palomino c. Pérou**, C 136.....
.....841

2006

- Cour IADH, Fond et réparations, 31 janvier 2006, **Massacre de Pueblo Bello c. Colombie**, C 140.....519
- Cour IADH, Fond et réparations, 29 mars 2006, **Communauté indigène Sawhoyamaya c. Paraguay**, C 146.....519, 607, 624, 871
- Cour IADH, Fond et réparations, 4 juillet 2006, **Ximenes Lopez c. Brésil**, C 149.....
.....291, 519, 878
- Cour IADH, Fond et réparations, 19 septembre 2006, **Claude Reyes c. Chili**, C 151.....293
- Cour IADH, Fond et réparations, 22 septembre 2006, **Goiburú et al. c. Paraguay**, C 153.
.....279, 281
- Cour IADH, Fond et réparations, 25 novembre 2006, **Prison Miguel Castro Castro c. Pérou**, C 160.....258, 280, 290

2007

- Cour IADH, Fond et réparations, 10 juillet 2007, **Cantoral Huamaní et García Santa Cruz c. Pérou**, C 176.....279, 292

2009

- Cour IADH, Fond et réparations, 28 janvier 2009, **Perozo et al. c. Venezuela**, C 195.....279, 841, 857

- Cour IADH, Fond et réparations, 3 avril 2009, **Kawas Fernández** c. Honduras, C 196.....292

2011

- Cour IADH, Fond et réparations, 23 novembre 2011, **Fleury et al.** c. Haïti, C 236.....292

2012

- Cour IADH, Fond et réparations, 24 février 2012, **Atala Riffo y niñas** c. Chili, C 239.....292

C. Afrique

§1. Cour africaine des droits de l'homme et des peuples

- Cour ADH, 15 décembre 2009, **Michelot Yogogombaye** c. République du Sénégal, req. 001/2008.....312
- Cour ADH, 16 juin 2011, **Soufiane Ababou** c. République algérienne démocratique et populaire, req. 002/2011.....312
- Cour ADH, 16 juin 2011, **Daniel Amare et Mulugeta Amare** c. République de Mozambique, req. 005/2011.....312
- Cour ADH, 16 juin 2011, **Association juristes d'Afrique pour la bonne gouvernance** c. République de Côte d'Ivoire, req. 006/2011.....312
- Cour ADH, 2 septembre 2011, **Youssef Ababou** c. Royaume du Maroc, req. 007/2011.....312
- Cour ADH, 23 septembre 2011, **Ekollo Moundi Alexandre** c. République du Cameroun et République Fédérale du Nigéria, req. 008/2011.....312
- Cour ADH, 30 septembre 2011, **Efoua Mbozo'o Samuel** c. le Parlement Panafricain, req. 010/2011.....312

§2. Commission africaine des droits de l'homme et des peuples

- ComADH, octobre 1995, **Commission nationale des droits de l'homme et des libertés de la Fédération Nationale des Unions des Jeunes Avocats de France** c. Tchad, comm. 74/92.....312
- ComADH, 6 novembre 2000, **Huri-Laws** c. Nigeria, comm. 225/98.....312
- ComADH, 1^{er} mai 2001, **Legal Ressource Fondation** c. Zambie, comm. 211/98.....313
- ComADH, 13 octobre 2001, **Social and Economic Rights Action Center, Center for Economic and Social Rights** c. Nigeria, comm. 155/96.....313, 314
- ComADH, 15 mai 2003, **Purohit et Moore** c. Gambie, comm. 241/01.....315
- ComADH, 15 mai 2006, **Zimbabwe Human Rights NGO Forum** c. Zimbabwe, comm. 245/2002.....315

II. TABLES CHRONOLOGIQUES DE LA JURISPRUDENCE INTERNATIONALE

A. Cour permanente de justice internationale et Cour internationale de justice

- CPIJ, Arrêt, 30 août 1924, **Concessions Mavrommatis en Palestine (Exception d'incompétence)**, Grèce c. Grande-Bretagne, A 2.....145
- CPIJ, Arrêt, 7 septembre 1927, **Affaire du Lotus**, France c. Turquie, A 10.....57, 191
- CIJ, Arrêt, 9 avril 1949, **Détroit de Corfou (fond)**, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Albanie, *Rec.* 1949, p. 4.....56, 147, 349, 401
- CIJ, Arrêt, 5 février 1970, **Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (fond)**, Belgique c. Espagne, *Rec.* 1970, p. 3.....344
- CIJ, Avis, 21 juin 1971, **Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité**, *Rec.* 1971, p. 16.....138
- CIJ, Arrêt, 24 mai 1980, **Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran**, États-Unis d'Amérique c. Iran, *Rec.* 1980, p. 3.....147, 349, 384, 517
- CIJ, Arrêt, 27 juin 1986, **Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et**

- contre celui-ci (fond)**, Nicaragua c. États-Unis, *Rec.* 1986, p. 14.....344
- CIJ, Avis, 9 juillet 2004, **Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé**, *Rec.* 2004, p. 136.....349, 351, 652
- CIJ, Arrêt, 19 décembre 2005, **Activités armées sur le territoire du Congo**, République démocratique du Congo c. Ouganda, *Rec.* 2005, p. 168.....351
- CIJ, Arrêt, 26 février 2007, **Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide**, Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro, *Rec.* 2007, p. 43.....350, 353, 401, 517, 600, 605
- CIJ, Arrêt, 20 avril 2010, **Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay**, Argentine c. Uruguay, *Rec.* 2010, p. 14.....113, 517, 530
- CIJ, Arrêt, 30 novembre 2010, **Ahmadou Sadio Diallo (fond)**, République de Guinée c. République démocratique du Congo, *Rec. à paraître*.....145, 351
- CIJ, Arrêt, 20 juillet 2012, **Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader**, Belgique c. Sénégal, *Rec. à paraître*.....593, 607, 624, 701

B. Jurisprudence arbitrale

- Sentence arbitrale, 1^{er} mai 1925, **Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol**, Espagne c. Royaume-Uni, *RSA*, vol. II, p. 615-742.....147, 516, 601, 607
- Commission générale des réclamations États-Unis – Mexique, 16 novembre 1925, **Laura Janes**, États-Unis c. Mexique, *RSA*, vol. IV, p. 82-98.....150
- Commission générale des réclamations États-Unis – Mexique, 6 mai 1927, **Kennedy**, États-Unis c. Mexique, *RSA*, vol. IV, p. 194-203.....147, 516
- Cour Permanente d'Arbitrage, 4 avril 1928, **Affaire relative à la souveraineté de l'Île de Palmas (Miangas)**, États-Unis c. Pays-Bas, *RSA*, vol. II, p. 829-871.....144
- Commission générale des réclamations États-Unis – Mexique, 10 avril 1929, **Smith**, États-Unis c. Mexique, *RSA*, vol. IV, p. 468-470.516
- Commission générale des réclamations France – Mexique, 15 juin 1929, **Louis et Joseph Feuillebois**, France c. Mexique, *RSA*, vol. V, p. 542-544.....516
- Commission des réclamations Grande-Bretagne – Mexique, 15 février 1930, **A. H. Francis**, Grande-Bretagne c. Mexique, *RSA*, vol. V, p. 99.....533, 605
- Commission générale des réclamations États-Unis – Mexique, 24 octobre 1930, **Chapman**, États-Unis c. Mexique, *RSA*, vol. IV, p. 632-640.....516

- Commission générale des réclamations Grande-Bretagne – Mexique, 3 août 1931, **James W. Hambleton**, Grande-Bretagne c. Mexique, *RSA*, vol. V, p. 277-280.....516
- Commission générale des réclamations Grande-Bretagne – Mexique, 3 août 1931, **Edith Henry**, Grande-Bretagne c. Mexique, *RSA*, vol. V, p. 268-272.....516
- Commission générale des réclamations Grande-Bretagne – Mexique, 3 août 1931, **J.H. Hendersen**, Grande-Bretagne c. Mexique, *RSA*, vol. V, p. 274-275.....516
- Commission générale des réclamations États-Unis – Panama, 22 mai 1933, **W. A. Noyes**, États-Unis c. Panama, *RSA*, vol. VI, p. 308-312.....150, 150, 516

C. Comité des droits de l’homme

§1. Observations Générales

Les Observations ou Recommandations générales du Comité DH ainsi que des autres Comités conventionnels sont compilées dans le document HRI/GEN/1/Rev.9 (vol. I).

- Comité DH, Observation générale n° 3, 20 juillet 1981, **Mise en œuvre du Pacte dans le cadre national**.....267
- Comité DH, Observation générale n° 4, 30 juillet 1981, **Égalité des droits entre hommes et femmes**.....286
- Comité DH, Observation générale n° 6, 30 avril 1982, **Le droit à la vie (article 6)**.....268, 277, 287
- Comité DH, Observation générale n° 7, 30 mai 1982, **Article 7 (Interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants)**.....275, 277
- Comité DH, Observation générale n° 16, 8 avril 1988, **Article 17 (Droit au respect de la vie privée)**.....275
- Comité DH, Observation générale n° 18, 10 novembre 1989, **non-discrimination**.....275
- Comité DH, Observation générale n° 20, 10 mars 1992, **Remplacement de l'observation générale n° 7 concernant l'Article 7 (interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants)**.....277, 841
- Comité DH, Observation générale n° 21, 10 avril 1992, **Article 10 (Droit des personnes privées de liberté d’être traitées avec humanité)**.....286

- Comité DH, Observation générale n° 22, 30 juillet 1993, **Article 18 (Liberté de pensée, de conscience et de religion)**.
- Comité DH, Observation générale n° 23, 8 avril 1994, **Droit des minorités (article 27)**..... 184, 193, 275
- Comité DH, Observation générale n° 29, 31 août 2001, **Déroptions en période d'état d'urgence (article 4)**.187, 288
- Comité DH, Observation générale n° 31, 29 mars 2004, **Nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte**.....252, 264, 268, 269, 275, 277, 281, 287, 288, 345, 602, 652

§2. Constatations

- Comité DH, Const., 8 septembre 1977, **Daniel Mbenge** c. Zaïre, comm. n° 16/1977..122, 282
- Comité DH, Const., 26 octobre 1979, **Santullo Valcada** c. Uruguay, comm. n° 9/1977.....277
- Comité DH, Const., 29 juillet 1980, **Motta et al.** c. Uruguay, comm. n° 11/1977.....152, 270, 277
- Comité DH, Const., 29 juillet 1981, **Lopez Burgos** c. Uruguay, comm. n° 52/1979.....652
- Comité DH, Const., 27 mars 1981, **K. L.** c. Danemark, comm. n° 81/1980.....270
- Comité DH, Const., 20 mars 1982, **Lewenhoff et de Bleier** c. Uruguay, comm. n° 30/1978.277
- Comité DH, Const., 31 mars 1982, **Suarez de Guerrero** c. Colombie, comm. n° 45/1979.841
- Comité DH, Const., 21 octobre 1982, **Dermit Barbato** c. Uruguay, comm. n° 84/1981....268, 270, 275
- Comité DH, Const., 2 novembre 1987, **Herrera Rubio** c. Colombie, comm. n° 161/1983.268, 270, 277, 277
- Comité DH, Const., 2 mai 1989, **B. d. B. et al.** c. Pays-Bas, comm. n° 273/1988.....275
- Comité DH, Const., 22 novembre 1989, **Sanjuán Arévalo** c. Colombie, comm. n° 181/1984.268, 277
- Comité DH, Const., 28 novembre 1989, **H. G. B. et S. P.** c. Trinité-et-Tobago, comm. n° 268/1987.....270
- Comité DH, Const., 4 avril 1990, **S. E.** c. Argentine, comm. n° 275/1988.....270, 703

- Comité DH, Const., 20 juillet 1990, **Reid** c. Jamaïque, comm. n° 250/1987.....122, 282
- Comité DH, Const., 23 août 1990, **Delgado Paéz** c. Colombie, comm. n° 195/1985.....270
- Comité DH, Const., 27 juillet 1992, **Wright** c. Jamaïque, comm. n° 349/1989.....122, 282
- Comité DH, Const., 9 août 1994, **Rodríguez** c. Uruguay, comm. n° 322/1988.....277
- Comité DH, Const., 31 octobre 1994, **Coeriel et Aurik** c. Pays-Bas, comm. n° 453/1991.449, 582
- Comité DH, Const., 27 octobre 1995, **Bautista de Arellana** c. Colombie, 1995, n° 563/1993.841
- Comité DH, Const., 18 avril 2000, **Carlos Dias** c. Angola, comm. n° 711/1996.....270
- Comité DH, Const., 15 avril 2003, **Luis Asdrubal Jiménez Vaca** c. Colombie, comm. n° 859/1999.....310
- Comité DH, Const., 19 août 2002, **L. P.** c. République Tchèque, comm. n° 946/2000.....270, 282
- Comité DH, Const., 16 juillet 2003, **Sarma** c. Sri-Lanka, comm. n° 950/2000.....703
- Comité DH, Const., 19 septembre 2003, **Cabal et Pasini Bertran** c. Australie, comm. n° 1020/2001.....275
- Comité DH, Const., 11 avril 2006, **Mariam Sankara et al.** c. Burkina Faso, comm. n° 1159/2003.....277, 704
- Comité DH, Const., 30 mars 2006, **Boucherf** c. Algérie, comm. n° 1196/2003.....277, 281
- Comité DH, Const., 11 juillet 2007, **Farag Mohamed El Alwani** c. Libye, comm. n° 1295/2004.....277
- Comité DH, Const., 24 octobre 2007, **El Hassy** c. Jamahiriya arabe libyenne, comm. n° 1422/2005.....277

§3. Observations finales

- Comité DH, Observation finale, 27 août 2001, **République populaire démocratique de Corée**, CCPR/CO/72/PRK.....841
- Comité DH, Observation finale, 8 juillet 2005, **Thaïlande**, CCPR/CO/84/THA.....841

D. Comité des droits économiques sociaux et culturels

§1. Observations générales

- Comité DESC, Observation générale n° 3, 14 décembre 1990, **La nature des obligations des États parties** (article 2§1).....305
- Comité DESC, Observation générale n° 12, 12 mai 1999, **Le droit à une nourriture suffisante** (article 11).....307
- Comité DESC, Observation générale n° 13, 8 décembre 1999, **Le droit à l'éducation** (article 13).....307, 308
- Comité DESC, Observation générale n° 14, 11 août 2000, **Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint** (article 12).....308, 313
- Comité DESC, Observation générale n° 15, 20 janvier 2003, **Le droit à l'eau** (articles 11 et 12).....308
- Comité DESC, Observation générale n° 16, 11 août 2005, **Droit égal de l'homme et de la femme au bénéfice de tous les droits économiques, sociaux et culturels** (article 3).....308

§2. Observations finales

- Comité DESC, Observation finale, 23 mai 2003, **Israël** (E/C.12/1/Add.90).....652

E. Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes

§1. Observations générales

- Comité EDAW, Observation générale n° 19, 1992, **Violence à l'égard des femmes**.....275

§2. Constatations

- Comité EDAW, Const., 16 juillet 2010, **Karen Tayag Vertido** c. Philippines, comm. n° 18/2008.....275

III- TABLES CHRONOLOGIQUES DE LA JURISPRUDENCE NATIONALE

A. Jurisprudence française

§1. Jurisprudence administrative

a. Conseil d'Etat

- CE, 23 mai 2003, **Chabba**, n° 244663, *Leb.*, p. 240.....794
- CE, 8 février 2007, **Gardedieu**, n° 279522, *Leb.*, p. 78, concl. L. Derepas.....795
- CE, 17 décembre 2008, **Section française de l'Observatoire international des prisons**, n° 305594, *Leb.*, p. 463, concl. M. Guyomar.....576, 790, 794
- CE, 17 décembre 2008, **Garde des Sceaux, ministre de la Justice c. M. et M^{me} Z.**, n° 292088, *Leb.*, p. 465.....519, 794

- CE, 2 septembre 2009, **Association réseau d'alerte et d'intervention pour les droits de l'homme**, n° 318584 et 321715, *Leb.*, p. 346.....790
- CE, 6 novembre 2009, **Société inter confort**, n° 304300, *Leb.*, p. 448, concl. J. Burguburu.....129
- CE, 16 avril 2010, **Association aides et al.**, n° 320196, *Leb.*, p. 117.....128
- CE, Sect., 16 novembre 2011, **Ville de Paris et Société d'Économie Mixte Parisienne**, n° 353172 et 353173, *Leb.*.....519, 605, 792

b. Cours administratives d'appel

- CAA Marseille, 10 décembre 2007, n° 06MA00572.....794

c. Tribunaux administratifs

- TA Marseille, 9 février 2006, n° 0303042.....794
- TA Bordeaux, 5 novembre 2008, **Bouamine**, n° 0701796.....795

§2. Jurisprudence judiciaire

- Cass. Civ. 3^e, 6 mars 1996, **Office public d'habitation de la ville de Paris c. Mel Yedei**, n° 93-11113, *Bull. civ.*, 1996, III, n° 60.....791
- Cass. Soc., 12 janvier 1999, **Spileers c. SARL Omni Pac**, n° 96-40755, *Bull. civ.*, n° 7.....630, 791
- Cass. Soc., 2 octobre 2001, **Nikon France**, n° 99-42942, *Bull. civ.*, 2001, V, n° 291.....791
- Cass. Soc., 26 novembre 2002, n° 00-42401, *Bull. civ.*, 2002, V, n° 352.....792
- CA Bourges, Civ., 26 mars 2009, n° JurisData 2009-376806.....789
- Cass. Civ. 1^{re}, 3 juin 2010, n° 09-14633, *Bull. civ.*, 2010, I, n° 127.....789

§3. Jurisprudence constitutionnelle

- CC, 11 octobre 1984, déc. n° 84-181 DC, **Entreprises de presse**, *Rec.* p. 78.....339
- CC, 18 septembre 1986, déc. n° 86-217 DC, **Loi relative à la liberté de communication**, *Rec.* p. 141.....339

B. Jurisprudence allemande

§1. Cour constitutionnelle allemande

- CCFA, 15 janvier 1958, **Lüth**, BVerfGE 7, 198.....69, 71, 74, 88, 333
- CCFA, 17 janvier 1957, **Imposition des époux**, BVerfGE 6, 55.....68, 74, 77
- CCFA, 18 juillet 1972, **Numerus clausus**, BVerfGE, 33, 303.....118
- CCFA, 14 février 1973, **Princesse Soraya**, BVerfGE, 34, 269.....88
- CCFA, 25 février 1975, **Interruption volontaire de grossesse I**, BVerfGE 39, 1. 90, 100, 838
- CCFA, 8 août 1978, **Centrale nucléaire de Kalkar**, BVerfGE 49, 89.91
- CCFA, 20 décembre 1979, **Mülheim-Kärlich**, BVerfGE 53, 30.....118, 121
- CCFA, 14 janvier 1981, **Bruits d'avion**, BVerfGE 56, 54.....91
- CCFA, 15 décembre 1983, **Recensement**, BVerfGE, 65, 1.....119
- CCFA, 7 février 1990, **Représentant de commerce**, BVerfGE 81, 242..... 91

§2. Cour fédérale du travail allemande

- BAGE, 1, 185, 3 décembre 1954, p. 193.....87
- BAGE, 4, 274, 10 décembre 1957, **Élève infirmière** (Lernpflegerin).....87

C. Jurisprudence espagnole (Tribunal constitutionnel espagnol)

- STC, 13 février 1981, 5/1981, BOE 24 février 1981.....334
- STC, 14 juillet 1981, 25/1981, BOE 13 août 1981.....334
- STC, 27 mars 1985, 47/1985, BOE 19 avril 1985.....334
- STC, 11 avril 1985, 53/1985, BOE 18 mai 1985.....334

D. Jurisprudence des États-Unis d'Amérique

§1. Cour Suprême américaine

- **The Civil Rights Case**, 109 U.S. 3 (1883).....324
- **Griffin v. Illinois**, 351 U.S. 12 (1956).....328
- **Gideon v. Wainwright**, 372 U.S. 335 (1963).....328
- **Boddie v. Connecticut**, 401 U.S. 371 (1971).....329
- **Roe v. Wade**, 410 U.S. 113 (1973).....328
- **Estelle v. Gamble**, 429 U.S. 97 (1976).....327
- **Maher v. Roe**, 432 U.S. 462 (1977).....328
- **Youngberg v. Romeo**, 457 U.S. 307 (1982).....327
- **Lugar v. Edmonson Oil and Co.**, 457 U.S. 922 (1982).....323
- **Revere v. Massachussets General Hospital**, 463 U.S. 239 (1983).....327
- **DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services**, 489 U.S. 189 (1989).
.....325, 326
- **Tennessee v. Lane**, 541 U.S. 509 (2004).....329

§2. Cours Suprêmes fédérées américaines

- **Hill v. NCAA**, 865 P.2d 633 (Californie, 1994).....324

Index alphabétique

Les numéros renvoient aux paragraphes

Atteinte (à un droit conventionnel).....	372, 396, 461 et s.
Attribution/Imputation.....	374
Personnelle/matérielle.....	479
Autonomie, principe d'- personnelle.....	829
Balance des intérêts	
Définition.....	254
Obligations soumises à.....	573 et s., 614 et s.
Obligations non soumises à.....	617 et s.
But légitime.....	622 et s.
Causalité, lien de.....	473 et s., 524 et s.
Déni de justice.....	415
Diligence.....	142 et s., 415 et s.
Droits civils et politiques.....	9 et s., 908 et s.
Droits de l'homme	
indivisibilité.....	355 et s.
caractère objectif.....	318 et s.
Effectivité/effet utile.....	55 et s., 211 et s.
Effet horizontal.....	233 et s.
Épuisement des voies de recours internes.....	425, 739, 746 et s.
Fait étatique (définition).....	371
Fragmentation du droit international.....	244
Gouvernement des juges.....	331, 901
Hierarchie des droits et libertés garantis.....	631, 712, 859
Ingérence.....	372
Inhérence.....	182 et s., 468 et s.
Juridiction, notion de.....	657 et s.

Libéralisme politique.....	10 et s., 807 et s.
Obligations positives	
comme moyen d'accorder une large marge nationale d'appréciation....	399, 439, 751
comme moyen de création d'un droit commun.....	762 et s., 815 et s.
comme moyen de limitation des droits.....	224
comme moyen de renforcer les obligations étatiques.....	430 et s.
obligations d'enquête.....	152, 227, 824
générales / spéciales.....	204, 430, 664
individuelles / structurelles.....	411, 452
de moyen / de résultat.....	555 et s., 733 et s.
de prévention.....	520, 816
de protection.....	310
procédurales / substantielles	109
procédurales de conciliation / de réparation	116
technique des.....	44
Prééminence du droit, principe de.....	169 et s.
Recevabilité	
<i>ratione materiae</i>	396 et s., 403, 468 et s., 498 et s.
<i>ratione temporis</i>	688 et s.
<i>ratione personae</i>	473 et s.
Séparation des pouvoirs.....	329, 638, 902
Subsidiarité, principe de.....	222, 640 et s., 736 et s.
Victime, qualité de.....	467, 527, 743
Vulnérabilité.....	237, 435, 538, 624

Vu et permis d'imprimer

Montpellier, le

Le Président de l'Université Montpellier I

Philippe AUGE