



HAL
open science

La marge d'appréciation de l'Etat dans l'exécution des décisions de la Cour Européenne des Droits de l'Homme

Mahaliana Ravaloson

► To cite this version:

Mahaliana Ravaloson. La marge d'appréciation de l'Etat dans l'exécution des décisions de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. Droit. Université Paris Saclay (COMUE), 2019. Français. NNT : 2019SACLS039 . tel-02724858

HAL Id: tel-02724858

<https://theses.hal.science/tel-02724858>

Submitted on 2 Jun 2020

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.

La marge d'appréciation de l'État dans l'exécution des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme

Thèse de doctorat de l'Université Paris-Saclay
préparée à l'Université Paris-Sud, Faculté Jean MONNET

École doctorale n°578 Sciences de l'homme et de la société (SHS)
Spécialité de doctorat: Sciences juridiques

Thèse présentée et soutenue à Sceaux, le 15 mars 2019, par

Mahaliana Ravaloson

Madame Fabienne PERALDI-LENEUF,
Professeur à l'Université Paris1 Panthéon-Sorbonne

Directrice de
thèse

Composition du Jury :

Madame Frédérique COULÉE,
Professeur à l'Université Paris-Sud

Présidente

Monsieur Thibaut FLEURY GRAFF,
Professeur à l'Université de Rennes1

Rapporteur

Monsieur Yannick LECUYER,
Maître de conférences HDR à l'Université d'Angers

Rapporteur

Madame Rafaëlle MAISON,
Professeur à l'Université Paris-Sud

Examinatrice

Monsieur Dean SPIELMANN,
Juge au Tribunal de l'Union européenne,
Ancien Président de la Cour européenne des droits de l'homme

Examineur

Titre : La marge d'appréciation de l'État dans l'exécution des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme

Mots clés : subsidiarité, marge d'appréciation, marge de manœuvre, exécution, proportionnalité

Résumé : Conformément à l'article 46 de la Convention européenne des droits de l'homme, les États contractants s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour européenne des droits de l'homme. Il ressort toutefois de la jurisprudence de la Cour que ses décisions sont « déclaratoires pour l'essentiel » et que, par cela, une liberté de choix des moyens à utiliser pour s'acquitter de l'obligation d'exécuter la décision, est laissée à l'État défendeur. En tout état de cause, le sens de l'exécution des arrêts de la Cour demeurerait paradoxal s'il fallait s'arrêter à accepter à la fois que l'État doive exécuter la décision européenne tout en ayant le choix libre de la manière d'y parvenir. Un tel raccourci aurait en effet pour conséquence que les décisions de la Cour soient imparfaitement ou seulement partiellement exécutées dans la mesure où, d'une part, le but consistant à l'exécution de la décision est vaguement précisé et où, d'autre part, la liberté de choix est, quant à elle, expresse. La doctrine de la marge d'appréciation de l'État apporte ainsi une flexibilité nécessaire dans la délimitation des rôles de la Cour et ceux de l'État défendeur pour une meilleure exécution des décisions européennes. À cet effet, le double effet de la décision européenne n'a de sens que s'il est admis que l'État dispose d'une marge d'appréciation dans l'exécution de la décision de la Cour mais que les limites de cette marge sont posées par la Cour elle-même dans sa décision. Il faut dès lors systématiquement partir de la décision de la Cour qui doit préciser ce en quoi consiste l'exécution de celle-ci, et donc ce en quoi consiste la réparation de la violation de la Convention, afin de déterminer si la marge d'appréciation de l'État, au stade de l'exécution de la décision, est plutôt large ou plutôt étroite. La liberté du choix de l'État défendeur en matière des mesures à prendre pour exécuter la décision selon les attentes de la Cour, se rapportera ainsi à une gamme de choix prédéfinie dans le cadre de la décision, et ce, dépendamment de la nature de la violation de la Convention ou encore de la gravité des conséquences de telle violation. En somme, plus la gamme de choix de mesures étatiques est précise, plus il y a de chances que la décision soit mieux exécutée. L'essentiel du travail consiste donc à essayer d'identifier les critères de détermination de l'étendue de la marge d'appréciation de l'État dans l'exécution de la décision de la Cour. Cependant, un tel exercice ne peut être mené à bien sans tout d'abord définir la notion même de « marge d'appréciation » qui, même si elle a déjà été employée par la Cour et par une partie de la doctrine, n'a pas reçu une définition convaincante et a souvent été indistinctement associée à la « marge de manœuvre », au « principe de subsidiarité », ou même à la souveraineté, alors qu'elle ne saurait s'y confondre.

Title : State's Margin of Appreciation in the execution of the decisions of the European Court of Human Rights

Keywords : subsidiarity, discretion, margin of appreciation, room for maneuver, execution, proportionality

Abstract: In accordance with Article 46 of the European Convention on Human Rights, the Contracting Parties undertake to abide by the final judgment of the European Court of Human Rights. It is however apparent from the Court's case-law that its decisions are "essentially declaratory" and, by that, a freedom to choose the means to be used to fulfill the obligation to execute the decision is given to the respondent State. In any event, the sense of the execution of the Court's decisions would remain paradoxical if we were to stop at accepting at the same time that a State must execute the European decision while having the free choice in the manner to achieve so. Such a shortcut would lead to a poor execution of the decisions of the Court in so far as, on one hand, the purpose of the enforcement of the decision is vaguely specified and, on the other hand, freedom of choice is expressly precise. The doctrine of the State's margin of appreciation (of discretion, assessment, appraisal or estimation) thus gives the flexibility needed in delimiting the roles of the Court and those of the respondent State for the purpose of a better implementation of European decisions. To that end, the dual effect of the European decision only makes sense if it is accepted that the State indeed enjoys a margin of appreciation in the execution of the Court's decision but that the limits of such margin are laid out by the Court itself, in its decision. It is therefore necessary to systematically start from the decision of the Court which must specify what the expected execution is, and therefore what the compensation for the violation of the Convention should be, in order to determine whether the margin of appreciation of a State is rather broad or rather narrow at the stage of implementation of the decision. The freedom of choice of the respondent State as to the measures to be taken in order to comply with the expectations of the Court will thus relate to a range of choices predefined in the decision, depending on the nature of the violation of the Convention, the gravity of the consequences of such violation, etc. In short, the more precise the ranges of choices of measures are, the more likely it is that the decision will be better executed. The essence of the work is therefore to try to identify the criteria for determining the extent of the State's margin of appreciation in the execution of the Court's decision. However, such an exercise can not be carried out without first defining the very notion of "margin of appreciation" which, even if it has already been used by the Court and by a part of the doctrine, has not received a convincing definition, and has often been indistinctly associated with the notion of "margin of maneuver", the "principle of subsidiarity", or even sovereignty, while it can not be confused with them.

REMERCIEMENTS

Je tiens à exprimer ma profonde gratitude à ma directrice de thèse, le Professeur F. Peraldi-Leneuf, pour son soutien indéfectible tout le long de ce travail. Sa rigueur et ses conseils extrêmement utiles m'ont permis de le mener à bien. Grâce à sa confiance en moi, la liberté d'initiative qu'elle m'a laissée et son soutien sur le plan humain, j'ai pu m'ouvrir à plusieurs défis, comme une année passée à New York pour un stage au sein du département des affaires juridiques des Nations-Unies, ou encore plus récemment la possibilité de poursuivre une carrière internationale au sein de la Cour internationale de Justice, ce qui a largement contribué à l'enrichissement de ma réflexion et à mon épanouissement dans ce travail de doctorat.

Je remercie également l'Université Paris-Sud, l'école doctorale et le laboratoire de l'Institut d'études de droit public (IEDP) pour m'avoir assuré la possibilité de travailler dans les meilleures conditions.

Mes pensées et mes remerciements vont en outre à toutes les personnes qui ont contribué à ce travail de thèse : ma famille et en particulier mes parents et mon mari pour leur soutien sans faille, mes amis qui ont lu et relu mes écrits, mes collègues à la CIJ et mes collègues doctorants pour leurs conseils, le personnel de la bibliothèque Cujas et celui de l'Université Paris-Sud qui m'ont accompagné depuis le début du travail, ainsi que tous les professeurs qui ont croisé ma route et qui m'ont inculqué cet esprit de chercheur.

Mes remerciements s'adressent enfin aux membres du jury qui ont accepté de lire et juger mes travaux : à Mme COULEE, à M. FLEURY-GRAFF, à M. LECUYER, à Mme MAISON et à M. SPIELMANN.

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE

LE PRINCIPE : UNE LARGE MARGE D'APPRÉCIATION DE L'ÉTAT DANS L'EXÉCUTION DES DÉCISIONS DE LA COUR

TITRE 1 – L'INFLUENCE DU CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ DE LA MESURE LITIGIEUSE SUR L'ÉTENDUE DE LA MARGE D'APPRÉCIATION ÉTATIQUE

Chapitre 1 – Une marge d'appréciation plus large en fonction de la nature du droit en cause

Chapitre 2 – Une marge d'appréciation plus large en fonction de l'importance du droit en cause pour la victime

TITRE 2 – L'INFLUENCE DE L'APPLICATION DE L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION SUR L'ÉTENDUE DE LA MARGE D'APPRÉCIATION ÉTATIQUE

Chapitre 1 – La condition relative au droit interne de l'État pour l'octroi d'une satisfaction équitable : l'application du principe de subsidiarité

Chapitre 2 – La condition relative à l'expression « s'il y a lieu » pour l'octroi d'une satisfaction équitable : la concrétisation de la réparation

DEUXIÈME PARTIE

L'EXCEPTION : UNE ÉTROITE MARGE D'APPRÉCIATION DE L'ÉTAT DANS L'EXÉCUTION DES DÉCISIONS DE LA COUR

TITRE 1 – UNE MARGE D'APPRÉCIATION ÉTATIQUE PLUS ÉTROITE DANS L'EXÉCUTION DE LA DÉCISION EN RAISON DE LA NATURE DU DROIT VIOLÉ

Chapitre 1 – La violation d'un droit absolu : y a-t-il une marge d'appréciation de l'État dans l'exécution de la réparation ?

Chapitre 2 – La violation de certains droits dérogeables : marge d'appréciation étatique existante mais limitée

TITRE 2 – UNE MARGE D’APPRÉCIATION ÉTATIQUE PLUS ÉTROITE DANS L’EXÉCUTION DE LA DÉCISION EN RAISON DE LA GRAVITÉ DES CONSÉQUENCES DE LA VIOLATION DU DROIT EN CAUSE

Chapitre 1 – Les indications de mesures à titre exceptionnel par la Cour dans le cadre de l’application de l’article 46 hors arrêt pilote

Chapitre 2 – La procédure de l’arrêt pilote : limitation expresse de la marge d’appréciation de l’État dans l’exécution de la décision de la Cour

TABLE DES PRINCIPAUX SIGLES ET ABBREVIATIONS

A.F.D.I.	Annuaire français de droit international
A.J.D.A.	Actualité juridique du droit administratif
Ann.	Annuaire
A.P.D.	Archives de philosophie du droit
art.	Article
c.	Contre
Cass.	Cour de cassation
C.D.E.	Cahiers de droit européen
C.E.D.H.	Cour européenne des Droits de l'homme
C.E.S.D.H.	Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des Libertés fondamentales
Chron.	Chronique
C.I.J.	Cour internationale de Justice
C.J.	Cour de Justice
C.M.	Comité des Ministres du Conseil de l'Europe
coll.	Collection
Comité DH	Comité des droits de l'homme
Comm.	Commentaire
Concl.	Conclusions
C.P.J.I.	Cour permanente de justice internationale
CREDHO	Centre de recherche et d'étude sur les droits de l'homme et sur le droit humanitaire
CREDOF	Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux
D.	Recueil Dalloz
déc.	Décision
dir.	Direction
éd.	Edition
E.J.I.L.	European Journal of International Law
H.R.L.J.	Human Rights Law Journal
H.R.L.R.	Human Rights Law Review
H.R.Q.	Human Rights Quarterly
Ibid.	Ibidem

Int. & Comp. L.Q.	International and Comparative Law Quarterly
Jcl. Droit International	Juris-classeur Droit international
JCP	Juris-classeur périodique (La Semaine juridique)
J.C.P. A.	Semaine juridique Administrations et Collectivités territoriales
J.D.E.	Journal de droit européen
J.T	Journal des Tribunaux
J.T.D.E.	Journal des Tribunaux. Droit européen
Jurisl.	Juris-classeur
L.Q.R.	The Law Quarterly Review
L.G.D.J.	Librairie générale de droit et de jurisprudence
M. Nijhoff	Martinus Nijhoff Publishers
n°	Numéro
NYUJ	New York University Journal
O.N.U.	Organisation des Nations Unies
ord.	Ordonnance
op. cit.	Ouvrage cité
p.	Page
Préc.	Précédent
P.U.F.	Presses universitaires de France
R.B.D.I.	Revue belge de droit international
R.C.A.D.I.	Recueil des cours de l'Académie de droit international
R.D.L.F.	Revue des droits et libertés fondamentaux
R.D.P.	Revue de droit public
rec.	Recueil
req.	Requête
R.F.D.A.	Revue française de droit administratif
R.G.D.I.P.	Revue générale de droit international public
R.I.D. comp.	Revue internationale de droit comparé
R.Q.D.I.	Revue Québécoise de droit international
R.S.C.	Revue des Sciences Criminelles
R.T.D.E.	Revue trimestrielle de droit européen
R.T.D.H.	Revue trimestrielle des droits de l'homme
R.T.N.U.	Recueil des traités des Nations Unies

RUDH	Revue universelle des droits de l'homme
s.	Suivant
S.F.D.I.	Société française pour le droit international
spéc.	Spécialement
S.T.C.E.	Série des Traités du Conseil de l'Europe
t.	Tome
v.	Voir
Vol.	Volume
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Volkerrecht

INTRODUCTION

1. Comme l'affirmait le Pr. Carbonnier, « le droit n'est pas cet absolu dont souvent nous rêvons »¹. Il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après « la Cour ») que cet absolu consiste, dans le cadre de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme² (ci-après « la Convention »), en la protection de droits « non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs »³ et nécessite donc une mise en œuvre efficace des arrêts définitifs prononcés par la Cour. Or, cet idéal se heurte avec le principe selon lequel la décision de la Cour est « déclaratoire pour l'essentiel » et « laisse à l'État le *choix des moyens* à utiliser pour s'acquitter de l'obligation qui découle pour lui »⁴ de l'article 46 de la Convention.

2. Conformément à la disposition, en effet, les « Hautes Parties Contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour » dans les litiges auxquels elles sont Parties⁵. Cela exige de la part de l'État de prendre des mesures individuelles et/ou, le cas échéant, générales dans son ordre juridique interne afin de mettre un terme à la violation constatée par la Cour, d'en effacer les conséquences⁶, et, éventuellement, de verser aux intéressés, les sommes allouées au titre de satisfaction équitable en vertu de

¹ CARBONNIER (J.), *Flexible droit- Pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J., Paris, 2001, p. 487.

² Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme, signée le 4 novembre 1950, entrée en vigueur le 03 septembre 1953, *S.T.C.E.* n°005.

³ C.E.D.H., *Airey c. Irlande*, 09 octobre 1979, n° 6289/73, §24.

⁴ C.E.D.H., *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, n° 6833/74, §58. Les italiques sont de nous.

⁵ C.E.S.D.H., art. 46.

⁶ C.E.D.H., *Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse (n° 2)*, 30 juin 2009, n° 32772/02, §85.

l'article 41 de la Convention. Pareille réparation doit avoir pour objectif de placer le requérant, autant que possible, dans une situation équivalente à celle dans laquelle il se trouverait s'il n'y avait pas eu manquement aux exigences de la Convention⁷.

3. Toutefois, le contentieux des droits de l'homme est « un contentieux de légalité et non de l'annulation »⁸. En d'autres termes, la Cour ne peut pas annuler la décision incriminée, mais se contente seulement de déclarer l'incompatibilité de la mesure étatique avec la Convention. La conséquence en est que l'arrêt de la Cour « ne vaut pas titre exécutoire » sur le territoire de l'État concerné⁹. C'est ainsi que l'État se voit *conférer* une liberté du choix des moyens pour effacer, autant que possible, les conséquences de sa violation de la Convention¹⁰. On ne peut toutefois qu'admettre, ainsi que l'évoque la doctrine, que « le sens de l'exécution des arrêts n'est pas clair (...), la formule [combinant nature déclaratoire et obligation d'exécution] peut paraître paradoxale » pour les décisions de la Cour¹¹.

À la vérité, la conjugaison efficace entre ces deux effets de l'arrêt est assurée par *la marge d'appréciation de l'État dans l'exécution des décisions de la Cour*. Cela se reflète parfaitement dans le propos du Juge Macdonald qui affirme que la doctrine de la marge d'appréciation “*gives the flexibility needed to avoid damaging confrontations between the Court and Contracting States over their respective spheres of authority*”¹². En effet, la « sphère de compétence » de la Cour se limite à l'arrêt prononcé, notamment la conclusion, les motivations ou encore le choix des termes précis dans le corps de son raisonnement. Quant à celle de l'État défendeur, elle inclut l'exécution en interne de cet arrêt et en particulier la manière de réparer les conséquences de la violation de la Convention. Une « confrontation dommageable » de ces deux sphères ne permet pas d'achever l'idéal que nous avons évoqué au début de cette étude. Une telle « confrontation » est toutefois nécessaire et pour cela, un certain couloir de communication doit exister pour une

⁷ C.E.D.H., *Scozzari et Giunta c. Italie*, 13 juillet 2000, n° 39221/98, §249.

⁸ SUDRE (F.), *La Convention européenne des droits de l'homme – Que sais-je ?*, 10^{ème} éd, P.U.F., Paris, 2015, pp. 67-68.

⁹ PETTITI (L.-E.), « Réflexions sur les principes et les mécanismes de la Convention, de l'idéal de 1950 à l'humble réalité d'aujourd'hui », in DECAUX (E.), IMBERT (P.-H.), PETTITI (L.-E.), *La Convention européenne des droits de l'Homme, Commentaire article par article*, 2^{ème} éd., Economica, Paris, 1999, p. 29.

¹⁰ C.E.D.H., *Scozzari et Giunta c. Italie*, 13 juillet 2000, n° 39221/98, §249.

¹¹ RESS (G.), « Article 54 [actuel article 46 §2] », in DECAUX (E.), IMBERT (P.-H.), PETTITI (L.-E.), *La Convention européenne des droits de l'Homme, Commentaire ...*, *op. cit.*, p. 864.

¹² Traduit par nous : « Assure la flexibilité nécessaire pour éviter toute confrontation dommageable entre la Cour et les États membres dans leurs sphères de compétence respectives » : v. MACDONALD (R.St.J.), “The margin of Appreciation”, in MACDONALD (R.St.J.), MATSCHER (F.), PETZOLD (H.) (dir.), *The European System for the Protection of Human Rights*, M. Nijhoff, Dordrecht, 1993, p. 123.

meilleure exécution de l'arrêt sans détruire la sphère de compétence étatique. La marge d'appréciation jouera ici le rôle de *vecteur* entre les deux sphères en ce sens qu'elle permettra une flexibilité telle que l'État va devoir interpréter l'arrêt de la Cour, ce qui lui donnera plusieurs choix à apprécier quant aux mesures à adopter aux fins de l'exécution de la réparation. Dans cette perspective, l'État n'est pas laissé seul dans sa tâche mais reste guidé par les termes précis choisis par la Cour dans son arrêt. La présence de choix multiples traduit cette flexibilité que permet la marge d'appréciation ; une flexibilité qui œuvre pour une « confrontation » *harmonieuse* au lieu d'une « confrontation dommageable » entre les deux sphères de compétence.

4. Pour comprendre le lien entre la marge d'appréciation de l'État et le double effet des décisions de la Cour, il importe tout d'abord de cerner la notion de marge d'appréciation en précisant dans un premier temps ce qu'elle n'est pas.

5. Premièrement, elle ne se confond pas avec la marge de manœuvre. Certes, la doctrine ne distingue pas « marge d'appréciation » et « marge de manœuvre »¹³. La Cour elle-même a déjà utilisé ces termes indistinctement¹⁴. Pourtant, il s'agit bien de deux figures distinctes : la première se réfère à l'*appréciation* « qui fait des États, des partenaires intelligents »¹⁵ tant ils opèrent un exercice théorique, sont amenés à choisir entre différentes options et à « penser » ; quant à la seconde, elle se réfère à la manœuvre et donc plus largement à la « manière », au « faire », à l'action. La première est donc emprunte davantage de subjectivité que la seconde.

6. Deuxièmement, elle ne se confond pas non plus avec le contrôle de proportionnalité. Plusieurs auteurs tendent en effet à associer les deux termes selon une

¹³ GREER (S.), *La marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme*, Dossier sur les droits de l'homme n° 17, édition du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2000, p. 5 cité par SPIELMANN (D.), "Allowing the Right Margin: the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review ?", Paper presented at the Centre for European Legal Studies, University of Cambridge, 2012, p. 382: "(...) The Domestic Margin of Appreciation is a notion which refers to the room for manoeuvre"; v. Aussi IZORCHE (M.-L.), « La marge nationale d'appréciation, enjeu de savoir et de pouvoir, ou jeu de construction? », *Collège de France*, Chaire d'études juridiques comparatives et internationalisation du droit, 13 juin 2005 ; TULKENS (F.), DONNAY (L.), « L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme - Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ? », *R.S.C.*, 2006, p. 3 : « il ressort clairement que les conceptions de la marge d'appréciation sont multiples : (...) marge de manœuvre dans la mise en œuvre des obligations conventionnel. L'éventail est large ».

¹⁴ v. C.E.D.H., *Zdanoka c. Lettonie*, 17 juin 2004, n° 58278/00, §103 et §108 : indistinction entre marge d'appréciation dans l'application de la Convention et marge d'appréciation « pour établir des conditions d'éligibilité ».

¹⁵ IZORCHE (M.-L.), « La marge nationale d'appréciation, enjeu ... », *op. cit.*, p. 25.

logique telle que le fait que l'État dispose d'une marge d'appréciation signifie qu'il dispose du droit de se comporter différemment de ce qui est initialement attendu de sa part, jusqu'à un certain écart¹⁶ ; puis, que cet écart n'est autre que l'expression même de l'exigence de proportionnalité : l'écart est-il trop large ? Se justifie-t-il par un besoin quelconque ? En somme, il s'agit pour eux de considérer que dès lors qu'il y a un dépassement de cet écart, il y a un dépassement du principe de proportionnalité. Cela n'est pas tout à fait faux, mais nécessite néanmoins un certain ajustement.

À cet égard, les deux termes ne peuvent se confondre car la marge d'appréciation constitue un élément pris en compte par la Cour dans son examen de proportionnalité¹⁷. Celle-ci ne peut être à la fois le contenu et le contenant. Par exemple, outre la mesure de la marge dont a disposé l'État dans l'appréciation des risques que l'adoption d'une mesure a pu comporter¹⁸, le contrôle de proportionnalité comprend aussi l'analyse d'éléments tels que la mesure étatique en tant que telle, la finalité de celle-ci, son coût ou encore la prise en compte du juste équilibre des intérêts en cause¹⁹. Pareils éléments pris ensemble ou séparément permettent à la Cour de décider si la mesure était « nécessaire [ou non] dans une société démocratique ». La Cour a réitéré, en ce sens, qu'elle « n'a point pour tâche de se substituer aux juridictions internes compétentes » mais de contrôler « les décisions qu'elles ont rendues dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation »²⁰. Ainsi, elle contrôle la proportionnalité des décisions étatiques, eu égard à la marge d'appréciation de l'État, ce qui signifie qu'il existe non une identité mais une dépendance évidente et étroite entre les deux, de sorte qu'« à une liberté d'appréciation moins discrétionnaire correspond ici un contrôle européen plus étendu »²¹. M. le Juge Macdonald avait résolu la question en

¹⁶ v. DELMAS-MARTY (M.) ; COSTE (J.-F.), *Les droits de l'homme: logiques non standard, Le Genre Humain*, Seuil, Paris, 1998, p 136 ; TULKENS (F.), DONNAY (L.), « L'usage de la marge d'appréciation ... », *op. cit.*, p. 3 et s. ; v. aussi LAMBERT (P.), « Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité », in SUDRE (F.) (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du Colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme, Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 63-89.

¹⁷ v. C.E.D.H., *Hokkanen c. Finlande*, 23 septembre 1994, n° 19823/92, §§58-61 ; v. aussi C.E.D.H., *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, 02 mars 1987, n° 9267/81, §57.

¹⁸ v. C.E.D.H., *Gorgulu c. Allemagne*, 26 février 2004, n° 74969/01, §50 : « nonobstant la marge d'appréciation, l'ingérence n'était pas proportionnée au but légitime poursuivi » (traduit par nous). Cela montre que la marge d'appréciation est véritablement un des éléments pris en compte dans le cadre du contrôle de proportionnalité de la mesure étatique.

¹⁹ v. C.E.D.H., *Powell et Rayner c. Royaume-Uni*, 21 février 1990, n° 9310/81, §41.

²⁰ C.E.D.H., *Sunday Times c. Royaume-Uni (n°1)*, 26 avril 1979, n° 6538/74, §59.

²¹ *Idem.*

énonçant que “*the margin of appreciation is really just the other side of the scope of review coin*”²².

7. Ensuite, malgré leur interdépendance, la marge d’appréciation ne saurait non plus se confondre avec le pouvoir souverain de l’État. La distinction est rappelée dans l’expression suivante : « aux autorités nationales peuvent revenir (...) les décisions de portée seulement nationale, à la Cour doivent revenir (...) les autres décisions (...) de portée ‘conventionnelle’ »²³.

En tant que Haute Partie Contractante à la Convention, l’État accepte, par le jeu de l’article 34 de la Convention, que la Cour soit saisie d’une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d’une violation, par celui-ci, de la Convention. Il s’expose également aux critiques de ses voisins, qui peuvent saisir la Cour en vertu de l’article 33 de la Convention pour manquement aux dispositions de celle-ci. Comme l’affirme le Pr. Combacau, « rien dans ces regards réciproques ne heurte la souveraineté »²⁴.

Dans cette continuité, dans la mesure où l’État s’est engagé à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels il est Partie conformément à l’article 46 de la Convention, son appréciation de l’exécution de l’arrêt demeure soumise à un droit de regard. Telle appréciation sort en effet du champ de sa liberté « résiduelle »²⁵, et est donc susceptible de faire l’objet d’un contrôle européen. Les matières qui n’ont pas fait l’objet de conventions ou d’accords demeurent, en revanche, dans le champ de sa liberté initiale, et en particulier sa marge de manœuvre dont on a établi qu’elle ne saurait se confondre avec la marge d’appréciation.

En définitive, l’État ne dispose pas initialement – et donc ni automatiquement, ni systématiquement – d’une marge d’appréciation dans l’exécution des décisions de la Cour. Une telle marge lui est *conférée* selon les exigences de la Convention, dépendamment de la

²² Traduit par nous : « La marge d’appréciation est tout simplement l’envers de la pièce de l’étendue de l’examen [de proportionnalité] » : MACDONALD (R.St.J.), “The margin of Appreciation”, in MACDONALD (R.St.J.), MATSCHER (F.), PETZOLD (H.) (dir.), *The European System ... op. cit.*, p. 85.

²³ CALLEWAERT (J.), « Quel avenir pour la marge d’appréciation ? », in MAHONEY (P.), MATSCHER (F.), PETZOLD (H.), WILDHABER (L.) (dir.), *Protection des droits de l’homme : la perspective européenne*, Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal, Heymanns, Cologne, 2000, p. 160.

²⁴ COMBACAU (J.), « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l’État », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, p. 52.

²⁵ *Idem.*

décision prononcée par la Cour et des circonstances de l'espèce ; et non de sa qualité de souverain.

8. Enfin, elle ne se confond pas avec le principe de subsidiarité. Sur ce point, même si, dans sa version actuelle, la Convention ne contient aucune référence expresse à la subsidiarité²⁶, il n'en reste pas moins que cette dernière la gouverne, ce qui se reflète dès la lecture de l'article 1^{er} de la Convention²⁷. Nous verrons que la marge d'appréciation est une conséquence du principe de subsidiarité²⁸, c'est de là qu'elle reçoit sa légitimité²⁹ mais elle ne s'y confond pas.

Le principe implique que la répartition d'attributions entre la Cour et les autorités nationales doit respecter une « logique de décentralisation »³⁰. La reconnaissance par la Cour que le mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de l'homme³¹, était initialement interprétée, suivant son sens ordinaire, telle que l'État était systématiquement prioritaire dans l'appréciation ou dans l'action aux fins de garantie des droits de l'homme. L'idée de « priorité » est elle-même inspirée de la règle de l'épuisement des voies de recours interne contenue dans l'article 35 de la Convention ainsi que de l'obligation d'instituer un recours effectif en droit interne au titre de l'article 13 de ce texte³². Sa logique implique que les autorités nationales soient les juges de première ligne³³ : *where positive obligations are concerned, States have the first line of defence*³⁴.

Cependant, la doctrine n'aperçoit pas clairement le lien de nécessité logique existant entre l'antériorité chronologique de l'intervention des autorités étatiques et la retenue de la

²⁶ Dialogue entre les Juges de la Cour, « Subsidiarité : une médaille à deux faces ? », Séminaire marquant l'ouverture officielle de l'année judiciaire, Document de référence préparé par le Comité organisateur, présidé par Mme La Juge Laffranque et composé des juges Raimondi, Bianku, Nußberger et Sicilianos, assistés de R. Liddell pour le greffe, 30 janvier 2015, p. 1.

²⁷ Cette obligation de l'État d'assurer le respect de la Convention est assortie d'une liberté de choix : v. C.E.D.H., *Papamichalopoulos c. Grèce*, 24 juin 1993, n° 14556/89, §34.

²⁸ SUDRE (F.), *La Convention européenne des droits de l'homme*, P.U.F., 6^{ème} éd., Paris, 2004, p. 44.

²⁹ DROOGHENBROECK (S.V.), *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme – Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 490.

³⁰ CALLEWAERT (J.), « Quel avenir pour la marge d'appréciation ? », *op. cit.*, p. 159.

³¹ C.E.D.H., *Handyside c. Royaume-Uni*, 07 décembre 1976, n° 5493/72, §48 ; C.E.D.H., *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c. Belgique*, 23 juillet 1968, n° 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, §10.

³² DROOGHENBROECK (S.V.), *La proportionnalité ...*, *op. cit.*, p. 494.

³³ *Idem*.

³⁴ Traduit par nous: « La où des obligations positives sont concernées, les États sont en première ligne de défense » : SMET (S.), « When human Rights Clash in the Age of Subsidiarity : What Role for the Margin of Appreciation ? », in AGHA (P.), *Human Rights between law and politics, The margin of appreciation in post-national Contexts*, Modern Studies in European Law, vol. 67, Hart, Oxford, 2017, p. 59.

Cour³⁵. En effet, admettre l'idée de « priorité » comme étant le « moteur » de la subsidiarité reviendrait à considérer que l'amplitude de la marge d'appréciation de l'État – et par suite, sa conséquence – serait identique dans toutes les affaires, ce qui n'est véritablement pas le cas. Cela a conduit à envisager une interprétation plus raisonnable du principe, conformément au contexte et à la lumière de l'objet et du but de la Convention³⁶ qui refuse un tel systématisme.

De là, il faudrait entendre la subsidiarité comme supposant que toute compétence doit être confiée au pouvoir capable de l'exercer de la façon la plus efficace³⁷. L'entité considérée comme étant la « plus capable » disposera donc du « bénéfice du doute »³⁸ dans « l'exercice de son pouvoir ». Partant, sa marge d'appréciation sera plus large en comparaison avec l'entité la « moins capable », dans le but d'une meilleure efficacité ou plus précisément d'une meilleure exécution de ses tâches, ce qui *in fine* profitera aux deux entités.

Puis, considérant que les deux idées de priorité et de meilleure position ne sont pas contradictoires au point d'annuler la première idée en faveur de la seconde, il nous faut préciser un constat qui ressort de notre analyse de la jurisprudence de la Cour, celui d'observer que l'entité la « plus capable » d'exercer un tel pouvoir, l'exercera, en réalité, en priorité. En d'autres termes, l'entité qui disposera d'une marge d'appréciation plus large bénéficiera, de ce fait, d'une priorité d'appréciation et d'action dans la mise en œuvre de la Convention et *in fine* dans l'exécution des décisions de la Cour. Plus généralement, lorsque l'État dispose d'une plus grande marge d'appréciation, il lui appartient de choisir en priorité les mesures à prendre aux fins d'exécuter la décision de la Cour ; en revanche, lorsque la Haute juridiction dispose d'une marge d'appréciation plus grande, au détriment de l'État, il lui est loisible d'indiquer les mesures que l'État pourrait prendre – ou du moins devrait considérer – et ce, dans sa décision, en amont de toute appréciation étatique.

En définitive, la marge d'appréciation est différente du principe de subsidiarité : elle tire son existence de l'application du principe, elle pourrait également être considérée

³⁵ DROUGHENBROECK (S.V.), *La proportionnalité ...*, *op. cit.*, p. 496.

³⁶ Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, *R.T.N.U.*, vol. 1155, p. 331, art. 31.

³⁷ SALMON (J.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 1056.

³⁸ KISS (A.), VEGLERIS (P.), « L'affaire grecque devant le Conseil de l'Europe et de la Commission européenne des droits de l'homme », *A.F.D.I.*, 1971, p. 920.

comme une branche du principe, ou encore comme une *lex specialis* du principe³⁹ selon la doctrine, mais elle ne s'y confond pas.

9. Ayant éliminé ces quatre facteurs de confusions, il demeure important de comprendre ce qu'on entend par « marge d'appréciation ».

La première observation qui convient d'être faite est que la souplesse de la marge tient à l'impossibilité même de la définir. Le mot *marge* est issu du latin « *margo, marginis* » qui signifie « bord »⁴⁰, il est défini par le Larousse comme un « écart entre une limite (espace, temps, quantité) absolue et une autre qu'on se donne pour disposer d'un délai, d'une quantité supplémentaire ». La doctrine dit que le terme « suggère l'idée d'une certaine possibilité de faire un pas de côté, de s'écarter de quelque chose, de bénéficier d'une certaine latitude. Mais l'expression contient aussi l'idée de mesure : l'écart est limité »⁴¹.

Quant au terme « appréciation », il s'apparente à l'« estimation » ou encore à l'« évaluation ». Selon le Larousse, il suggère l'action de jugement, une « remarque qui résulte d'un examen critique ». Plus simplement, il signifie que l'État doit faire un *choix* parmi plusieurs possibilités⁴².

L'idée sous-jacente à la combinaison des termes « marge » et « appréciation », consiste en ce que le choix fait par les autorités nationales, quoique n'étant pas idéal, « demeure néanmoins dans [leur] gamme des choix admissibles »⁴³.

10. La marge d'appréciation transparaît dans toutes les étapes de la mise en œuvre de la Convention. Les origines de la théorie remontent à 1958, où l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme a décidé, dans l'affaire *Grèce c. Royaume-Uni* concernant l'île de Chypre, que le gouvernement défendeur disposait au sujet de l'article 15 de la Convention d'une certaine marge d'appréciation⁴⁴. Par ailleurs, en conséquence du

³⁹ CHRISTOFFERSEN (J.), *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, M. Nijhoff, Leiden, 2009, p. 239.

⁴⁰ *Le nouveau petit Robert*, 1996.

⁴¹ DELMAS-MARTY (M.), IZORCHE (M.-L.), « Marge nationale d'appréciation et internalisation du droit – Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *R.I.D. comp.*, vol. 52, n° 4, Octobre-Décembre 2000, p. 754.

⁴² KASTANAS (E.), *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p.121.

⁴³ TULKENS (F.), DONNAY (L.), « L'usage de la marge d'appréciation ... », *op. cit.*, p. 14.

⁴⁴ C.E.D.H., *Grèce c. Royaume-Uni (vol. II)*, rapport de la Commission du 26 septembre 1958, §318 ; v. aussi C.E.D.H., *Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, 26 mai 1993, n° 14553/89 et 14554/89, §41.

principe de subsidiarité, l'État en dispose lorsqu'il applique les droits énoncés dans la Convention conformément à son article 1^{er}. Cette disposition qui s'intitule « *Obligation de respecter les droits de l'homme* », énonce 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 »⁴⁵. Dans sa mise en œuvre de la Convention, l'État sera débiteur d'obligations positives et négatives. En ce sens, il disposera d'une marge d'appréciation dans l'adoption de lois nationales pour protéger les droits qui sont énoncés au titre I de la Convention ; ainsi que dans l'application de telles réglementations, par exemple pour sanctionner le non-respect de ces droits ou encore pour indemniser les personnes qui en sont victimes.

11. Toutefois, notre étude ne concerne pas la marge d'appréciation étatique à ce stade en amont d'une décision de la Cour. Il n'en demeure pas moins que nous y ferons référence à certains moments pour déterminer l'étendue de la marge d'appréciation au stade de l'exécution de l'arrêt. Considérant que le moment clé à l'étude ici est celui à partir duquel la décision de la Cour est rendue, nous entendrons par « marge d'appréciation *en amont* », la liberté de choix et d'action de l'État dans la mise en œuvre de la Convention.

Dans cette perspective, force est de rappeler que cette liberté a des limites : lorsque l'État a outrepassé les frontières de sa marge d'appréciation en amont, la Cour – en tant que *subsidiary* – constatera une violation de la Convention par celui-ci. Dans cette étape, c'est au tour de la Cour de disposer d'une marge d'appréciation : dans son interprétation de la Convention, dans son évaluation de la proportionnalité du comportement de l'État, mais également dans la formulation des conséquences, pour celui-ci, de son constat. Par exemple, la Cour appréciera s'il est opportun ou non pour elle de guider l'État à adopter une mesure particulière ; ou encore si un dédommagement pécuniaire est utile ou si un simple constat de violation suffit au titre de la satisfaction équitable.

Une fois la décision devenue définitive, l'État défendeur dispose une nouvelle fois d'une marge d'appréciation dans l'exécution de celle-ci. En effet, en interprétant cette décision, il appréciera la « gamme de choix de mesures » qui lui est offerte pour réparer les violations de la Convention. C'est cela qui fait l'objet de notre étude : *la marge d'appréciation de l'État dans l'exécution des décisions de la Cour*. Pour distinguer cela de la marge « en amont », nous pourrions parfois parler de marge d'appréciation « en aval ».

⁴⁵ C.E.S.D.H., art. 1.

12. Vu leur succession dans le temps, ces deux notions demeurent interdépendantes. Les décisions prononcées par la Cour marquent, ici, le point clé de la distinction. Ce sont elles qui retiendront notre attention tout le long de cette étude.

Le terme « décision » que nous utiliserons se veut être essentiellement large. Il peut s'entendre comme visant non seulement les « arrêts » de la Cour – au principal ou sur la satisfaction équitable – mais aussi toute décision – de recevabilité – rendue par elle⁴⁶. Notre étude concerne les décisions de la Cour interprétées au sens large mais dans la mesure où ce sont les arrêts au fond dans lesquels des violations de la Conventions ont été constatées par la Cour, qui requièrent généralement une réparation et donc une exécution ciblée de la part de l'État défendeur, l'étude concernera principalement les arrêts de violation de la Grande Chambre ou d'une chambre, qui deviennent définitifs conformément à l'article 44 de la Convention⁴⁷. À titre exceptionnel, toutefois, nous étudierons quelques arrêts dans lesquels une violation de la Convention n'a pas été constatée ainsi que quelques décisions de non-recevabilité car même dans ces cas, l'État peut être appelé à se comporter d'une certaine manière.

13. En définitive, la décision de la Haute juridiction renferme elle-même les principaux indices permettant à l'État d'appréhender l'étendue de sa marge d'appréciation dans l'exécution de celle-ci. En particulier, l'on peut citer les motivations de la Cour, la présence ou l'absence d'indication de mesures ou encore la formulation des motifs et dispositifs des arrêts. Ainsi que l'ont, à plusieurs reprises, évoqué les Parties ou les commentateurs, il semble que la marge d'appréciation soit « accordée »⁴⁸ par le juge à l'État concerné, ce qui peut suggérer que la Cour parfois s'impose une « certaine retenue judiciaire »⁴⁹, voire procède à une certaine « autolimitation »⁵⁰ dans la formulation de ses recommandations ou consignes.

La juxtaposition entre la marge d'appréciation de la Cour – lorsqu'elle s'autolimité dans le prononcé de sa décision – et la marge d'appréciation de l'État dans l'exécution de

⁴⁶ C.I.J., *Lagrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Rec. 2001, p. 505, §108.

⁴⁷ C.E.S.D.H., art. 44 §1 et §2.

⁴⁸ v. Intervention du gouvernement tchèque dans C.E.D.H., *Coacchiarella c. Italie*, 29 mars 2006, n° 64886/01, §58.

⁴⁹ Opinion dissidente de M. le Juge Martens dans l'arrêt C.E.D.H., *Cossey c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1990, n° 10843/84, pt. 3.6.3.

⁵⁰ SPIELMANN (D.), « En jouant sur les marges, la Cour européenne des droits de l'homme et la théorie de la marge d'appréciation nationale : abandon ou subsidiarité du contrôle européen ? », *J.T. Luxembourg*, 20 août 2010, p. 1.

cette décision constitue, à cet effet, une des problématiques centrales de notre étude. La question nous amène à nous concentrer sur la décision de la Cour et nous exonère d'analyser la phase post-juridictionnelle, à savoir la pratique ultérieure et le droit interne de chaque État membre quant à l'exécution des décisions de la Cour, à moins de s'y référer uniquement pour confirmer l'interprétation de la décision que nous aurons donnée.

14. Alors que la marge d'appréciation des États dans la mise en œuvre « en amont » de la Convention⁵¹ et la problématique juridique relative à « l'exécution »⁵² des arrêts de la Cour, ont fait l'objet de nombreux travaux et débats dans la doctrine, peu de réflexions se sont concentrées sur *la marge d'appréciation des États dans l'exécution des décisions de la Cour*. Pourtant, c'est bien l'analyse de la rencontre entre l'exécution d'une décision internationale et la marge d'appréciation de l'État qui donnera un regard nouveau et *in fine* de nouvelles solutions pour une *meilleure* exécution de l'arrêt par une réalisation plus poussée de la réparation intégrale.

⁵¹ AGHA (P.), *Human Rights between Law and Politics ... op. cit.* ; TULKENS (F.), DONNAY (L.), « L'usage de la marge d'appréciation ... », *op. cit.* ; IZORCHE (M.-L.), « La marge nationale d'appréciation, enjeu ... », *op. cit.* ; ARAI-TAKASHI (Y.), *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Oxford, 2002 ; DROUGHENBROECK (S.V.), *La proportionnalité ... , op. cit.* ; GREER (S.), *La marge d'appréciation : interprétation ... , op. cit.* ; CALLEWAERT (J.), « Quel avenir pour la marge d'appréciation ? », ... *op. cit.* ; DELMAS-MARTY (M.), IZORCHE (M.-L.), « Marge nationale d'appréciation et internalisation ... », *op. cit.* ; YOUROW (H. C.), *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, Kluwer Law International, The Hague, 1996 ; KASTANAS (E.), *Unité et diversité ... , op. cit.* ; GANSHOF VAN DER MEERSCH (W. J.), « 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 MATSCHER (F.), PETZOLD (H.), *Protection des droits de l'homme : la dimension européenne*, Mélanges en l'honneur de G.J. Wiarda, Karl Heymanns Verlag K.G., Berlin, 1988 ; BREMS (E.), « The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights », *ZaöRV*, 1996 ; MACDONALD (R.St.J.), « The margin of Appreciation », in MACDONALD (R.St.J.), MATSCHER (F.), PETZOLD (H.) (dir.) ... *op. cit.* ; MACDONALD (R. St. J.), « The Margin of Appreciation in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights », in ARANGIO-RUIZ (G.), *Le droit international à l'heure de sa codification – Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, Giuffrè, Milan, 1987 ; O'DONNELL (T.), « The Margin of Appreciation Doctrine : Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights », *H.R.Q.*, 1982.

⁵² LAMBERT-ABDELGAWAD (E.), « L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *R.T.D.H.*, vol. 20, 2009, pp. 651 et s. ; RUEDIN (X.-B.), *Exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme – Procédure, obligations des États, pratique et réforme*, Bruylant, Bruxelles, 2009 ; BURGOGUE-LARSEN (L.), « L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *R.T.D.H.*, vol. 19, 2008, pp. 647 et s. ; SUDRE (F.), « L'effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *R.T.D.H.*, 2008, pp. 917-947 ; SUNDBERG (F.), « Le contrôle de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Libertés, justice, tolérance*, Mélanges en hommage au Doyen Cohen-Jonathan, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 1514 et s. ; SERMET (L.), « L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *Annuaire de droit européen*, vol. III, Bruxelles, 2008, pp. 297-358.

Dans cette perspective, même si la phase post-juridictionnelle peut être considérée comme « un problème intéressant »⁵³ ou même l'une des phases les plus importantes selon la doctrine⁵⁴, il n'en demeure pas moins qu'elle ne constitue pas l'objet de notre étude. En effet, nous partons ici du postulat que les États, conscients de leurs obligations conventionnelles issues de l'article 46 de la Convention énonçant l'obligation de se conformer aux arrêts de la Cour, ont l'intention d'exécuter tels arrêts.

Notre questionnement ne se situe ni sur le débat consistant à rechercher s'il faut exécuter ou non une décision de la Cour, ni sur les cas d'inexécution de tels arrêts, ni donc sur les conséquences liées à une pareille absence d'exécution de l'arrêt. Ce sont là des questions qui ont été longuement commentées. Il s'agit plutôt de répondre à la question de savoir *comment* ils doivent/peuvent se conformer à la décision sans que la Cour n'ait à s'immiscer dans la liberté de choix qui leur est accordée et ce, afin d'aménager la meilleure réparation pour la victime. En effet, il est certes bien établi que l'État, en vertu de l'article 46 de la Convention, a l'obligation de se conformer aux décisions de la Cour⁵⁵ et en cela, réside une véritable obligation de résultat⁵⁶. Cependant, lorsqu'une telle décision ne fournit aucune précision sur les objectifs de réparation de la violation et sur les mesures que l'État doit adopter en ce sens, mis à part l'obligation de payer la satisfaction équitable, le cas échéant, il semble que l'État défendeur risque d'être confronté à la question de savoir « *comment exécuter quoi ?* » en ce qui concerne les autres mesures individuelles en nature et/ou générales qui sont pourtant nécessairement associées à la réalisation de la *restitutio in integrum*. C'est ce questionnement qui sera au centre de notre réflexion et non la théorisation *per se* de l'exécution de l'arrêt de la Cour.

⁵³ TAVERNIER (P.), « La France et la Cour Européenne des Droits de l'Homme - La jurisprudence de 1994 à 1996 », *Cahiers du CREDHO*, n°3, 1997, p. 29.

⁵⁴ RANJEVA (R.), « The Post-Adjudicative Phase-Introduction » in PECK (C.), LEE (R.), *Increasing The Effectiveness Of The International Court Of Justice*, M. Nijhoff, Boston, 1997, p. 324.

⁵⁵ GOODRICH (L.), HAMRO (E.), SIMONS (A.P.), *Charter Of The United Nations, Commentary And Documents*, 3^{ème} éd., Columbia University Press, Londres, 1969, p. 485 ; CONDORELLI (L.), « L'autorité des décisions des juridictions internationales permanentes », in *La juridiction internationale permanente*, colloque S.F.D.I, Pedone, Paris, 1987, p. 290 ; AZAR (A.), *L'exécution des décisions de la Cour Internationale de Justice*, Bruylant, Bruxelles, 2003 p. 29.

⁵⁶ Par comparaison, dans l'affaire Avena devant la Cour internationale de Justice, la Cour avait affirmé que « l'obligation qui incombe aux États-Unis d'assurer le réexamen et la révision ... [constitue une] obligation de résultat [...]. Même des efforts sérieux des États-Unis, s'ils n'aboutissent pas à la révision et au réexamen ... ne sauraient être considérés comme satisfaisant à une telle obligation » : v. C.I.J., *Demande en interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique) (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2009, p. 12, par. 27.

Notons d'ailleurs que la Cour européenne, comparée à d'autres juridictions internationales, est moins encline à préciser la mesure de réparation à adopter. À cet égard, si la Cour internationale de Justice, comme dans l'exemple des affaires *LaGrand*⁵⁷ et *Avena*⁵⁸, a affirmé l'obligation pour l'État défendeur de recourir à la réouverture et au réexamen de la procédure interne au titre de la réparation, anéantissant ainsi la marge d'appréciation étatique mais lui laissant une marge de manœuvre en ce que l'État défendeur aura le choix des moyens aux fins de l'exécution de cette forme de réparation⁵⁹, la Cour européenne, quant à elle, ne précise de telles mesures qu'à titre exceptionnel. Ainsi, *en principe*, voulant rester dans la logique de rendre un arrêt déclaratoire, elle peut s'autolimiter à ne prononcer qu'un constat de violation de la Convention, qu'elle accompagne parfois d'une allocation d'une compensation pécuniaire au requérant, laissant ainsi une large marge d'appréciation à l'État en plus d'une marge de manœuvre intacte. Il faut donc comprendre que la réparation au titre de la Convention européenne est une *lex specialis*⁶⁰. À cet effet, la doctrine de la marge d'appréciation occupe une place particulière dans la jurisprudence de la Cour européenne.

⁵⁷ C.I.J., *LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Rec. 2001, p. 466.

⁵⁸ C.I.J., *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2004, p. 12.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 70, §153, point 9 du dispositif : « pour fournir la réparation appropriée en l'espèce, les États-Unis d'Amérique sont tenus d'assurer, *par les moyens de leur choix*, le réexamen et la révision des verdicts de culpabilité rendus ». Les italiques sont de nous.

⁶⁰ Projet d'articles de la Commission du Droit International sur la responsabilité de l'État, *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II(2), 2001, art. 55.

Ainsi, dans la mesure où la compréhension par l'État défendeur de l'étendue de sa marge d'appréciation subordonne une meilleure exécution de la décision, notre réflexion dans cette étude ne se concentrera ni sur cette obligation d'exécution, ni sur une analyse séparée de la doctrine de la marge d'appréciation, mais plutôt sur la théorisation de « la marge dans l'exécution » pour une *meilleure* exécution de l'arrêt de la Cour. L'expression « *meilleure* exécution » doit ici être utilisée au détriment du terme singulier de « l'exécution » car cela suppose que l'État soit conscient de son obligation de résultat au titre de l'article 46 de la Convention, que celui-ci ait bien le désir d'exécuter de bonne foi, qu'il soit disposé à faire un effort en ce sens, ou qu'il ait même déjà commencé le processus d'exécution. Notre perspective, à travers la définition et l'identification des éléments qui influencent l'étendue de la marge d'appréciation, consiste donc à apporter des solutions pour éviter toute *mauvaise* exécution de l'arrêt, ou exécution *insuffisante* de celle-ci, ou encore pour mieux comprendre les arrêts dont « l'exécutabilité » est difficilement concevable. En d'autres termes, nous avons choisi d'écarter la question de l'obligation *d'exécuter* » pour nous concentrer sur « l'obligation *à exécuter* ». En ce sens, la présente étude ne mettra pas l'accent sur la responsabilité internationale des États relative à l'absence d'exécution des décisions de la Cour.

Dans cet ordre d'idées, une certaine attention sera accordée au rôle du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe chargé de surveiller l'exécution des décisions de la Cour. En effet, le Comité examine les plans et bilans d'action des autorités nationales qui relatent les mesures prises ou envisagées par celles-ci au titre de la réparation. La surveillance faite par le Comité est continue jusqu'à l'adoption des mesures requises. Celui-ci décide généralement de suivre une procédure standard pour la plupart des affaires, mais peut également activer la procédure soutenue lorsqu'il fait face à des affaires qui requièrent des mesures de caractère individuel urgentes, des affaires interétatiques ou des arrêts pilotes. En ce sens, il adopte une résolution finale pour clore chaque affaire et peut également décider d'adopter des résolutions intérimaires dans certains cas. Le Comité des Ministres doit donc également être véritablement considéré comme un « subsidiaire » opérant un certain « contrôle européen » dans la phase de l'exécution de l'arrêt. Toutefois, l'orientation choisie du sujet nous dispensera de nous y consacrer à *titre principal*, en détail. Nous ferons appel aux travaux du Comité des Ministres uniquement pour comprendre comment celui-ci reçoit et interprète l'arrêt de la Cour qui détermine la marge d'appréciation étatique. Ces résolutions et recommandations en la matière pourront ainsi venir en soutien à notre argumentation sur les facteurs qui élargissent ou limitent cette marge, tel un moyen complémentaire – *et accessoire* – de l'interprétation de la jurisprudence de la Cour.

15. Dans ce contexte, la décision de la Cour constitue donc le point principal d'où découle notre réflexion. Le juge Pinto de Albuquerque considère que les arrêts de la Cour sont envisagés à la fois comme un acte d'*auctoritas* mais également un acte de *potestas*⁶¹.

L'*auctoritas* s'exerce par la voie du raisonnement, c'est un acte intellectuel qui vise à convaincre les destinataires des arrêts de la Cour⁶². Dans ce cas, la Cour est guidée par un ensemble complexe de critères de rationalité pratique pour déterminer laquelle des propositions présentées par les parties est la plus cohérente⁶³.

⁶¹ Opinion concordante du Juge Pinto de Albuquerque jointe à l'arrêt C.E.D.H., *Centre de Ressources Juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie*, 17 avril 2004, n° 4784808, pt. 13.

⁶² *Idem.*

⁶³ *Idem.*

La *potestas*, en revanche, s'exerce par le biais d'une décision, acte de volonté dont la légitimité tient au pouvoir reconnu à l'auteur de la décision de la prendre conformément à une procédure. Dans ce cas, guidée par une appréciation pragmatique des conséquences de sa décision, la Cour est incitée à agir à chaque fois que les avantages d'une mesure *excèdent* ses inconvénients⁶⁴.

Les deux notions sont toutes utiles dans la détermination de l'étendue de la marge d'appréciation de l'État dans l'exécution de la décision de la Cour. D'une part, le raisonnement de la Cour qui identifiera le problème, guidera l'État dans la manière d'effacer les conséquences d'un tel problème. D'autre part, en analysant les avantages qui « excèdent » les inconvénients, la Cour donne nécessairement à l'État, un aperçu de ce qui entre dans sa marge d'appréciation et de ce qui excède ou outrepassé celle-ci.

16. Plus concrètement, c'est à la Cour qu'il revient de déterminer qui d'elle ou de l'État est le mieux placé pour apprécier la meilleure manière d'exécuter l'arrêt, conformément au principe de subsidiarité défini plus haut. L'appréciation de la « meilleure position » devra faire l'objet d'une évaluation concrète⁶⁵ selon « les circonstances, les domaines et le contexte »⁶⁶. La Cour a rappelé à maintes reprises qu'*en principe*, les autorités nationales étaient « mieux placées » pour évaluer ce que réclament les besoins et les contextes locaux⁶⁷ dans la mesure où elles sont « en prise directe et permanente avec les forces vitales de leur pays »⁶⁸ et sont plus proches des gens et des événements⁶⁹. La logique tirée du système de la Convention veut que l'État bénéficie d'une présomption de la « meilleure position » ; c'est ce qui explique la « fonction probatoire »⁷⁰ de la marge nationale d'appréciation, les États étant présumés « satisfaire aux exigences de la Convention »⁷¹.

⁶⁴ *Idem.*

⁶⁵ WIARDA (G.J.), « Extensieve en restrictieve verdragstoepassing door het Europees Hof voor de rechten van de Mens: een middenkoers », Opstellen aangeboden aan Ch. J. Enschedé, Zwolle, *WEJ Tjeenk Willink*, 1982, p. 384.

⁶⁶ C.E.D.H., *Rasmussen c. Danemark*, 28 novembre 1984, n° 8777/79, §40 ; v. aussi *mutatis mutandis*, C.E.D.H., *Sunday Times c. Royaume-Uni (n°1)*, 26 avril 1979, n° 6538/74, §59.

⁶⁷ CALLEWAERT (J.), « Quel avenir pour la marge d'appréciation ? », *op. cit.*, p. 151.

⁶⁸ C.E.D.H., *Buckley c. Royaume-Uni*, 25 septembre 1996, n° 20348/92, §75.

⁶⁹ CALLEWAERT (J.), « Quel avenir pour la marge d'appréciation ? », *op. cit.*, p. 150.

⁷⁰ TULKENS (F.), DONNAY (L.), « L'usage de la marge d'appréciation ... », *op. cit.*, p. 15.

⁷¹ IZORCHE (M.-L.), « La marge nationale d'appréciation, enjeu ... », *op. cit.*, p. 25.

La combinaison de la meilleure position et de la priorité lui permet de jouir d'une marge d'appréciation « d'un certain écart »⁷². En effet, si l'État est « désigné » comme l'entité « la plus capable » ou « ayant la meilleure position » pour apprécier la meilleure manière d'exécuter l'arrêt de la Cour, il disposera d'une plus grande marge d'appréciation et bénéficiera, en ce sens, d'une priorité d'appréciation et d'action quant aux choix des mesures d'exécution de l'arrêt et *in fine* des mesures de réparations des violations de la Convention. Considérant « la meilleure position des autorités étatiques »⁷³ comme fondement essentiel de la largesse de la marge d'appréciation de l'État⁷⁴, il faut donc souligner qu'en principe, la marge d'appréciation de l'État dans l'exécution des décisions de la Cour est large (**Partie 1**).

Afin de déterminer si le principe s'applique dans l'affaire concernée, l'État doit interpréter la décision. Lorsque celle-ci contient une formulation expresse en ce sens et même lorsqu'elle est silencieuse sur l'étendue de la marge d'appréciation étatique⁷⁵, alors le principe est applicable, les exceptions devant, au contraire, être motivées plus en détail.

17. Toutefois, les autorités nationales ne sont pas nécessairement toujours mieux placées que la Cour pour apprécier la meilleure manière d'exécuter sa décision⁷⁶. Par exemple, les États pourraient user de leur discrétion pour prioriser des droits humains qui sont plus proches de leurs intérêts⁷⁷. Exceptionnellement, et notamment lorsque les violations de la Convention sont graves et répétitives, c'est la Cour qui est considérée comme détenant « la meilleure position ». Dans un tel schéma, la marge d'appréciation de l'État se voit considérablement limitée (**Partie 2**). La jurisprudence de la Cour montre qu'elle pourra notamment affirmer expressément que la marge d'appréciation de l'État doit être limitée en usant de son pouvoir d'indication de mesures ou d'injonction. Elle pourra, à cet effet, recommander une mesure comme étant « la plus appropriée » pour réparer les conséquences de la violation de la Convention ; et peut même aller jusqu'à exclure toute autre option en indiquant la mesure à prendre dans le dispositif de l'arrêt.

⁷² DELMAS-MARTY (M.), COSTE (J.-F.), *Les droits de l'homme: logiques non standard, Le Genre Humain*, Seuil, Paris, 1998, p. 36.

⁷³ CALLEWAERT (J.), « Quel avenir pour la marge d'appréciation ? », *op. cit.*, p. 7.

⁷⁴ DROOGHENBROECK (S.V.), *La proportionnalité ...*, *op. cit.*, p. 496.

⁷⁵ MACDONALD (R.St.J.), "The margin of Appreciation", in MACDONALD (R.St.J.), MATSCHER (F.), PETZOLD (H.) (dir.), *The European System ... op. cit.*, p. 208.

⁷⁶ CALLEWAERT (J.), « Quel avenir pour la marge d'appréciation ? », *op. cit.*, p. 160.

⁷⁷ SMET (S.), "When human Rights Clash in the Age of Subsidiarity: What Role for the Margin of Appreciation ?" ... *op. cit.*, p. 67.

18. En somme, l'appréciation de la Cour se fait au cas par cas. Il ne saurait y avoir de systématisme dans la détermination de l'étendue de la marge d'appréciation de l'État⁷⁸, elle va de pair avec un contrôle européen et connaît dès lors toujours une limite⁷⁹.

En l'état de la pratique européenne actuelle, nous remarquons que tandis que la Cour précise de plus en plus dans ses décisions les mesures qu'il conviendra pour l'État d'adopter⁸⁰, ces derniers, en revanche, militent de plus en plus pour une affirmation expresse de leur marge d'appréciation. En effet, ayant négocié le Protocole n° 15 amendement la Convention⁸¹, les États membres ont voulu introduire une référence au principe de subsidiarité et à la marge d'appréciation dans le texte de la Convention. Le Protocole n'est cependant pas encore entré en vigueur et attend, pour cela, la signature de toutes les Hautes Parties contractantes. Il n'en demeure pas moins que leur opposition à une limitation de leur marge d'appréciation peut les amener à ne pas exécuter l'arrêt prononcé par la Cour, en prenant l'exemple des fameux arrêts *Hirst*⁸², *Vinter*⁸³ ou encore *Yukos*⁸⁴.

Dans cette perspective, même si nous avons insisté sur le fait que cette étude ne concerne pas la recherche d'une réponse à la question « exécuter ou ne pas exécuter », nous ne pourrions simplement ignorer les propos de L. Cavaré : « si la sentence elle-même, en vertu de son effet obligatoire, restreint sensiblement la liberté des parties, [cette liberté] reprend l'avantage avec l'exécution de la sentence »⁸⁵. En effet, l'État demeure maître de l'exécution de l'arrêt de la Cour de nature déclaratoire. Si la marge d'appréciation de l'État dans l'exécution de la décision de la Cour est trop large, cela pose le risque que la réparation ne soit pas effective, le choix pouvant être fait uniquement pour des raisons de facilités. Dans ce schéma, le requérant qui se retrouve sans voix dans la phase post-jugement, se voit, quant à lui, imputer le risque de non-persuasion⁸⁶ face à une entité largement « plus capable » et donc plus puissante. Si, en revanche, elle est trop restreinte,

⁷⁸ DROOGHENBROECK (S.V.), *La proportionnalité ...*, op. cit., p. 496.

⁷⁹ C.E.D.H., *Handyside c. Royaume-Uni*, 07 décembre 1976, n° 5493/72, §49.

⁸⁰ Le Pr. J. Matringe s'exclamait ainsi : « serait-on en train de nous changer notre ordre juridique international ? » : MATRINGE (J.), « L'arrêt de la Cour Internationale de Justice dans l'affaire LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique) du 27 juin 2001 », *A.F.D.I.*, 2002, vol. 44, p. 215.

⁸¹ Protocole n° 15 portant amendement à la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, adopté le 24 juin 2013 à Strasbourg, S.T.C.E. n° 123.

⁸² C.E.D.H., *Hirst c. Royaume-Uni* (n°2), 6 octobre 2015, n° 74025/01.

⁸³ C.E.D.H., *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, 09 juillet 2013, n° 66069/09, 130/10, 3896/10.

⁸⁴ C.E.D.H., *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Fédération de Russie*, 31 juillet 2014, n° 14902/04.

⁸⁵ CAVARE (L.), *Le droit international public positif*, 3^{ème} éd., Pedone, Paris, 1969, mise à jour par QUENEUDEC (J.P.), t-2, p. 316.

⁸⁶ DROOGHENBROECK (S.V.), *La proportionnalité ...*, op. cit., p. 510.

cela peut amener l'État défendeur à réagir négativement à l'arrêt de la Cour, jusqu'à même parfois, refuser de se conformer aux indications données par celle-ci⁸⁷.

La recherche d'un équilibre des marges est donc fondamentale pour assurer une meilleure exécution des décisions de la Cour. Tout le jeu se situe dès lors dans la conciliation entre sanction et incitation à la « conventionalité »⁸⁸.

⁸⁷ v. Résolution intérimaire CM/ResDH(2015)251, Exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme, Hirst et trois autres affaires contre le Royaume-Uni ; v. aussi l'opinion partiellement dissidente commune à MM les juges Wildhaber, Costa, Caflisch, Türmen, Garlicki et Borrego Borrego dans C.E.D.H., *Öcalan c. Turquie*, 12 mai 2005, n° 46221/99, pt. 9 : « Imposer des normes trop élevées ne nous paraît pas la meilleure façon d'encourager cette coopération et d'en témoigner sa satisfaction aux États qui la pratiquent ».

⁸⁸ TOUZE (S.), « Les limites de l'indemnisation dégat la Cour européenne des droits de l'homme : le constat de violation comme satisfaction équitable suffisante » in FLAUSS (J.-F.), LAMBERT ABDELGAWAD (E.), *La pratique d'indemnisation par la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 140.

PREMIERE PARTIE

LE PRINCIPE : UNE LARGE MARGE D'APPRECIATION DE L'ÉTAT DANS L'EXECUTION DES DECISIONS DE LA COUR

19. La présomption de principe qui joue en faveur de l'État dans toutes les étapes de la mise en œuvre par celui-ci de la Convention constitue la principale cause de la largesse de sa marge d'appréciation « en amont » et « en aval »⁸⁹.

Comme l'affirme la Cour dans l'arrêt *Handyside*, « la Convention confie en premier lieu à chacun des États contractants le soin d'assurer la jouissance des droits et libertés qu'elle consacre »⁹⁰ et ce, « grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays »⁹¹ et la présomption dont ils bénéficient en ce que leurs autorités nationales seraient « mieux placées pour se livrer à une appréciation de la nécessité et de la proportionnalité des mesures »⁹² à prendre à cette fin. Pr. S. Greer parle ainsi de « marge de manœuvre accordée aux États dans leur respect des droits et en particulier dans l'application des diverses exceptions prévues à la Convention »⁹³. Nous préférons, à ce stade, indiquer ici à la fois « marge d'appréciation » et « marge de manoeuvre ».

⁸⁹ v. le Par. 11 de la présente étude.

⁹⁰ C.E.D.H., *Handyside c. Royaume-Uni*, 07 décembre 1976, n° 5493/72, §48.

⁹¹ *Idem*.

⁹² Dialogue entre les Juges de la Cour, « Subsidiarité : une médaille à deux faces ? », *op. cit.*, p. 5.

⁹³ GREER (S.), *Les exceptions aux articles 8-11 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Dossier des Droits de l'Homme n°15, édition du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1997, p. 16.

20. La Convention garantit la protection de droits absolus et de droits à protection relative qui permettent certaines exceptions, soit implicites, soit explicitement formulées au second paragraphe de certaines de ses dispositions dans la reconnaissance de la validité d'ingérences « prévues par la loi », « nécessaires dans une société démocratique » et « à la poursuite d'un ou plusieurs but légitimes visés » dans ledit paragraphe⁹⁴. Il appartient, en ce sens, à l'État « de se prononcer sur le contenu précis des exigences comme sur la 'nécessité' d'une 'restriction' ou 'sanction' destinée à y répondre »⁹⁵ et, plus largement, d'apprécier la teneur de telles exceptions dans la mise en œuvre par celui-ci de la Convention, par exemple en adoptant des législations en la matière ou en guise d'application de cette législation eu égard au cas particulier d'un individu.

21. La marge d'appréciation « en amont » de l'État est ainsi issue de sa possibilité de « juger, *au premier chef*, de la réalité du besoin social impérieux qu'implique (...) le concept de 'nécessité' »⁹⁶ et donc de proportionnalité. Ce pouvoir d'appréciation est accordé « à la fois au législateur national ('prévues par la loi') et aux organes, notamment judiciaires, appelés à interpréter et appliquer les lois en vigueur »⁹⁷.

L'État est présumé agir en conformité avec la Convention jusqu'à preuve du contraire, c'est-à-dire jusqu'au constat de violation opéré par la Cour : une certaine transposition de la « présomption d'innocence » en droit interne. Il s'agirait d'une véritable « présomption irréfragable » de satisfaction aux exigences substantielles de la proportionnalité⁹⁸.

La présomption prend donc fin lorsqu'intervient le « contrôle européen »⁹⁹ « en aval »¹⁰⁰, c'est-à-dire lorsque la Cour examine la proportionnalité de l'action étatique dans le cadre d'une requête. En effet, « la Cour a compétence pour statuer par un arrêt définitif

⁹⁴ Seconds paragraphes des articles 8 à 11 de la Convention

⁹⁵ C.E.D.H., *Handyside c. Royaume-Uni*, 07 décembre 1976, n° 5493/72, §48.

⁹⁶ *Idem*.

⁹⁷ *Ibid*, §49 ; v. aussi C.E.D.H., *Engel et autres c. Pays-Bas*, 08 juin 1976, n° 5100/71, §100 ; *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique (fond)*, 18 juin 1971, n° 2832/66, §93 ; *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, n° 4451/70, §45.

⁹⁸ DROOGHENBROECK (S.V.), *La proportionnalité ...*, *op. cit.*, p. 510.

⁹⁹ v. C.E.D.H., *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, n° 5310/71, §207.

¹⁰⁰ Dans le même ordre d'idées, le second contrôle européen en aval serait celui du Comité des Ministres après le premier contrôle européen opéré par la Cour en rendant sa décision.

sur le point de savoir si une ‘restriction’ ou une ‘sanction’ se concilie » avec le droit garanti par la Convention¹⁰¹.

22. Plus concrètement, dans son arrêt *Handyside*, la Cour affirme que le contrôle opéré par elle concerne à la fois la « finalité de la mesure litigieuse et sa ‘nécessité’ »¹⁰² et qu’ « à cet égard, [elle] se réfère à l’article 50 de la Convention [‘décision prise ou (...) mesure ordonnée par une autorité judiciaire ou autre autorité’] »¹⁰³. En d’autres termes, le contrôle opéré par la Cour porte sur la « mesure » étatique telle que référencée à l’article 50 – de l’époque – qui énonçait que si la Cour déclare

« qu’une décision prise ou une mesure ordonnée » par une autorité quelconque d’un État contractant « se trouve entièrement ou partiellement en opposition avec des obligations découlant de la (...) Convention, et si le droit interne (dudit État) ne permet qu’imparfaitement d’effacer les conséquences de cette décision ou (...) mesure », la Cour « accorde, s’il y a lieu, à la partie lésée une satisfaction équitable ».

Le plus souvent, il d’agit d’une loi ou d’une mesure en application de cette loi, « même quand elle émane d’une juridiction indépendante »¹⁰⁴.

23. Tel contrôle consiste à rechercher si les modalités dépassent ou « excèdent »¹⁰⁵ la « gamme de choix admissibles » qui existait initialement et théoriquement dans la sphère étatique. Ici, c’est cet « excédent » qui constitue la violation de la Convention : lorsque l’État a vraisemblablement choisi une mesure qui se trouve en dehors – de cette gamme – de son champ de discrétionnalité.

Avec le protocole n° 11, l’article 50 de la Convention est devenu le nouvel article 41 sur la satisfaction équitable qui consiste en « une version simplifiée et raccourcie de l’ancien article 50 »¹⁰⁶. Toutefois, cela ne change en rien la teneur du contrôle opéré par la Cour qui consiste dans tous les cas à opérer deux examens de proportionnalité distincts : d’une part, à mesurer la proportionnalité d’une action ou omission de l’État et, d’autre part,

¹⁰¹ C.E.D.H., *Handyside c. Royaume-Uni*, 07 décembre 1976, n° 5493/72, §49.

¹⁰² *Idem*.

¹⁰³ *Idem*.

¹⁰⁴ C.E.D.H., *Handyside c. Royaume-Uni*, 07 décembre 1976, n° 5493/72, §49.

¹⁰⁵ GANSHOF VAN DER MEERSCH (W.J.), « Le caractère autonome des termes ... », *op. cit.*, p. 216.

¹⁰⁶ Rapport explicatif du Protocole n° 11 à la Convention de sauvegarde des Droits de l’Homme et des Libertés fondamentales, portant restructuration du mécanisme de contrôle établi par la Convention, S.T.E 155, p. 17, par. 97.

à tirer les conséquences d'un éventuel constat de disproportionnalité par la détermination de la satisfaction équitable à accorder par l'État à la victime.

Dans cette perspective, la première phase de contrôle qui consiste en un véritable examen de proportionnalité en vue de déterminer l'existence d'une violation de la Convention (**Titre 1**) fournit des indices sur l'étendue de la marge d'appréciation que l'État aurait dû avoir « en amont ». Sur ce point, il faut tout d'abord souligner le lien, principalement de nature temporelle, entre la marge d'appréciation en amont et celle en aval, en ce que, sans l'examen de la possibilité d' « outrepassement » par l'État de sa marge « en amont », il n'y aurait pas de constat de violation de la Convention par la Cour entraînant des mesures d'exécution « à apprécier ». Dès lors, une question se pose : si la marge d'appréciation de l'État dans l'exécution des décisions de la Cour dépend de la marge de celui-ci dans la mise en œuvre de la Convention, la nature de ce lien de dépendance doit-elle être comprise de sorte que l'ampleur de la première sera similaire à celle de la seconde ?

Prima facie, il peut sembler rationnel que si l'État dispose d'une large marge d'appréciation dans la mise en œuvre d'un droit, il dispose d'autant de latitude dans le choix des mesures pour réparer les conséquences de la violation de ce droit si telle violation est constatée. Cependant, cette conception reste à nuancer dans la mesure où il demeure possible que la Cour veuille restreindre davantage la marge étatique dans la phase de l'exécution, en raisonnant de telle manière que l'État, auteur de la violation, n'a pas été « mieux placé » pour apprécier la « bonne mise en œuvre » du droit garanti, particulièrement parce qu'il y a eu violation de ce droit. Suivant cette logique, la Cour peut envisager de cibler la mesure adéquate de réparation selon pareil écart ou erreur de la part de l'État, restreignant ainsi sa marge d'appréciation dans l'exécution de la décision.

En tout état de cause, comme la Cour l'a rappelé à maintes reprises, « la marge nationale d'appréciation va de pair avec un tel contrôle européen »¹⁰⁷. Dès lors, il existe vraisemblablement un lien de dépendance entre la teneur du contrôle européen et l'étendue de la marge d'appréciation. Dans son arrêt *Sunday Times*, la Cour affirme clairement qu'« à une liberté d'appréciation moins discrétionnaire correspond ici un contrôle européen

¹⁰⁷ C.E.D.H., *Handyside c. Royaume-Uni*, 07 décembre 1976, n° 5493/72, §49.

plus étendu »¹⁰⁸, consacrant par là que l'étendue de la marge d'appréciation étatique est inversement proportionnelle à la teneur de son contrôle de proportionnalité.

24. En outre, dans la reconnaissance d'un lien de dépendance logique entre la phase de contrôle de la proportionnalité d'une mesure étatique et de la seconde phase de contrôle qui consiste en la détermination de la satisfaction équitable après un constat de disproportionnalité issu de la première phase, nous verrons que l'application par la Cour de l'article 41 de la Convention sur la satisfaction équitable apporte directement des indications sur l'étendue de la marge d'appréciation accordée à l'État par la Cour en aval dans l'exécution de sa décision (**Titre 2**).

¹⁰⁸ *Ibid.*, §59.

Titre 1

L'INFLUENCE DU CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ DE LA MESURE LITIGIEUSE SUR L'ÉTENDUE DE LA MARGE D'APPRÉCIATION ÉTATIQUE

25. Lorsque la Cour examine la proportionnalité des mesures étatiques, elle agit dans une perspective de retenue¹⁰⁹ – de « self restraint »¹¹⁰ ou de « judicial restraint »¹¹¹. Il s'agit-là d' « une autre façon de dire que, consciente [de] sa position de juridiction internationale (...), elle n'exercera pas à plein son pouvoir de vérifier si les États ont observé leurs engagements au titre de la Convention, mais ne constatera de violations que si l'on ne peut raisonnablement douter que les actes ou omissions des États en cause soient incompatibles avec ces engagements »¹¹². Cela transforme la marge d'appréciation en une « marge d'erreur » car l'idée sous-jacente consiste en ce que le choix fait par les autorités nationales, quoique n'étant pas idéal, « demeure néanmoins dans la gamme des choix *admissibles* »¹¹³ ; une « forme atténuée d'immunité »¹¹⁴ lui permettant de faire ce qu'il

¹⁰⁹ TULKENS (F.), DONNAY (L.), « L'usage de la marge d'appréciation ... », *op. cit.* p. 3 et s.

¹¹⁰ MORRISSON (C.), « Margin of appreciation in European Human Rights Law », *Revue des Droits de l'Homme*, 1973, p. 275.

¹¹¹ GANSHOF VAN DER MEERSCH (W.J.), « Le caractère autonome des termes ... », *op. cit.* p. 210.

¹¹² Opinion dissidente de M. le Juge Martens dans l'arrêt C.E.D.H., *Cossey c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1990, n° 10843/84, pt. 3.6.3.

¹¹³ TULKENS (F.), DONNAY (L.), « L'usage de la marge d'appréciation ... », *op. cit.* p. 14.

veut – gamme de choix – et comme il le veut – marge de manœuvre – « tant que [ses actes] ne méconnaissent pas la Convention »¹¹⁵.

Dès lors, comme l'explique le Pr. Callewaert, au lieu d'être, en quelque sorte, entièrement « révisables », les actes étatiques ne le seraient plus que dans la seule mesure où leurs effets « dépassent »¹¹⁶ le champ de la marge d'appréciation laissée aux autorités nationales¹¹⁷. En d'autres termes, aux actes qui peuvent s'en réclamer, la marge d'appréciation confère à ce qui apparaît comme étant quelque peu à l'écart du comportement attendu de l'État au regard de la Convention, une justification néanmoins concevable et tolérable jusqu'à une certaine limite qui doit être précisée par la Cour dans son contrôle de proportionnalité. Il existerait ainsi une sorte de « boîte illusoire » avec une gamme de choix de mesures à prendre pour garantir les droits de la Convention de sorte que toute mesure qui ne s'y trouve pas sera considérée comme étant disproportionnée.

26. De facto, le constat de disproportionnalité fait par la Cour ainsi que le raisonnement qui aura conduit à celui-ci permettront de préciser les mesures qui auraient été proportionnées. Il s'agit-là d'une donnée importante dans la mesure où, aux fins de l'exécution de l'arrêt, l'État devra non seulement cesser le fait illicite, première conséquence d'une violation d'une obligation internationale conformément au droit international¹¹⁸, mais devra également, le cas échéant, remplacer cette mesure par une mesure proportionnée qui poursuit le même objectif d'assurer la garantie d'un droit précis de la Convention dans un cas particulier.

Par exemple, dans l'affaire *Dudgeon*, le Royaume-Uni a adopté plusieurs lois qui ont eu pour effet d'ériger en infractions certains actes homosexuels entre hommes adultes et consentants et la Cour a jugé que pareille ingérence n'était pas conforme à l'article 8 de la Convention¹¹⁹. Dans son appréciation « en amont », l'État aurait pu hypothétiquement disposer d'une gamme de choix de mesures A, B et C. Admettons que ces trois choix se

¹¹⁴ Si l'on raisonne à partir de la notion de plénitude de juridiction, il faut considérer, avec le juge Martens, que « les États ne jouissent pas de plein droit d'une marge d'appréciation, mais [que] celle-ci résulte d'une certaine retenue judiciaire » : Opinion dissidente de M. le Juge Martens dans l'arrêt C.E.D.H., *Cossey c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1990, n° 10843/84, pt. 3.6.3.

¹¹⁵ CALLEWAERT (J.), « Quel avenir pour la marge d'appréciation ? », *op. cit.*, p. 152.

¹¹⁶ MATSCHER (F.), « Methods of Interpretation of the Convention », in MACDONALD (R.St.J.), MATSCHER (F.), PETZOLD (H.) (dir.), *The European System ... op. cit.*, p. 76.

¹¹⁷ CALLEWAERT (J.), « Quel avenir pour la marge d'appréciation ? », *op. cit.*, p. 149.

¹¹⁸ Projet d'articles de la C.D.I. de 2001, *op. cit.*, art. 41 ; v. aussi C.I.J., *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif*, C.I.J. Rec. 2004, p. 136, §150 ; C.I.J., *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis d'Amérique, arrêt*, C.I.J. Rec. 1980, p. 44, §95.

¹¹⁹ C.E.D.H., *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, n° 7525/76.

résumaient, au départ, à « la dépénalisation de l'homosexualité » (A) ; « certaines conditions et garanties » (B) ; « des exceptions à l'automatisme de la mesure » (C). L'État a choisi « l'interdiction absolue sous peine d'infraction » (D), qui a fait l'objet d'un constat de « non-admissibilité » ou de disproportionnalité. En réparation de cela, l'État doit supprimer « D » et revenir à A, B ou C. Il revient donc à la même *largesse de choix*, une gamme de choix de mesures sans « D ».

En définitive, le contrôle de proportionnalité opéré par la Cour sur la marge d'appréciation « en amont » de l'État fournit des indices quant à l'étendue de la marge « en aval » de celui-ci. Ces indices sont ceux étudiés ici.

27. Notre analyse de la jurisprudence de la Cour relève une pertinence de la variable « contextuelo-circonstancielle »¹²⁰, le contrôle de la Cour étant « plus ou moins large selon le cas »¹²¹ et les circonstances¹²². Il faut toutefois souligner *quatre* standards utilisés par la Cour pour déterminer l'étendue de la marge étatique en amont dans l'application de la Convention, qui ont été identifiés par la doctrine¹²³ : une appréciation de la proportionnalité de la mesure litigieuse *selon que la nature du droit permette ou non des exceptions à son application ; selon que l'interprétation textuelle de la formulation – vague – du droit permette un écart dans son application ; selon qu'il existe ou non un consensus européen sur son application ; selon qu'il existe ou non, à côté des droits de la victime, d'autres droits et intérêts concurrents.*

Dans l'arrêt *Buckley c. Royaume-Uni*, la Cour a eu l'occasion de résumer ces indicateurs comme suit : une appréciation de la proportionnalité de la mesure litigieuse « selon la nature du droit en cause, son importance pour le requérant et le genre d'activités en cause »¹²⁴.

28. L'étendue de la marge d'appréciation « en amont » de l'État peut être représentée comme une échelle à quatre niveaux allant de la marge la moins large à la plus large. L'échelle se comprend ainsi :

¹²⁰ C.E.D.H., *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, 19 février 1997, n° 21974/93, §42 ; C.E.D.H., *Buckley c. Royaume-Uni*, 25 septembre 1996, n° 20348/92, §74.

¹²¹ C.E.D.H., *Informationsverein Lentia c. Autriche*, 09 septembre 1992, n° 17207/90, §35.

¹²² C.E.D.H., *Otto-Preminger c. Autriche*, 20 septembre 1994, n° 13470/87, §34

¹²³ v. O'DONNELL (T.), "The Margin of Appreciation Doctrine ...", *op. cit.*, p. 479 : l'auteur dit qu'il distingue trois standards tout en parlant d'un quatrième qu'il ne développe pas : la marge d'appréciation de l'État dans les dérogations permises à l'article 15 de la Convention ; v. aussi BREMS (E.), "The Margin of Appreciation Doctrine ...", *op. cit.*, p. 240.

¹²⁴ C.E.D.H., *Buckley c. Royaume-Uni*, 25 septembre 1996, n° 20348/92, §74.

« La Cour n'accorde à l'État aucune marge d'appréciation et passe ses actions en revue de manière très détaillée ;

Elle reconnaît à l'État une faible marge d'appréciation ;

Elle s'attache à déterminer si le comportement de l'État a été raisonnable ;

Elle détermine si ce comportement n'a pas été déraisonnable »¹²⁵.

Effectivement, nous devons ici partir du postulat, tel que constaté antérieurement notamment par la référence à l'arrêt *Sunday Times*, que l'étendue de la marge d'appréciation étatique est inversement proportionnelle à la teneur du contrôle européen¹²⁶.

29. De surcroît, alors qu'il ressort de notre analyse de la jurisprudence de la Cour que, dans son raisonnement conduisant au constat ou non d'une violation de la Convention, celle-ci tient compte de la nature du droit en cause, de l'importance de tel droit pour la victime ainsi que de la gravité du dommage subi par celle-ci, nous faut-il également souligner, comme l'a expliqué le Juge Malinverni, que la juste application de la théorie de la marge d'appréciation est fonction de l'importance respective que l'on attribue aux différents indicateurs précités¹²⁷. À cet égard, il a été relevé que la Cour considérait en priorité la nature du droit en cause et que c'est uniquement si l'espèce ne permet pas de se fonder sur ce seul argument¹²⁸ qu'elle procède à l'examen d'autres indicateurs.

En réalité, si au commencement de son contrôle de proportionnalité, celle-ci doit analyser en priorité la nature du droit en cause (**Chapitre 1**) afin de savoir si la teneur de son contrôle s'apparente aux deux premiers niveaux de l'échelle décrite ou plutôt aux deux derniers, la Cour doit prendre en considération les autres paramètres qui tiennent de la gravité du dommage subi et l'importance du droit pour la victime (**Chapitre 2**) pour déterminer, cette fois, de quel niveau il s'agit entre les deux niveaux révélés par la première analyse de la nature du droit violé.

¹²⁵ GREER (S.), « Les exceptions aux articles 8 à 11 ... » *op. cit.*, p. 16.

¹²⁶ v. le Par. 23 *in fine* de la présente étude.

¹²⁷ Opinion dissidente de M. le Juge Malinverni, à laquelle se rallie Mme la Juge Kalaydjieva, dans C.E.D.H., *Lautsi c. Italie*, 18 mars 2011, n° 30814/06, pt. 1.

¹²⁸ TOUZE (S.), « Les limites de l'indemnisation ... », *op. cit.*, p. 133.

Chapitre 1

Une marge d'appréciation plus large en fonction de la nature du droit en cause

30. Lorsque la Cour débute son contrôle de proportionnalité en regardant en premier lieu la nature du droit violé, elle peut d'ores et déjà, par la connaissance de cet unique paramètre, savoir si l'étendue de la marge étatique s'apparente aux deux premiers niveaux de l'échelle ou plutôt aux deux derniers¹²⁹. En effet, la marge d'appréciation de l'État est nécessairement variable en fonction de la nature du droit garanti¹³⁰, c'est-à-dire selon qu'il s'agisse d'un droit dérogeable ou indérogeable.

31. D'une part, les droits dits « absolus » ne laissent place, *a priori*, à aucune exception issue de l'interprétation étatique dans leur mise en œuvre¹³¹. Il s'agit en particulier de la portée substantielle des articles 2 et 3 de la Convention respectivement sur le droit à la vie et l'interdiction de la torture. Le Pr. J. Callewaert explique que dans ces domaines, il n'est pas concevable de moduler les effets de la Convention au gré des circonstances locales, les mêmes circonstances étant appelées à avoir les mêmes effets

¹²⁹ v. Le Par. 28 de la présente étude.

¹³⁰ GANSHOF VAN DER MEERSCH (W.J.), « Le caractère autonome des termes ... », *op. cit.*, p. 210.

¹³¹ TULKENS (F.), DONNAY (L.), « L'usage de la marge d'appréciation ... », *op. cit.*, p. 3 et s.

indépendamment de la situation particulière de l'État¹³². Dès lors, lorsque le droit en cause à l'instance est un droit absolu, la Cour va, selon les deux premiers niveaux de l'échelle susmentionnée, choisir soit de n'accorder aucune marge d'appréciation, soit d'en accorder mais à faible portée ; et donc, selon la logique de la « proportionnelle inversée »¹³³ déduite de l'arrêt *Sunday Times*, elle va opérer un contrôle stricte de proportionnalité de la mesure étatique.

32. D'autre part, lorsque la violation concerne des droits à « protection relative », le contrôle opéré par la Cour s'apparentera davantage aux deux derniers niveaux de l'échelle précitée, à savoir de « déterminer si la mesure a été raisonnable » ou si celle-ci « n'a pas été déraisonnable ». À l'évidence, l'État dispose, dans ces cas, d'une plus grande marge d'appréciation « en amont ».

33. En l'espèce, les différents niveaux de l'échelle se distinguent clairement en ce qui concerne le titulaire de la charge de la preuve¹³⁴. En effet, lorsque l'on se trouve dans les deux premiers niveaux de l'échelle susmentionnée¹³⁵, il revient à l'État de prouver que ses décisions étaient raisonnables, les éléments de justification apportées seront ainsi strictement appréciés par la Cour – *schéma dans lequel l'État dispose d'une faible marge d'appréciation* ; tandis que dans le cadre des deux derniers niveaux, la charge est inversée, « c'est le requérant qui doit prouver [que les mesures étatiques] étaient déraisonnables, l'État ayant alors le bénéfice du doute »¹³⁶ – *schéma dans lequel la marge étatique est plus large*.

34. Avant de détailler ce point, une précision générale est de mise en ce qui concerne notre conception de la charge de la preuve dans le cadre des quatre niveaux de l'échelle précitée. En effet, bien évidemment, en droit international comme en droit interne, le doute profite à l'accusé – et donc à l'État défendeur dans notre cas. Ainsi, en principe, il appartient au poursuivant – et donc au requérant – d'apporter la preuve de ses allégations (*actori incumbit probatio*). Cependant, la charge de la preuve dont il est question ici ne se rapporte pas aux *faits* car ils sont normalement établis par les juridictions internes¹³⁷, la

¹³² CALLEWAERT (J.), "Is there a margin of appreciation in the application of articles 2, 3 and 4 of the Convention?", *H.R.L.J.*, 1998, pp. 6-10.

¹³³ v. le Par. 23 *in fine* de la présente étude.

¹³⁴ GREER (S.), « Les exceptions aux articles 8 à 11 ... » *op. cit.*, p. 17.

¹³⁵ v. le Par. 24 de la présente étude.

¹³⁶ *Idem*.

¹³⁷ Cela explique également la condition de l'épuisement des voies de recours internes.

Cour les prenant en compte comme tels, sauf en cas d'abus¹³⁸, dans la mesure où elle ne peut se substituer aux autorités nationales¹³⁹. En particulier, la charge de la preuve dont il est question se rapporte plutôt à l'application du droit aux faits. Dans ce schéma, en effet, le titulaire de la charge de la preuve n'est pas systématiquement le poursuivant et c'est dans cette perspective que la détermination de l'étendue de la marge d'appréciation selon l'échelle susmentionnée, s'opère.

Pour illustrer cette affirmation, il nous faut observer par exemple que même lorsque l'on parle de la charge de la preuve quant aux faits, le défendeur qui se prévaut d'une exception est demandeur au niveau de l'exception (*reus in excipiendo fit actor*). Dans cette même lignée, en ce qui concerne la charge de la preuve quant à l'*application du droit aux faits*, si une famille requérante allègue, par exemple, que le Gouvernement a violé l'article 2 de la Convention sur le droit à la vie, qu'il est établi même par les juridictions internes que l'individu a perdu la vie dans une circonstance donnée, il appartient au Gouvernement de justifier, par exemple, si le recours à la force des autorités internes a été absolument nécessaire, au titre du deuxième paragraphe de l'article 2 de la Convention.

Ensuite, il ressort de notre analyse de la jurisprudence de la Cour que le degré de gravité des faits établis peut également faire varier le titulaire de la charge de la preuve. Par exemple, la Cour a précisé, dans l'affaire *M.E. c. France*, qu'il appartenait certes au requérant de démontrer qu'il était exposé à un risque de traitements contraires à l'article 3 de la Convention ; mais qu'il appartient ensuite à l'État de dissiper les doutes éventuels au sujet de ses éléments¹⁴⁰. Alors que la première précision se rapporte entièrement aux faits, à des allégations purement factuelles de la part du requérant ; la seconde qui est à la charge de l'État se rapporte à l'application du droit aux faits, notamment en essayant d'apporter la preuve que les allégations du requérant ne trouvent aucun écho dans le droit de la Convention. Dans l'affaire précitée, par exemple, le requérant a allégué être confronté au risque de subir des mauvais traitements dans son pays d'origine s'il devait y être renvoyé – *allégation de fait* ; ce à quoi le gouvernement défendeur a répondu que le grief de celui-ci était infondé – *application du droit* – car les crimes commis par le requérant justifiaient un

¹³⁸ v. C.E.D.H., *Fábíán c. Hongrie*, 05 septembre 2017, n° 78117/13, §115.

¹³⁹ C.E.D.H., *Sunday Times c. Royaume-Uni (n°1)*, 26 avril 1979, n° 6538/74, §59.

¹⁴⁰ C.E.D.H., *M.E. c. France*, 06 juin 2013, n° 50094/10, §§47-48.

tel renvoi, que les risques de mauvais traitements à l'encontre du requérant n'étaient pas établis¹⁴¹ – *aux faits*.

En revanche, si le requérant allègue par exemple une violation par l'État de son droit au mariage en vertu de l'article 12 de la Convention, s'il est en premier établi par les juridictions nationales que celui-ci se trouve effectivement dans l'incapacité de se marier eu égard aux lois nationales régissant l'exercice de ce droit, il appartient toujours au requérant de prouver en quoi le droit interne serait contraire à la Convention, schéma dans lequel l'État dispose *in fine* d'une large marge d'appréciation.

35. Cette précision étant faite en ce qui concerne le titulaire de la charge de la preuve dans le cadre des quatre niveaux de l'échelle, il nous faut à présent se rapporter plus précisément aux deux derniers niveaux de l'échelle susmentionnée¹⁴². Il s'agit ici en réalité de voir le titulaire de la charge de la preuve en ce qui concerne l'application du droit aux faits, certes, mais plus particulièrement, à la proportionnalité de la mesure. Dans ce cas, la question qui se pose est celle de savoir si une mesure est proportionnée ou, si elle n'est pas disproportionnée. Dans le premier cas, contrairement au second, il appartient à l'État de prouver la proportionnalité de sa mesure. Comme l'ont mis en lumière MM. Van Dijk et Van Hoof, il se peut qu'il y ait un inversement de la charge de la preuve en ce sens, faisant partir d'un contrôle positif de la proportionnalité à un contrôle négatif dont l'objet est de démontrer la « non-proportionnalité »¹⁴³.

L'affaire *Olsson (I)* constitue un exemple considérable en la matière. Elle concerne la compatibilité avec l'article 8 de la Convention de l'ordonnance de prise en charge des enfants des requérants par les autorités publiques. Un débat sur la méthode à observer pour trancher la question de la nécessité de la mesure litigieuse a eu lieu à l'audience¹⁴⁴. La majorité de la Commission considérait qu'il fallait étudier en détail les décisions des juridictions internes et déterminer si leur contenu relevait des raisons suffisantes de prendre en charge un enfant. La minorité, en revanche, estimait qu'il fallait demeurer dans le cadre de ces décisions internes et rechercher si leurs motifs semblent indiquer qu'elles reposaient sur des circonstances dénuées de pertinence ou ont appliqué des normes ou des critères

¹⁴¹ *Ibid.*, §§43-45.

¹⁴² Et ce, dans la continuité du raisonnement au Par. 27 de la présente étude.

¹⁴³ DIJK (P. V.) ; VAN HOOFF (G. J. H.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 2^{ème} éd., Kluwer, Boston, 1990, p. 591; v. aussi DROOGHENBROECK (S.V.), *La proportionnalité* ..., *op. cit.*, p. 233.

¹⁴⁴ C.E.D.H., *Olsson c. Suède (n° 1)*, 24 mars 1988, n° 10465/83.

inacceptables pour justifier une ordonnance de prise en charge ; en somme, il s'agirait de voir si le juge interne a mal apprécié la nécessité de la mesure litigieuse. La Cour y rappelle qu'elle ne se borne pas à se demander si l'État défendeur a usé de son pouvoir d'appréciation de bonne foi, avec soin, de manière sensée ; et qu'en outre, elle ne saurait se contenter d'examiner isolément les décisions critiquées mais se doit de déterminer les motifs invoqués à l'appui des ingérences en cause¹⁴⁵. Cela étant, la Cour a conclu qu'il n'avait pas été établi que les autorités étatiques n'avaient pas des motifs suffisants de croire à la nécessité d'une des mesures litigieuses¹⁴⁶. Il s'agit là d'un véritable retournement de la charge de la preuve au bénéfice du défendeur¹⁴⁷. Pour ce qui se rapporte à d'autres mesures, en revanche, telle l'exécution de la décision de la prise en charge qui, par son caractère temporaire, devait être suspendue, même si la Cour considère que « rien ne donne à penser que les autorités suédoises n'aient pas agi de bonne foi en exécutant la décision de prise en charge », elle souligne que cela ne suffit pas à rendre une mesure nécessaire au regard de la Convention¹⁴⁸. Les autorités étatiques avaient en effet procédé ainsi par faute de difficultés administratives ; or il s'agit ici, selon la Cour, d'un domaine essentiel du respect de la vie familiale¹⁴⁹.

En définitive, lorsque la Cour opère son contrôle de proportionnalité, la méthode qu'elle utilise – contrôle positif ou négatif – en dit déjà long sur l'étendue de la marge d'appréciation de l'État selon le titulaire de la charge de la preuve de la nécessité d'une mesure litigieuse.

36. En tout état de cause, ici, ce sont les droits à portée relative et donc de nature dérogeable qui nous intéressent principalement dans la mesure où lorsque l'État en garantit l'application « en amont », il dispose d'une large marge d'appréciation ; tandis que la mise en œuvre par celui-ci des droits de nature indérogeable ou absolue ne lui laisse, par leur énoncé même, aucune marge d'appréciation. Nous nous trouvons donc dans le cadre des deux derniers niveaux de l'échelle susmentionnée¹⁵⁰ avec une marge d'appréciation étatique large en amont, un contrôle européen moins sévère et une charge de preuve qui tend à se trouver entre les mains du requérant, l'État ayant le bénéfice du doute et donc jouissant d'une présomption de satisfaction aux exigences de proportionnalité.

¹⁴⁵ *Ibid.*, §68.

¹⁴⁶ *Ibid.*, §77.

¹⁴⁷ v. DROOGHENBROECK (S.V.), *La proportionnalité ...*, op. cit., p. 233.

¹⁴⁸ *Ibid.*, §82.

¹⁴⁹ *Idem.*

¹⁵⁰ v. le Par. 28 de la présente étude.

37. Ces droits dits dérogeables laissent place à des limitations¹⁵¹ qui sont sujettes à une marge d'appréciation étatique. Le caractère explicite ou implicite des limitations est déterminant pour la délimitation de l'étendue de la latitude de l'État.

38. Des limitations explicites sont prévues, en particulier, pour les articles 8 à 11 de la Convention qui supposent une obligation négative de non-ingérence des autorités nationales dans l'exercice, par un individu, de ses droits garantis par la Convention. Les termes précis de leurs seconds paragraphes permettent pareilles ingérences aux droits uniquement lorsque trois conditions cumulatives sont réunies, à savoir dans les cas où elles sont prévues par la loi¹⁵², poursuivent un but légitime¹⁵³ tel qu'énuméré dans la disposition, et sont nécessaires¹⁵⁴ dans une société démocratique¹⁵⁵. Cette triple exigence est cumulative en ce que dès lors que la mesure soumise à l'examen de la Cour n'est pas jugée suffisamment « prévue par la loi », il n'est pas nécessaire de vérifier si elle poursuit des buts légitimes et si elle est nécessaire dans une société démocratique¹⁵⁶. L'affirmation exhaustive de ces trois limitations ne permet cependant aucune autre marge pour des « limitations implicites »¹⁵⁷ dans le cadre de ces dispositions. À cet effet, dans l'arrêt *Golder*, la Cour a précisé que « la tournure restrictive dont se sert le paragraphe 2 [de l'article 8 de la Convention] (*'il ne peut y avoir ingérence ... que pour autant que ...'*) ne laisse pas place à l'idée de limitations implicites »¹⁵⁸ et ce, par opposition aux articles qui énoncent une obligation positive de l'État. La marge d'appréciation de l'État dans la mise en œuvre du droit de la Convention est donc strictement relative à l'interprétation que celui-ci fait des trois conditions précitées au regard du cas d'espèce.

¹⁵¹ C.E.D.H., *Hirst c. Royaume-Uni (n°2)*, 06 octobre 2005, n° 74025/01, §60 ; v. aussi C.E.D.H., *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, 02 mars 1987, n° 9267/81, §52.

¹⁵² Sur la portée des mots « prévus par la loi » : v. C.E.D.H., *Malone c. Royaume-Uni*, 02 août 1984, n° 8691/79, §67 ; C.E.D.H., *James et autres c. Royaume-Uni*, 21 février 1986, n° 8793/79, §67.

¹⁵³ Deuxième paragraphe commun aux articles 8, 9, 10, 11 : sécurité nationale, défense ou protection de l'ordre, sûreté ou sécurité publique, protection de la santé ou de la morale publique, prévention du crime ou des infractions pénales, protection des droits et libertés d'autrui, bien être économique du pays, volonté d'empêcher la divulgation d'informations confidentielles, garantie de l'autorité et de l'impartialité du pouvoir judiciaire.

¹⁵⁴ Sur le caractère « nécessaire » pour que la Cour admette des restrictions aux droits fondamentaux et celui du critère de « société démocratique », v. GANSHOF VAN DER MEERSCH (W.J.), "European Court of Human Rights", *Encyclopedia of Public International Law, Max Planck Institute*, Heidelberg. New York, 1985 ; GANSHOF VAN DER MEERSCH (W.J.), « La Convention européenne des droits de l'homme et les limites que leur assignent l'intérêt général », *Académie royale de Belgique, Bulletin de la Classe des Lettres et des Sciences morales et politiques*, 1985, pp. 138.

¹⁵⁵ C.E.D.H., *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, n° 7525/76, §43 ; v., *mutatis mutandis* C.E.D.H., *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, 13 août 1981, n° 7601/76, §59.

¹⁵⁶ DELMAS-MARTY (M.), IZORCHE (M.-L.), « Marge nationale d'appréciation et internalisation ... », *op. cit.*, p. 776.

¹⁵⁷ C.E.D.H., *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, n° 4451/70, §44.

¹⁵⁸ *Idem*. Les italiques sont de nous.

39. En revanche, des limitations implicites peuvent être déduites lorsque l'obligation qui découle pour l'État, du droit garanti, est de nature positive¹⁵⁹. Il s'agit de dispositions appelant à des régulations précises de la part des autorités nationales dans le droit interne. C'est le cas par exemple des réglementations en matière d'accès aux juridictions internes d'appel, en ce qui concerne l'application de l'article 6 de la Convention¹⁶⁰; des réglementations sur les conditions matérielles du droit au mariage, au titre de l'article 12 de la Convention; des réglementations sur les conditions relatives au droit de vote, en vertu de l'article 3 du Protocole additionnel à la Convention¹⁶¹, etc.

Dans ces cas, les termes utilisés dans la formulation de la disposition de la Convention peuvent être larges afin de laisser place à une interprétation évolutive de l'application du droit. Par exemple, dans l'arrêt *Winterwerp c. Pays-Bas*, la Cour énonce que le terme « aliéné » utilisé à l'article 5 de la Convention ne se prête pas à une interprétation définitive¹⁶². En effet, son sens ne cesse d'évoluer avec les progrès de la recherche psychiatrique, la souplesse croissante du traitement et les changements d'attitude de la communauté envers les maladies mentales¹⁶³. Et, la place laissée à l'interprétation évolutive d'un terme utilisé dans la disposition permet également de constater l'existence d'une place plus grande à la latitude étatique dans l'interprétation nationale dudit terme. En particulier, si le droit conventionnel demeure – délibérément ou non – vague sur ce point, l'État, lui, en revanche, est en pleine capacité de donner un sens précis au mot « aliéné » dans son droit interne, ce qui change manifestement le jeu de la Convention qui peut être plus demandant dans un État comparé à un autre mais qui fait de l'État, dans tous les cas, tributaire d'une large marge d'appréciation dans son application de la disposition.

40. Dans cette perspective, alors que l'on se situe ici dans le cadre des deux derniers niveaux de l'échelle décrite antérieurement¹⁶⁴, il reste à déterminer si la marge étatique est large au titre de son troisième niveau ou plutôt très large au titre de son quatrième niveau.

¹⁵⁹ C.E.D.H., *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, 02 mars 1987, n° 9267/81, §50.

¹⁶⁰ v. C.E.D.H., *Tolstoy Miloslavsky*, 13 juillet 1995, n° 18139/91, §59; v. aussi C.E.D.H., *Fayed c. Royaume-Uni*, 21 septembre 1994, n° 17101/90, §65; C.E.D.H., *Lithgow et autres c. Royaume-Uni*, 08 juillet 1986, n° 9006/80, §194; C.E.D.H., *Ashingdane c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, n° 8225/78, §57; C.E.D.H., *Airey c. Irlande*, 09 octobre 1979, n° 6289/73, §26; C.E.D.H., *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, n° 4451/70, §38.

¹⁶¹ Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, tel qu'amendé par le Protocole n° 11, STÉ n° 155.

¹⁶² C.E.D.H., *Winterwerp c. Pays-Bas*, 27 novembre 1981, n° 6301/73, §37.

¹⁶³ *Idem.*

¹⁶⁴ v. le Par. 28 de la présente étude.

Pour ce faire, il faudra examiner plus en détail la portée et l'applicabilité du droit dérogeable, celles-ci pouvant être limitées par la façon dont le droit est interprété¹⁶⁵. Sur ce point, outre le fait que certains termes peuvent être délibérément vagues, il faut également ajouter que certaines dispositions peuvent comporter une énumération de circonstances limitées dans lesquelles un droit donné ne s'applique pas. Par exemple, conformément à l'article 5 de la Convention, le droit d'un individu « à la liberté et à la sûreté » n'est pas enfreint si cet individu « est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent »¹⁶⁶. De même, les États peuvent recourir à différentes catégories d'intérêt public et privé pour justifier les ingérences – obligation négative – dans certains droits, en particulier en ce qui concerne les articles 8 à 11 de la Convention.

41. Il résulte de l'ensemble de ces observations que les droits dérogeables garantis dans la Convention peuvent faire l'objet d'une application différenciée selon la nature négative ou positive de l'obligation qui est impartie à l'État et l'interprétation qui leur est donnée. Le résultat de pareille interprétation varie selon qu'il existe une limitation explicite et expresse du droit dans la formulation de la disposition (**Section 1**) ou, au contraire, une limitation implicite qui peut être déduite d'une formulation délibérément vague de la disposition (**Section 2**). En tout état de cause, la largesse de la marge d'appréciation est ici tirée de ce qu'il appartiendra, au premier chef, à l'État d'interpréter telles dispositions dans son application de la Convention. Ensuite, la Cour prendra le relai de cette interprétation en opérant son examen de proportionnalité dans la décision rendue. L'interprétation faite par la juridiction est celle qui devra être prise en compte lorsque l'État remplacera la mesure disproportionnée par une autre mesure dans sa gamme de choix initiale de mesures « admissibles ». Cette chaîne de causalité est ici à l'étude pour déterminer l'étendue de la marge d'appréciation de l'État dans l'exécution de la décision de la Haute juridiction.

¹⁶⁵ GREER (S.), « Les exceptions aux articles 8 à 11 ... » *op. cit.*, p. 5.

¹⁶⁶ C.E.S.D.H., art. 5 §1(a).

Section 1 : L'interprétation des exceptions explicites aux droits de nature relative impliquant des obligations négatives pour l'État

42. De manière générale, et donc en ce qui concerne également les autres articles de la Convention qui contiennent des clauses moins explicites que celles qui se trouvent aux deuxièmes paragraphes des articles 8 à 11 de la Convention, mais tout aussi similaires, le principe de subsidiarité qui gouverne le partage de la marge d'appréciation entre État défendeur et Cour européenne¹⁶⁷ veut que l'État soit le premier juge de la nécessité¹⁶⁸ d'une ingérence dans le droit d'un individu protégé par la Convention¹⁶⁹ ; et que la Cour ait « compétence pour statuer en dernier lieu » sur la question de savoir si les décisions internes rendues en vertu d'un tel pouvoir d'appréciation sont conformes à la Convention¹⁷⁰.

Dans ce contexte, le caractère explicite de la marge, combiné à la priorité du jugement par l'État de la nécessité de la mesure, font que la marge d'appréciation « en amont » de l'État en la matière est, en principe, large. Pareil jugement est toutefois réexaminé par la Cour dans sa décision. Celle-ci s'emploiera à étudier si l'ingérence de l'État peut se justifier par les trois exigences précitées (**Paragraphe 1**). A l'issue du contrôle de proportionnalité opéré par la Cour sur l'ingérence étatique, la « gamme des choix admissibles » pourra directement être déduite de la lecture de l'arrêt de la Cour. C'est sur la base du résultat de ce contrôle que la Cour va « accorder » une marge d'appréciation à l'État dans l'exécution de la décision et *in fine* va délimiter l'étendue de celle-ci (**Paragraphe 2**).

¹⁶⁷ C'est-à-dire une première action de l'État doublée d'un contrôle européen : v. C.E.D.H., *Vogt c. Allemagne*, 26 septembre 1995, n° 17851/91, §52.

¹⁶⁸ *Idem.* ; v. aussi C.E.D.H., *Gündüz c. Turquie*, 04 décembre 2003, n° 35071/97, §37.

¹⁶⁹ BREMS (E.), «The Margin of Appreciation Doctrine ...», *op. cit.*, p. 242.

¹⁷⁰ C.E.D.H., *Vogt c. Allemagne*, 26 septembre 1995, n° 17851/91, §52 ; v. aussi C.E.D.H., *Krone Verlag Gmbh et Krone Multimedia Gmbh c. Autriche*, 17 janvier 2012, n° 33497/07, §30 ; C.E.D.H., *Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993, n° 14307/88, §47.

Paragraphe 1 : LE CONTRÔLE DE LA JUSTIFICATION DE L'INGÉRENCE ÉTATIQUE DANS L'EXERCICE DU DROIT EN CAUSE

43. La première exigence aux fins de justification d'une ingérence qui veut que celle-ci soit « prévue par la loi », est purement factuelle¹⁷¹. En ce sens, la Cour n'est pas appelée, à ce stade, à trancher sur le point de savoir si la loi est conforme à la Convention ; elle doit uniquement se contenter de voir si l'ingérence a « une base en droit interne »¹⁷². À cet égard, la Cour doit principalement essayer de savoir si l'ingérence était « prévisible »¹⁷³, claire et précise¹⁷⁴, quoique tel droit soit écrit ou non¹⁷⁵. L'exigence relative à l'existence d'une base légale ne pose donc pas réellement de problème dans le débat concernant l'influence de la marge d'appréciation dans la mise en œuvre de la Convention sur sa marge dans l'exécution de la décision de la Cour car il suffit à la Cour ici de constater l'existence d'un fait.

44. Plus significatives sont les deux dernières exigences : une ingérence qui poursuit un but légitime ; et qui est nécessaire dans une société démocratique. Prises isolément, elles fournissent certains indices sur ce que doit être l'étendue de la marge d'appréciation de l'État dans l'application du droit (**A**). En effet, la liste des buts légitimes qui servent à justifier une ingérence dans le droit d'un justiciable, est énumérée de manière exhaustive¹⁷⁶ dans la Convention. Ainsi, la définition *restrictive* des *restrictions*¹⁷⁷, constitue un premier indice. Quant à l'adjectif « nécessaire » dans l'expression « nécessaire dans une société

¹⁷¹ v. C.P.J.I., *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (fond)*, arrêt du 25 mai 1926, Série A n° 7, p. 19 : « les lois nationales sont de simples faits ». Dans cette affaire, la Cour internationale de justice a précisé qu'elle n'était « certainement pas appelée à interpréter la loi polonaise comme telle ; mais rien ne s'impose à ce qu'elle se prononce sur la question de savoir si, en appliquant ladite loi, la Pologne agit ou non en conformité avec les obligations » qui lui sont imposées. Une analogie doit être ici faite avec la pratique de la Cour européenne en ce que, dans le cadre de l'examen des justifications des ingérences, il lui faudra uniquement constater, au titre de la première exigence, si une législation interne existe et va dans le sens d'une telle ingérence ; elle n'est pas appelée à examiner en profondeur, à ce stade, la conformité de la loi avec la Convention.

¹⁷² C.E.D.H., *Malone c. Royaume-Uni*, 02 août 1984, n° 8691/79, §66 ; v. aussi C.E.D.H., *Silver et autres c. Royaume-Uni*, 25 mars 1983, n° 5947/72 et s., §86.

¹⁷³ C.E.D.H., *Malone c. Royaume-Uni*, 02 août 1984, n° 8691/79, §67.

¹⁷⁴ *Idem*.

¹⁷⁵ *Ibid.*, §66 ; v. aussi C.E.D.H., *Sunday Times c. Royaume-Uni (n°1)*, 26 avril 1979, n° 6538/74, §47.

¹⁷⁶ C.E.D.H., *SAS c. France*, 1^{er} juillet 2014, n° 43835/11, §113.

¹⁷⁷ v. C.E.D.H., *Svyato-Mykhaylivska Parafiya c. Ukraine*, 14 juin 2007, n° 77703/01, §132 ; v. aussi C.E.D.H., *Nolan et K. c. Russie*, 12 février 2009, n° 2512/04, §73.

démocratique », il se réfère aux moyens¹⁷⁸. Le choix du moyen le moins attentatoire à la liberté dépend de la connaissance des particularités locales. C'est un domaine où les autorités nationales sont mieux placées que le juge international étant donné leur proximité avec la vie publique, ce qui constitue un nouvel indice.

Toutefois, telles exigences sont, en réalité, inextricables car la première constitue l'unité de mesure de l'autre dans la mesure où, pour être nécessaire dans une société démocratique, l'ingérence doit être proportionnelle au but poursuivi¹⁷⁹, ce qui suppose qu'il doit exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les *moyens* employés et le *but* visé¹⁸⁰. Dès lors, lorsque ces critères sont pris ensemble **(B)**, le contrôle de proportionnalité opéré par la Cour devient plus concret ; on ne parle plus d'indice mais d'un véritable calcul de la marge qui reste à l'État, cette fois, dans la réparation du dommage causé par la mesure disproportionnée qui a été adoptée et *in fine*, dans l'exécution de l'arrêt.

A. Les critères de justification d'une ingérence pris isolément : effets distincts sur l'étendue de la marge d'appréciation de l'État

1. L'exigence relative aux buts légitimes poursuivis par l'ingérence étatique

45. Les restrictions et exceptions aux droits garantis ne sont pas rédigées de la même manière. Les variations dans les termes employés suggèrent que le contrôle de proportionnalité – et donc l'étendue de la marge d'appréciation de l'État qui y est inversement proportionnelle¹⁸¹ – sera plus ou moins large d'une garantie à l'autre¹⁸². Par exemple, l'article 8 de la Convention énonce qu' « il *ne* peut y avoir ingérence (...) que pour autant que (...) »¹⁸³ ; l'article 11 de la Convention énonce que « l'exercice de ces

¹⁷⁸ Opinion dissidente de M. le Juge Matscher dans C.E.D.H., *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, n° 7525/76.

¹⁷⁹ C.E.D.H., *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, 13 août 1981, n° 7601/76, §63.

¹⁸⁰ *v. mutatis mutandis* C.E.D.H., *Ashingdane c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, n° 8225/78, §57.

¹⁸¹ *v. le Par. 23 in fine* de la présente étude.

¹⁸² O'DONNELL (T.), « The Margin of Appreciation Doctrine ... », *op. cit.*, p.489.

¹⁸³ C.E.S.D.H., art. 8 §2.

droits *ne* peut faire l'objet d'autres restrictions que (...) »¹⁸⁴ ; alors que les articles 9 et 10 ne sont pas rédigés dans une tournure négative¹⁸⁵. Il en ressort que les articles 8 et 11 de la Convention sont susceptibles de faire l'objet d'un contrôle plus strict de la part de la Cour en comparaison aux articles 9 et 10 de la Convention¹⁸⁶.

46. Il ressort du second paragraphe de l'article 8 de la Convention sur le droit au respect de la vie privée et familiale, que les mesures d'ingérence doivent être nécessaires :

« à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui »¹⁸⁷.

Quant au second paragraphe de l'article 9 de la Convention sur la liberté de pensée, de conscience et de religion, il énonce les buts relatifs :

« à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui »¹⁸⁸.

Le second paragraphe de l'article 10 de la Convention sur la liberté d'expression fait référence :

« à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire »¹⁸⁹.

Enfin, le second paragraphe de l'article 11 de la Convention sur la liberté de réunion et d'association parle de mesures nécessaires :

¹⁸⁴ C.E.S.D.H., art. 11, §2.

¹⁸⁵ *v.* version anglaise : « no restriction » dans les articles 8 et 11 et pas dans les articles 9 et 10.

¹⁸⁶ O'DONNELL (T.), «The Margin of Appreciation Doctrine ...», *op. cit.*, p. 490.

¹⁸⁷ C.E.S.D.H., art. 8 §2.

¹⁸⁸ C.E.S.D.H., art. 9 §2.

¹⁸⁹ C.E.S.D.H., art. 10 §2.

« à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui »¹⁹⁰.

Ainsi, les buts légitimes qui peuvent être invoqués par l'État pour justifier son ingérence dans l'exercice par un individu de son droit diffèrent d'un droit à l'autre, plusieurs restrictions étant admises pour certains droits et peu de restrictions pour d'autres. Toutefois, ce paramètre quantitatif ne suffit pas, à lui seul, à déterminer l'étendue de la marge d'appréciation de l'État selon la nature du droit en cause. Pour cela, faut-il encore rechercher exactement la portée du but légitime que l'État invoque à l'appui de sa justification.

47. Grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leurs pays¹⁹¹, les autorités nationales se trouvent « en principe, mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis »¹⁹² des exigences relatives aux buts de l'ingérence légitimes énoncés précédemment. Dans cette optique, l'étendue de la marge d'appréciation de l'État en amont dans l'application de la Convention dépend donc du but précis qu'il poursuit lorsqu'il s'ingère dans l'exercice par un individu de ses droits garantis dans la Convention¹⁹³. Elle varie ainsi d'un cas à l'autre selon l'interprétation que fait l'État des garanties et des sacrifices que commande la réalisation de tels objectifs.

Ainsi, dans l'affaire *Sunday Times*, la Cour a admis que « le pouvoir d'appréciation n'a pas une ampleur identique pour chacun des buts énumérés »¹⁹⁴.

48. À cet égard, la Cour a rappelé à maintes reprises que le but relatif à « la protection de la morale » occupe une place particulière dans sa jurisprudence en comparaison d'autres buts légitimes¹⁹⁵. Selon elle, l'idée que les États se font des exigences de la protection de la morale « varie dans le temps et l'espace »¹⁹⁶. Par exemple, les opinions que les sociétés ont de la reconnaissance juridique du nouveau sexe des

¹⁹⁰ C.E.S.D.H., art. 11 §2.

¹⁹¹ C.E.D.H., *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, n° 7525/76, §52.

¹⁹² *Idem*.

¹⁹³ C.E.D.H., *Sunday Times c. Royaume-Uni (n°1)*, 26 avril 1979, n° 6538/74, §59; v. aussi BREMS (E.), "The Margin of Appreciation Doctrine ...", *op. cit.*, p. 257.

¹⁹⁴ *Idem*. ; v. aussi C.E.D.H., *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, n° 7525/76, §52.

¹⁹⁵ C.E.D.H., *Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1)*, 26 avril 1979, n° 6538/74, §59 ; C.E.D.H., *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, n° 7525/76, §52.

¹⁹⁶ C.E.D.H., *Sunday Times c. Royaume-Uni (n°1)*, 26 avril 1979, n° 6538/74, §59 ; C.E.D.H., *Handyside c. Royaume-Uni*, 07 décembre 1967, n° 5493/72, §48.

transsexuels¹⁹⁷, de la légalisation des interruptions volontaires de grossesse¹⁹⁸, ou encore de la dépénalisation des actes homosexuels¹⁹⁹, *évoluent au fil du temps et diffèrent d'une société à une autre* dans la mesure où certains sujets sont plus sensibles pour certains États comparés à d'autres²⁰⁰. Une telle variation des opinions conduit à une variation des lois nationales sur tels sujets. Comme l'a rappelé la Cour, « on ne peut pas dégager du droit interne des divers États contractants une notion européenne uniforme de la morale »²⁰¹. Dès lors, l'absence de consensus européen sur ces questions et de manière plus large, sur les exigences relatives à la protection de la morale, permet de reconnaître une plus grande marge d'appréciation aux États dans leur application de la Convention « en amont ».

49. De même, la poursuite du but relatif à la « protection de l'ordre public » laisse également place à une plus grande marge d'appréciation étatique²⁰². Sur ce point, les autorités nationales, du fait de leur connaissance du terrain, sont plus aptes à décider des mesures à prendre, parfois dans l'urgence, face à un trouble de l'ordre public. Dans ce cas, elles étudieront les intérêts qui sont susceptibles d'être sacrifiés pour réaliser cet objectif, les risques liés à l'adoption de telles mesures, les délais pris en compte, les conditions d'application de la mesure etc. Dans son examen de la proportionnalité ou de la nécessité de la mesure, il reviendra à la Cour de prendre en compte des éléments tels que le laps de temps dans lequel les mesures ont dû être prises et les intérêts touchés au nom de la poursuite de son but ; mais surtout, prendra-t-elle en compte la marge d'appréciation de l'État qui ressort des exigences du but poursuivi par celui-ci. Les exigences relatives au but de la protection de l'ordre public variant selon les circonstances et les dangers, la Cour devra reconnaître, dans son contrôle de proportionnalité de la mesure, que l'État disposait d'une large marge d'appréciation.

50. Parallèlement, le but relatif à la « protection des intérêts et des droits d'autrui » nécessite que l'État opère une mise en balance *circonstanciée* des intérêts en jeu²⁰³. C'est le cas par exemple lorsqu'il existe un conflit entre la liberté d'expression d'un individu et

¹⁹⁷ C.E.D.H., *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, 30 juillet 1998, n° 22985/93.

¹⁹⁸ C.E.D.H., *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002, n° 2346/02, §39.

¹⁹⁹ C.E.D.H., *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, n° 7525/76

²⁰⁰ DELMAS-MARTY (M.), IZORCHE (M.-L.), « Marge nationale d'appréciation et internalisation du droit ... », *op. cit.*, p. 778 ; v. C.E.D.H., *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, n° 7525/76 sur l'homosexualité ; v. C.E.D.H., *B. c. France*, 25 mars 1992, n° 13343/87 sur la transsexualité.

²⁰¹ C.E.D.H., *Handyside c. Royaume-Uni*, 07 décembre 1967, n° 5493/72, §48

²⁰² DELMAS-MARTY (M.), IZORCHE (M.-L.), « Marge nationale d'appréciation et internalisation du droit ... », *op. cit.*, p. 761.

²⁰³ v. *mutatis mutandis*, C.E.D.H., *Schüth c. Allemagne*, 23 septembre 2010, n° 1620/03, §67 ; C.E.D.H., *Siebenhaar c. Allemagne*, 3 février 2011, n° 18136/02, §45.

le droit à la réputation des personnes mises en cause par l'exercice de cette première liberté. À cet effet, lorsque la Cour va regarder l'affaire dans son ensemble²⁰⁴, elle va opérer une appréciation *casuistique* plus poussée d'une affaire à une autre en analysant si les autorités ont ménagé un « juste équilibre » entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs des droits fondamentaux de l'individu²⁰⁵. Dans cette perspective, la Cour a admis que « grâce à leurs contacts directs et constants avec leurs membres, les autorités ordinales ou les cours et tribunaux du pays se trouvent mieux placés que le juge international pour préciser où se situe, à *un moment donné*, le juste équilibre à ménager »²⁰⁶. Cette variation dans le temps, des circonstances et des exigences relatives à tel but légitime, élargit ainsi la marge d'appréciation étatique à tel point que la Cour a relevé que l'équilibre est rompu si la personne concernée a eu à subir « une charge spéciale et exorbitante »²⁰⁷, signifiant par là que c'est donc uniquement lorsqu'il y a une disproportionnalité évidente et manifeste que la limite de la marge étatique est franchie.

51. En revanche, il n'en va pas de même pour le but relatif à la « garantie de l'autorité du pouvoir judiciaire » qui, selon les propres mots de la Cour, est une notion « beaucoup plus objective »²⁰⁸ – *et donc ne varierait pas dans le temps et dans l'espace* – et dont les exigences ne devraient donc pas dépendre d'une interprétation *subjective* de l'État, limitant la marge d'appréciation de ce dernier. L'expression *autorité du pouvoir judiciaire* « reflète notamment l'idée que les tribunaux constituent les organes appropriés pour statuer sur les différends juridiques et se prononcer sur la culpabilité ou l'innocence quant à une accusation (...), que le public les considère comme tels et que leur aptitude à s'acquitter de cette tâche lui inspire du respect et de la confiance »²⁰⁹.

La Cour a ainsi déjà rappelé que le pouvoir judiciaire, garant de la justice et valeur fondamentale dans un État de droit, doit être protégé contre des attaques gravement préjudiciables dénuées de fondement sérieux²¹⁰, surtout que le devoir de réserve interdit aux magistrats visés de réagir²¹¹. Dans l'affaire *Schöpfer c. Suisse*, la Cour a affirmé que les autorités nationales « n'ont pas outrepassé leur marge d'appréciation » en sanctionnant

²⁰⁴ v. C.E.D.H., *Gündüz c. Turquie*, 4 décembre 2003, n° 35071/97, §42.

²⁰⁵ C.E.D.H., *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, 23 septembre 1982, n° 7151/75, §69

²⁰⁶ C.E.D.H., *Schöpfer c. Suisse*, 20 mai 1998, n° 25405/94, §33.

²⁰⁷ *Ibid.*, §73 ; C.E.D.H., *James et autres c. Royaume Uni*, 21 février 1986, n° 8793/79, §50.

²⁰⁸ C.E.D.H., *Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1)*, 26 avril 1979, n° 6538/74, §59.

²⁰⁹ C.E.D.H., *Worm c. Autriche*, 29 août 1997, n° 22714/93, §40.

²¹⁰ C.E.D.H., *Morice c. France*, 23 avril 2015, n° 29369/10, §128.

²¹¹ C.E.D.H., *Prager et Oberschlick c. Autriche*, 26 avril 1995, §34.

le requérant²¹², un avocat qui a exprimé en public ses doléances au sujet d'une procédure qui était alors pendante devant une juridiction pénale et qui a discrédité l'ensemble des autorités judiciaires cantonales. Toutefois, dans l'affaire *Morice c. France*, la Cour a estimé que les propos du requérant – lui aussi avocat – n'étaient pas de nature à perturber la sérénité des débats judiciaires, les deux juges critiqués ayant été dessaisis et la juridiction n'étant donc, en aucune façon, visée par les propos litigieux²¹³. Elle a poursuivi en affirmant que « s'ils pouvaient certes passer pour virulents, [tels propos] n'en constituaient pas moins des jugements de valeurs reposant sur une 'base factuelle' suffisante »²¹⁴. Ainsi, aux fins de son contrôle de proportionnalité, la Cour opère une distinction entre les déclarations de fait et les jugements de valeur²¹⁵, les premières justifiant une ingérence étatique lorsqu'entre autres, les propos sont diffamatoires et virulents ; et les derniers ne permettant pas d'ingérence de la part de l'État dans l'exercice du droit par l'auteur de tels propos, à sa liberté d'expression.

En définitive, les exigences que commande la poursuite de ce but légitime sont « plus claire[s] »²¹⁶ dans le sens où, comme l'a expliqué la Cour dans l'arrêt *Sunday Times*, « en la matière, une assez grande concordance de vues ressort du droit interne et de la pratique des États contractants »²¹⁷. Telles exigences ne varient donc pas d'un État membre à un autre ; ce sont plutôt la teneur des propos litigieux en tant que déclarations de fait ou jugements de valeur, qui doivent être examinés eu égard à la notion objective de « garantie de l'autorité du pouvoir judiciaire ».

52. En somme, là où il y a des variations dans le temps et dans l'espace, et « spécialement à notre époque caractérisée par une évolution rapide et profonde des opinions en la matière »²¹⁸, les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences²¹⁹. Ainsi, c'est cette *variation* des exigences relatives aux buts légitimes qui conduit à la flexibilité et à l'extension de la marge d'appréciation étatique en amont, dans l'application du droit de

²¹² C.E.D.H., *Schöpfer c. Suisse*, 20 mai 1998, n° 25405/94, §33.

²¹³ C.E.D.H., *Morice c. France*, 23 avril 2015, n° 29369/10, §169.

²¹⁴ *Ibid.*, §170.

²¹⁵ v. C.E.D.H., *Lingens c. Autriche*, 8 juillet 1986, §46 ; v. aussi C.E.D.H., *Oberschlick c. Autriche (n° 1)*, 23 mai 1991, §63.

²¹⁶ GREER (S.), « Les exceptions aux articles 8 à 11 ... » *op. cit.*, p. 45.

²¹⁷ C.E.D.H., *Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 1)*, 26 avril 1979, n° 6538/74, §59.

²¹⁸ C.E.D.H., *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, n° 5493/72, §48.

²¹⁹ *Idem.*

la Convention, un indice à prendre en compte dans la détermination future de sa marge en aval, dans l'exécution de la décision de la Cour.

2. L'exigence relative à la nécessité de l'ingérence étatique dans une société démocratique

53. Lorsque la Cour examine la nécessité d'une ingérence étatique dans une société démocratique, la Cour regagne une certaine marge d'appréciation²²⁰ après la priorité conférée à l'État en termes d'appréciation des *faits*²²¹ – ce qui inclut le critère « prévu par la loi » – et d'évaluation des exigences que commandent les buts légitimes poursuivis. En effet, la Haute juridiction a ici compétence pour statuer « *en dernier lieu* » sur le point de savoir si une « restriction » ou « sanction » se concilie avec le droit en cause²²². Elle a donc le dernier mot et c'est dans ce cadre qu'elle va opérer son contrôle subsidiaire consistant à étudier les données de fait précédemment invoquées par l'État et à rechercher si la manière dont il les a pris en compte pour adopter sa mesure « restait dans les limites de [sa] marge d'appréciation »²²³.

Il ressort de la jurisprudence de la Cour et en particulier de l'affaire *Lingens* que dans l'exercice de son pouvoir de contrôle, celle-ci ne peut se borner à examiner isolément les décisions judiciaires incriminées mais qu'il lui faut les considérer à la lumière de l'ensemble de l'affaire²²⁴. Sur cette base, le Pr. S. Greer a énoncé que le cadre d'interprétation de la nécessité dans une société démocratique se compose de trois éléments : « la nature de la nécessité dans une société démocratique ; la charge de la preuve et le caractère proportionné de l'ingérence au but légitime poursuivi ; la marge d'appréciation et le contrôle européen »²²⁵.

54. En premier lieu, en ce qui concerne la nature du critère de nécessité dans une société démocratique, le terme « nécessaire » implique l'existence d'un « besoin social

²²⁰ v. GREER (S.), « Les exceptions aux articles 8 à 11 ... » *op. cit.*, p. 14.

²²¹ C.E.D.H., *Oberschlick c. Autriche*, 23 mai 1991, n° 11662/85, §60.

²²² C.E.D.H., *Lingens c. Autriche*, 08 juillet 1986, n° 9815/82, §39.

²²³ C.E.D.H., *James et autres c. Royaume Uni*, 21 février 1986, n° 8793/79, §49.

²²⁴ C.E.D.H., *Lingens c. Autriche*, 08 juillet 1986, n° 9815/82, §40.

²²⁵ GREER (S.), « Les exceptions aux articles 8 à 11 ... » *op. cit.*, p. 14.

impérieux »²²⁶, qui ne saurait se confondre avec un simple opportunisme ou une utilité²²⁷. Il appartient aux autorités nationales de juger, en priorité, de la réalité de ce besoin. Ces dernières conservent ainsi une dense marge d'appréciation²²⁸. Cependant, le fait qu'une ingérence ait pu, d'une manière générale, présenter des avantages, ne prouve pas en soi qu'elle ait été nécessaire²²⁹. La Cour ne peut se contenter de rechercher si l'État a usé de son pouvoir d'appréciation « de bonne foi, avec soin et de façon raisonnable »²³⁰, elle doit vérifier si les motifs invoqués par les autorités compétentes étaient pertinents et suffisants²³¹. Ainsi, par exemple, dans l'arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni*, la Cour a estimé que le fait qu'aucune procédure pénale ayant trait à des relations sexuelles privées entre hommes adultes consentants n'ait été engagée pendant plus d'une dizaine d'années, signifie qu'il n'y avait aucun besoin social lié à la mesure d'ingérence litigieuse²³².

55. Ensuite, à cette condition de nécessité, s'ajoute le complément d'objet « société démocratique » qui n'est le fruit de nul hasard car les États contractants sont *présumés* constituer des sociétés démocratiques. Dans l'arrêt *Sunday Times*, la Cour a rappelé « qu'il n'est pas de société démocratique sans que le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture, se traduisent effectivement dans [le] régime institutionnel [de l'État] (...) »²³³. Une telle mention dans les deuxièmes paragraphes des dispositions de la Convention qui nous intéressent, souligne, en réalité, que lorsque la Cour opère son contrôle de proportionnalité, elle doit tenir compte de la *situation* interne de l'État²³⁴ et « ne saurait ignorer les données de droit et de fait caractérisant la vie de la société dans l'État qui, en qualité de partie contractante, répond de la mesure contestée »²³⁵. Rappelons à cet égard

²²⁶ C.E.D.H., *Vogt c. Allemagne*, 26 septembre 1995, n° 17851/91, §52.

²²⁷ C.E.D.H., *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, n° 7525/76, §51.

²²⁸ *Ibid.*, §52.

²²⁹ C.E.D.H., *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, 13 août 1981, n° 7601/76, §63.

²³⁰ C.E.D.H., *Vogt c. Allemagne*, 26 septembre 1995, n° 17851/91, §52.

²³¹ *Idem.*

²³² C.E.D.H., *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, n° 7525/76, §60.

²³³ C.E.D.H., *Sunday times c. Royaume-Uni (n° 1)*, 26 avril 1979, n° 6538/74, §8.

²³⁴ v. TULKENS (F.), DONNAY (L.), « L'usage de la marge d'appréciation ... », *op. cit.*, p. 3 et s. : la Cour devrait concéder « une marge d'erreur » au bénéfice des États.

²³⁵ C.E.D.H., *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique*, 23 juillet 1968, n° 1474/62, §10 ; v. aussi C.E.D.H., *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, Fond, 18 juin 1971, n° 2832/66, §93 : la Cour évoque le « pouvoir d'appréciation » dont disposent les États. Elle relève « que les autorités belges compétentes n'ont pas transgressé en l'espèce les limites du pouvoir d'appréciation que l'article 8-2 de la Convention laisse aux États contractants : même dans le cas d'individus internés pour vagabondage, elles ont pu avoir des raisons plausibles de croire à la nécessité de restrictions destinées notamment à la défense de l'ordre, à prévenir les infractions pénales, à protéger la santé ou la morale et à préserver les droits et libertés d'autrui ».

que certains sujets peuvent, en effet, être socialement sensibles pour certains États²³⁶. Dans pareils cas, la Cour n'a pas « qualité pour se substituer aux autorités locales quant à la meilleure politique à adopter » face à ces sensibilités et spécificités conjoncturelles²³⁷, ce qui leur laisse une certaine marge d'appréciation²³⁸ pour appliquer le droit vis-à-vis de l'individu, selon la particularité de chaque situation. En tout état de cause, les exigences de la « société démocratique » devront être concrétisées par le biais d'une démarche comparative et d'une interprétation consensuelle²³⁹.

56. En définitive, la nécessité, lorsqu'elle est suivie de l'expression « dans une société démocratique », exige qu'en présence de plusieurs mesures possibles, l'État choisisse celle qui interfère le moins dans les droits d'autrui, pour poursuivre son but légitime. En cela, il s'agit d'un véritable contrôle de proportionnalité. En ce sens, aucune interférence ne pourra être admise aux termes des deuxièmes paragraphes desdits articles que « dans la stricte mesure où la situation l'exige »²⁴⁰.

57. En ce qui concerne le titulaire de la charge de preuve et dans la continuité de notre analyse sur ce sujet²⁴¹, puisqu'il s'agit ici de justifier l'appréciation d'une exception, cette tâche revient à l'État défendeur (*reus in excipiendo fit actor*). Celui-ci doit justifier que sa mesure répond bel et bien aux trois conditions cumulatives. Les critères « pertinent et suffisant »²⁴² ou encore « convaincant »²⁴³ auxquels doivent répondre les justifications de l'État vont dans ce sens. Suivant l'échelle de la marge d'appréciation étatique rappelée à maintes reprises antérieurement, le fait que la charge de la preuve incombe à l'État signifie que la Cour « s'attache à déterminer si le comportement de l'État a été raisonnable »²⁴⁴ [niveau 3]. La marge d'appréciation de l'État est donc moins large que présumée car elle

²³⁶ DELMAS-MARTY (M.), IZORCHE (M.-L.), « Marge nationale d'appréciation et internalisation du droit ... », *op. cit.*, p. 778.

²³⁷ C.E.D.H., *Oneryildiz c. Turquie*, 30 novembre 2004, n° 48939/99, §107.

²³⁸ C.E.D.H., *B. c. France*, 25 mars 1992, n° 13343/87, §50.

²³⁹ DROUGHENBROECK (S.V.), *La proportionnalité ...*, *op. cit.*, p. 518 ; v. aussi RIGAUX (F.), « Interprétation consensuelle et interprétation évolutive », in SUDRE (F.) (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du Colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 41 ; HERRINGA (A. W.), « The 'Consensus Principle'. The Role of 'Common Law' in the ECHR Case law », *M.J.*, 1996, p. 18 ; HELFER (L. R.), « Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights », *Cornell International Law Journal*, vol. 26, 1993, p. 154 et s..

²⁴⁰ DELMAS-MARTY (M.), IZORCHE (M.-L.), « Marge nationale d'appréciation et internalisation ... », *op. cit.*, p. 760.

²⁴¹ v. les Pars. 34 et 35 de la présente étude.

²⁴² C.E.D.H., *Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, 26 novembre 1991, n° 13585/88, §72.

²⁴³ v. C.E.D.H., *Klass c. Allemagne*, 6 septembre 1978, n° 5029/71, §59 ; C.E.D.H., *Gaskin c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, n° 10454/83, §40.

²⁴⁴ GREER (S.), « Les exceptions aux articles 8 à 11 ... » *op. cit.*, p. 16.

ne s'apparente pas au quatrième niveau consistant à ce que la Cour « détermine si ce comportement n'a pas été déraisonnable »²⁴⁵.

B. Les critères de justification d'une ingérence pris ensemble : détermination concrète de l'étendue de la marge d'appréciation de l'État

58. A la vérité, lorsque la Cour met en relation le critère de « nécessité » avec le « besoin social », elle entend par-là que l'adjectif « nécessaire » permet de « peser » la légitimité du but poursuivi par l'ingérence²⁴⁶. *In concreto*, le travail de la Cour consiste à vérifier, comme l'explique Mme la Juge Tulkens, « le caractère approprié de l'ingérence qui doit pouvoir protéger l'intérêt légitime mis en danger, le choix de la mesure qui est la moins attentatoire au droit ou à la liberté en cause et, enfin, sa proportionnalité qui requiert une balance des intérêts en présence »²⁴⁷. Réitérons qu'elle doit, en ce sens, considérer l'ingérence litigieuse à la lumière de l'ensemble de l'affaire²⁴⁸, à la fois sur la loi en cause et sur les décisions qui l'appliquent²⁴⁹. Il s'agit donc d'un examen casuistique, semblant reposer sur un scénario aléatoire²⁵⁰.

59. L'exemple de l'arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* est considérable dans l'analyse de la démarche de la Cour quant à l'examen de proportionnalité puisque l'État défendeur invoque à la fois le but relatif à la « protection de la morale » et à la « protection des droits et libertés d'autrui »²⁵¹ : deux poids deux mesures dans la détermination de la marge d'appréciation étatique²⁵². En effet, le premier a une place particulière dans la jurisprudence de la Cour du fait des évolutions des opinions qui ne laissent pas de place à un consensus européen uniforme ; et le second a trait à l'importance du droit pour le requérant, comparée à l'importance du droit pour d'autres justiciables.

²⁴⁵ *Idem*.

²⁴⁶ Opinion dissidente de M. le Juge Matscher dans C.E.D.H., *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, n° 7525/76.

²⁴⁷ Opinion dissidente de Mme la Juge Tulkens dans C.E.D.H., *Leyla Sahin c. Turquie*, 10 novembre 2005, n° 44774/98, pt. 2.

²⁴⁸ C.E.D.H., *Gündüz c. Turquie*, 4 décembre 2003, n° 35071/97, §42.

²⁴⁹ C.E.D.H., *Sunday Times c. Royaume-Uni* (n° 1), 26 avril 1979, n° 6538/74, §59 ; C.E.D.H., *Lingens c. Autriche*, 08 juillet 1986, n° 9815/82, §39.

²⁵⁰ DROOGHENBROECK (S.V.), *La proportionnalité ...*, *op. cit.*, p. 546.

²⁵¹ C.E.D.H., *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, n° 7525/76, §45.

²⁵² v. notre analyse séparée des deux buts légitimes, au Par. 48 et au Par. 50 de la présente étude.

Ces « indicateurs »²⁵³ sont, avec la nature relative du droit en cause, utilisés par la Cour dans le cadre du contrôle de proportionnalité. Pour les besoins de l'analyse qui suit, rappelons que leur impact sur l'étendue de la marge d'appréciation de l'État en amont est nécessairement variable selon qu'ils soient étudiés de manière subsidiaire dans le cadre de l'obligation de non-ingérence ou à titre principal²⁵⁴.

La Cour a joué, dans cet arrêt, un rôle considérable dans le « traçage » du seuil de délimitation entre la sphère de « discrétionnalité » étatique et la sphère de non-conformité à la Convention. Il convient de déterminer comment elle a effectué ce « traçage » et surtout, quelle en a été la conséquence sur l'étendue de la marge d'appréciation de l'État.

Ainsi qu'il a été explicité antérieurement, la Cour devait déterminer si l'existence de lois qui ont pour effet d'ériger en infractions certains actes homosexuels entre hommes adultes et consentants était conforme à l'article 8 de la Convention²⁵⁵. À la Cour de préciser tout d'abord que sa tâche consistait à rechercher si les motifs présentés par l'État en faveur de l'ingérence litigieuse ont été pertinents et suffisants au regard du deuxième paragraphe de l'article 8 de la Convention ; et « non pas à exprimer un jugement de valeur sur la moralité des relations homosexuelles masculines entre adultes »²⁵⁶.

Dans cette perspective, alors qu'il ne ressort pas de la jurisprudence de la Cour que le droit à la vie privée et familiale soit supérieur à d'autres droits de nature dérogatoire²⁵⁷, l'article 8 de la Convention doit, toutefois, être vu comme ayant un statut particulier dans la mesure où il touche une manifestation essentiellement privée de la personnalité humaine²⁵⁸, "*the most intimate aspects of privacy*"²⁵⁹. Pour ces raisons, les ingérences de l'État dans les droits garantis à un individu par l'article 8 de la Convention « exigent des raisons d'intérêt public particulièrement sérieuses et la marge d'appréciation accordée aux autorités nationales [en la matière] doit être envisagée comme étroite »²⁶⁰. En reconnaissant cela, la Cour entend prendre dûment en considération l'importance du droit à

²⁵³ v. le Par. 27 de la présente étude.

²⁵⁴ v. le Par. 28 de la présente étude ; v. aussi l'opinion dissidente de M. le Juge MALINVERNI, à laquelle se rallie Mme la Juge Kalaydjieva dans C.E.D.H., Lautsi c. Italie, 18 mars 2011, n° 30814/06, pt. 1.

²⁵⁵ *Idem.*

²⁵⁶ *Idem.*, §54.

²⁵⁷ BREMS (E.), "The Margin of Appreciation Doctrine ...", *op. cit.*, p. 267.

²⁵⁸ C.E.D.H., *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, n° 7525/76, §60.

²⁵⁹ Traduit par nous : « L'aspect le plus intime de la vie privée » : BREMS (E.), "The Margin of Appreciation Doctrine ...", *op. cit.*, p. 267.

²⁶⁰ *Ibid.*, §86 ; v. aussi C.E.D.H., *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, n° 7525/76, §52 ; C.E.D.H., *Norris c. Irlande*, 26 octobre 1988, n° 10581/83, §46.

la vie privée du requérant. Puis, lorsqu'elle admet que l'existence de profondes différences d'opinion entre l'Irlande du Nord et la Grande Bretagne quant aux questions de moralité est un élément pertinent²⁶¹, elle relève l'absence de consensus en la matière au niveau européen. La marge d'appréciation étatique devrait donc être étroite parce que l'ingérence touchait une « manifestation essentiellement privée de la personnalité humaine » mais devrait également être large dans la mesure où il n'existe aucun consensus européen sur le traitement juridique de pareille manifestation de la personnalité humaine. Dans l'appréciation de la proportionnalité de l'ingérence étatique, la Cour doit reconnaître qu'il appartient à l'État, en amont, d'apprécier les garanties qui commandent le besoin social relatif à la protection de la morale et des droits d'autrui²⁶². Il n'en demeure pas moins qu'elle doit également choisir *l'indicateur qui, selon elle, mérite une plus grande attention*. Ainsi, malgré l'absence d'un consensus uniforme, la Cour note qu'« on comprend mieux aujourd'hui le comportement homosexuel qu'à l'époque de l'adoption [des lois attaquées] et l'on témoigne donc plus de tolérance envers lui »²⁶³. Elle a également observé que les autorités d'Irlande du Nord ont, ces dernières années, évité d'engager des poursuites du chef d'actes homosexuels commis, de leur plein gré et en privé, par des hommes de plus de 21 ans capables d'y consentir²⁶⁴. Prenant tous ces éléments en considération, elle conclut que « rien dans le dossier ne prouve que cela ait porté atteinte aux valeurs morales en Irlande du Nord, ni que l'opinion publique ait réclamé une application plus rigoureuse de la loi »²⁶⁵. En somme, l'État n'a pas apporté les preuves d'une atteinte aux intérêts légitimes que celui-ci comptait protéger par l'adoption d'une mesure d'ingérence.

Le raisonnement de la Cour fournit des indices significatifs sur les mesures qui auraient été proportionnées aux buts légitimes poursuivis par les autorités nationales et qui auraient donc pu être justifiées. En effet, elle a constaté qu'une garantie comme la fixation d'un âge minimum n'est pas contraire à la Convention²⁶⁶ ; et que l'absence de garantie qui mène au caractère absolu de l'ingérence constitue, en revanche, une violation de la Convention²⁶⁷. L'on aperçoit ici très concrètement la limite entre les choix « admissibles » et « non-admissibles ». En d'autres termes, n'est pas admissible, une mesure *absolue* qui

²⁶¹ *Ibid.*, §56.

²⁶² *Ibid.*, §62.

²⁶³ C.E.D.H., *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, n° 7525/76, §60.

²⁶⁴ *Idem.*

²⁶⁵ *Idem.*

²⁶⁶ *Idem.* : La Cour n'a pas constaté que le fait que le requérant se trouve empêché d'avoir des relations homosexuelles avec des jeunes de moins de 21 ans, soit en violation de l'article 8 de la Convention

²⁶⁷ *Ibid.*, §61.

ne laisse aucune place à des aménagements, des conditions ou des garanties – que nous appellerons « choix D » pour faciliter la démonstration *hypothétique*²⁶⁸ au second paragraphe de la présente Section, considérant que les choix A, B et C sont admissibles.

La Cour a été confrontée à une même problématique dans une affaire plus récente *Menesson c. France* concernant la gestation pour autrui²⁶⁹. Elle y observait qu’il n’existait pas de consensus européen, ni sur la gestation pour autrui, ni sur la reconnaissance juridique du lien de filiation entre les parents d’intention et les enfants ainsi légalement conçus à l’étranger²⁷⁰. Cependant, elle précise ensuite qu’il faut prendre en compte la circonstance qu’un aspect essentiel de l’identité des individus est en jeu dès lors que l’on touche à la filiation, faisant ainsi atténuer la marge d’appréciation de l’État²⁷¹. Ainsi, concernant les troisièmes et quatrième requérantes – contrairement aux deux premières – la Cour a estimé que le gouvernement français est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d’appréciation compte tenu des conséquences que peuvent avoir la non-reconnaissance de leur lien de filiation avec leurs parents (nationalité, régime de succession), alors que l’intérêt de l’enfant doit guider toute décision les concernant²⁷². Dans son bilan d’action présenté au Comité des Ministres, l’État défendeur affirme que tel arrêt lui impose « d’offrir aux personnes concernées une voie de droit effective pour obtenir la reconnaissance, en droit français, du lien de filiation entre le père biologique français et l’enfant », mais la Cour de cassation n’admet en revanche pas que puissent être transcrites les mentions relatives à la mère d’intention²⁷³. Cela reste conforme à l’arrêt dont le raisonnement met l’accent sur les conséquences de l’absence de filiation et non sur la légalité de la filiation des requérantes à la mère d’intention. En effet, sans reconnaître la gestation pour autrui dans le droit interne de l’État défendeur, les conséquences négatives de la non-reconnaissance ont pu trouver remède : en étant affiliées au père, les requérantes peuvent avoir la nationalité française et bénéficier du régime régulier de succession. La

²⁶⁸ Hypothétiquement dans la mesure où, au-delà de l’arrêt, nous soumettons une idée de ce qu’est la réparation idéale, indistinctement de la réparation qui a eu lieu concrètement, opérée par le Royaume Uni.

²⁶⁹ C.E.D.H., *Menesson c. France*, 26 juin 2014, n° 65192/11.

²⁷⁰ *Ibid.*, §78.

²⁷¹ *Ibid.*, §80.

²⁷² *Ibid.*, §§99-100.

²⁷³ Communication de la France concernant les affaires *Laborie, Menesson et Labassée c. France*, n° 44024/13, 65192/11 et 65941/11, bilan d’action du 18 juillet 2017 examiné à la 1294^{ème} réunion des Délégués des Ministres, document DH-DD(2017)462, donnant lieu à sa Résolution CM/ResDH(2017)286.

résolution du Comité des Ministres qui s'ensuit confirme d'ailleurs que les mesures prises par l'État défendeur ont été conformes aux obligations étatiques issues de l'arrêt²⁷⁴.

60. Ces exemples montrent qu'il existe bel et bien une interdépendance des marges en ce que le critère de disproportionnalité révélé par l'indicateur pris en compte en amont constitue le même critère pris en compte pour la détermination de la marge d'appréciation de l'État en aval (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 2 : UNE INTERDÉPENDANCE ENTRE LA NATURE DE LA VIOLATION ET LA NATURE DE LA RÉPARATION REQUISE

61. En vertu des articles 41 et 46 de la Convention, en guise de réparation de sa violation, l'État défendeur est non seulement tenu de verser aux intéressés, les sommes allouées par la Cour au titre de satisfaction équitable, mais aussi de prendre dans son ordre juridique interne, des mesures propres à mettre un terme à la violation constatée et à en effacer les conséquences²⁷⁵. En d'autres termes, l'État défendeur devra prendre des mesures individuelles pécuniaires et en nature et/ou, le cas échéant, générales²⁷⁶. Ces obligations font écho aux principes de droit international selon lesquels un État responsable d'un acte illicite a le devoir d'assurer une restitution, laquelle consiste dans le rétablissement de la situation qui existait avant que l'acte illicite ne fût commis, pour autant que cette restitution ne soit pas « matériellement impossible et n'impose pas une charge hors de toute proportion avec l'avantage qui dériverait de la restitution plutôt que de l'indemnisation »²⁷⁷. En d'autres termes, si la restitution est la règle, il peut y avoir des circonstances dans lesquelles l'État responsable se voit exonéré – en tout ou en partie – de l'obligation de restituer, à condition toutefois qu'il en établisse dûment l'existence.

²⁷⁴ Résolution CM/ResDH(2017)286 relative à l'affaire *Menesson c. France* (n° 65192/11), adoptée par le Comité des Ministres le 21 septembre lors de la 1294^{ème} réunion des Délégués des Ministres.

²⁷⁵ C.E.D.H., *Chypre c. Turquie*, 12 mai 2014, n° 25781/94, §27.

²⁷⁶ C.E.D.H., *Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse* (n° 2), 30 juin 2009, n° 32772/02, §85.

²⁷⁷ Projet d'articles de la C.D.I. de 2001, *op. cit.*, art. 35.

De ce fait, il existe un jeu de proportionnalité – non au sens strict²⁷⁸ – dans le cadre de la réparation de la violation et donc dans la phase de l'exécution de la décision de la Cour. L'État défendeur, bénéficiaire de principe d'une certaine marge d'appréciation dans cette phase, sera le premier juge de la proportionnalité des mesures à prendre. Il n'en demeure pas moins que celui-ci ne peut s'éloigner de la décision de la Cour dans son appréciation de la meilleure mesure au titre de la restitution intégrale.

62. Les mesures de réparation (A) individuelles consistent à effacer, autant que possible, les conséquences de la violation de la Convention en plaçant le requérant dans une situation aussi proche que possible de celle dans laquelle il se trouverait s'il n'y avait pas eu manquement aux exigences de la Convention²⁷⁹. Pour cela, l'État défendeur doit cesser le fait illicite s'il est continu et remplacer la mesure disproportionnée par une mesure qui aurait été proportionnée²⁸⁰. Il doit ainsi corriger la mesure disproportionnée par exemple en rouvrant la procédure interne si celle-ci a été jugée inéquitable, ou en restituant les biens d'un requérant, saisis injustement. Et, si ces mesures n'étaient pas suffisantes au titre de la *restitutio in integrum*, l'État devra compenser la part irrestituable des conséquences de la violation par une satisfaction de nature pécuniaire²⁸¹.

Ces actions constituent les étapes de l'exécution de la décision de la Cour. La deuxième action est entièrement dépendante du constat de proportionnalité opéré par la Cour en ce que la décision devra permettre de distinguer les choix « admissibles » et « non admissibles ». Dans cette mesure, il semble plus certain que le contrôle de proportionnalité opéré par la Cour fournit des indices sur la marge d'appréciation de l'État dans l'exécution de la décision. La troisième action fait état de nouvelles mesures portées à l'appréciation de l'État conformément aux indications fournies par la Cour dans l'arrêt. Quant aux mesures générales, elles sont adoptées en prévention d'une nouvelle violation de la Convention sur les mêmes griefs. L'État peut, en effet, être amené à adopter de nouvelles lois ou à amender certaines dispositions litigieuses dans le but de se conformer à la Convention.

²⁷⁸ Il ne s'agit pas de la proportionnalité dans le sens d'une pesée des intérêts contraires mais plutôt de l'examen du caractère raisonnable de l'appréciation conduisant à faire de la *restitutio in integrum*, une priorité ou une alternative.

²⁷⁹ C.E.D.H., *Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse* (n° 2), 30 juin 2009, n° 32772/02, §85.

²⁸⁰ v. le Par. 26 de la présente étude.

²⁸¹ C.E.S.D.H., art. 41.

63. Dans l'évaluation de l'étendue de la marge d'appréciation de l'État dans le choix des mesures de réparation à prendre au titre de l'exécution de l'arrêt définitif, il faut néanmoins considérer la possibilité pour l'État de ne pas atteindre la restitution maximale **(B)**, une possibilité prévue par la large latitude dont il bénéficie en la matière.

A. La prise en compte des indices apportés par le contrôle de proportionnalité de l'ingérence pour le choix des mesures de réparation

64. Deux enseignements peuvent être tirés du résultat du contrôle de proportionnalité opéré par la Cour. Tout d'abord, il nous enseigne que le choix de la mesure de réparation dépend du paramètre ayant conduit au constat de disproportionnalité (1) ; puis que l'indicateur qui a fait l'objet d'une plus grande considération en amont sera également pris en compte de la même manière en aval (2).

1. Choix des mesures de réparation en fonction du paramètre ayant conduit au constat de disproportionnalité de l'ingérence

65. En opérant le « traçage » de la frontière entre la sphère de « discrétionnalité » étatique et la sphère de non-conformité à la Convention dans l'affaire *Dudgeon*, la Cour prend soin de laisser ouverte, la gamme de choix offerte aux autorités nationales, aux termes de la réparation²⁸². En effet, elle y affirme que « dépenaliser » ne veut pas dire approuver²⁸³. En agissant ainsi, la Cour incite, en réalité, l'État à dépenaliser sans pour autant en faire une « indication » en bonne et due forme. Cette mesure aurait pu être le « choix A » dans l'appréciation « en amont » tout en étant un « choix X » dans la réparation « en aval ».

Dans le cadre de la réparation d'une telle violation, l'État va donc devoir effacer son « choix D », ce qui suppose une réforme législative dans la mesure où l'ingérence injustifiée consistait en l'existence même de législations litigieuses et non dans leur

²⁸² v. le Par. 60 de la présente étude.

²⁸³ C.E.D.H., *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, n° 7525/76, §61.

application²⁸⁴. Cela suppose que la marge de l'État dans l'exécution soit restreinte étant donné qu'il n'a pas réellement le choix : il doit adopter une réforme au titre de l'exécution de la réparation. Suivant le raisonnement de la Cour dans son arrêt dans lequel le paramètre de disproportionnalité a été identifié comme étant le caractère *absolu* des interdictions en la matière, la réforme législative devrait aboutir à la dépenalisation des actes homosexuels entre hommes adultes consentants ; et l'âge de 21 ans doit être compris comme étant conforme à la l'arrêt de la Cour et peut donc demeurer une condition dans la nouvelle législation.

En l'espèce, le temps imparti entre l'arrêt sur le fond et l'arrêt sur la satisfaction équitable a permis à l'État défendeur de modifier la législation de l'Irlande du Nord par les dispositions de l'ordonnance « The Homosexual Offences Order » entrée en vigueur le 9 décembre 1982²⁸⁵. Ainsi que la Cour l'a précisé dans l'arrêt sur la satisfaction équitable de 1983, le requérant est « réputé avoir atteint son but : provoquer une réforme du droit irlandais »²⁸⁶. Ajouté à cela, le fait que le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe ait clos l'examen de la surveillance de l'exécution de l'arrêt après avoir constaté l'existence de cette réforme²⁸⁷, montre que la mesure de réparation choisie a été en conformité avec l'arrêt de la Cour.

66. L'affaire *Gündüz c. Turquie* constitue un autre exemple qui ne fait que confirmer notre constat selon lequel le paramètre identifié comme étant disproportionné « en amont » est celui qui doit être pris en compte dans l'exécution de l'arrêt « en aval », marquant une dépendance inextricable entre l'étendue de la marge d'appréciation de l'État dans la mise en œuvre de la Convention, le contrôle de proportionnalité opéré par la Cour en la matière

²⁸⁴ D'ailleurs plusieurs juges dissidents affirment que la Cour n'aurait pas dû faire un examen *in abstracto* de la loi : v. Opinion dissidente de M. le Juge Matscher dans C.E.D.H., *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, n° 7525/76 : « a) Le Gouvernement a affirmé que, depuis longtemps (exactement entre 1972 et 1980), il n'y a eu aucune poursuite pénale dans des circonstances correspondant à l'affaire en cause. Cette affirmation n'a été contredite par personne; d'ailleurs, elle semble bien être conforme à la réalité. Il est vrai que, d'après le droit commun, une poursuite pourrait être engagée aussi par un simple particulier, à la condition que le Director of Public Prosecutions n'y oppose pas un non-lieu, mais des cas de poursuite de ce genre ne se sont pas non plus avérés dans la période sous examen (§§ 29-30). J'en conclus qu'en pratique, la commission d'actes homosexuels, en privé et entre des adultes consentants, n'est pas poursuivie ». Cependant, il ressort de notre analyse de la jurisprudence que Le contrôle de la Cour portera à la fois sur la loi en cause et sur les décisions qui l'appliquent : v. C.E.D.H., *Sunday times c. Royaume-Uni (n° 1)*, 26 avril 1979, n° 6538/74, §59 ; C.E.D.H., *Lingens c. Autriche*, 8 juillet 1986, n° 9815/82, §39.

²⁸⁵ Annexe à la Résolution DH(83)13 adoptée par le Comité des Ministres le 27 octobre 1983, lors de la 363^{ème} réunion des Délégués des Ministres, Informations fournies par le Gouvernement du Royaume-Uni.

²⁸⁶ C.E.D.H., *Dudgeon c. Royaume-Uni*, satisfaction équitable, 24 février 1983, n° 7525/76, §14.

²⁸⁷ Annexe à la Résolution DH(83)13 adoptée par le Comité des Ministres le 27 octobre 1983, lors de la 363^{ème} réunion des Délégués des Ministres, Informations fournies par le Gouvernement du Royaume-Uni.

et la marge d'appréciation de l'État dans l'exécution de la décision en fonction de ce constat. L'affaire concerne un requérant qui a participé à une émission télévisée dans laquelle les interlocuteurs ont débattu sur l'islam et la laïcité. Une action pénale fut engagée à l'encontre du requérant pour des déclarations incitant le peuple à la haine et à l'hostilité sur la base d'une distinction fondée sur l'appartenance à une religion. L'examen de proportionnalité que la Cour devait effectuer était, ainsi, relative à la question de savoir si les autorités nationales avaient correctement fait usage de leur pouvoir d'appréciation en condamnant le requérant pour de telles déclarations²⁸⁸. La Cour a jugé que l'ingérence de l'État dans le droit de l'individu victime n'a pas été justifiée, entre autre, parce que la peine d'emprisonnement²⁸⁹ décidée par les juges internes, était trop lourde – et donc disproportionnée – par rapport à l'infraction qu'ils ont constatée et par rapport au but de la prévention du crime qu'ils invoquent poursuivre légitimement²⁹⁰.

En ayant considéré l'ingérence litigieuse à la lumière de l'ensemble de l'affaire, y compris la teneur des propos incriminés et le contexte dans lesquels ils furent diffusés²⁹¹, la Cour a considéré que les juges turcs ont omis d'attacher une importance particulière à un point essentiel de l'affaire²⁹², notamment le fait qu'il s'agissait de *déclarations orales faites lors d'une émission télévisée en direct, ce qui a ôté la possibilité au requérant de les reformuler, de les parfaire ou de les retirer avant qu'elles ne soient rendues publiques*²⁹³.

*Hypothétiquement*²⁹⁴, dans la mesure où la *restitutio in integrum* consiste en la réparation d'un dommage aboutissant à la situation la plus proche possible de celle qui existerait si la violation n'avait pas eu lieu²⁹⁵, ici, *in concreto*, la réalisation du principe voudrait que l'affaire soit rejugée par les tribunaux nationaux, ceux-ci étant dans l'obligation de considérer le paramètre qu'ils ont omis de considérer antérieurement selon la Cour. Dans ce cas, la marge d'appréciation de l'État dans l'exécution de l'arrêt de la

²⁸⁸ C.E.D.H., *Gündüz c. Turquie*, 04 décembre 2003, n° 35071/97, §45 ; v. aussi C.E.D.H., *Murphy c. Irlande*, 10 juillet 2003, n° 44179/98, §72.

²⁸⁹ Deux ans d'emprisonnement et une amende de 600.000 livres turques.

²⁹⁰ C.E.D.H., *Gündüz c. Turquie*, 4 décembre 2003, n° 35071/97.

²⁹¹ *Ibid.*, §42.

²⁹² *Ibid.*, §46.

²⁹³ C.E.D.H., *Fuentes Bobo c. Espagne*, 29 février 2000, n° 39293/98, §46.

²⁹⁴ Tel constat sort de l'espèce et est, de ce fait, purement hypothétique car dans cette affaire, la condamnation a eu lieu en 1995, donc, le requérant a purgé sa peine et payé l'amende ; et l'arrêt de la Cour a eu lieu en 2003. La réparation a, dans les faits, consisté à l'effacement de la condamnation du casier judiciaire du requérant. La perspective que nous voulons donner est l'hypothèse dans laquelle l'arrêt de la Cour aurait pu intervenir plus tôt.

²⁹⁵ C.E.D.H., *Unal Akpınar Insaat, Sanayi Turizm, Madencilik Ve Ticaret S.A. c. Turquie*, 08 septembre 2015, n° 41246/98, §49.

Cour est, certes, moins large que celle qu'il avait en amont car, *dans l'idéal*, l'État n'a de choix que de rejurer l'affaire ; mais elle demeure large car l'État revient, en définitive, à sa « gamme de choix admissibles » après avoir constaté que trancher l'affaire sans avoir considéré que le requérant n'avait pas eu l'occasion de reformuler ses propos est un paramètre qui se trouve en dehors de cette gamme de choix.

2. Mêmes indicateurs de l'étendue de la marge d'appréciation en amont et en aval

67. Dans l'affaire *Dudgeon* que nous avons pris comme exemple tout au long de cette démonstration, la Cour a accordé une grande considération à l'indicateur de l'importance du droit pour le requérant. À cet effet, dans la mesure où la violation de l'article 8 de la Convention concernait « l'aspect le plus intime de la vie privée »²⁹⁶ de l'individu, la Cour a considéré l'ingérence étatique comme étant injustifiée. En d'autres termes, plus la mesure de réparation affecte les aspects intimes et privés de la situation du requérant, plus étroite sera la latitude de l'État dans le choix des moyens de réparation ; plus la réparation affecte d'autres intérêts en cause, plus l'État sera libre dans le choix des mesures à prendre.

Plus concrètement, face à l'indicateur de l'absence de consensus européen en soutien du but relatif à la protection de la morale, l'importance du droit pour le requérant a reçu une considération prioritaire. De ce fait, la mesure de réparation appropriée consiste en une réforme législative pour la dépénalisation d'actes homosexuels. Ensuite, face à l'indicateur de la présence d'autres intérêts en jeu, la Cour a tout de même reconnu que le but relatif à la protection d'autrui était légitimé en l'espèce. Pour cette raison, le seuil de 21 ans requis pour l'application de la législation²⁹⁷ peut être admis dans le cadre des réformes législatives.

Pareil constat est crucial dans la mesure où il signifie qu'alors même que l'État peut avoir un doute sur le choix d'une mesure de réparation qui toucherait la sensibilité d'autrui, son choix doit être conforté par le raisonnement de la Cour.

²⁹⁶ v. le Par. 59 de la présente étude et note de bas de page 250 citant BREMS (E.), "The Margin of Appreciation Doctrine . . .", *op. cit.*, p. 267.

²⁹⁷ v. le Par. 65 de la présente étude.

68. À titre d'exemple supplémentaire, dans l'affaire *Boldea c. Roumanie*, le requérant a fait l'objet d'une plainte pour diffamation après avoir considéré que les publications de deux auteurs constituaient du plagiat²⁹⁸. Il a été condamné à une amende administrative et au remboursement des frais de justice encourus par les plaignants. La Cour admet que l'ingérence poursuivait un but légitime, à savoir la protection de la réputation d'autrui. Cependant, dans son contrôle de proportionnalité de la sanction du requérant, la Cour commence par observer que les propos incriminés reposent sur une base factuelle et ne portaient pas sur des aspects de la vie privée des auteurs mais sur des comportements impliquant leur qualité d'enseignants²⁹⁹. Elle relève également que le requérant a agi de bonne foi tout au long de la procédure pénale dirigée contre lui³⁰⁰ et que, bien que le requérant ait apporté des preuves quant à la véracité de ses propos, les tribunaux internes n'y ont pas fait référence³⁰¹. La Cour constate ainsi que l'absence de motivation des décisions rendues par les tribunaux internes ne peut qu'emporter violation de l'article 10 de la Convention³⁰² et que la condamnation du requérant ne répondait pas à un « besoin social impérieux »³⁰³.

Deux indicateurs sont donc en confrontation dans cette affaire, à savoir l'importance du droit à la liberté d'expression du requérant d'une part, et la protection de la réputation d'autrui, d'autre part. Dans son évaluation de la proportionnalité de l'ingérence étatique, la Cour s'est prononcée en faveur du premier indicateur. Dans le cadre de l'exécution de cet arrêt, l'État défendeur devrait ainsi accorder plus de poids à la liberté d'expression du requérant et peut, dans cette mesure, décider de rouvrir la procédure interne ayant conduit à une condamnation jugée disproportionnée par la Cour ou encore, annuler les effets de celle-ci. Les droits d'autrui seront toutefois touchés par la mesure choisie par l'État défendeur. Pour cette raison, il lui appartient d'apprécier plus largement les mesures à prendre qui auraient le moins d'effet négatif possible sur autrui, par exemple, en ne demandant aux tiers concernés de rembourser une somme au requérant, tout en allouant à ce dernier une somme au titre de la satisfaction équitable.

²⁹⁸ C.E.D.H., *Boldea c. Roumanie*, 15 février 2017, n° 19997/02.

²⁹⁹ *Ibid.*, §56.

³⁰⁰ *Ibid.* §59.

³⁰¹ *Ibid.* §60.

³⁰² *Ibid.*, §61.

³⁰³ *Ibid.* §62.

B. La possibilité de choisir une mesure de réparation moins idéale : une large marge d'appréciation de l'État

69. Si, ainsi que nous l'avions défini, le terme « marge » suppose une possibilité de « faire un pas de côté »³⁰⁴, cette définition est d'autant plus significative dans l'exécution de la décision de la Cour en ce que l'État doit avoir la possibilité de faire un pas de côté en choisissant une réparation moins idéale. La largesse de la marge d'appréciation étatique en la matière peut s'expliquer par la possibilité de choisir de ne pas atteindre cet « idéal » de réparation (1) en refusant de procéder à des réformes législatives ou de rouvrir une procédure interne. Une telle possibilité doit être néanmoins relativisée par une distinction essentielle entre « marge d'appréciation » et « marge de manœuvre » (2).

1. Le choix d'une réparation moins idéale : la restitutio in integrum comme alternative

70. Lorsque l'État est confronté à l'idée d'adopter des mesures générales, sa marge d'appréciation est extrêmement large. En effet, il sera le « mieux placé » pour définir cette mesure au regard de la situation nationale, la seule limite étant le seuil qui a été fixé par la Cour dans l'arrêt. En effet, l'État pourra mettre en œuvre les « gammes de choix admissibles »³⁰⁵ – *par exemple choix A, B ou C* – dans sa mesure générale, le seuil de non-conformité étant le choix « inadmissible » qui a été jugé dans la décision de la Cour. La largesse de la latitude étatique, dans ce cas, est telle qu'il n'existe concrètement qu'« une » seule barrière – *le choix « D »* – dans sa gamme de choix.

En revenant à sa marge en amont, l'État pourra librement, dans la réparation, choisir « E » ou « F » dans sa « gamme de choix » parce qu'il est présumé faire le bon choix tant que le contrôle de la Cour ne prouve pas le contraire. En d'autres termes, sa marge d'appréciation dans l'exécution de la décision est élargie par la *présomption* dont il jouit dans l'exercice de sa marge dans l'appréciation de ce qu'il considère être nécessaire dans une société démocratique. La marge d'appréciation de l'État, que cela soit en amont ou en

³⁰⁴ DELMAS-MARTY (M.), IZORCHE (M.-L.), « Marge nationale d'appréciation et internalisation ... », *op. cit.*, p. 754.

³⁰⁵ TULKENS (F.), DONNAY (L.), « L'usage de la marge d'appréciation ... », *op. cit.*, p. 14.

aval, est donc bien le « domaine discrétionnaire laissé aux autorités démocratiques pour décider de ce qui est nécessaire »³⁰⁶ ; et la validité de tel « choix » de mesure de réparation ne pourra être remis en cause que dans le cadre d'un nouvel arrêt dans le même schéma temporel³⁰⁷.

71. Dans les affaires qui remettent en cause une sanction décidée par les autorités nationales, comme l'affaire *Gündüz*, il demeure possible que les juges internes arrivent au même constat tout en reconnaissant le paramètre qui a été jugé disproportionné par la Cour. En effet, la Cour ne se substitue pas aux juridictions nationales mais se contente, ici, d'attirer l'attention de l'État sur un point crucial qui n'a pas été traité par elles. Une fois ce point traité, la juridiction interne peut toujours constater qu'il n'aboutit pas à une peine moins lourde. En tout état de cause, cette nouvelle décision interne pourra de nouveau faire l'objet d'une requête devant la Cour si d'autres paramètres ont été omis par les autorités nationales.

Plus généralement, les États peuvent considérer que, dans la mesure où l'on ne peut pas spéculer sur l'issue de l'affaire dans l'hypothèse où les juges internes avaient bel et bien pris en considération telle donnée³⁰⁸, la *restitutio in integrum* devient une alternative. Dans cette perspective, soit le constat de violation par la Cour suffit, soit l'État doit compenser l'excédent disproportionné par une satisfaction équitable selon la décision de la Cour.

2. Le choix de la manière d'adopter les mesures de réparation : une distinction cruciale entre marge d'appréciation et marge de manœuvre

72. À la lumière des précédents constats, il doit être observé que l'État défendeur gardera une grande latitude dans la *manière* d'adopter la mesure choisie après appréciation de sa gamme de choix admissibles. En réformant son droit interne pour que celui-ci soit conforme à l'arrêt de la Cour et donc à la Convention, il lui appartient de déterminer la

³⁰⁶ Allocution du Président de la Cour Rolv Ryssdal, prononcée à la Xème conférence des Cours constitutionnelles européennes.

³⁰⁷ Marge en amont et marge en aval en cas de violation du seuil de non-conformité dans la marge en amont.

³⁰⁸ MACDONALD (R. St. J.), "The Margin of Appreciation in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights", in ARANGIO-RUIZ (G.), *Le droit international à l'heure de sa codification ... op. cit.*, p. 187.

forme que cette réparation doit prendre (réforme constitutionnelle, législative, adoption d'un décret ou d'une circulaire) et la portée de celle-ci en décidant des garanties et conditions d'application de cette loi, qui n'ont pas fait l'objet de constat de disproportionnalité par la Cour dans son arrêt. Pareilles possibilités relèvent de la marge de manœuvre de l'État et, en adoptant la mesure choisie dans la forme choisie, l'État revient, en réalité, à la case départ consistant, pour celui-ci, à jouir de sa marge d'appréciation en amont. Il met ici en œuvre la Convention et non l'arrêt de la Cour car ces nouvelles garanties et conditions n'ont pas été traitées par la décision. En effet, dans cette perspective, l'État défendeur reprend la même liberté dont il aura joui en amont. Conformément au principe de subsidiarité, il lui reviendra d'apprécier la mesure de réparation nécessaire, tout comme il lui appartenait en amont d'apprécier la nécessité d'une mesure dans une société démocratique.

73. Ce constat nous amène à devoir opérer une distinction plus claire entre une marge d'appréciation étroite et une marge de manœuvre large en amont et en aval. Cette distinction est cruciale dans la détermination de l'étendue de la marge d'appréciation de l'État dans l'exécution de la décision de la Cour. Deux conséquences peuvent en être tirées : soit « marge d'appréciation en amont » et « marge de manœuvre en aval » dans l'exécution sont deux choses différentes, donc quelle que soit l'étendue de la marge d'appréciation étatique, la marge de manœuvre de l'État est toujours large ; soit les deux types de marges sont, en réalité, une seule marge qui sera *in fine*, large en l'espèce.

Ainsi que nous l'avons spécifié en introduisant le sujet qui nous intéresse, la doctrine ne fait pas de distinction particulière entre « marge d'appréciation » et « marge de manœuvre ». En effet, plusieurs auteurs définissent la marge d'appréciation comme une marge de manœuvre accordée à l'État³⁰⁹ ; et la Cour elle-même a déjà utilisé ces termes indistinctement³¹⁰. Pourtant, dans la continuité de ce qui a été affirmé antérieurement³¹¹, il s'agit bien de deux termes distincts : le premier se réfère à l'appréciation, les États étant

³⁰⁹ GREER (S.), *La marge d'appréciation : interprétation ...*, *op. cit.*, p. 5, cité par SPIELMANN (D.), "Allowing the Right Margin ...", *op. cit.*, p. 382 : "(...) The Domestic Margin of Appreciation is a notion which refers to the room for manœuvre" ; v. aussi IZORCHE (M.-L.), « La marge nationale d'appréciation, enjeu ... », *op. cit.* ; TULKENS (F.), DONNAY (L.), « L'usage de la marge d'appréciation ... », *op. cit.*, p. 3 : « il ressort clairement que les conceptions de la marge d'appréciation sont multiples, qu'elles se répercutent nécessairement sur l'usage qui en est fait et elles commandent toute appréciation critique de celle-ci : latitude de déférence ou d'erreur accordée aux autorités nationales, respect du niveau local, forme atténuée d'immunité, absence de solution uniforme quant aux droits garantis, marge de manœuvre dans la mise en œuvre des obligations conventionnelles. L'éventail est large ».

³¹⁰ C.E.D.H., *Zdanoka c. Lettonie*, 17 juin 2004, 16 mars 2006, n° 58278/00, §103.

³¹¹ v. le Par. 5 de la présente étude.

amenés à *penser* ; alors que le second se réfère à l'action. Dans l'hypothèse où la distinction entre la pensée et l'action mènerait encore à une certaine confusion, il faudra opérer une distinction temporelle en ce sens que l'appréciation vient avant la mise en œuvre de la mesure résultant de cette même appréciation. Tout le moins, la marge de manœuvre peut également requérir de faire un choix, mais il s'agit du choix de la méthode concrète à adopter pour mettre en œuvre la mesure choisie à l'issue d'une appréciation dans les limites de la sphère étatique.

74. L'analyse de l'exécution des décisions de la Cour montre que « marge d'appréciation » et « marge de manœuvre » se rejoignent parfois, *mais seulement en apparence*³¹². En tout état de cause, la marge de manœuvre est en principe toujours large, en vertu de principe de souveraineté des États, ce qui laisse donc systématiquement une certaine forme de liberté à l'État. Dans le cas précis de l'exécution de l'arrêt *Dudgeon*, les deux types de marge peuvent se révéler difficile à dissocier. À cet égard, la « manœuvre » se réfère aux aménagements rendus possibles de, par et/ou dans la législation qui fait l'objet de réformes : les garanties et conditions qui font exception au caractère absolu de la mesure. Mais dans le même temps, l'État va user de sa marge d'appréciation *en amont* qui consiste à juger de la nécessité de *tel ou tel*³¹³ aménagement eu égard au but qu'il cherche à poursuivre.

L'on distingue plusieurs dimensions de la probable confusion de la marge : la marge d'appréciation dont jouit l'État *en amont* pour toute application des droits de la Convention (dimension 1) est *consubstantielle* à la marge de manœuvre *en aval* de l'État dans l'exécution de la décision de la Cour (dimension 2). L'appréciation en amont est précisément ce qui ressort de la gamme de choix admissibles A, B et C.

Reprenons ainsi notre exemple de l'exécution de l'arrêt *Dudgeon* : ces trois choix se résumaient, au départ, à « la dépenalisation » (A) ; « les garanties » (B) ; « les exceptions à l'automatisme de la mesure » (C). L'État a choisi « l'interdiction absolue sous peine d'infraction » (D), qui a fait l'objet d'un constat de « non-admissibilité ». En réparation de cela, l'État doit supprimer « D » et revenir à A, B ou C. Il *revient donc à la même large gamme de choix*. Admettons, ensuite, que l'État fasse le choix B « des garanties », il lui faudra choisir concrètement quelles garanties apporter à la législation. Le premier choix

³¹² Les italiques sont de nous.

³¹³ « Gamme de choix de mesure ».

entre A, B et C va relever de sa marge d'appréciation alors que le choix dans B relève de sa marge de manœuvre. En d'autres termes, le choix des garanties relève de la marge d'appréciation étatique alors que le choix entre les garanties relève de la marge de manœuvre étatique. C'est la troisième dimension de la marge.

In fine, la marge à « 3D » (trois dimensions) se définira ainsi : une marge en amont dans l'appréciation du moyen nécessaire à la poursuite du but recherché (A, B ou C) ; une marge en aval dans la même appréciation avec l'indication plus précise que D ne fait pas partie de « A, B et C » ; une marge en aval dans la méthode de mise en œuvre du choix issue de l'appréciation faite en amont. À juste titre, la tridimensionnalité de la marge étatique va l'élargir.

Cette tridimensionnalité de la marge nous donne un troisième indice de dissociation entre marge d'appréciation et marge de manœuvre dans l'hypothèse où les indices « pensée et action » ainsi que « temporalité » ne portent pas de fruit. Il s'agit de dire que tout ce qui correspondait à la gamme de choix en amont de l'État, que cela soit une action ou une appréciation, relèvera de sa marge d'appréciation dans l'exécution ; et tout ce qui relève de la mise en œuvre de la mesure de réparation choisie et appréciée, relève de la marge de manœuvre. L'on parle donc de différence entre pensée et action ; puis du critère temporel et enfin de « correspondance » de gamme de choix.

75. Par ailleurs, il faut comprendre que la marge d'appréciation étatique est d'autant plus large parce que, rappelons-le, il est tout à fait possible que l'État, tout en excluant le « choix D », choisisse « E » ou « F », adopte une législation qui aura un caractère général ou qui aménage des sanctions automatiques dont la non-conformité à la Convention est, le plus souvent, avéré. Le constat de conformité ou de non-conformité de cette réparation à la Convention ne pourra toutefois être jugé que dans le cadre d'un nouvel arrêt visant la nouvelle mesure. Ainsi, si la réforme est le fruit de la marge d'appréciation dans l'exécution, elle est également, la base sur laquelle la Cour va examiner si l'État a outrepassé sa marge d'appréciation en amont dans l'application de la Convention, dans le cadre d'un nouvel arrêt (les deux premières dimensions).

En conséquence, dans l'affaire que nous avons prise en exemple, la marge d'appréciation dans l'exécution est large. Pour cette raison, la Cour n'a pu accueillir la demande du requérant qui réclamait une déclaration officielle du Gouvernement selon

laquelle « il ne subirait, s'il venait à solliciter un poste dans l'administration nord-irlandaise, aucune discrimination pour homosexualité ni pour avoir saisi la Commission »³¹⁴. La Cour a affirmé que la Convention ne l'habilitait pas à ordonner à un État contractant de faire une telle déclaration³¹⁵.

76. En tout état de cause, l'État jouit d'une marge d'appréciation tout le long du processus encadré par la Convention. Le Juge Macdonald avait affirmé à ce propos que *“the margin of appreciation is at the heart of virtually all major cases that come before the Court, whether the judgments refer to it explicitly or not”*³¹⁶.

Dès lors, même dans le cadre des obligations étatiques positives (**Section 2**) où la marge d'appréciation n'est pas explicite, l'État demeure largement libre dans l'application des droits garantis dans la Convention ainsi que dans la réparation des conséquences négatives qui découlent de ce comportement, en cas de constat de violation de la Convention.

Section 2 : L'interprétation des exceptions implicites aux droits de nature relative impliquant des obligations positives pour l'État

77. Bien que pour les droits civils et politiques, « se trouve au premier plan une obligation d'abstention ou de non-ingérence »³¹⁷, la construction prétorienne des droits économiques et sociaux a fait évoluer la notion d'obligation positive des États, réclamant des prestations de la part de celui-ci. Il s'agit, le plus souvent, d'adopter des réglementations³¹⁸, le recours à la notion ayant constitué une véritable « arme décisive »³¹⁹

³¹⁴ C.E.D.H., *Dudgeon c. Royaume-Uni*, satisfaction équitable, 24 février 1983, n° 7525/76, §15 ; v. aussi *mutatis mutandis*, C.E.D.H., *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, satisfaction équitable, 18 octobre 1982, n° 6878/75, 7238/75, § 13

³¹⁵ C.E.D.H., *Dudgeon c. Royaume-Uni (satisfaction équitable)*, 24 février 1983, n° 7525/76, §15 ; v. aussi *mutatis mutandis*, C.E.D.H., *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique (satisfaction équitable)*, 18 octobre 1982, n° 6878/75, 7238/75, §13.

³¹⁶ *Idem*.

³¹⁷ C.E.D.H., *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, 02 mars 1987, 9267/81, §50.

³¹⁸ *Idem.*; v. aussi BREMS (E.), “The Margin of Appreciation Doctrine ...”, *op. cit.*, p. 246.

³¹⁹ MARGUENAUD (J.-P.), *La Cour européenne des Droits de l'Homme*, Dalloz, Paris, 1997, p. 36.

qui a permis de renforcer l'effectivité des droits de la Convention³²⁰. Depuis l'arrêt *Linguistique Belge*, l'évolution de la notion d'obligation positive est telle que « quasiment toutes les dispositions normatives de la Convention présentent dorénavant une double face quant à leurs exigences : l'une négative et l'autre positive »³²¹.

Cela étant, « il n'existe aucune raison pour que l'État ne jouisse pas de sa marge d'appréciation [dans d'autres domaines] »³²², que l'on parle de « droit de » ou de « droit à »³²³. À cet effet, dès lors qu'il existe une marge d'appréciation étatique en amont, il existera dans le même temps un contrôle de proportionnalité opéré par la Cour. Il appartiendra, en effet, à cette dernière d'apprécier les décisions rendues par les autorités nationales dans *l'exercice de leur pouvoir d'appréciation*³²⁴.

78. Ainsi, quel que soit le droit en cause, si sa nature est relative, l'obligation positive de l'État n'est pas absolue³²⁵, mais laisse place à des limitations³²⁶. Cependant, contrairement aux obligations négatives, les limitations sont, ici, implicites³²⁷. Et, à juste titre, la doctrine de la marge d'appréciation intervient lorsque l'État défendeur s'appuie sur des prétendues limites implicites des droits que la Convention garantit³²⁸. Pareille « implicité » appelle nécessairement une interprétation première de l'État sur la manière de concevoir l'application des limitations du droit en cause, accordant à celui-ci, une plus grande marge d'appréciation en amont (**Paragraphe 1**). En cas d'« outrepassement » de cette marge, il sera possible d'en déterminer l'étendue en amont, ce qui aidera à déterminer son étendue en aval, dans l'exécution de l'arrêt (**Paragraphe 2**).

³²⁰ AKANDJI-KOMBE (J.-F.), *Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme. Un guide pour la mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme*, Précis sur les droits de l'homme n° 7, édition du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2006, p. 6.

³²¹ *Idem*.

³²² MORRISSON (C.), « Margin of appreciation in European Human Rights Law », ... *op. cit.*, p. 275.

³²³ SUDRE (F.), « Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *R.T.D.H.*, 1995, p. 363.

³²⁴ v. C.E.D.H., *Hokkanen c. Finlande*, 23 septembre 1994, n° 19823/92, §55 ; v. *mutatis mutandis*, C.E.D.H., *Stjerna c. Finlande*, 25 novembre 1994, n° 18131/91, §39 ; C.E.D.H., *Handyside c. Royaume-Uni*, 07 décembre 1976, n° 5493/72, §49.

³²⁵ C.E.D.H., *Hokkanen c. Finlande*, 23 septembre 1994, n° 19823/92, §58.

³²⁶ MORRISSON (C.), « Margin of appreciation in European Human Rights Law », ... *op. cit.*, p. 275.

³²⁷ C.E.D.H., *Hirst c. Royaume-Uni (n° 2)*, 6 octobre 2015, n° 74025/01, §60 ; v. aussi C.E.D.H., *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, 02 mars 1987, 9267/81, §52.

³²⁸ MATSCHER (F.), « Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle, les méthodes d'interprétation de la Convention européenne », in SUDRE (F.) (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme ... op. cit.*, p. 35 ; v. aussi C.E.D.H., *Engel et autres c. Pays-Bas*, 08 juin 1976, n° 5100/71, §69.

Paragraphe 1 : LE CONTRÔLE DE LA SUFFISANCE D'UNE MESURE ÉTATIQUE

79. La frontière entre les obligations positives et les obligations négatives de l'État ne se prête pas à une définition précise, au regard de la Convention³²⁹. La Cour elle-même ne s'attache pas à résoudre leur distinction dans la recherche d'une violation³³⁰. Sur ce point, elle réitère, le plus souvent, dans ses arrêts, qu'elle examine la violation sous l'angle de l'obligation positive ou négative³³¹. Elle affirme que les principes applicables sont comparables³³² ou encore, voisins³³³. En effet, dans les deux cas, l'État jouira d'une marge d'appréciation³³⁴ ; et l'ampleur de celle-ci dépendra de « la nature du droit conventionnel en jeu, son importance pour l'individu et le genre d'activité en cause »³³⁵. D'ailleurs, certains domaines des articles 8 à 11 de la Convention sont également susceptibles de renfermer des obligations positives pour les États. Il ressort de la jurisprudence de la Cour que si l'article 8 de la Convention tend pour l'essentiel à prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il peut engendrer, de surcroît, des obligations positives inhérentes à un « respect » effectif de la vie familiale³³⁶.

80. Cependant, le caractère implicite de la formulation des limitations, fait nécessairement varier la marge d'appréciation lorsque l'État est doté d'une obligation positive. En dépit du fait que la Cour navigue « en permanence entre audace et retenue », l'examen qu'elle effectue dans le cadre de la violation des obligations positives est « loin d'être aussi rigoureux que celui fondé sur les paragraphes 2 des articles 8 à 11 »³³⁷ de la Convention (A). À quelques légères différences près, les modes de contrôle de violation des deux obligations demeurent alors comparables, ce qui nous amènera à repenser l'utilité de la distinction dans le but de déterminer l'étendue de la marge d'appréciation étatique en amont, puis en aval (B).

³²⁹ C.E.D.H., *Palomo Sánchez et autres c. Espagne*, 12 septembre 2011, n° 28955/06, § 62

³³⁰ C.E.D.H., *Powell et Rayner c. Royaume-Uni*, 21 février 1990, n° 9310/81, §41.

³³¹ C.E.D.H., *Ciliz c. Pays-Bas*, 11 juillet 2000, n° 29192/95, §61 ; C.E.D.H., *Ahmut c. Pays-Bas*, 18 novembre 1996, n° 21702/93, §63.

³³² C.E.D.H., *Hokkanen c. Finlande*, 23 septembre 1994, n° 19823/92, §55

³³³ C.E.D.H., *Powell et Rayner c. Royaume-Uni*, 21 février 1990, n° 9310/81, §41.

³³⁴ *Idem*.

³³⁵ C.E.D.H., *Buckley c. Royaume-Uni*, 25 septembre 1996, n° 20348/92, §74.

³³⁶ C.E.D.H., *W. c. Royaume-Uni*, 8 juillet 1987, n° 9749/82, §60.

³³⁷ AKANDJI-KOMBE (J.-F.), *Les obligations positives ...*, *op. cit.*, p. 20.

A. Examen casuistique de l'étendue de la marge d'appréciation selon la nature de l'obligation

81. « Ingérence active et ingérence passive paraissent (...) relever de deux modes de contrôle différents »³³⁸, essentiellement parce que la première est d'origine textuelle alors que la seconde est d'origine prétorienne³³⁹. Appliquée aux obligations positives, la marge d'appréciation de l'État se manifeste dans l'interprétation du droit et *de facto* dans l'interprétation des limitations implicites de ce droit. Dans ce cas, elle est donc nécessairement plus grande³⁴⁰ dans la mesure où les conditions auxquelles les limitations aux droits doivent se conformer, ne sont pas posées, les termes étant plus vagues et imprécis.

À ce titre, la Convention étant un instrument vivant³⁴¹, force est de rappeler que les termes qui y sont employés ont été choisis pour être délibérément vagues afin de laisser place à d'éventuelles évolutions dans leur interprétation et *in fine* dans leur application³⁴².

82. L'hypothèse de la « codétermination »³⁴³ s'applique ici dans la mesure où le normateur qui pose la règle (le législateur) prévoit (ou laisse) une marge d'interprétation au profit du récepteur qui « dit le droit » (le juge) disposant d'une « marge de liberté statutaire »³⁴⁴ lui permettant d'interpréter la règle. Ce schéma participe à la détermination de la norme et prévoit une marge d'appréciation au profit des États³⁴⁵. En ce sens, le juge européen disposera d'une marge d'*interprétation* alors que les autorités nationales jouiront d'une marge d'*appréciation*. Il en est ainsi car la marge d'appréciation concerne « le destinataire final, qui se voit autorisé à faire un pas de côté, à ne pas ajuster précisément sa

³³⁸ SUDRE (F.), « Les obligations positives ... », *op. cit.*, p. 376, pt. 24.

³³⁹ *Ibid.*, p. 378.

³⁴⁰ O'DONNELL (T.), « The Margin of Appreciation Doctrine ... », *op. cit.*, p. 477.

³⁴¹ v. C.E.D.H., *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, n° 5856/72, §31.

³⁴² MORRISSON (C.), « Margin of appreciation in European Human Rights Law », ... *op. cit.*, p. 283.

³⁴³ DELMAS-MARTY (M.), IZORCHE (M.-L.), « Marge nationale d'appréciation et internalisation ... », *op. cit.*, p. 766.

³⁴⁴ TIMSIT (G.), *Thèmes et systèmes de droit*, P.U.F., Paris, 1986, p. 157.

³⁴⁵ DELMAS-MARTY (M.), IZORCHE (M.-L.), « Marge nationale d'appréciation et internalisation ... », *op. cit.*, p. 766.

conduite sur la norme, à ne pas se soumettre exactement à la règle »³⁴⁶; l'État étant précisément ce « décideur »³⁴⁷ *final*.

En somme, marge d'imprécision, marge d'incertitude, « écart » permis par la « mouvance », implicite : tels sont les éléments qui vont élargir directement la marge d'appréciation de l'État en amont, lorsque le droit de la Convention qu'il met en œuvre impose une obligation de nature positive.

83. La marge de l'État, lorsqu'une obligation positive pèse sur celui-ci, est donc large pour deux raisons distinctes.

Premièrement, elle se manifeste dans l'imprécision de certains termes des dispositions de la Convention qui facilite la « mouvance » des interprétations susceptibles d'être accordées au droit et à ses limitations implicites (1).

Ensuite, la largesse de la marge de l'État en amont est telle que, ici, l'État bénéficie d'une présomption selon laquelle il serait « mieux placé que le juge international » pour interpréter les limitations dudit droit au regard des impératifs liés à sa situation interne³⁴⁸ dans son application en amont des garanties prévues par ce droit. Sur ce point, lorsqu'elle participe à la « détermination » du droit, la Cour, elle-même, se conforme au principe de « l'interprétation conformément aux législations nationales »³⁴⁹. En d'autres termes, elle prend en compte des « changements d'attitude de la communauté », de la morale, des conceptions contemporaines ou encore des progrès scientifiques³⁵⁰. En somme, elle se réfère aux concepts internes. Dès lors, ainsi que le reconnaît le Pr. Sudre, le respect du principe de subsidiarité se traduit ici par la pleine capacité de l'État à choisir les *moyens* pour garantir le *respect effectif* du droit individuel³⁵¹ selon sa propre conception de sa situation interne.

³⁴⁶ *Idem*.

³⁴⁷ C.E.D.H., *Hatton et autres c. Royaume-Uni*, 08 juillet 2003, n° 36022/97, §97 : v. aussi C.E.D.H., *James et autres c. Royaume Uni*, 21 février 1986, n° 8793/79, § 46, dans lequel la Cour a estimé normal que « le législateur dispose d'une grande latitude pour mener une politique économique et sociale ».

³⁴⁸ TULKENS (F.), DONNAY (L.), « L'usage de la marge d'appréciation ... », *op. cit.*, p. 3 et s.

³⁴⁹ Interdiction de l'interprétation restrictive, interprétation grammaticale, interprétation conforme à la législation nationale et aux conventions internationales ratifiées, interprétation téléologique : v. CHIRARDIS (V.), "The Limits of Interpretation of the Strasbourg Court and the Principle of Non-Regression", in SPIELMANN (D.), TSIRLI (M.), PANAYOTIS (V.), *La Convention européenne des droits de l'homme, instrument vivant*, Mélanges en l'honneur de Christos L. Rozakis, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 84.

³⁵⁰ C.E.D.H., *Winterwerp c. Pays-Bas*, 27 novembre 1981, n° 6301/73, §36.

³⁵¹ SUDRE (F.), « Les obligations positives ... », *op. cit.*, p. 376, pt. 26.

84. Dans ce contexte, si l'exécution de l'arrêt de la Cour revêtait le caractère d'une obligation de *résultat*, cela signifierait que l'État peut utiliser n'importe quel moyen de son choix pour atteindre un résultat donné, à savoir celui d'effacer autant que possible les violations de la Convention. Dans ce cas, celui-ci ne satisfait à son obligation de résultat que si ledit résultat est atteint. Sa marge d'appréciation en la matière est étroite dans la mesure où même s'il a le choix des moyens, il ne devra cesser de puiser d'autres ressources dans le but d'atteindre le résultat fixé. Si, en revanche, l'obligation en question était une obligation de moyen, il suffirait que l'État *essaie* d'atteindre ce résultat en adoptant les moyens de son choix dans le but d'atteindre ce résultat. Dans ce cas, si le résultat n'est pas atteint, il n'en demeure pas moins que l'État aura satisfait à son obligation de moyen en ayant essayé, autant que possible d'atteindre pareil but. La question qui se pose est donc celle de connaître la nature de l'obligation à la charge de l'État dans la phase de l'exécution de l'arrêt prononcé par la Cour pour en tirer la détermination de l'étendue de la liberté étatique en la matière **(2)**.

1. L'imprécision délibérée de certains termes de la Convention : place à une interprétation évolutive du droit

85. « La doctrine de la marge d'appréciation conceptualise un espace dans lequel les mesures nationales peuvent jouer, au sens mécanique du terme, sans violer la Convention (...) introduisant une élasticité dans la contrainte de l'État »³⁵². Amenée au cadre des obligations positives, la marge est issue d'une imprécision délibérée de certains termes employés dans la Convention. Par exemple, dans l'arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, la Cour fonde précisément la large marge d'appréciation de l'État sur *l'imprécision* de la notion de « respect » de la vie familiale (article 8 de la Convention)

³⁵² OLINGA (A.-D.), PICHERAL (C.), « La théorie de la marge d'appréciation dans la jurisprudence récente de la CEDH », *R.T.D.H.*, 1995, p. 567.

dont les exigences varient d'un cas à l'autre « vu la diversité des pratiques suivies et des conditions existant dans les autres États contractants »³⁵³.

Ainsi, nécessairement, la marge d'appréciation de l'État dans l'interprétation du droit et de l'obligation positive qui en est issue, est directement liée au troisième indicateur auquel nous avons fait référence, soit en fonction du degré du consensus européen³⁵⁴. Pour illustrer ce constat, dans le cadre de l'article 5 de la Convention, par exemple, l'assignation à résidence n'a pas encore atteint un degré de consensus suffisant au point de recevoir la qualification de « détention ». Dans cette optique, la Cour a pris soin de préciser que lorsque des questions de politique générale sont en jeu, *sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans un État démocratique*, il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national³⁵⁵ en lui conférant une plus grande marge d'appréciation. En effet, « les autorités nationales jouissent d'une légitimité démocratique directe »³⁵⁶.

En définitive, « la connaissance directe qu'ont les États des circonstances locales, la variation de la grande variation des situations et des conceptions nationales » offrent des justifications complémentaires à la largesse de la marge d'appréciation de l'État³⁵⁷.

86. Nonobstant la largesse de la marge d'appréciation qui est conférée à l'État en matière d'obligations positives, elle ne saurait être absolue. Cette limite consiste dans le contrôle subsidiaire européen se manifestant dans le contrôle de proportionnalité opéré par la Cour. L'obligation négative se distingue essentiellement de l'obligation positive au regard de ce mode de contrôle. En particulier, là où l'un invoque une triple exigence des restrictions nécessaires aux droits, l'autre invoque une seule exigence relative au « juste équilibre ». À cet effet, le recours à l'interprétation par consensus est lui-même limité aux concepts de droits humains explicites ou implicites dans l'esprit de la Convention³⁵⁸.

³⁵³ C.E.D.H., *Abdulaziz, Cabales et Balkandi c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, n° 9214/80, §67 : « La notion de 'respect' manque cependant de netteté, surtout quand de telles obligations se trouvent en cause; ses exigences varient beaucoup d'un cas à l'autre vu la diversité des pratiques suivies et des conditions existant dans les États contractants ».

³⁵⁴ v. le Par. 27 de la présente étude.

³⁵⁵ C.E.D.H., *Hatton et autres c. Royaume-Uni*, 8 juillet 2003, n° 36022/97, §97 : v. aussi C.E.D.H., *James et autres c. Royaume Uni*, 21 février 1986, n° 8793/79, §46, dans lequel la Cour a estimé normal que « le législateur dispose d'une grande latitude pour mener une politique économique et sociale ».

³⁵⁶ *Idem*.

³⁵⁷ OLINGA (A.-D.), PICHERAL (C.), « La théorie de la marge d'appréciation ... », *op. cit.*, p. 569.

³⁵⁸ v. HELFER (L. R.), "Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights", ... *op. cit.*, p. 155.

Par exemple, dans l'arrêt *Johnston c. Irlande*, la Cour considère que l'article 12 de la Convention qui garantit le droit au mariage, ne peut être interprété comme incluant le droit au divorce³⁵⁹. Alors que les requérants insistaient sur « l'évolution sociale » en la matière, la Cour a estimé que, quand bien même la Convention devait s'interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui, « elle ne saurait dégager, au moyen d'une interprétation évolutive, un droit qui n'a pas été inséré au départ (...) particulièrement quand il s'agit (...) d'une omission délibérée »³⁶⁰.

De même, dans l'arrêt *Pretty c. Royaume-Uni*, la Cour avait initialement interprété le droit à la vie dans le sens où il « ne saurait sans distorsion de langage, être interprété comme (...) le droit de choisir la mort plutôt que la vie »³⁶¹. Elle fait ensuite référence expressément à l'indicateur du consensus européen dans l'affaire *Vo c. France*, lorsqu'elle est appelée à dire si l'avortement pouvait s'analyser en une atteinte au droit à la vie. À cet effet, elle a estimé que la détermination du début de la vie doit se faire compte tenu de la diversité des conceptions et des cultures juridiques prévalant en Europe, et relève donc du « large pouvoir discrétionnaire » de l'État³⁶².

Dans l'appréciation de ces deux catégories d'exemples, il nous faut observer que, dans le premier cas, l'absence ou l'existence d'un consensus européen n'a pas été examinée par la Cour, celle-ci se contentant de marquer la contradiction des deux termes. Or, lorsque c'est aussi le cas pour l'opposition entre « droit à la vie » et « droit à la mort », la Cour fait référence aux évolutions des conceptions culturelles internes. Notons ensuite que la différence entre ces deux exemples est que l'article 12 de la Convention est un droit susceptible de dérogation, alors que l'article 2, droit absolu, relève de la catégorie de droit humain fondamental. Malgré cet exemple qui sort de notre champ d'analyse dans cette partie³⁶³, il n'en demeure pas moins que nous pouvons en tirer que « toute interprétation des droits et libertés doit se concilier avec « l'esprit général de la Convention, destinée à sauvegarder et à promouvoir les idéaux et valeurs d'une société démocratique »³⁶⁴. C'est suivant cette logique que la Cour a, par exemple, interprété le droit d'accès à un tribunal ou

³⁵⁹ C.E.D.H., *Johnston et autres c. Irlande*, 18 octobre 1980, n° 9697/82, §52.

³⁶⁰ *Ibid.*, §53.

³⁶¹ C.E.D.H., *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002, n° 2346/02, §39.

³⁶² C.E.D.H., *Vo c. France*, 08 juillet 2004, n° 53924/00 ; v. aussi C.E.D.H., *Lambert et autres c. France*, 05 juin 2015, n° 46043/14, §§72-76.

³⁶³ v. dans la deuxième partie de l'étude, notre chapitre premier sur les droits absolus de la Convention.

³⁶⁴ C.E.D.H., *Soering c. Royaume-Uni*, 07 juillet 1989, n° 14038/88, §87 ; v. aussi C.E.D.H., *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, 07 décembre 1976, n° 5095/71, § 53.

encore l'exécution des jugements internes³⁶⁵ comme faisant partie intégrante de l'article 6 de la Convention malgré le fait qu'ils ne soient pas inscrits comme tels. Parallèlement, la Cour doit s'assurer que lesdites limitations et conditions « ne réduisent pas les droits dont il s'agit au point de les atteindre dans leur substance même et de les priver de leur effectivité »³⁶⁶. Dès lors, toute interprétation *contra legem* faite par les États est contrôlée subsidiairement par la Haute juridiction.

2. L'exécution de la décision : une obligation de moyen ou de résultat ?

87. La réponse à la question est en réalité très simple : l'obligation d'exécuter une décision de la Cour est une obligation de résultat. Cependant, ce n'est pas tant la réponse qui importe ici, c'est bien l'existence de la question *per se*. En effet, encore faut-il connaître le contenu de l'obligation de réparation qui doit être exécutée : une *restitutio in integrum* ? Et si oui, comment ? Une simple réparation pécuniaire ? Ou autre ?

L'utilité de poser la question en ce sens révélera ainsi plusieurs indices quant à la détermination de l'étendue de la marge étatique.

La distinction entre « moyen » et « résultat » constitue principalement la meilleure façon de déterminer l'étendue de la marge d'appréciation de l'État. La référence à une obligation de moyens par opposition à celle de résultat nous semble d'une importance capitale étant donné qu'elle confirme la responsabilité diluée des États pour ce qui est des carences nationales³⁶⁷. A cet effet, la notion d'obligation de résultat implique pour l'État, l'atteinte d'un objectif préalablement fixé³⁶⁸, à défaut, il serait considéré comme n'ayant pas exécuté son obligation³⁶⁹. En revanche, celle d'obligation de moyen ou de comportement est moins contraignante. Elle met l'accent sur l'impossibilité d'imposer à un

³⁶⁵ v. C.E.D.H., *Hornsby c. Grèce*, 19 mars 1997, n° 18357/91, §40.

³⁶⁶ C.E.D.H., *Hirst c. Royaume-Uni (n° 2)*, 6 octobre 2015, n° 74025/01, §62 ; v. aussi C.E.D.H., *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, 02 mars 1987, 9267/81, §52.

³⁶⁷ SPIELMANN (D.), « Obligations positives et effet horizontal », in SUDRE (F.) (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme ... op. cit.*, p. 147.

³⁶⁸ DAILLER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.), *Droit international public*, 8^{ème} éd., L.G.D.J., Paris, 2009, p. 240.

³⁶⁹ *Idem*.

État, un « fardeau insupportable ou excessif »³⁷⁰, engageant celui-ci « seulement à employer les moyens appropriés [pour] obtenir le résultat qu’il souhaite »³⁷¹.

Lorsqu’une plus grande importance est accordée aux moyens plutôt qu’au résultat, la théorie de la meilleure position selon laquelle l’État est considéré comme étant « le mieux placé » pour choisir « le meilleur moyen », « en fonction [de sa situation ou encore] des besoins et des ressources de la communauté et des individus »³⁷², est au centre de l’accomplissement de son obligation. Cela élargit en conséquence la marge d’appréciation de l’État en la matière, à tel point que même pour ce qui concerne les droits absolus, aujourd’hui, une évolution se dessine vers une certaine reconnaissance de pareille marge³⁷³ « principalement lorsque la Cour conclut à l’existence d’une obligation positive »³⁷⁴. La Cour va, par exemple, reconnaître, dans l’affaire *Öneryildiz c. Turquie*³⁷⁵, que l’État dispose d’une marge d’appréciation sous le volet substantiel de l’article 2 de la Convention, examinant si les autorités étatiques avaient pris toutes les mesures de protection nécessaires pour prévenir des décès causés par l’explosion accidentelle d’un site de stockage de déchets situé à proximité d’un bidonville. La Cour a ainsi pris en considération, les difficultés sociales, conjoncturelles et urbaines dans la zone ; ainsi que les priorités de ressources de l’État³⁷⁶.

88. À la lumière de ce qui précède, en ce qui concerne la nature de l’obligation à la charge de l’État en amont, ainsi que la Cour l’a précisé dans l’affaire « *Ärzte Für Das Leben* » c. Autriche, « s’il incombe aux États contractants d’adopter des mesures raisonnables et appropriées afin d’assurer [le respect d’une garantie prévue par un droit], ils ne sauraient pour autant le garantir de manière absolue et ils jouissent d’un large

³⁷⁰ C.E.D.H., *Osman c. Royaume-Uni*, 28 octobre 1998, n° 23452/94, §116.

³⁷¹ TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil: Les obligations*, 10^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2009, p. 7.

³⁷² C.E.D.H., *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, n° 9214/80, §67 ; v. aussi, *mutatis mutandis*, C.E.D.H., *Rasmussen c. Danemark*, 28 novembre 1984, n° 8777/79, §40 ; C.E.D.H., *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, n° 6833/74, §31 ; C.E.D.H., *Syndicat national de la police belge c. Belgique*, 27 octobre 1975, n° 4464/70, §39 ; C.E.D.H., *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l’enseignement en Belgique c. Belgique*, 23 juillet 1968, n° 1474/62, §5 .

³⁷³ C’est le deuxième niveau de l’échelle susmentionnée.

³⁷⁴ TULKENS (F.), DONNAY (L.), « L’usage de la marge d’appréciation ... », *op. cit.*, p. 3 et s.

³⁷⁵ C.E.D.H., *Öneryildiz c. Turquie*, 30 novembre 2004, n° 48939/99.

³⁷⁶ *Ibid.*, §110.

pouvoir d'appréciation dans le choix de la méthode à utiliser »³⁷⁷. À la Cour d'ajouter qu'« en la matière, ils assument (...) une obligation de moyens et non de résultat »³⁷⁸.

89. Nous remarquons que là où l'obligation à la charge de l'État revêt le caractère d'une obligation de moyen ou de comportement, la marge d'appréciation de celui-ci est, soit large, soit très large³⁷⁹.

Lorsque l'obligation qui pèse sur l'État est une obligation de non-ingérence, les « moyens » étatiques font véritablement partie du contrôle de proportionnalité opéré par la Cour, ceux-ci étant inhérents à l'expression « nécessaire dans une société démocratique »³⁸⁰. Dans son contrôle de proportionnalité, la Haute juridiction vérifie, en effet, si l'État a fait le choix du moyen le moins attentatoire à la liberté de la victime.

En revanche, lorsqu'il s'agit d'une obligation positive, la Cour procède différemment, elle doit veiller « à ne pas imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif »³⁸¹. Ainsi, au lieu de mesurer la nécessité d'une ingérence dans une société démocratique au regard du but légitime poursuivi par l'État, la Cour, lorsque cet État doit agir d'une certaine manière conformément à son obligation positive, doit lui reconnaître le bénéfice du doute dans le choix de la mesure à prendre et ne peut attendre de celui-ci qu'il adopte des mesures idéales qui seraient considérées comme un fardeau insupportable ou excessif. Le fait que l'État n'ait pas adopté les mesures idéales ne saurait donc suffire pour que la Cour constate une violation de l'obligation étatique positive issue du droit en cause. Il s'agit là de la manifestation même de l'obligation de moyen. Il suffirait ainsi que l'État aménage assez d'effort dans le but de garantir le droit en cause pour satisfaire à cette obligation.

En somme, dans la mesure où l'État connaît mieux les besoins de sa population, il lui appartient de choisir le *moyen* de son choix, ce qui suppose que le moyen idéal aux yeux de la Cour ne peut être nécessairement le moyen idéal aux yeux de l'État. Selon le Pr.

³⁷⁷ v. C.E.D.H., *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, n° 9214/80, §67 ; C.E.D.H., *Rees c. Royaume-Uni*, 17 octobre 1986, n° 9532/81 §§ 35-37.

³⁷⁸ C.E.D.H., *Plattform « Ärzte für das Leben » c. Autriche*, 21 juin 1988, n° 10126/82, §34.

³⁷⁹ Cela correspond aux deux deniers niveaux de l'échelle précitée : v. le Par. 28 de la présente étude ; v. aussi GREER (S.), « Les exceptions aux articles 8 à 11 ... » *op. cit.*, p. 16.

³⁸⁰ Opinion dissidente de M. le Juge Matscher dans C.E.D.H., *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, n° 7525/76.

³⁸¹ C.E.D.H., *Osman c. Royaume-Uni*, 28 octobre 1998, n° 23452/94, §116 ; C.E.D.H., *Kiliç c. Turquie*, 28 mars 2000, n° 22492/93, §63 ; C.E.D.H., *Denizci et autres c. Chypre*, 23 juillet 2001, n° 25316/94 et autres, §375.

Akandji-Kombe, « il en résulte que, par la force des choses, les États disposent ici d'une marge d'appréciation qui, bien que variable en fonction des espèces, est plus étendue »³⁸² que lorsque l'obligation en cause est de nature négative.

En guise d'illustration, la Cour énonce dans l'arrêt *Hatton*, que « si l'État est tenu de *prendre dûment en considération les intérêts particuliers* dont il a l'obligation d'assurer le respect en vertu de l'article 8, il y a lieu, en principe, de lui laisser le *choix des moyens* à employer pour remplir cette obligation (...) »³⁸³. Elle précise en ce sens que « vu le caractère subsidiaire de sa fonction de contrôle, [elle] se bornera à examiner si telle ou telle solution adoptée peut passer ou non pour ménager un juste équilibre »³⁸⁴. Il en ressort qu'elle accorde une grande marge d'appréciation à l'État malgré le fait que les intérêts des requérants soient particulièrement et personnellement affectés par l'absence de réglementation étatique sur les nuisances sonores engendrés par les vols de nuit. Les Juges M. Costa, M. Ress, M. Türmen, M. Zupancic et Mme Steiner ont exprimé leur opposition à pareille affirmation de la Cour en faisant remarquer que des intérêts personnels et intimes du requérant consistant à une perturbation *constante* du sommeil causée par le bruit des aéronefs pendant la nuit, étaient en jeu³⁸⁵.

90. Ainsi, l'on dénote que lorsque l'on se réfère aux *moyens*, la marge étatique est large malgré l'importance du droit pour le requérant, celui-ci étant susceptible d'être touché dans son intimité. Dans cette même perspective, comme le fait observer M. le Juge Spielmann, la notion d'obligation de moyen engendre inévitablement des difficultés sur le terrain de la preuve portant préjudice à l'effectivité du droit concerné³⁸⁶. En effet, l'État n'a plus à « justifier » ses actes selon des critères « pertinents et suffisants »³⁸⁷ ou encore « convaincants »³⁸⁸. À ce titre, alors que nous avons vu que pour les obligations négatives, la charge de la preuve appartient à l'État, plaçant la marge d'appréciation de ce dernier dans le troisième niveau de « l'échelle » précitée – la Cour s'attachant à déterminer si le

³⁸² AKANDJI-KOMBE (J.-F.), *Les obligations positives ...*, op. cit., p. 19.

³⁸³ C.E.D.H., *Hatton et autres c. Royaume-Uni*, 08 juillet 2003, n° 36022/97, §123. Les italiques sont de nous.

³⁸⁴ *Idem*.

³⁸⁵ Opinion dissidente commune à M. Costa, M. Ress, M. Türmen, M. Zupancic et Mme Steiner, Juges dans C.E.D.H., *Hatton et autres c. Royaume-Uni*, 8 juillet 2003, n° 36022/97, pt. 12.

³⁸⁶ *Idem*.

³⁸⁷ C.E.D.H., *Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, 26 novembre 1991, n° 13585/88, §72.

³⁸⁸ C.E.D.H., *Gaskin c. Royaume-Uni*, 07 juillet 1989, n° 10454/83, §40 ; C.E.D.H., *Klass c. Allemagne*, 06 septembre 1978, n° 5029/71, §59.

comportement de l'État a été raisonnable³⁸⁹ – il en va différemment lorsque cette obligation est de nature positive. Il en est ainsi car l'obligation revêt le caractère d'une obligation de moyen qui place la marge d'appréciation de l'État dans le quatrième et dernier niveau de l'échelle consistant à ce que la Cour s'attache à déterminer si le comportement de l'État n'a pas été déraisonnable³⁹⁰.

Plus largement et plus logiquement, l'obligation positive échappe au troisième niveau de l'échelle de l'étendue de la marge d'appréciation car contrairement à l'obligation de non-ingérence, il n'existe ici aucune « action » en tant que telle, rendant impossible de « justifier ce qui n'existe pas ». Ce dernier niveau exprime les cas où la marge d'appréciation de l'État est le plus large possible. En définitive, cette distinction entre obligation de résultat et de moyen faisant renverser la charge de la preuve, va rendre la marge d'appréciation de l'État beaucoup plus large lorsqu'une obligation positive pèse sur celui-ci.

En définitive, la nature positive de l'obligation confère une marge d'appréciation plus large à l'État « en amont ».

B. Indistinction entre la nature des deux obligations aux fins de l'examen de l'étendue de la marge d'appréciation

91. La distinction entre ingérence active et ingérence passive demeure néanmoins difficile, d'autant plus que la violation d'une obligation positive peut également intervenir lorsque l'État est intervenu mais sans prendre toutes les mesures nécessaires³⁹¹, constituant ainsi une « omission partielle »³⁹². Il ne s'agit donc plus seulement de « passivité »³⁹³. Plus largement, la question sera donc de savoir si l'État a pris ou non des mesures et, dans

³⁸⁹ GREER (S.), « Les exceptions aux articles 8 à 11 ... » *op. cit.*, p. 16..

³⁹⁰ *Idem.*

³⁹¹ AKANDJI-KOMBE (J.-F.), *Les obligations positives ...*, *op. cit.*, p. 13 citant comme exemple l'arrêt C.E.D.H., *Hatton et autres c. Royaume-Uni*, 8 juillet 2003, n° 36022/97.

³⁹² C.E.D.H., *Ilascu et autres c. Moldavie et Russie*, 8 juillet 2004, n° 48787/99, §334.

³⁹³ C.E.D.H., *Artico c. Italie*, 13 mai 1980, n° 6694/74, §36 ; v. aussi C.E.D.H., *Airey c. Irlande*, 09 octobre 1979, n° 6289/73, §25.

l'affirmative, si ces mesures sont suffisantes³⁹⁴. Rappelons ainsi qu'alors que la Cour elle-même ne s'attache pas à résoudre les critères de distinction entre les deux types d'ingérence, il ressort de l'analyse de sa jurisprudence que dans la recherche du juste équilibre, les objectifs énumérés aux paragraphes 2 des articles 8 à 11 « peuvent jouer un certain rôle »³⁹⁵.

À cet effet, la méthode du « juste équilibre » employée pour les obligations positives, qui ressort de l'arrêt *Linguistique belge*, présente une analogie certaine avec le contrôle de la nécessité et de la proportionnalité des mesures restrictives dans le cadre d'un droit emportant obligation de non-ingérence³⁹⁶. Le juge européen va s'intéresser « aux justifications de l'abstention des autorités nationales, à l'intérêt public qui la sous-tend »³⁹⁷, *tout comme* il a dû vérifier le caractère pertinent des motifs dans le cadre du contrôle relatif aux ingérences. Telles exigences sont transposables dans le cadre des obligations positives des États. La Cour y parle de critères implicites sur la finalité de l'inaction de l'État, au regard duquel s'examine la proportionnalité de son inaction³⁹⁸.

92. La recherche du « juste équilibre » suppose la recherche d'une balance des intérêts en cause : entre ceux de la victime et ceux d'autrui ou encore l'intérêt général³⁹⁹. Il s'agit, par ailleurs, d'un but légitime cité de manière explicite dans le paragraphe 2 des articles 8 à 11 de la Convention et qui trouve, ici, un écho dans le cadre des obligations positives qui pèsent sur l'État. La balance entre les intérêts de la victime et ceux du requérant constitue, à juste titre, l'essence même de la « société démocratique ». En effet, « la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité »⁴⁰⁰ ; elle commande un équilibre qui évite tout abus d'une position dominante⁴⁰¹. Sur ce point, grâce à leur connaissance directe de leur « société » et des « besoins de leur société », les autorités étatiques sont mieux placées que le juge européen pour déterminer

³⁹⁴ Opinion dissidente commune à M. Costa, M. Ress, M. Türmen, M. Zupancic et Mme Steiner, Juges dans C.E.D.H., *Hatton et autres c. Royaume-Uni*, 8 juillet 2003, n° 36022/97, pt. 7.

³⁹⁵ C.E.D.H., *Rees c. Royaume-Uni*, 17 octobre 1986, n° 9532/81, §37 ; v. aussi C.E.D.H., *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, n° 6833/74, §31.

³⁹⁶ AKANDJI-KOMBE (J.-F.), *Les obligations positives ...*, *op. cit.*, p. 20.

³⁹⁷ *Ibid.*, p. 19.

³⁹⁸ C.E.D.H., *Hirst c. Royaume-Uni (n° 2)*, 06 octobre 2015, n° 74025/01, §62 ; v. aussi C.E.D.H., *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, 02 mars 1987, 9267/81, §52.

³⁹⁹ C.E.D.H., *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c. Belgique*, 23 juillet 1968, n° 1474/62.

⁴⁰⁰ C.E.D.H., *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, 13 août 1981, n° 7601/76, §63.

⁴⁰¹ *Idem.*

ce qui est « d'utilité publique » et jouissent, dès lors, d'une large marge d'appréciation en la matière⁴⁰².

93. Tout comme dans le cadre des ingérences passives, la mesure de la limite de cette large marge d'appréciation de l'État lorsqu'une obligation positive pèse sur celui-ci, se réfère précisément à l'importance du droit pour le requérant et le genre d'activité en cause⁴⁰³. D'une part, plus l'inaction de l'État affecte le requérant personnellement et intimement, plus la marge de l'État se rétrécit. D'autre part, plus le domaine en cause reçoit une interprétation et application consensuelle parmi les États contractants, plus la marge rétrécit. Cela transparaît doublement dans le deuxième paragraphe – quasiment – commun aux articles 8 à 11 de la Convention, tantôt dans le but légitime relatif à la protection de la morale, tantôt dans l'expression de la société démocratique. En effet, comme l'admet la Cour dans sa jurisprudence, « il n'est pas de société démocratique sans que le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture, se traduisent effectivement dans [le] régime institutionnel [de l'État] (...) »⁴⁰⁴.

94. Parallèlement, malgré sa large ampleur, la marge étatique est limitée par le contrôle européen. À juste titre, la Cour doit toujours vérifier si *l'inaction* de l'État « outrepassé une marge d'appréciation *acceptable*, aussi large soit-elle »⁴⁰⁵ en veillant à ce que les interprétations des droits que fait l'État ne les réduisent pas « au point de les atteindre dans leur substance même » et de les priver de leur efficacité⁴⁰⁶. Cela est d'autant plus important dans le cadre des obligations positives car « l'obligation positive dégagée par le juge est inhérent au droit conventionnel parce que nécessaire à son effectivité »⁴⁰⁷. En d'autres termes, l'obligation, pour l'État, d'adopter des réglementations⁴⁰⁸ a été créée en vue de parfaire – ou du moins de respecter les exigences de – sa société démocratique⁴⁰⁹, ce qui empêche d'aboutir à une marge d'appréciation de l'État illimitée, bien que très large [Niveau 4 de l'échelle précitée⁴¹⁰].

⁴⁰² *Ibid.*, §46.

⁴⁰³ C.E.D.H., *Buckley c. Royaume-Uni*, 25 septembre 1996, n° 20348/92, §74.

⁴⁰⁴ C.E.D.H., *Sunday times c. Royaume-Uni (n° 1)*, 26 avril 1979, n° 6538/74, §8.

⁴⁰⁵ C.E.D.H., *Hirst c. Royaume-Uni (n° 2)*, 06 octobre 2015, n° 74025/01, §82.

⁴⁰⁶ *Ibid.* §62 ; v. aussi C.E.D.H., *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, 02 mars 1987, 9267/81, §52.

⁴⁰⁷ SUDRE (F.), « Les obligations positives ... », *op. cit.*, pt. 11

⁴⁰⁸ C.E.D.H., *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, 02 mars 1987, n° 9267/81, §50.

⁴⁰⁹ v. MALINVERNI (G.), « Les fonctions des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Commission et la Cour européenne des droits de l'homme », *Im Dienst an der Gemeinschaft, Helbing et Lichtenhahn*, 1989, p. 559.

⁴¹⁰ v. le Par. 28 de la présente étude.

Paragraphe 2 : UNE INTERDÉPENDANCE ENTRE LA MARGE D'APPRÉCIATION DE L'ÉTAT EN AMONT ET CELLE EN AVAL

95. L'étendue de la marge d'appréciation de l'État dans l'exécution de l'arrêt de la Cour est quelque peu influencée par l'étendue de sa marge dans l'application du droit « en amont »⁴¹¹. En effet, il y a tout d'abord généralement identité de la nature de l'obligation « en amont » et « en aval » (**A**). Ensuite, l'arrêt de la Cour, du fait de son raisonnement sur l'atteinte du « juste équilibre », apporte des indications nécessaires sur l'étendue de la marge d'appréciation de celui-ci en aval (**B**).

A. Une obligation de même nature dans l'application du droit et dans l'exécution de la décision ?

96. Lorsque le droit violé comportait l'obligation pour l'État d'agir – positivement – et que cela avait le caractère d'une obligation de moyen, la détermination de l'étendue de la marge d'appréciation de l'État en aval doit s'inspirer de la large marge d'appréciation de l'État en amont. Dans ce schéma, le constat de violation effectué par la Cour suppose que, malgré la large marge d'appréciation de l'État dans l'application du droit, l'État a failli à son obligation d'*action*, soit parce que celui-ci n'a adopté aucune mesure pour garantir l'effectivité du droit, soit parce que la mesure adoptée n'a pas été suffisante.

La *correction* de telle inaction doit nécessairement se traduire par une action suffisante. En ce sens, l'État sera titulaire d'une nouvelle obligation positive pour lesquelles il dispose des choix des *moyens* à mettre en œuvre en vue de la réparation de la violation de la Convention, un effort raisonnable pour atteindre cet objectif étant suffisant. Cela se reflète d'ailleurs parfaitement dans la définition de la *restitutio in integrum* qui veut que le redressement du *statu quo ante* se fasse « autant que possible ». Par cela, la possibilité de ne pas atteindre la réparation maximale est admise et tout effort pour y arriver constitue une satisfaction, pour l'État, à son obligation de moyen. *In fine*, la marge de l'État dans l'exécution de la décision de la Cour doit également être considérée comme

⁴¹¹ v. le Par. 60 *in fine* de la présente étude.

étant large eu égard à l'obligation de moyen à sa charge, dans la phase de l'exécution de l'arrêt.

C'est, en tout état de cause, le cas *en principe*, la jurisprudence de la Cour affirmant qu'il n'appartient pas à celle-ci de « dicter les mesures à prendre, ni même de les indiquer, la Convention se born[ant] à exiger que l'individu jouisse de son droit effectif »⁴¹². Dans ces cas, seule l'obligation de payer la satisfaction équitable allouée par la Cour, le cas échéant, constitue une obligation de résultat. Pour ce qui est de l'adoption de mesures individuelles en nature ou de l'adoption de mesures générales, l'État défendeur a le choix des moyens de réparation aux fins de l'exécution de l'arrêt. Sa latitude est donc large en l'espèce. Ainsi, la réparation idéale constitue certes la *restitutio in integrum* mais le fait que l'obligation d'exécution de l'État soit une obligation de comportement lui donne la possibilité de ne pas réaliser la réparation maximale.

97. Il s'ensuit qu'il faut reconnaître que, dans un tel schéma, les chances d'une exécution « parfaite », en bonne et due forme, de l'arrêt, se réduisent considérablement. Elles dépendraient ainsi exclusivement de la volonté des États, une particularité que le Pr. L. Brant remet en cause en soulignant que « l'exécution en droit international est de nature incertaine »⁴¹³, celle-ci étant en effet confiée à la *bona fides* de ces derniers⁴¹⁴. Pour cette raison, le principe laisse de plus en plus place à l'exception. Exceptionnellement, en effet, la Cour se donne le droit d'indiquer précisément les mesures à prendre en vue de réparer les conséquences de certaines violations. Néanmoins, ces cas s'appliquent, le plus souvent, aux droits violés de nature absolue, qui échappent, à ce stade de l'étude⁴¹⁵.

98. En tout état de cause, si la nature de l'obligation en amont ne permet pas de s'assurer de la nature de l'obligation en aval par simple déduction d'identité, il reste que le raisonnement de la Cour lui-même fournira, soit subtilement soit expressément, les indices

⁴¹² C.E.D.H., *Airey c. Irlande*, 09 octobre 1979, n° 6289/73, §26 ; v. *mutatis mutandis*, C.E.D.H., *Syndicat national de la police belge c. Belgique*, 27 octobre 1975, n° 4464/70, §39 ; C.E.D.H., *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, n° 6833/74, §31.

⁴¹³ BRANT (L.), *L'autorité de chose jugée en droit international public*, L.G.D.J., Paris, 2003, p.3.

⁴¹⁴ CAVARE (L.), *Le droit international public positif*, 3^{ème} éd., Pedone, Paris, 1969, mise à jour par QUENEUDEC (J.P.), t-2, p. 316 ; Si les États souverains se soumettaient volontairement à l'arbitrage, n'était-ce pas qu'ils étaient prêts à en assumer les risques et à respecter toute sentence quelle qu'elle fût ? Ainsi s'était développé dans leur pratique un principe, aisément admis par la doctrine selon lequel une sentence arbitrale devait être exécutée de bonne foi : PILLEPICH (A.), « Commentaire de l'Article 94 de la Charte des Nations-Unies », in COT (J-P.), PELLET (A.), *La Charte des Nations Unies, commentaire article par article*, Economica, Paris, 1985, p. 1269.

⁴¹⁵ v. la Deuxième Partie de la présente étude.

pour déterminer la nature de l'obligation qui pèse sur l'État dans la phase de l'exécution et *in fine* l'étendue de sa marge d'appréciation « en aval » (B).

B. Le raisonnement dans l'arrêt sur l'atteinte du « juste équilibre » comme indice de l'étendue de la marge étatique dans l'exécution

99. À la vérité, l'examen de proportionnalité fera transparaître, tout le long de son raisonnement, directement ou indirectement, explicitement ou implicitement, la portée de la décision, l'ampleur de la liberté de choix de celui qui doit la prendre – donc le défendeur – et sa gamme de choix disponible⁴¹⁶. Cette affirmation confirme notre raisonnement selon lequel c'est bien la Cour qui accorde le degré voulu de marge d'appréciation à l'État dans l'exécution de son arrêt. À cet effet, si la Cour constate une violation de la Convention en se prononçant uniquement sur la satisfaction équitable, l'obligation de payer cette réparation pécuniaire revêtira le caractère d'une obligation de résultat, les mesures en nature demeurant à l'appréciation de l'État, que cela soit sur l'opportunité de les adopter ou sur le choix de la mesure ou sur la manière de l'exécuter. Autrement, si elle mentionne simplement que l'objectif idéal constitue la réalisation de la *restitutio in integrum*, sans indiquer les moyens d'y arriver, alors il s'agit d'une obligation de moyens, schéma dans lequel la marge étatique reste large. En revanche, si elle indique la mesure à prendre au titre de la restitution intégrale, alors il s'agit d'une obligation de résultat, schéma dans lequel la marge étatique est étroite.

100. Le Pr. Sudre relève à cet effet que lorsque l'arrêt qui doit être exécuté concerne la violation d'un droit impliquant une obligation positive pour l'État, celui-ci « a une portée qui se situe au-delà de la simple obligation de résultat »⁴¹⁷. Cette notion n'aurait, en effet, « plus grand sens », la Cour étant *de facto* amenée à prescrire des mesures à prendre par l'État et non seulement à examiner la licéité de l'abstention⁴¹⁸. Il en ressort que le seul choix qui reste à l'État en l'absence de législation ou en l'existence d'une législation défailante, est d'adopter ou de réformer sa législation en conformité avec la

⁴¹⁶ BRADY (A.), *Proportionality and Deference under the UK Human Rights Act: An Institutional Sensitive Approach*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 10-11.

⁴¹⁷ SUDRE (F.), « Les obligations positives ... », *op. cit.*, p. 382, pt. 34.

⁴¹⁸ AKANDJI-KOMBE (J.-F.), *Les obligations positives ...*, *op. cit.*, p. 18.

Convention⁴¹⁹. Le Pr. Sudre affirme ainsi que « l'affirmation régulière répétée par la Cour qu' *'il ne lui appartient pas d'indiquer les mesures à prendre'* par l'État, est un faux-semblant »⁴²⁰. Tout en évitant d'aborder le sujet des exceptions au principe de la liberté du choix des moyens qui seront étudiées ultérieurement, il n'en demeure pas moins qu'il nous est possible d'effleurer celui-ci et ce, uniquement dans le but de montrer que la marge d'appréciation de l'État peut être moins large que prévue.

En guise d'illustration, l'article 3 du Protocole additionnel à la Convention (droit à des élections libres) est bien relatif à un domaine où les autorités nationales sont dans l'obligation de prendre des mesures positives au lieu de se borner à s'abstenir de toute ingérence⁴²¹. Les droits qui y sont consacrés ne sont pas absolus, ils laissent place à des limitations implicites accordant une large marge d'appréciation à l'État en matière d'organisation d'élections⁴²². La largesse de la marge étatique en la matière s'explique par le fait qu'il existe de nombreuses manières, au sein des États contractants, d'organiser et de faire fonctionner les systèmes électoraux⁴²³. Amené à un exemple plus concret, la Cour a conclu à la violation de telle disposition dans l'affaire *Hirst c. Royaume-Uni* dans laquelle le requérant qui a été condamné à une peine à perpétuité, a été empêché de voter⁴²⁴. Dans cet arrêt, la Cour se contente de conclure que le constat de violation est suffisant au titre de la satisfaction équitable⁴²⁵, guidant précisément mais implicitement l'État à adopter des réglementations allant dans le sens de l'arrêt, en conformité avec la Convention. Tout comme pour la violation d'autres droits revêtant pour l'État, le caractère d'une obligation positive, cet arrêt produit « fatalement des effets débordants les limites du cas d'espèce »⁴²⁶. À cet effet, non seulement implique-t-il que l'État adopte des mesures générales consistant à aménager des conditions dans lesquelles les détenus pourraient voter, mais signifie-t-il également que tous les États appliquant de telles restrictions vont devoir évaluer la conformité de leurs législations aux exigences de la Convention telles

⁴¹⁹ SUDRE (F.), « Les obligations positives ... », *op. cit.*, p. 383, pt. 35.

⁴²⁰ *Idem.* Les italiques sont de nous.

⁴²¹ C.E.D.H., *Hirst c. Royaume-Uni* (n° 2), 06 octobre 2015, n° 74025/01, §57.

⁴²² *Ibid.*, §60.

⁴²³ *Ibid.*, §61.

⁴²⁴ *Ibid.*, §3.

⁴²⁵ *Ibid.*, §94.

⁴²⁶ C.E.D.H., *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, n° 6833/74, §58.

qu'interprétées dans cet arrêt⁴²⁷. La marge d'appréciation de l'État dans l'exécution de l'arrêt en ressort donc fortement réduite.

En définitive, l'efficacité de la méthode sur la bonne exécution de la Convention demeure problématique. À juste titre, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe chargé de la surveillance de l'exécution par les autorités britanniques de l'arrêt *Hirst*, n'a cessé de réitérer sa préoccupation pour défaut de réformes législatives en la matière⁴²⁸. Les États sont donc susceptibles de s'opposer à la mesure de réparation implicitement indiquée⁴²⁹ lorsque leur marge d'appréciation est faussement large, au point de ne leur laisser aucun choix à apprécier. Il a été également regretté que la Cour n'ait pas donné de conseils quant aux solutions qui seraient compatibles avec la Convention⁴³⁰, impliquant ainsi que la Cour devrait confirmer s'il existe bien d'autres mesures de réparation possibles mises à part l'adoption de réglementations.

De même, dans l'affaire *X et Y c. Pays-Bas*, la Cour indique dans les motifs de l'arrêt que « seule une législation criminelle peut assurer une prévention efficace [et] nécessaire »⁴³¹ tout en prenant le soin d'indiquer dans le cadre de la question de la satisfaction équitable, que « les autorités néerlandaises ont une part de responsabilité en raison de la lacune législative qui a entraîné la violation »⁴³².

De telles indications marquent manifestement qu'une obligation d'action – positive – pèse sur l'État défendeur au stade de l'exécution de l'arrêt prononcé par la Cour, ce qui rétrécit en conséquence sa gamme de choix de mesures au stade de la réparation.

⁴²⁷ Opinion dissidente commune à MM. les Juges Wildhaber, Costa, Lorenzen, Kovler et Jebens dans C.E.D.H., *Hirst c. Royaume-Uni* (n° 2), 6 octobre 2015, n° 74025/01, pt. 6.

⁴²⁸ Résolution intérimaire CM/ResDH(2009)160 adoptée par le Comité des Ministres le 03 décembre 2009, lors de la 1072^{ème} réunion des Délégués des Ministres.

⁴²⁹ MORRISSON (C.), “Margin of appreciation in European Human Rights Law”, ... *op. cit.*, p. 283.

⁴³⁰ Opinion dissidente commune à MM. Les Juges Wildhaber, Costa, Lorenzen, Kovler et Jebens dans C.E.D.H., *Hirst c. Royaume-Uni* (n° 2), 6 octobre 2015, n° 74025/01, pt. 6.

⁴³¹ C.E.D.H., *X et Y c. Pays-Bas*, 26 mars 1985, n° 21830/93, §27.

⁴³² *Ibid.*, §40.

Conclusion du Chapitre 1

101. L'État dispose d'une large marge d'appréciation lorsqu'il applique la Convention, en particulier parce qu'il est un acteur prioritaire – le contrôle européen étant subsidiaire – mais aussi parce qu'il est présumé être le mieux placé pour garantir les droits issus de la Convention dans son ordre interne. À ce stade, il lui appartient donc d'interpréter, par ordre de priorité, les termes dans lesquels le droit est énoncé afin de décider du meilleur moyen de le mettre en application. Cela requiert une prise en considération de la nature du droit en cause. En effet, ainsi que l'affirme le Pr. Cannizzaro, "*there are, notoriously, obligations, which, by their very content, leave a more or less wide room for manoeuvring to their addresses*"⁴³³. Même si l'auteur fait indistinctement référence dans ses propos à la marge d'appréciation et à la marge de manœuvre, il n'en demeure pas moins qu'il met en exergue, l'idée que le droit lui-même, du fait de sa formulation, de sa nature et *a fortiori* du contenu de l'obligation qu'il comporte, laisse plus ou moins, à travers une première lecture de la disposition, une certaine latitude à l'État dans son application de ce droit.

102. En particulier, s'il s'agit d'un droit de nature absolue non susceptible de dérogation, les termes dans lesquels le droit est garanti ne laisseront pas réellement place à des exceptions ou limitations. Dans ces cas, dans la mesure où il n'y a pas de dérogations possibles et où les termes dans lesquels le droit est énoncé sont délibérément clairs et précis, l'État n'a pas besoin d'interpréter la disposition concernée. Sa priorité d'interprétation n'est donc d'aucune utilité lorsqu'il s'agit d'un droit de nature absolue, ce qui réduit en conséquence sa marge d'appréciation en amont en la matière.

103. En revanche, si le droit en cause est un droit de nature relative, c'est-à-dire susceptible de dérogation, alors l'État dispose d'une certaine marge d'appréciation dans l'interprétation des limitations permises par la formulation de ce droit. Une fois son interprétation faite, il dispose également d'une priorité d'action, étant présumé le mieux placé pour prendre les mesures dans son droit interne pour garantir le droit en cause.

⁴³³ Traduit par nous : « Il existe des obligations qui, par leur contenu même, laisse une certaine marge de manœuvre à leurs acteurs » : CANNIZZARO (E.), « Margin of Appreciation and Reasonableness in the ICJ's Decision in the Whaling case », in D'ARGENT (P.), BONAFÉ (B.), COMBACAU (J.), VERHOEVEN (J.), *Les limites du droit international*, essais en l'honneur de Joe Verhoeven, Bruylant, Bruxelles, 2014, p. 449.

Ledit droit peut, d'une part, imposer à l'État d'agir d'une certaine manière, par exemple en adoptant des réglementations en vue d'assurer la protection effective du droit en cause en droit interne – obligation positive. Aux termes de l'article 1^{er} de la Convention, en effet, chaque État contractant reconnaît à toute personne relevant de sa juridiction les droits et libertés définis dans la Convention, une obligation générale qui peut impliquer des obligations positives inhérentes à la garantie de l'exercice effectif des droits consacrés par la Convention⁴³⁴.

D'autre part, il peut également signifier que l'État doive s'abstenir d'agir. À cet effet, il est vrai que la Convention protège l'individu contre toute ingérence arbitraire des pouvoirs publics dans l'exercice des droits qu'il consacre. Toutefois, les autorités nationales peuvent, dans certaines circonstances, être contraintes d'intervenir dans les relations entre particuliers en prenant des mesures raisonnables et appropriées pour assurer le respect effectif de ces droits⁴³⁵. Ainsi, l'obligation de non-ingérence qui pèse sur l'État se traduit, en ce sens, par l'obligation de ne pas intervenir déraisonnablement dans l'exercice, par un justiciable, de son droit issu de la Convention.

Parallèlement, le droit en cause peut imposer à la fois des obligations positives et négatives. C'est le cas par exemple de l'article 8 de la Convention qui nécessite pour l'État d'assurer le « respect »⁴³⁶ de la vie privée et familiale en adoptant des réglementations en vue de protéger ce droit, conformément à son premier paragraphe, tout en ayant l'obligation de s'abstenir de s'ingérer dans l'exercice de ce droit, en vertu de son second paragraphe. De même, si l'article 11 de la Convention a pour objectif essentiel de protéger l'individu contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics dans l'exercice des droits qu'il consacre, il peut également impliquer l'obligation positive d'assurer la jouissance effective de ces droits⁴³⁷.

104. En tout état de cause, lorsque pèse sur l'État, une obligation de non-ingérence, les exceptions au droit sont formulées dans le texte même de la disposition. À ce titre, les

⁴³⁴ C.E.D.H., *Sorensen et Rasmussen c. Danemark*, 11 janvier 2006, n° 52562/99, §57.

⁴³⁵ C.E.D.H., *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, 13 août 1981, n° 7601/76, §49 ; v. aussi C.E.D.H., *Wilson, National Union of Journalists et autres c. Royaume-Uni*, 02 juillet 2002, n° 30668/96, §41 ; C.E.D.H., *Gustafson c. Suède*, 1^{er} juillet 1997, n° 23196/94, §45.

⁴³⁶ C.E.D.H., *Abdulaziz, Cabales et Balkandi c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, n° 9214/80, §67 : « La notion de 'respect' manque cependant de netteté, surtout quand de telles obligations se trouvent en cause; ses exigences varient beaucoup d'un cas à l'autre vu la diversité des pratiques suivies et des conditions existant dans les États contractants ».

⁴³⁷ C.E.D.H., *Wilson, National Union of Journalists et autres c. Royaume-Uni*, 02 juillet 2002, n° 30668/96, §41.

ingérences étatiques peuvent être justifiées si elles sont prévues par la loi, poursuivent au moins un des buts légitimes énoncé dans le corps de la disposition et sont nécessaires dans une société démocratique⁴³⁸. La marge d'appréciation de l'État en amont dans l'application de ce droit – ou plutôt de la justification du non-respect de ce droit – s'explique par le fait que l'État soit le mieux placé pour apprécier les besoins de sa population et donc pour interpréter les exigences que commande l'atteinte du but légitime par une transposition des besoins locaux et internes. L'interprétation dont il est question, en l'espèce, est une réelle interprétation pratique que seul l'État peut effectuer du fait de sa « meilleure position ». Par exemple, les autorités nationales connaissent la position de l'opinion publique sur la *Gestation Pour Autrui*⁴³⁹ et par cela, peuvent interpréter le but légitime relatif à la « protection de la morale » différemment d'un autre État membre selon le degré de sensibilité au sujet. L'absence de consensus européen constituera, à cet effet, un élément que la Cour prendra en compte lorsqu'elle examinera la proportionnalité de l'ingérence étatique.

Au stade de la mise en œuvre « en amont », en tout état de cause, la sensibilité particulière de l'opinion publique et de la situation en interne dans l'État membre, constituent des éléments qui élargissent la marge d'action de l'État ou qui lui donnent davantage le bénéfice du doute dans sa prise de décision en la matière.

105. De même, lorsqu'il s'agit d'une obligation positive, il appartient à l'État de transposer son interprétation du droit en cause à sa connaissance de la situation interne. Dans cette mesure, il décidera de la meilleure action à entreprendre en vue d'assurer l'effectivité de ce droit et d'en choisir la forme : une réforme législative ou constitutionnelle, l'adoption d'un décret d'application ou d'une circulaire etc.

106. Cependant, la marge d'appréciation étatique, aussi large soit-elle, demeure limitée par l'existence d'un contrôle européen qui consiste pour la Cour à examiner la proportionnalité de l'action ou de l'inaction de l'État. De ces deux types d'obligations naissent deux différentes manières d'apprécier la proportionnalité de la mesure étatique, mais en substance, les principes applicables demeurent comparables⁴⁴⁰. Dans les deux cas, en effet, il faut avoir égard au *juste équilibre à ménager* entre les intérêts qui sont en

⁴³⁸ C.E.S.D.H., art. 8 à 11, §2.

⁴³⁹ v. C.E.D.H., *Mennesson c. France*, 26 juin 2014, n° 65192/11, §75 ;

⁴⁴⁰ C.E.D.H., *Sorensen et Rasmussen c. Danemark*, 11 janvier 2006, n° 52562/99, §58.

concurrence avec ceux de l'individu et de la société dans son ensemble⁴⁴¹ afin de satisfaire au contrôle de proportionnalité effectué par la Cour.

107. Plus concrètement, lorsque pèse sur l'État une obligation de non-ingérence, celui-ci, en tant que bénéficiaire de principe d'une certaine marge d'appréciation en amont, appréciera le meilleur aménagement possible, eu égard à sa connaissance de la situation interne, en veillant à prendre la mesure la moins attentatoire possible pour les victimes potentielles de son ingérence. Dans l'examen de la proportionnalité de cette mesure, la Cour doit regarder si la triple exigence énoncée au second paragraphe de la disposition concernée est remplie. En ce qui concerne la troisième exigence, il ressort de la jurisprudence de la Cour que pour déterminer si un État « est resté dans les limites de sa marge d'appréciation », une importance particulière est attachée aux motifs avancés par les autorités nationales pour justifier l'ingérence et son degré d'empiètement sur les droits et intérêts d'autrui protégés par la Convention⁴⁴². Suivant cette méthode, lorsqu'une disproportionnalité est constatée entre le but poursuivi et les conséquences de l'ingérence, alors il y a outrepassement de la marge étatique. La charge de la preuve pèse donc sur l'État défendeur. De ce fait, sa marge d'appréciation est large conformément au troisième niveau de l'échelle de la marge d'appréciation de l'État maintes fois citée⁴⁴³ sans être trop large au titre de son quatrième niveau.

108. Par ailleurs, lorsqu'il s'agit d'une obligation positive, la Cour doit veiller à ce qu'un « juste équilibre » soit atteint en s'assurant que l'État ne soit pas confronté à un « fardeau excessif ou insupportable »⁴⁴⁴ dans son application du droit. Pour cela, l'État doit avoir, à tout le moins, *essayé* d'assurer la garantie du droit. Il s'agit donc d'une simple obligation de comportement, l'État faillit à celle-ci lorsqu'il n'a manifestement adopté aucune mesure pour garantir le droit en cause, ou lorsque la mesure adoptée est loin d'être suffisante à cet effet. Dès lors, la marge d'appréciation étatique est, en l'espèce, large du fait qu'un simple *effort* de la part de l'État est requis. Elle est même plus large comparée à une situation dans laquelle le droit en cause impose une obligation de non-ingérence parce qu'en l'espèce, la charge de la preuve ne pèse pas sur l'État. En effet, il revient ici à la

⁴⁴¹ C.E.D.H., *Broniowski c. Pologne*, 22 juin 2004, n° 31443/96, § 144 ; C.E.D.H., *Hatton et autres c. Royaume-Uni*, 08 juillet 2003, n° 36022/97, §98.

⁴⁴² C.E.D.H., *Sorensen et Rasmussen c. Danemark*, 11 janvier 2006, n° 52562/99, §58.

⁴⁴³ v. le Par. 28 de la présente étude.

⁴⁴⁴ C.E.D.H., *Osman c. Royaume-Uni*, 28 octobre 1998, n° 23452/94, §116 ; C.E.D.H., *Kiliç c. Turquie*, 28 mars 2000, n° 22492/93, §63 ; C.E.D.H., *Denizci et autres c. Chypre*, 23 juillet 2001, n° 25316/94 et autres, §375.

Cour de déterminer si l'action ou l'inaction de l'État « n'a pas été déraisonnable »⁴⁴⁵ au titre du quatrième niveau de l'échelle de l'étendue de la marge d'appréciation de l'État.

109. Le constat d'une disproportionnalité entre l'action ou l'inaction de l'État, sa finalité et ses conséquences, malgré la largesse présumée de la marge d'appréciation en amont, s'apparente à une violation de la Convention. Pareille violation, comme toute violation d'un engagement international, nécessite réparation aux fins d'exécution de l'arrêt prononcé par la Cour.

Aux termes de cette réparation, le contrôle de proportionnalité fournit lui-même des indices essentiels pour guider l'État défendeur dans la réalisation de la *restitutio in integrum*. Pour cette raison, il faut observer qu'en la matière, la Cour est celle qui accorde la marge d'appréciation de l'État dans l'exécution par celui-ci de sa décision et qui en détermine le degré ou l'étendue. Plus concrètement, lorsque la Cour affirme que la mesure étatique était disproportionnée, elle donne un indice supplémentaire pour connaître la mesure qui aurait été proportionnée en enlevant la « mesure disproportionnée » (*hypothétiquement mesure « D »*⁴⁴⁶) de la liste des mesures dans la gamme des choix appartenant à l'État au titre de sa marge d'appréciation, mais également en enlevant d'autres mesures indirectement touchées par son raisonnement. Par exemple, si l'État adopte une réglementation qui interdit l'utilisation du téléphone portable et que la Cour juge cette ingérence injustifiée du fait de caractère absolu de la mesure, l'État sera amené, dans la réparation, à remédier à ce caractère « absolu » en incluant des conditions d'âge, de situation géographique ou autre. *De facto*, là se trouve le lien d'interdépendance entre le contrôle de proportionnalité de la mesure adoptée en amont dans l'exercice par l'État, de son large pouvoir d'appréciation dans l'exécution de la décision de la Cour.

110. Il est, à ce stade, bien établi que lorsque le droit en cause est de nature relative et donc susceptible de dérogation, l'étendue de la marge d'appréciation de l'État dans l'application de ce droit, et *in fine* dans l'exécution de la décision de la Cour, s'apparente aux deux derniers niveaux de l'échelle précitée : soit large, la charge de preuve appartenant néanmoins à l'État dans la justification d'une mesure nécessaire dans une société démocratique et proportionnelle aux buts légitimes qu'elle poursuit ; soit très large, renversant la charge de la preuve en appelant la Cour à déterminer, cette fois, si le

⁴⁴⁵ v. le Par. 28 de la présente étude.

⁴⁴⁶ v. les Par. 26 et 74 de la présente étude.

comportement de l'État n'a pas été manifestement déraisonnable. Si le premier cas est le plus souvent applicable au droit comportant pour l'État une obligation de non-ingérence et le second, au droit comportant pour celui-ci une obligation positive d'action, il n'en demeure pas moins qu'il existe des cas où la détermination de l'étendue de la marge d'appréciation de l'État – large ou très large – nécessite de faire appel à d'autres facteurs, la nature de l'obligation n'étant pas suffisante. Cela est d'autant plus véridique lorsqu'il a été admis qu'un même droit peut comporter deux obligations de nature différente.

Dans ce cas, il faut, pour la Cour, accorder une importance plus grande à d'autres indicateurs, élargissant les manières de déterminer l'étendue de la marge d'appréciation de l'État dans la phase de l'exécution de l'arrêt prononcé par la Cour (**Chapitre 2**).

Chapitre 2

Une marge d'appréciation plus large en fonction de l'importance du droit en cause pour la victime

111. La Cour, lorsqu'elle effectue son contrôle de proportionnalité, doit garder à l'esprit que le mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de l'homme⁴⁴⁷. Rappelons ainsi que la Convention ne prévoit pas de se substituer aux systèmes nationaux préexistants. Elle est *complémentaire* à ceux-ci dans le but de garantir la protection effective des droits de la Convention. À cet effet, elle permet par exemple que les systèmes nationaux offrent même une protection plus poussée et plus généreuse de ces droits, dépassant les standards de la Convention, conformément à son article 53.

La Cour est donc consciente que la marge d'appréciation de l'État peut être invoquée, soit pour justifier une mesure interne suspectée d'inconventionnalité, soit pour justifier le fait d'aller plus loin que ce qu'exige la Convention⁴⁴⁸. En tout état de cause, à ce stade, la flexibilité induite par la marge d'appréciation se justifie par l'idée que, autant que possible, la responsabilité première d'appliquer des standards internationaux devrait être laissée aux gouvernements nationaux, plus proches des individus affectés (directement ou

⁴⁴⁷ C.E.D.H., *Handyside c. Royaume-Uni*, 07 décembre 1976, n° 5493/72, §48.

⁴⁴⁸ v. ANDENAS (M.), BJORGE (E.), « L'application de la Convention européenne des droits de l'homme, quel rôle pour le juge interne ? », *R.I.D. comp*, vol. 64, 2012, p. 392.

indirectement) par ses normes, et jouissant d'une plus grande légitimité démocratique⁴⁴⁹. L'État dispose également d'une connaissance plus grande de ses justiciables et, de ce fait, lorsque les personnes se trouvant sous sa juridiction saisissent les tribunaux internes pour un différend qui les oppose, les tribunaux internes ont une meilleure connaissance de la situation interne et de la manière de résoudre tel différend par leur propre interprétation des faits et du droit interne (qui comprend les normes internationales transposées en droit interne)⁴⁵⁰ ainsi que du choix de privilégier l'intérêt d'une partie plutôt que d'une autre à cet effet.

112. Les autorités de l'État ont également une meilleure connaissance des sensibilités locales. Il s'ensuit que, ainsi que le rappelle la Cour dans l'arrêt *Obst c. Allemagne*, « la marge d'appréciation reconnue à l'État est plus large lorsqu'il n'y a pas de consensus au sein des États membres du Conseil de l'Europe sur l'importance relative des intérêts en jeu ou sur les meilleurs moyens de les protéger »⁴⁵¹ (**Section 1**) ; et « de façon générale, 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 »⁴⁵² (**Section 2**).

113. Tels indicateurs de l'étendue de la marge d'appréciation étatique en amont jouent également en aval. En particulier, lorsque les faits de l'espèce présentent les spécificités suivantes : le droit est important pour la victime, la violation la touche gravement mais il s'agit d'un sujet sensible pour lequel il n'existe pas de consensus européen ou la mesure étatique touche d'autres droits et intérêts concurrents ; quel que soit le raisonnement de la Cour dans le contrôle de proportionnalité, l'État défendeur va être confronté à ces mêmes difficultés dans le cadre de l'exécution de l'arrêt. À cet effet, même en cas de constat de violation, le sujet demeure sensible pour l'État, le consensus demeure inexistant et l'effacement de la mesure et de ses conséquences peut affecter d'autres droits et intérêts concurrents, tant d'éléments qui militent pour une large marge d'appréciation de l'État dans l'exécution des décisions de la Cour.

⁴⁴⁹ PICCIOTTO (S.), « Private Rights v. Public Standards in the WTO », *Review of International Political Economy*, 2003, p. 391.

⁴⁵⁰ v. ARAI-TAKASHI (Y.), *The Margin of Appreciation Doctrine ...*, *op. cit.*, p. 300: "The term margin of appreciation refers to the latitude a government enjoys in evaluating factual situations and in applying the provisions enumerated in international human rights treaties".

⁴⁵¹ C.E.D.H., *Obst c. Allemagne*, 23 septembre 2010, n° 425/03, §42.

⁴⁵² v. aussi C.E.D.H., *Evans c. Royaume-Uni*, 10 avril 2007, n° 633905, §77.

Section 1 : L'existence ou l'absence d'un consensus européen comme indicateur de l'étendue de la marge d'appréciation de l'État

114. Au demeurant, soulignons que la Convention européenne a été adoptée au lendemain de la Seconde Guerre mondiale et par cela, elle reflète l'idée de communauté de valeurs, de maintien de la paix et de la sécurité internationales, ainsi que de la protection universelle des droits de l'homme avec le renforcement de la démocratie. Le continent européen connaît une riche diversité culturelle, les États contractants étant dotés de traditions historiques variées et de sensibilités sociales qui leur sont propres. La Convention ne vise pas à casser cette richesse en imposant des solutions rigides et uniformes⁴⁵³. En effet, *“the point of the strong version of the margin is to make the system recognize particularity”*⁴⁵⁴. Il faut toutefois rappeler que le préambule de la Convention rappelle le but tendant à « réaliser une union plus étroite entre les États membres »⁴⁵⁵. Selon le Juge Martens, cela semble inviter la Cour à développer des normes communes aux Hautes Parties Contractantes⁴⁵⁶. Une difficile gestion de la double tension entre « unité » et « diversité », d'une part et « européenisme » et « souverainisme », d'autre part, au sein de l'ordre juridique conventionnel, est donc palpable⁴⁵⁷.

Dans ce cas, la marge nationale d'appréciation constituerait précisément l'outil capable de coordonner le respect de la diversité avec la recherche de l'unité⁴⁵⁸. En effet, l'ambiguïté de la formulation des droits dans la Convention dont découle la marge d'appréciation des États permet de reconnaître la diversité des systèmes de droits et apparaît comme un mécanisme nécessaire à l'articulation des systèmes (entre droits internes, et entre droit européen et droit interne). Cependant, alors que la marge d'appréciation se manifeste dans le cadre de la justification des actes étatiques adoptés

⁴⁵³ Conférence à l'Institut des Hautes Etudes Internationales, Paris, le 9 février 1996.

⁴⁵⁴ Traduit par nous : « L'idée d'une large marge d'appréciation est de faire reconnaître les particularités au système » : SOMEK (A.), *The Cosmopolitan Constitution*, O.U.P., Oxford, 2013, p. 186.

⁴⁵⁵ Préambule de la C.E.S.D.H.

⁴⁵⁶ Opinion De M. le Juge Martens dans C.E.D.H., *Cossey c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1990, n° 10843/84, pt. 3.6.3.

⁴⁵⁷ DROOGHENBROECK (S.V.), *La proportionnalité ...*, *op. cit.*, p. 490.

⁴⁵⁸ TULKENS (F.), DONNAY (L.), « L'usage de la marge d'appréciation ... », *op. cit.*, p. 3 et s.

dans un système *unique*, elle se présente également au niveau du contrôle que le juge européen s'autorise par le biais de cette même justification⁴⁵⁹.

115. Ainsi, d'une part, il semblerait que la marge nationale d'appréciation soit « un droit pour chaque État à invoquer sa différence pour justifier d'un certain écart par rapport à la Convention »⁴⁶⁰. Dans ce cas, réitérons donc qu'elle se confondrait donc avec une nécessaire « marge d'erreur », ce qui admettrait qu'une norme nationale non conforme à la Convention peut néanmoins être jugée compatible avec celle-ci⁴⁶¹. Elle aurait, en l'espèce, une « fonction d'ordre matériel opérant au niveau même de la définition et de l'étendue des obligations conventionnellement imposées aux États »⁴⁶². À ce titre, s'il existe un consensus européen sur la portée d'une obligation conventionnelle, seules sont validées les conduites conformes à ce qui est prescrit par la norme – exigence d'identité – alors que si les approches européennes demeurent diversifiées en la matière, l'on s'autorise à valider pareils comportements lorsqu'ils sont suffisamment proches de la conduite prescrite par la norme – exigence de compatibilité⁴⁶³.

116. D'autre part, si l'on considère que la définition et l'étendue des obligations conventionnelles sont réputées invariables malgré l'(in)existence d'un consensus européen, la marge d'appréciation n'exercerait son influence que sur la compétence du juge européen pour vérifier le respect de ces obligations⁴⁶⁴. Dans ce contexte, la proportionnalité serait le « correctif », le « contrepoids » de la concession aux États d'une marge d'appréciation⁴⁶⁵, ce qui conduit à envisager la fonction de la marge d'appréciation en termes probatoires⁴⁶⁶. Parallèlement, cela reviendrait à considérer que les facteurs qui peuvent influencer l'étendue de la marge d'appréciation sont les mêmes qui peuvent intervenir au niveau du contrôle de proportionnalité⁴⁶⁷. Partant, la marge d'appréciation se confondrait tout simplement avec le contrôle de proportionnalité⁴⁶⁸, la seule différence serait d'ordre

⁴⁵⁹ DROOGHENBROECK (S.V.), *La proportionnalité ...*, *op. cit.*, p. 504.

⁴⁶⁰ DELMAS-MARTY (M.) ; COSTE (J.-F.), *Les droits de l'homme: logiques non standard ...*, *op. cit.*, p. 136.

⁴⁶¹ TULKENS (F.), DONNAY (L.), « L'usage de la marge d'appréciation ... », *op. cit.*, p. 3 et s.

⁴⁶² DROOGHENBROECK (S.V.), *La proportionnalité ...*, *op. cit.*, p. 504.

⁴⁶³ DELMAS-MARTY (M.), IZORCHE (M.-L.), « Marge nationale d'appréciation et internalisation ... », *op. cit.*, p. 769

⁴⁶⁴ DROOGHENBROECK (S.V.), *La proportionnalité ...*, *op. cit.*, p. 504.

⁴⁶⁵ *Ibid.*, p. 485.

⁴⁶⁶ *Ibid.*, p. 504.

⁴⁶⁷ TULKENS (F.), DONNAY (L.), « L'usage de la marge d'appréciation ... », *op. cit.*, p. 3 et s.

⁴⁶⁸ *Idem.*; v. aussi LAMBERT (P.), « Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité », in SUDRE (F.) (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme, ... op. cit.*, pp. 63-89.

temporel en ce que le contrôle de proportionnalité a lieu dans le cadre de la confection de l'arrêt alors que l'idée de marge se manifeste, soit en amont de l'arrêt, soit en aval, dans la phase post-jugement. Selon Mme la Juge Tulkens et le Pr. L. Donnay,

« si l'on peut donc, théoriquement, distinguer l'intensité du contrôle [marge d'appréciation] de l'objet de celui-ci [la proportionnalité], il faut reconnaître qu'en pratique, dans la mesure où plusieurs facteurs leur sont communs, la distinction n'est pas toujours évidente »⁴⁶⁹.

117. En définitive, rappelons que, si le contrôle de proportionnalité et la marge d'appréciation sont susceptibles de se confondre, c'est parce qu'elles sont interdépendantes⁴⁷⁰. Ainsi que la Cour l'a souligné dans l'arrêt *Sunday Times*, « à une liberté d'appréciation moins discrétionnaire correspond [...] un contrôle européen plus étendu »⁴⁷¹. Cela explique la position déjà exprimée du Juge Macdonald selon laquelle « *the margin of appreciation is really just the other side of the scope of review coin* »⁴⁷². Une transposition très claire de cette théorie s'opère ainsi : lorsque l'État dispose d'une grande marge d'appréciation « en amont » dans l'application du droit de la Convention, le contrôle de proportionnalité de la Cour est moins large car l'État est présumé avoir le bénéfice du doute et plusieurs *spécificités*⁴⁷³ de l'affaire peuvent justifier son comportement ; lorsque l'État dispose d'une marge d'appréciation restreinte, le contrôle de proportionnalité effectué par la Cour peut être étendu en conséquence. Ensuite, dans le cadre de la réparation, lorsqu'il ressort de l'arrêt de la Cour que l'État dispose d'une large marge d'appréciation dans l'exécution de la décision, le contrôle opéré par le Comité des Ministres est moins large car il suffirait pour lui de reconnaître que l'État a satisfait à son obligation de moyen en ayant fait des efforts au titre de la réparation, une mesure que le Comité devrait voir comme n'étant *a priori* pas déraisonnable ; en revanche, lorsqu'il ressort de l'arrêt de la Cour que la marge d'appréciation de l'État dans l'exécution de la décision est étroite et que donc, pareille exécution requière la réalisation de la *restitutio in integrum*, parfois même en caractérisant l'obligation de réparation en question comme une

⁴⁶⁹ *Idem.*

⁴⁷⁰ v. le Par. 6 de la présente étude.

⁴⁷¹ C.E.D.H., *Sunday times c. Royaume-Uni (n° 1)*, 26 avril 1979, n° 6538/74, §59.

⁴⁷² v. le Par. 6 *in fine* de la présente étude et notre traduction à la note de bas de page 21, « La marge d'appréciation est tout simplement l'envers de la pièce de l'étendue de l'examen [de proportionnalité] » : MACDONALD (R.St.J.), « The margin of Appreciation », in MACDONALD (R.St.J.), MATSCHER (F.), PETZOLD (H.) (dir.), *The European System ... op. cit.*, p. 85.

⁴⁷³ Il s'agit des indicateurs : consensus, droits concurrents, importance du droit en cause, gravité de la violation etc.

obligation de résultat, alors le contrôle du Comité des Ministres est beaucoup plus large, ce qui lui donne la possibilité de continuer son contrôle tant que le résultat voulu par la Cour dans son arrêt n'est pas atteint.

Ce lien d'interdépendance dans le temps et dans la teneur ou la portée des deux données permet de constater que dans la mesure où l'indicateur relatif à l'(in)existence d'un consensus joue un grand rôle dans l'examen de la proportionnalité, il influence l'étendue de la marge d'appréciation de l'État en amont (**Paragraphe 1**) ; mais surtout d'avancer que le choix d'analyser l'étendue de cette marge comme étant inversement proportionnelle au contrôle de la Cour⁴⁷⁴, permet de comprendre l'étendue de la marge qui reste pour l'État dans l'exécution de la décision de la Cour (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : LE CONSENSUS EUROPÉEN DANS LA DÉTERMINATION DE L'ÉTENDUE DE LA MARGE D'APPRÉCIATION DE L'ÉTAT DANS L'APPLICATION DU DROIT

118. La Cour, dans l'arrêt *Rasmussen*, relève que la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des États contractants constitue un « facteur pertinent » dans la détermination de l'étendue de la marge d'appréciation de l'État⁴⁷⁵. À cet effet, sa marge d'appréciation est plus large lorsque les points de vue d'autres États contractants sur le domaine, sont diversifiées (**A**). Ensuite, suivant la logique selon laquelle l'étendue de la marge est fonction de l'importance que l'on attribue aux différents indicateurs⁴⁷⁶, pareille marge est d'autant plus large lorsque la Cour fonde son constat de disproportionnalité davantage sur l'indicateur du consensus européen (**B**).

⁴⁷⁴ DELMAS-MARTY (M.), IZORCHE (M.-L.), « Marge nationale d'appréciation et internalisation ... », *op. cit.*, p. 778 ; v. aussi le Par. 23 de la présente étude.

⁴⁷⁵ C.E.D.H., *Rasmussen c. Danemark*, 28 novembre 1984, n° 8777/79, §40 ; v. aussi GANSHOF VAN DER MEERSCH (W.J.), « Le caractère autonome des termes ... », *op. cit.*, p. 214.

⁴⁷⁶ Opinion dissidente de M. le Juge Malinverni, à laquelle se rallie le Juge Kalaydjieva dans C.E.D.H., *Lautsi c. Italie*, 18 mars 2011, n° 30814/06, pt. 1 ; v. aussi le Par. 28 de la présente étude.

A. Absence de consensus européen dans l'application du droit en cause : largesse de la marge d'appréciation étatique

119. L'idée que la marge d'appréciation de l'État en amont est plus large lorsqu'il n'existe pas de consensus entre les États contractants en la matière, trouve son fondement dans la nécessité de prendre en compte les particularités locales existant parmi les États⁴⁷⁷ et donc, plus largement, dans le respect du principe de subsidiarité ainsi que dans le respect de la souveraineté des États **(1)**. Il ne suffit cependant pas pour la Cour de constater qu'il existe des divergences de vues entre les États contractants, il lui faut déterminer dans quelle mesure se manifestent telles divergences, et par cela, mesurer le degré d'(in)existence du consensus européen en la matière **(2)**. Ce n'est qu'en prenant ce facteur en compte, que la Cour pourra déterminer l'étendue de la marge d'appréciation de l'État en amont et lui accorder ensuite une certaine marge d'appréciation en aval.

1. La souveraineté de l'État comme fondement de sa large marge d'appréciation ?

120. Rappelons au demeurant que nous avons commencé la présente étude en répondant à cette question par la négative⁴⁷⁸. Nous avons cependant choisi de laisser la question ouverte, à ce stade nouveau, non pas pour nous démentir, mais parce que la manière de répondre à la question nous permettra, en la matière, d'avoir un autre regard sur l'étendue de la marge d'appréciation étatique. À cet égard, la souveraineté de l'État en droit international se définit par la qualité de celui-ci de n'être soumis à aucun pouvoir supérieur, ce qui se traduit par une liberté de « faire ce qui est en son pouvoir »⁴⁷⁹. Le Pr. Combacau explique à cet égard que « dans l'état de nature, chacun fait ce qu'il veut ...

⁴⁷⁷ Pour le Pr. MATSCHER, la volonté de préserver « la merveilleuse richesse et l'inépuisable variété du continent » constitue le fondement idéologique de la théorie de la marge d'appréciation » ; le président Ryssdal a dit récemment : « la Convention ne vise pas à casser la richesse de la variété, culturelle et autre, que connaît l'Europe en imposant des solutions rigides et uniformes dans le vaste domaine qu'elle embrasse » (Conférence à l'Institut des Hautes Etudes Internationales, Paris, le 9 février 1996).

⁴⁷⁸ v. aussi le Par. 7 de la présente étude.

⁴⁷⁹ COMBACAU (J.), « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'État », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, p. 51.

dans les seules limites de ses possibilités naturelles »⁴⁸⁰ et ce, « jusqu'à ce qu'il renonce à sa glorieuse liberté de principe pour se civiliser ... sans assujettissement, en réglant sa conduite de pair en pair »⁴⁸¹. De cette « liberté naturelle » naît ainsi la « liberté légale », le souverain s'étant « autolimité » par des règles qu'il a consenti à tenir pour obligatoires⁴⁸². L'auteur concluait ainsi que « le droit international n'est pour chaque État que la somme de ces limitations de sa liberté légale primitive »⁴⁸³. Il s'ensuit que partout où il l'a laissé intervenir, il a consenti à voir d'autres États s'intéresser à son comportement ; et qu'en revanche, aucun État ne peut s'ingérer dans les domaines où il s'est réservé, c'est-à-dire « l'enceinte de sa liberté résiduelle »⁴⁸⁴.

En l'espèce, les États, en signant la Convention européenne, ont autolimité leur « liberté légale » et par cela, non seulement s'obligent-ils à respecter et à faire respecter les droits de l'homme ; mais disposent-ils également d'un droit de regard sur la manière dont son voisin exécute ses obligations au titre de la Convention. En vertu de l'article 19 de celle-ci, en effet, l'État reconnaît la compétence de la Cour pour assurer le respect des engagements résultant de la Convention pour les Hautes Parties contractantes.

121. Si l'autolimitation de l'État par la ratification de la Convention européenne constitue précisément un attribut de sa souveraineté⁴⁸⁵, il faut également souligner que la Convention est un instrument vivant. Les termes délibérément vagues et abstraits qu'elle contient s'interprètent « à la lumière des conditions de vie actuelles »⁴⁸⁶. Cela a pour avantage d'assurer un respect concret et effectif des droits de l'homme dans des conditions modernes ; mais permet également d'entrevoir le risque que les États affirment qu'ils n'ont pas, initialement, consenti à cette formulation ou à cette interprétation nouvelle du droit qu'ils doivent garantir.

Face à ce risque inévitable, la Cour a choisi l'interprétation de la règle par le principe de la « codétermination »⁴⁸⁷. A cet effet, la Cour ne crée pas à elle seule un droit autonome de la Convention par le biais de sa décision mais s'inspire des droits et pratiques des États

⁴⁸⁰ *Ibid.*, p. 52.

⁴⁸¹ *Ibid.*, p. 53.

⁴⁸² *Ibid.*, p. 51.

⁴⁸³ *Ibid.*, p. 52.

⁴⁸⁴ *Idem.*

⁴⁸⁵ v. C.P.J.I., *Affaire du vapeur « Wimbledon »*, arrêt du 17 août 1923, série A, n° 1, p. 25.

⁴⁸⁶ C.E.D.H., *Vo c. France*, 08 juillet 2004, n° 53924/00, §82 ; v. aussi C.E.D.H., *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, n° 5856/72, §31.

⁴⁸⁷ DELMAS-MARTY (M.), IZORCHE (M.-L.), « Marge nationale d'appréciation et internalisation ... », *op. cit.*, p. 766.

membres⁴⁸⁸. Dès lors, lorsqu'il existe un consensus au sein des États membres sur l'interprétation d'un droit, la Cour peut envisager d'harmoniser les législations nationales ; dans le cas contraire, elle a admis qu'une telle harmonisation serait juridiquement délicate et inopportune⁴⁸⁹.

122. Malgré une telle démarche, il n'en reste pas moins que la méthode de l'interprétation consensuelle peut toujours conduire à mettre à la charge des États, des obligations qu'ils n'ont pas acceptées, s'étant fiés au sens que pouvaient recevoir les dispositions conventionnelles au moment de la signature du traité⁴⁹⁰, ce qui a été critiqué comme allant à l'encontre de la souveraineté des États⁴⁹¹. Ainsi, puisque les restrictions apportées à la « souveraineté » des États sont de stricte interprétation⁴⁹² et parce que l'État est le mieux placé pour interpréter l'interprétation et l'application locale des « normes évolutives », sa marge d'appréciation doit être élargie afin d'éviter tout abus. Dans cette perspective, le principe de souveraineté constitue le *fondement de l'élargissement* de la marge d'appréciation étatique *et non le fondement même de l'existence initiale de cette marge*⁴⁹³. La souveraineté de l'État et la marge d'appréciation de l'État ne sauraient donc se confondre. Plus concrètement, la marge d'appréciation de l'État ménage une certaine « zone de légalité » à l'intérieur de laquelle les États sont libres d'opérer, zone qui comprend également la zone grise entre « liberté légale » et « liberté résiduelle » du fait de l'interprétation évolutive de la Convention.

123. En définitive, ainsi qu'il a été précédemment établi, aux autorités nationales peuvent revenir les décisions de portée seulement nationale, à la Cour doivent revenir les autres décisions de portée conventionnelle⁴⁹⁴. Dans cette perspective, plus la portée d'une question demeure confinée à un État, plus grande sera la marge d'appréciation des autorités de celui-ci⁴⁹⁵. À l'inverse, moins une affaire présente un caractère strictement local, plus elle touche à des problèmes communs, moins la décision appartient aux seules autorités

⁴⁸⁸ v. YOUROW (H. C.), *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of the European Court of Human Rights*, ... *op cit.*, p. 158.

⁴⁸⁹ C.E.D.H., *Vo c. France*, 08 juillet 2004, n° 53924/00, § 82.

⁴⁹⁰ RIGAUX (F.), « Interprétation consensuelle et interprétation évolutive », in SUDRE (F.) (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, ... *op. cit.*, p. 42.

⁴⁹¹ *Idem.*

⁴⁹² *Idem.*

⁴⁹³ v. le Par. 7 de la présente étude.

⁴⁹⁴ CALLEWAERT (J.), « Quel avenir pour la marge d'appréciation ? », *op. cit.*, p. 160.

⁴⁹⁵ *Ibid.*, p. 161.

étatiques, plus elle doit relever de la Cour. En conséquence, moins grande sera la marge d'appréciation de l'État⁴⁹⁶. Le Pr. Callewaert explique ainsi que :

« peu importe que l'on présente l'équilibre (...) comme l'effet d'une marge d'appréciation plus ou moins large, d'un contrôle européen plus ou moins strict, ou des deux à la fois, [l]'essentiel est que l'effet des décisions nationales prises dans l'exercice de la marge d'appréciation demeure cantonné aux aspects purement nationaux ou locaux de l'affaire »⁴⁹⁷.

In fine, le critère d'attribution de la marge d'appréciation ne serait plus la convergence de vue entre les États parties sur la solution à donner à un problème, mais la convergence de vue entre les États parties sur la dimension européenne ou conventionnelle de celui-ci⁴⁹⁸.

Plus concrètement, l'étendue de pareille marge doit être déterminée par la Cour au cas par cas. Elle dépendrait, pour l'essentiel, du *degré* d'inexistence ou d'existence du consensus (2), et non plus uniquement, de l'existence ou de l'inexistence du consensus⁴⁹⁹.

2. Le degré d'(in)existence de consensus européen comme outil de mesure de la marge d'appréciation de l'État

124. L'exigence de l'atteinte d'un certain degré de consensus pour interpréter l'étendue d'une obligation qui pèse sur l'État, n'est pas une nouveauté en droit international. En ce sens, l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice énonce que la juridiction internationale applique « les principes généraux de droits reconnus par les nations civilisées »⁵⁰⁰. Le Juge Bernhardt explique, à cet effet, que dans la mesure où « il ne fait aucun doute » que ces principes dérivent des différents ordres juridiques internes et qu'ils constituent un facteur pertinent dans l'interprétation de la Convention,

⁴⁹⁶ *Idem.*

⁴⁹⁷ *Idem.*

⁴⁹⁸ *Ibid.*, p. 162.

⁴⁹⁹ DELMAS-MARTY (M.), IZORCHE (M.-L.), « Marge nationale d'appréciation et internalisation ... », *op. cit.*, p. 778.

⁵⁰⁰ Statut de la Cour internationale de Justice annexé à la Charte des Nations-Unies, adopté à San Francisco le 24 octobre 1945, art. 38, para. 1(c).

telles exigences de l'article 38 du Statut de la Cour mondiale devraient s'appliquer également pour les institutions chargées d'interpréter la Convention Européenne⁵⁰¹.

Au-delà de la référence aux principes généraux de droit, la Cour internationale de Justice, lorsqu'elle détermine l'étendue des obligations coutumières des États devant elle, doit également s'attacher à connaître le degré de la pratique étatique en la matière. C'est ainsi qu'après avoir examiné la pratique internationale, elle a finalement considéré, dans l'arrêt *Immunités juridictionnelles de l'État*, que la position de l'État défendeur reflétait « l'état actuel du droit international coutumier »⁵⁰².

Il en résulte que les juridictions internationales procèdent généralement à une analyse comparative⁵⁰³ en la matière.

125. En ce qui concerne la Cour européenne, force est de considérer qu'une analyse de droit comparé rigoureuse de quarante-sept ordres juridiques nationaux est une opération « pour laquelle la Cour ne dispose, ni du temps, ni des moyens financiers et humains nécessaires »⁵⁰⁴. L'analyse de sa jurisprudence montre, toutefois, qu'elle se fonde sur trois facteurs pour connaître le degré de consensus. Il s'agit du consensus juridique tel que reflété par les ordres juridiques des États européens⁵⁰⁵, les traités internationaux⁵⁰⁶ et régionaux⁵⁰⁷; la détermination par expertise⁵⁰⁸; et le consensus public européen⁵⁰⁹.

À la vérité, l'analyse de la jurisprudence de la Cour ne permet pas de dégager les paramètres qui indiquent comment la Cour opère son examen relatif au consensus. Tout au plus, utilise-t-elle des vocables similaires en droit international pour motiver son constat. À

⁵⁰¹ BERNHARDT (R.), "The Convention and Domestic Law", in MACDONALD (R.St.J.), MATSCHER (F.), PETZOLD (H.) (dir.), *The European System ... op. cit.*, p. 35.

⁵⁰² C.I.J., *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, arrêt, C.I.J. Rec. 2012, p.136, §83.

⁵⁰³ BREMS (E.), "The Margin of Appreciation Doctrine ...", *op. cit.*, p. 277.

⁵⁰⁴ BERNHARDT (R.), "The Convention and Domestic Law", in MACDONALD (R.St.J.), MATSCHER (F.), PETZOLD (H.) (dir.), *The European System ... op. cit.*, p. 35.

⁵⁰⁵ C.E.D.H., *Norris c. Irlande*, 26 octobre 1988, n° 10581/83; C.E.D.H., *F. c. Suisse*, 18 décembre 1987, n° 11329/85, C.E.D.H., *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, n° 5856/72.

⁵⁰⁶ C.E.D.H., *Autronic AG c. Suisse*, 22 mai 1990, n° 12726/87 citant la Convention Européenne sur la Télévision transfrontière; C.E.D.H., *Inze c. Autriche*, 28 octobre 1987, n° 8695/79, §41 citant la Convention Européenne sur l'établissement d'une filiation maternelle.

⁵⁰⁷ v. les recommandations citées dans C.E.D.H., *Cossey c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1990, n° 10843/84.

⁵⁰⁸ C.E.D.H., *Winterwerp c. Pays-Bas*, 27 novembre 1981, n° 6301/73, §39; C.E.D.H., *F. c. Suisse*, 18 décembre 1987, n° 11329/85, §17.

⁵⁰⁹ HELFER (L. R.), "Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights", ... *op. cit.*, p. 139.

ce titre, elle fait référence à l'existence de « normes communément acceptées »⁵¹⁰ ou d'une « tendance *internationale* »⁵¹¹ ou « *au moins* une certaine tendance parmi les États membres »⁵¹², ce qui réduit les exigences en matière de consensus. Elle opère, également, le plus souvent, une appréciation quantitative en se référant au « grand nombre »⁵¹³, à la « grande majorité »⁵¹⁴ des États contractants qui appliquent tel droit dans un sens donné. Pareils vocables sont, cependant, critiqués de « *short statements* »⁵¹⁵ « pauvrement étayés »⁵¹⁶, un défaut de motivation qui rend particulièrement difficile toute prédiction concernant l'amplitude de la marge d'appréciation de l'État dans une espèce particulière⁵¹⁷.

126. Dès lors, les difficultés de réaliser une analyse comparative exhaustive, combinées avec le manque de motivation de la Cour, ont pu inciter la doctrine à avancer que la Cour « manipulerait » les « faits »⁵¹⁸ pour déterminer l'étendue de la marge d'appréciation de l'État. Par exemple, dans l'affaire *V. c. Royaume-Uni*, la Cour note que l'existence d'une tendance est bien « un facteur à prendre en compte » dans la recherche de la violation ; mais affirme que cela « ne saurait avoir une influence déterminante » sur son constat⁵¹⁹. Le Pr. S. Van Drooghenbroeck voit là un sentiment de manipulation « porté à son comble »⁵²⁰ et fait remarquer que « la démarche comparative n'a d'influence déterminante sur les conclusions (...) que si elle révèle le *dissensus*, mais non (...) le *consensus* »⁵²¹.

L'absence d'un consensus ferait ainsi élargir l'étendue de la marge d'appréciation de l'État alors que la présence d'un consensus ne réduirait pas *systématiquement* et *nécessairement* cette marge. En particulier, quand bien même cette marge serait plus étroite en présence d'un consensus, la prise en compte plus importante d'autres facteurs, peut suffire à élargir l'étendue de la marge initiale. En définitive, c'est lorsque la Cour

⁵¹⁰ C.E.D.H., *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, n° 5856/72, §31.

⁵¹¹ C.E.D.H., *V. c. Royaume-Uni*, 16 décembre 1999, n° 24888/94, §77. Les italiques sont de nous.

⁵¹² C.E.D.H., *Nait-Liman c. Suisse*, 15 mars 2018, n° 51357/07, §175.

⁵¹³ C.E.D.H., *Johnston et autres c. Irlande*, 18 octobre 1980, n° 9697/82, §74.

⁵¹⁴ C.E.D.H., *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, n° 7525/76, §49.

⁵¹⁵ BERNHARDT (R.), "The Convention and Domestic Law", in MACDONALD (R.St.J.), MATSCHER (F.), PETZOLD (H.) (dir.), *The European System ... op. cit.*, p. 35.

⁵¹⁶ DROOGHENBROECK (S.V.), *La proportionnalité ...*, *op. cit.*, p. 532.

⁵¹⁷ *Ibid.*, p. 541.

⁵¹⁸ HELFER (L. R.), "Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights", ... *op. cit.*, p. 138 : l'approche du consensus européen ne serait qu'un fait pour la Cour.

⁵¹⁹ C.E.D.H., *V. c. Royaume-Uni*, 16 décembre 1999, n° 24888/94, §77.

⁵²⁰ DROOGHENBROECK (S.V.), *La proportionnalité ...*, *op. cit.*, p. 535.

⁵²¹ *Idem.*

accorde plus d'importance à l'indicateur relatif au consensus européen, que la largesse de la marge d'appréciation de l'État, est avérée (B).

B. Largesse de la marge d'appréciation de l'État selon le poids accordé à l'(in)existence du consensus européen dans l'application du droit en cause

127. La doctrine convient qu'il n'existe pas un facteur qui aurait, *en soi*, un impact déterminant sur l'étendue de la marge d'appréciation de l'État⁵²². À cet effet, non seulement faut-il que la Cour prenne en compte les autres indicateurs dans son examen de proportionnalité, mais doit-elle également procéder à une mise en balance même de ces facteurs. Il est, en effet, impossible de stipuler une hiérarchie abstraite et rigide entre les paramètres et particulièrement lorsqu'ils amènent à des résultats contradictoires⁵²³.

128. La question de la reconnaissance de la nouvelle identité des transsexuels ainsi que les problèmes subsidiaires liés à pareille reconnaissance, constitue un exemple considérable dans la compréhension de l'influence de l'indicateur de l'existence d'un consensus, sur l'étendue de la marge d'appréciation de l'État. À cet effet, plusieurs affaires concernant le Royaume-Uni se sont succédées devant la Cour dans lesquels les requérant(e)s voyaient dans la non-reconnaissance de leur nouvelle identité sexuelle et les conséquences subsidiaires qui y sont liées, une violation de leur droit au respect de leur vie privée⁵²⁴.

À ce titre, en 1986, la Haute juridiction constate, dans l'affaire *Rees c. Royaume-Uni*, qu'« en usant de leur marge d'appréciation, les autorités britanniques sont pleinement en droit d'avoir égard aux impératifs de la situation qui règne dans le pays pour décider des mesures à adopter »⁵²⁵. En reconnaissant que la condition du juste équilibre « appelle peut-être, dans l'intérêt de personnes comme le requérant, des retouches au système en

⁵²² VAN DIJK (P.), VAN HOOF (F.), VAN RIJN (A.), ZWAAK (L.), FLINTERMAN (C.), HERINGA (A.W.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4^{ème} éd., Intersentia, Anvers, 2006, p. 90.

⁵²³ DROOGHENBROECK (S.V.), *La proportionnalité ...*, *op. cit.*, p. 540.

⁵²⁴ C.E.D.H., *Rees c. Royaume-Uni*, 17 octobre 1986, n° 9532/81 ; C.E.D.H., *Cossey c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1990, n° 10843/84 ; C.E.D.H., *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, 30 juillet 1998, n° 22985/93, C.E.D.H., *I. c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, n° 25680/94 ; C.E.D.H., *Grant c. Royaume-Uni*, 23 mai 2006, n° 32570/03.

⁵²⁵ C.E.D.H., *Rees c. Royaume-Uni*, 17 octobre 1986, n° 9532/81, §42.

vigueur », tout en poursuivant qu'elle « ne saurait astreindre le Royaume-Uni à le remanier de fond en comble »⁵²⁶, la Cour attache, ici, une importance plus particulière à l'existence d'un consensus qu'au juste équilibre entre les intérêts en cause. Le Juge Martens considère également, en ce sens, que la Cour s'est laissée entrainer dans la distinction entre les obligations négatives et positives dans cette affaire, ayant ainsi « sous-évalué quelques-unes des questions essentielles soulevées par cette affaire »⁵²⁷, et donc peut-être d'autres indicateurs. À cette époque, la décision de non violation de l'article 8 de la Convention l'emportait par douze voix contre trois⁵²⁸.

Quatre années plus tard, dans l'affaire *Cossey* de 1990, même si la Cour reconnaît qu'« une certaine évolution s'est fait jour depuis 1986 dans le droit de plusieurs États membres du Conseil de l'Europe »⁵²⁹, elle relève que cette évolution est minime. Elle constate qu'« il s'agit toujours d'un domaine dans lequel les États contractants, *en raison du peu de convergence entre eux*, jouissent d'une marge d'appréciation »⁵³⁰ et conclut à la non violation de l'article 8 de la Convention par dix voix contre huit⁵³¹. Une fois de plus, la Cour est critiquée, ici, pour avoir accordé trop d'importance à un indicateur au détriment d'un autre. En effet, dans son opinion dissidente dans l'arrêt *Cossey*, le Juge Martens relève que la Cour « n'aurait pas dû fonder son raisonnement » relatif à la largesse de la marge d'appréciation étatique, sur l'absence de consensus européen concernant la question de la modification des registres des naissances⁵³². Selon le Juge Martens, étant donné que la question essentielle consistait à savoir si le maintien ou la non-modification du système se conciliait avec l'article 8 de la Convention, la réponse ne pouvait être que négative et donc il n'y aurait, dans ce contexte, aucune place pour une marge d'appréciation⁵³³. À lui de poursuivre que la marge joue uniquement lorsque l'État décide de reconnaître effectivement cette nouvelle identité, en se manifestant par la liberté de l'État d'établir des conditions et des limitations dans le régime de cette reconnaissance⁵³⁴.

⁵²⁶ *Idem.*

⁵²⁷ Opinion dissidente de M. le Juge Martens dans C.E.D.H., *Cossey c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1990, n° 10843/84, pt. 3.1.

⁵²⁸ C.E.D.H., *Rees c. Royaume-Uni*, 17 octobre 1986, n° 9532/81, pt. 1 du dispositif.

⁵²⁹ C.E.D.H., *Cossey c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1990, n° 10843/84, §40.

⁵³⁰ *Idem.*

⁵³¹ *Ibid.*, pt. 1 du dispositif.

⁵³² Opinion dissidente de M. le Juge Martens dans C.E.D.H., *Cossey c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1990, n° 10843/84, pt. 3.6.5.

⁵³³ *Idem.*

⁵³⁴ *Idem.*

Force est, cependant, de constater que la Cour affirme explicitement dans ces deux arrêts qu’

« Elle a conscience de la gravité des problèmes que rencontrent les transsexuels, comme du désarroi qui est le leur. La Convention devant toujours s’interpréter à la lumière des conditions actuelles, la nécessité de mesures juridiques appropriées doit donner lieu à un examen *permanent* »⁵³⁵.

Comme le relève le Juge Van Dijk, il en ressort clairement que la Cour a entendu se ménager la possibilité de constater ultérieurement que l’article 8 de la Convention fait peser sur les États, une obligation positive de prendre des mesures juridiques appropriées permettant de reconnaître l’acquisition d’une nouvelle identité sexuelle⁵³⁶.

Ensuite, en 1998, dans l’affaire *Sheffield et Horsham*, la Cour n’est toujours pas convaincue de la nécessité de s’écarter de ses arrêts *Rees* et *Cossey*⁵³⁷. Selon elle, « le transsexualisme continue de soulever des questions complexes de nature scientifique, juridique, morale et sociale ne faisant pas l’objet d’une approche généralement suivie dans les États contractants »⁵³⁸. Ce nouveau constat de violation a, cette fois, été décidé par onze voix contre neuf, marquant une évolution dans les opinions des juges mêmes. Plusieurs juges ont ainsi eu la conviction que, « dans la période de presque douze ans qui s’est écoulée depuis l’arrêt *Rees*, une évolution importante a eu lieu dans ce domaine (...), or le droit britannique n’a absolument pas changé »⁵³⁹. La prise en compte de cet écoulement de temps fait relever la question de savoir quel degré de consensus est requis pour estimer qu’il en existe un. L’affirmation selon laquelle « le degré de liberté qu’il convient de laisser aux États dépendrait, pour l’essentiel, du degré de proximité des pratiques nationales⁵⁴⁰ », ne résout plus l’équation. En effet, la Cour a reconnu, dans ces trois arrêts, une évolution du consensus en la matière en estimant toutefois que cette évolution était insuffisante. Plusieurs juges dissidents dans l’affaire *Sheffield et Horsham* affirment qu’ils

⁵³⁵ C.E.D.H., *Rees c. Royaume-Uni*, 17 octobre 1986, n° 9532/81, §47 ; C.E.D.H., *Cossey c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1990, n° 10843/84, §42.

⁵³⁶ Opinion dissidente de M. le Juge Van Dijk dans C.E.D.H., *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, 30 juillet 1998, n° 22985/93, pt. 2.

⁵³⁷ C.E.D.H., *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, 30 juillet 1998, n° 22985/93, §58.

⁵³⁸ *Idem*.

⁵³⁹ Opinion dissidente commune à M. Bernhardt, M. Thor Vilhjamsson, M. Spielmann, Mme Palm, M. Wildhaber, M. Makarczyk et M. Voicu, Juges, dans C.E.D.H., *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, 30 juillet 1998, n° 22985/93 ; v. aussi Opinion dissidente de M. le Juge Van Dijk dans le même arrêt, pt. 4.

⁵⁴⁰ DELMAS-MARTY (M.), IZORCHE (M.-L.), « Marge nationale d’appréciation et internalisation ... », *op. cit.*, p. 778.

ne croient pas « que la Cour doive attendre que l'ensemble des États contractants aient modifié leur droit en ce sens avant de décider que l'article 8 fait peser une obligation positive d'introduire des réformes »⁵⁴¹. Ceux-ci relèvent également que « la marge d'appréciation traditionnellement réservée aux États en la matière ne peut plus servir pour défendre des politiques qui conduisent inévitablement à des intrusions embarrassantes et blessantes dans la vie privée des personnes concernées »⁵⁴². Ils concluent, en définitive, que « protéger les intéressés contre le risque d'être obligés de faire des révélations embarrassantes quant à leur identité sexuelle n'implique pas nécessairement une refonte aussi complète du système d'enregistrement des naissances qu'on l'avait cru dans les arrêts *Rees* et *Cossey* » dans la mesure où les États continueraient à jouir d'une marge d'appréciation pour ce qui est des modalités de reconnaissance juridique retenues par les États⁵⁴³.

En parallèle avec les arrêts précédents, l'analyse de cet arrêt confirme que l'étendue de la marge d'appréciation de l'État dans l'application du droit en cause, dépend de l'importance accordée à chaque indicateur. Dès lors, la conclusion de la Cour aurait été différente si celle-ci avait accordé plus d'importance à la question du juste équilibre entre les intérêts en cause plutôt qu'à la question du consensus européen.

129. Une analogie peut être faite, en ce sens, avec l'affaire *Dudgeon*, dans laquelle la Cour a constaté que « [p]ar son maintien en vigueur, la législation attaquée représente une ingérence *permanente* dans l'exercice du droit au respect de sa vie privée » et que « [d]ans la situation personnelle de l'intéressé, elle se répercute de manière *constante et directe, par sa seule existence*, sur la vie privée de celui-ci »⁵⁴⁴. Suivant ce constat, elle avait estimé que l'importance du droit en cause pour le requérant diminuait nécessairement la marge d'appréciation étatique, initialement beaucoup plus large en raison de l'absence de consensus européen en la matière.

Nous serions donc tentés de remarquer que la Cour en est arrivée à pareils constats de non-violation de l'article 8 de la Convention dans les arrêts *Rees*, *Cossey* ainsi que *Sheffield et Horsham*, par défaut de prise en considération de l'indicateur de l'importance

⁵⁴¹ Opinion dissidente commune à M. Bernhardt, M. Thor Vilhjamsson, M. Spielmann, Mme Palm, M. Wildhaber, M. Makarczyk et M. Voicu, Juges, dans C.E.D.H., *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, 30 juillet 1998, n° 22985/93.

⁵⁴² *Idem.*

⁵⁴³ *Idem.*

⁵⁴⁴ C.E.D.H., *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, n° 7525/76, §41. Les italiques sont de nous.

du droit en cause pour le requérant, en faveur de celui du consensus européen. Pour illustrer cela, le Juge Van Dijk explique que la majorité s'est égarée par des arguments du gouvernement⁵⁴⁵ et qu'elle n'était pas persuadée que la non-reconnaissance du nouveau sexe des requérants leur causait « 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 »⁵⁴⁶. Le juge dissident confirme qu' « en appliquant le critère du juste équilibre et celui de la proportionnalité, la majorité aurait dû prendre en considération toutes les facettes de la situation »⁵⁴⁷.

130. Dans la prise en compte du critère du juste équilibre, il aurait ainsi fallu que la Cour analyse l'argument du gouvernement britannique selon lequel « la sécurité et la cohérence juridiques exigent que le registre des naissances soit fiable en tant que recueil de faits authentiques et qu'en conséquence, aucune modification ne puisse y être apportée par la suite »⁵⁴⁸. Dans cette perspective, comme l'explique le Juge Van Dijk, la société britannique ne peut avoir des caractéristiques tellement particulières qu'elles requièrent « une ingérence d'une telle ampleur dans la vie privée des transsexuels opérés » alors que d'autres sociétés démocratiques européennes ne ressentent apparemment pas la même nécessité d'une telle ingérence⁵⁴⁹. D'ailleurs, parmi les États membres du Conseil de l'Europe qui autorisent le changement de sexe par voie chirurgicale sur leur territoire, le Royaume-Uni semble être le seul qui ne reconnaisse pas les implications juridiques de résultat auquel le traitement conduit⁵⁵⁰.

En définitive, les circonstances particulières qui existent au Royaume-Uni peuvent être prises en compte dans l'étendue de la marge d'appréciation qui lui sera accordée. Cependant, pareille marge sera relative à l'adoption des mesures requises qui n'imposent pas d'uniformité, une fois la reconnaissance juridique du changement de sexes est établie. En effet, la marge d'appréciation ne saurait être, à ce stade, large à tel point que l'État ait la liberté de ne pas reconnaître purement et simplement ce changement de sexe tout en ayant permis – et aidé ou financé – sur son territoire, des opérations chirurgicales à cette fin.

⁵⁴⁵ Opinion de M. le Juge Van Dijk dans C.E.D.H., *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, 30 juillet 1998, n° 22985/93, pt. 5.

⁵⁴⁶ C.E.D.H., *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, 30 juillet 1998, n° 22985/93, §59.

⁵⁴⁷ Opinion dissidente de M. le Juge Van Dijk dans C.E.D.H., *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, 30 juillet 1998, n° 22985/93, pt. 5.

⁵⁴⁸ *Ibid.*, pt. 6.

⁵⁴⁹ *Idem.*

⁵⁵⁰ *Ibid.*, pt. 3.

131. Ce n'est que quatre années après l'arrêt *Sheffield et Horsham* que la Cour a finalement constaté, *unanimement*⁵⁵¹, que l'État défendeur ne pouvait plus invoquer sa marge d'appréciation en la matière, sauf pour ce qui était des moyens à mettre en œuvre pour assurer la reconnaissance du droit protégé par la Convention⁵⁵², *mais qui s'apparente en réalité à la marge de manœuvre*.

Elle réaffirme que depuis 1986, « le droit paraissait traverser une phase de transition »⁵⁵³ et considère, dès lors, qu' « il est d'une importance cruciale que la Convention soit interprétée et appliquée d'une manière qui en rende les garanties concrètes et effectives, et non pas théoriques et illusoire »⁵⁵⁴. Dans cette perspective, elle semble s'accorder finalement avec les opinions dissidentes des juges dans les précédentes affaires, expliquant qu'elle attache *plus d'importance* à l'existence d'un consensus évolutif sur l'acceptation sociale et la reconnaissance juridique ; et *moins d'importance* à l'existence d'un consensus sur les problèmes juridiques et pratiques qui subordonnent une telle reconnaissance⁵⁵⁵.

C'est uniquement dans l'inversion de ce « jeu de priorité et d'importance » que la Cour se met dans la possibilité de rechercher un équilibre en l'espèce. Dans cette perspective, elle « ne sous-estime pas les difficultés que pose un changement fondamental du système » mais estime que pareils problèmes « sont loin d'être insurmontables »⁵⁵⁶. Elle résout l'équation du juste équilibre en affirmant que :

« [q]uant aux autres conséquences éventuelles, la Cour considère qu'on peut raisonnablement exiger de la société qu'elle accepte certains inconvénients afin de permettre à des personnes de vivre dans la dignité et le respect conformément à l'identité sexuelle choisie par elles au prix de grandes souffrances »⁵⁵⁷.

⁵⁵¹ C.E.D.H., *I. c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, n° 25680/94, pt. 1 du Dispositif.

⁵⁵² *Ibid.*, §73.

⁵⁵³ *Ibid.*, §65.

⁵⁵⁴ *Ibid.*, §54.

⁵⁵⁵ *Ibid.*, §65.

⁵⁵⁶ *Ibid.*, §71.

⁵⁵⁷ *Idem.*

C'est ainsi qu'elle a pu conclure que dans la considération des intérêts en cause, « aucun facteur d'intérêt public » n'entraîne en concurrence avec l'intérêt de la requérante à obtenir la reconnaissance juridique de sa conversion sexuelle⁵⁵⁸.

En soulevant que « la notion de juste équilibre inhérente à la Convention fait désormais résolument pencher la balance en faveur de la requérante »⁵⁵⁹, elle confirme notre théorie tendant à dire que la prise en considération d'un indicateur plutôt qu'un autre – en l'espèce l'existence d'un consensus et la présence d'intérêts en cause – fait nécessairement varier le constat de la Cour lorsqu'elle accorde une marge d'appréciation à l'État.

132. La Cour poursuit d'ailleurs son avancée en la matière, dans l'arrêt *Grant* de 2006 dans lequel elle explicite les facteurs à prendre en compte pour déterminer l'étendue de la marge d'appréciation de l'État :

« la situation personnelle des requérantes en tant que transsexuelles, l'état des connaissances médicales et scientifiques sur le transsexualisme, le point de savoir si un consensus européen et international se dessinait sur cette question, les conséquences de la reconnaissance d'un changement de sexe sur le système d'enregistrement des naissances ainsi que ses répercussions sociales et juridiques »⁵⁶⁰.

La marge d'appréciation de l'État en la matière est donc passée de très large en 1986, à inexistante dans le cadre de la reconnaissance d'une nouvelle identité aux concernés, mais large dans la résolution des problèmes liés à cette reconnaissance, en 2002.

133. À la vérité, la manière dont elle se manifeste à partir de 2002, reflète une dynamique telle que l'État n'aurait pas de choix entre « légiférer ou ne pas légiférer » – il devra légiférer – mais disposera d'une grande latitude dans la manière de le faire. Ici, la marge de manœuvre se confond avec la marge d'appréciation de l'État, ce qui est concevable dans la perspective de la reconnaissance de la multidimension de la marge étatique, que nous avons détaillée plus haut⁵⁶¹. En définitive, l'étendue de la marge étatique

⁵⁵⁸ *Ibid.*, §73.

⁵⁵⁹ *Idem.*

⁵⁶⁰ C.E.D.H., *Grant c. Royaume-Uni*, 23 mai 2006, n° 32570/03, §39.

⁵⁶¹ v. le Par. 74 de la présente étude.

qui ressort de l'arrêt *I. c. Royaume-Uni* est large car la Cour ne donne pas d'indication sur la manière de légiférer.

Toutefois, la dynamique de l'évolution de l'acceptation sociale du transsexualisme a fait réduire pareille marge étatique lorsque celui-ci légifère sur le domaine. D'ailleurs, même dans l'arrêt *I. c. Royaume-Uni*, la Cour n'est pas convaincue que les États « doivent pouvoir *entièrement* régler la question [du mariage des transsexuels] dans le cadre de leur marge d'appréciation »⁵⁶². Selon la Cour, « cela reviendrait à conclure que l'éventail des options ouvertes à un État contractant peut aller jusqu'à interdire en pratique l'exercice du droit de se marier » alors que la marge d'appréciation de l'État ne saurait être aussi large⁵⁶³. La marge d'appréciation de l'État en la matière est donc réduite en conséquence. En effet, la liberté dans la « manœuvre » accordée à l'État implique qu'il aménage des garanties et conditions qui font exception au caractère absolu de toute mesure. C'est pour cette raison que la Cour conclut à la violation de l'article 12 de la Convention dans ledit arrêt en explicitant qu'elle « ne voit aucune raison justifiant que les transsexuels soient privés *en toutes circonstances* du droit de se marier »⁵⁶⁴.

134. Nous observons que c'est en raison de la prise en considération de l'indicateur relatif à la mise en balance des intérêts en cause, que l'éventail de choix des États dans la manière de légiférer, se rétrécit. À ce titre, dans l'arrêt *A.P., Garçon et Nicot c. France*, le droit français assujettissait la reconnaissance de la nouvelle identité des transgenres à la réalisation d'une opération stérilisante ou d'un traitement susceptible d'entraîner la stérilité⁵⁶⁵. La Cour devait rechercher si, compte tenu de la marge d'appréciation dont elle disposait, la France a ménagé un juste équilibre entre l'intérêt général et l'intérêt des requérants⁵⁶⁶.

En ce qui concerne l'état du consensus européen sur la condition de stérilité aux fins de reconnaissance de la nouvelle identité du transgenre, la Cour note que les États sont partagés sur la question⁵⁶⁷.

⁵⁶² C.E.D.H., *I. c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, n° 25680/94, §83. Les italiques sont de nous.

⁵⁶³ *Idem*.

⁵⁶⁴ *Idem*. Les italiques sont de nous.

⁵⁶⁵ C.E.D.H., *A.P., Garçon et Nicot c. France*, 06 avril 2017, n° 79885/12, §120.

⁵⁶⁶ *Ibid.*, §101.

⁵⁶⁷ *Ibid.*, §71 et 122.

Pour ce qui est de la présence d'autres intérêts en cause, la Cour relève que des intérêts publics sont effectivement en jeu⁵⁶⁸. En ce sens, elle a insisté sur le fait que même si la présence de plusieurs intérêts en cause ainsi que l'absence de consensus en la matière, élargissaient considérablement la marge d'appréciation étatique⁵⁶⁹, lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouvent en jeu, la marge laissée à l'État est restreinte⁵⁷⁰. Elle a, sur ce point, constaté que tel était le cas pour la double raison que « l'intégrité physique des individus est directement en cause lorsqu'il est question de stérilisation » et que « les requêtes ont trait à l'identité sexuelle des individus »⁵⁷¹. Tel constat a conduit la Cour à retenir que l'État ne disposait que d'une marge d'appréciation restreinte en la matière.

Dans son analyse du juste équilibre dans le corps de l'arrêt, la Haute juridiction constate que telle exigence mettait les personnes transgenres devant un dilemme insoluble : « soit subir malgré elles une opération ou un traitement stérilisant ou produisant très probablement un effet de cette nature, et renoncer au plein exercice de leur droit au respect de leur intégrité physique (...) ; soit renoncer à la reconnaissance de leur identité sexuelle et donc au plein exercice de ce même droit »⁵⁷². C'est donc par l'examen de proportionnalité qu'elle résout la question en concluant que ce « dilemme insoluble » reflétait la rupture du juste équilibre⁵⁷³.

Paragraphe 2 : LE CONSENSUS EUROPÉEN DANS LA DÉTERMINATION DE L'ÉTENDUE DE LA MARGE ÉTATIQUE DANS L'EXÉCUTION DE LA DÉCISION DE LA COUR

135. Lorsque l'on prend singulièrement la phase de l'exécution de l'arrêt en dehors de son contexte, c'est-à-dire en la voyant comme étant l'exécution d'une obligation de l'État de se conformer à la Convention par rapport à un individu en particulier, comme

⁵⁶⁸ *Ibid.*, §122.

⁵⁶⁹ *Ibid.*, §121.

⁵⁷⁰ *Idem.* ; v. aussi C.E.D.H., *Hämäläinen c. Finlande*, 16 avril 2014, n° 37359/09, §67.

⁵⁷¹ *Ibid.*, §123 ; v. aussi C.E.D.H., *Van Kück c. Allemagne*, 12 juin 2003, n° 35968/97, §69 et §75 ; C.E.D.H., *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002, n° 2346/02, §61.

⁵⁷² C.E.D.H., *A.P., Garçon et Nicot c. France*, 6 avril 2017, n° 79885/12, §132.

⁵⁷³ *Idem.*

toute autre obligation *en amont*, détachée de l'arrêt de la Cour, l'État doit être présumé comme ayant une large marge d'appréciation si l'obligation qui pèse sur lui reste confiné dans sa sphère résiduelle, par exemple si elle consiste à réparer le dommage subi par la non-reconnaissance du nouveau sexe du requérant. Ce détachement artificiel ne peut toutefois être conforme à la réalité dans la mesure où *cette présomption a pris fin au moment de la confection de l'arrêt par le contrôle de proportionnalité effectué par la Cour*. Dans cette mesure, la marge d'appréciation de l'État dans l'exécution de la décision, malgré le fait qu'il n'existe toujours pas de consensus européen sur le sujet, devient nécessairement plus étroite. Cela s'explique par le fait que tout comme en amont où la Cour a vu que malgré l'absence d'un consensus ou d'un certain degré de consensus européen, il y a eu violation de la Convention eu égard à la primauté de l'importance du droit en cause pour la victime, l'État doit faire également primer l'importance de l'effacement des conséquences négatives de sa mesure illicite en aval, quel que soit l'état de tel consensus européen.

136. Dans la résolution relative à l'exécution des deux dernières affaires citées *I. c. Royaume-Uni* ainsi que *Grant c. Royaume-Uni*⁵⁷⁴, le Comité des Ministres a pu constater que la satisfaction équitable a été payée, qu'un certificat reconnaissant sa nouvelle identité sexuelle a été délivré à la requérante, que cette dernière bénéficie d'une pension en tant que femme, et enfin qu'une loi a été adoptée en 2004 sur la reconnaissance des genres sexuels, entrée en vigueur le 4 avril 2005⁵⁷⁵.

L'exécution de ces arrêts reflète une réalisation complète de la *restitutio in integrum*, qui met l'accent sur l'importance du droit pour la victime et pour les victimes potentielles. Par son constat de disproportionnalité, la Cour encourage l'État, d'une certaine manière, à faire un pas en avant dans le traitement juridique d'un sujet sensible. La marge d'appréciation de l'État, dans ce cas, doit être vue comme étant étroite dans la mesure où, en ce qui concerne la mesure individuelle de réparation, celui-ci n'a de choix que de remplacer la mesure disproportionnée par une mesure proportionnée. En revanche la manière de s'y prendre relève de la marge de manœuvre de l'État. Puis, en ce qui concerne

⁵⁷⁴ Résolution CM/ResDH(2011)173 adoptée par le Comité des Ministres le 14 septembre 2011, lors de la 1120^{ème} réunion des Délégués des Ministres pour l'affaire C.E.D.H., *Grant c. Royaume-Uni*, 23 mai 2006, n° 32570/03.

⁵⁷⁵ Annexe à la Résolution CM/ResDH(2011)173, Informations sur les mesures prises afin de se conformer à l'arrêt : Cette loi permet aux transsexuels de bénéficier de la reconnaissance juridique de leur nouvelle identité sexuelle s'agissant de questions comprenant les prestations sociales et les droits à pension, sur délivrance d'un certificat de leur nouvelle identité sexuelle

la mesure générale, il faudrait compter ici sur la marge d'appréciation qui permet aux autorités nationales d'aller au-delà de la protection requise par la Convention⁵⁷⁶. En tout état de cause, la Cour « n'a pas pour tâche de dicter la forme (administrative ou judiciaire) que doit prendre » la réparation⁵⁷⁷, si l'État décide d'adopter de son propre choix une mesure générale pour prévenir des violations futures de la Convention tirées du même grief, telle indication ne vient pas de l'arrêt de la Cour mais vient de l'État lui-même. Dans ce cas, sa latitude dans l'adoption de mesures générales, et plus largement dans l'opportunité d'offrir une protection plus généreuse à ses justiciables que celle offerte par la Convention et par la Cour, doit être considérée comme étant dense.

Des mesures individuelles peuvent également être strictement liées à des mesures générales ; et leur adoption s'apparenterait ainsi à la réalisation de la restitution intégrale. C'est le cas de l'exécution du fameux et récent arrêt *Oliari et autres c. Italie*⁵⁷⁸. L'affaire concerne la requête de trois couples homosexuels qui entretenaient une relation stable et se virent refuser des bans de leur mariage en vertu du code civil italien qui requiert que les futurs époux doivent être de sexe opposé. Tout comme dans les affaires précitées *Rees*, *Cossey*, *Sheffield et Horsham*, *Grant, I. c. Royaume-Uni* ou encore *Dudgeon*⁵⁷⁹, la Cour a observé dans cette affaire que le fait qu'un aspect important de la vie privée soit en jeu, doit limiter la marge d'appréciation étatique ; et que l'absence de consensus européen sur des problèmes d'éthique et de morale, doit en revanche l'élargir⁵⁸⁰, conduisant à devoir mettre en balance les deux indicateurs. Dans cet examen de proportionnalité, la Cour remarque qu'il existe un conflit entre la réalité sociale des requérants et l'impossibilité légale d'obtenir une quelconque reconnaissance officielle de leur relation⁵⁸¹. En effet, ces couples vivent ouvertement ensemble ; de plus, la législation italienne prévoyait déjà une certaine protection pour les couples homosexuels, telle que l'enregistrement des unions auprès des autorités locales ou encore l'établissement d'un « accord de cohabitation », mais tels mécanismes avaient une portée limitée. Elle affirme ainsi que le fait de garantir la reconnaissance et la protection des unions homosexuelles ne constituerait pas une charge particulière pour l'État italien⁵⁸². Toujours dans le cadre de son examen de proportionnalité, la Cour observe que le consensus européen est en évolution constante sur

⁵⁷⁶ v. le Par. 111 de la présente étude.

⁵⁷⁷ C.E.D.H., *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, 09 juillet 2013, n° 66069/09 et autres, §120.

⁵⁷⁸ C.E.D.H., *Oliari et autres c. Italie*, 21 juillet 2015, n° 18766/11 et 36030/11.

⁵⁷⁹ v. les Pars. 128-130 de la présente étude.

⁵⁸⁰ C.E.D.H., *Oliari et autres c. Italie*, 21 juillet 2015, n° 18766/11 et 36030/11, §162.

⁵⁸¹ *Ibid.*, §173.

⁵⁸² *Idem.*

ce point. Au regard de ces deux observations, la Cour avait conclu que même si les autorités italiennes étaient mieux placées pour apprécier les intérêts de la communauté, le droit italien en l'espèce ne semblait pas avoir attaché une importance particulière aux indications de la communauté nationale, ce qui inclut le peuple italien en général et les autorités judiciaires suprêmes en Italie⁵⁸³.

Comme le relève le gouvernement défendeur dans son bilan d'action présenté au Comité des Ministres, l'arrêt « a connu un important retentissement médiatique dans et en dehors des frontières italiennes »⁵⁸⁴. En effet, la balance des indicateurs en cause (consensus et aspect important de la vie privée) opérée par la Cour montre qu'en réalité, le degré d'absence de consensus européen n'est pas si important au point de prioriser cet indicateur au détriment du second, d'autant plus que les réalités sociales témoignent de la nécessité d'un cadre juridique assurant la reconnaissance et la protection de l'union des couples homosexuels. Dans ce cas, une seule mesure à la fois individuelle et générale est ici à considérer par l'État défendeur qui voit réduire à néant sa marge d'appréciation mais qui conserve néanmoins sa marge de manœuvre en l'espèce. Il s'agit d'établir un cadre juridique offrant une telle protection. Dans son bilan d'action, le gouvernement italien a ainsi précisé que l'Union civile existe légalement en Italie depuis la loi n° 76 du 20 mai 2016, entrée en vigueur le 5 juin 2016, qui régit les unions entre personnes du même sexe⁵⁸⁵.

En définitive, la certitude du choix de la mesure à adopter ne peut venir que du raisonnement opéré par la Cour dans sa propre mise en balance des indicateurs en jeu. Cela explique le véritable lien entre l'ampleur de la marge d'appréciation en amont et celle en aval : dans ce schéma, l'indicateur du consensus a été écarté en faveur de l'indicateur de l'importance du droit pour le requérant, donnant ainsi une marge d'appréciation étatique *limitée en amont* ; et le résultat de cette mise en balance montre que la gamme de choix de l'État est, elle aussi, *limitée en aval*.

⁵⁸³ *Ibid.*, §179.

⁵⁸⁴ Communication de l'Italie concernant l'affaire *Oliari* (n° 18766/11), bilan d'action du 16 janvier 2017 examiné à la 1280^{ème} réunion des Délégués des Ministres, document DH-DD(2017)67, donnant lieu à sa Résolution CM/ResDH(2017)182.

⁵⁸⁵ *Idem*.

Section 2 : La présence d'intérêts en concurrence avec ceux du requérant : indicateur de l'étendue de la marge d'appréciation de l'État

137. L'interprétation dynamique et évolutive de la Convention amène la Cour à intégrer au sein des dispositions conventionnelles, des droits antérieurement exclus de son champ de protection et ainsi à internaliser les conflits entre droits fondamentaux⁵⁸⁶. Conformément à l'article 35 de la Convention, la Cour ne peut être saisie qu'après épuisement des voies de recours internes. Cette condition de recevabilité de l'affaire suppose l'existence de procédures internes et plus précisément de décisions de justice qui tranchent des litiges entre des parties aux intérêts opposés. Au niveau interne, afin de prendre sa décision sur la résolution du conflit, le juge interne établit les faits, opère une mise en balance des intérêts en jeu et se fonde sur les lois internes, incluant les règles internationales transposées dans le droit interne. Il convient également de préciser que les droits conventionnels ne sont pas les seuls impliqués dans les litiges et ne sont d'ailleurs pas toujours précisément identifiés comme tels par les juridictions⁵⁸⁷. En la matière, les tribunaux internes disposent d'une large marge d'appréciation. En effet, il ressort de la jurisprudence de la Cour que l'étendue de la marge d'appréciation de l'État est plus grande selon qu'une affaire présente ou non d'extrêmes difficultés⁵⁸⁸ dans la mesure où les autorités de l'État sont plus proches des faits et des personnes en cause et sont donc présumées mieux placées pour résoudre telles difficultés⁵⁸⁹. En ce sens, la présence d'intérêts privés ou publics concurrents contribuent à la technicité et à la complexité des questions soumises à l'examen de la Cour⁵⁹⁰.

138. Lorsque l'affaire est portée devant la Haute juridiction, il lui appartient d'examiner la relation verticale requérant-État et par cela, d'analyser si la décision interne – avec l'ensemble des éléments contextuels qui l'entoure – est conforme à la Convention. La marge d'appréciation semble être, ici, la réponse technique et juridique à la mise en

⁵⁸⁶ DUCOULOMBIER (P), *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 666.

⁵⁸⁷ *Ibid.*, p. 664.

⁵⁸⁸ C.E.D.H., *W. c. Royaume-Uni*, 08 juillet 1987, n° 9749/82, §62.

⁵⁸⁹ v. BENVENISTI (E.), "Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards", *NYUJ*, vol. 31, 1998-1999, p. 843.

⁵⁹⁰ C.E.D.H., *Evans c. Royaume-Uni*, 10 avril 2007, n° 633905, §77 ; C.E.D.H., *Chassagnou et autres c. France*, 29 avril 1999, n° 25088/94, §113 ; v. aussi DROOGHENBROECK (S.V.), *La proportionnalité ...*, *op. cit.*, p. 521.

balance des droits en conflit. En effet, il ressort de la jurisprudence de la Cour qu'il est inévitable de reconnaître une certaine marge d'appréciation aux autorités nationales qui se trouvent mieux placées que le juge international pour se prononcer sur les besoins locaux⁵⁹¹. Toutefois, il demeure également inévitable que l'arrêt de la Cour aura nécessairement une certaine influence sur la protection accordée aux droits des autres parties et donc un effet nécessairement horizontal – entre sujets de droit privé⁵⁹² dans la phase d'exécution. Cette confrontation de circonstances inévitables démontre le lien manifeste d'interdépendance entre le raisonnement de la Cour dans la confection de l'arrêt (**Paragraphe 1**) et la marge restante d'appréciation de l'État dans l'exécution dudit arrêt (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : LA PRÉSENCE D'INTÉRÊTS EN CONCURRENCE AVEC CEUX DU REQUÉRANT DANS L'APPLICATION DU DROIT : OUTIL DE MESURE DE LA PROPORTIONNALITÉ DE L'ACTION OU DE L'OMISSION DE L'ÉTAT

139. Malgré le principe de l'indivisibilité qui gouverne les droits de la Convention, la Cour peut être confrontée à résoudre des conflits de droit. Le Pr. Sudre cite à cet égard plusieurs exemples de conflits entre droits conventionnels qui peuvent apparaître : liberté de la presse et droit d'autrui, liberté de religion et droit de critique, liberté de la presse et présomption d'innocence, liberté d'entreprendre et droit au respect de biens, droit à la vie de l'enfant conçu et droit de la femme de disposer de son corps, intérêt de l'enfant et droit de l'adoptant, droit à la connaissance de ses origines et droit au respect de la vie privée, droit d'être mère et droit de ne pas être père, droit à une procédure contradictoire et protection de la vie des témoins⁵⁹³, etc.

140. À titre liminaire, notons qu'aux fins de la résolution de tels conflits, les règles classiques permettant de faire prévaloir une source normative sur une autre, comme le

⁵⁹¹ C.E.D.H., *Connors c. Royaume-Uni*, 09 octobre 2003, n° 66746/01, §82.

⁵⁹² Opinion concordante de M. le Juge Wojtyczek dans C.E.D.H., *Bochan c. Ukraine (n°2)*, 05 février 2015, n° 22251/08, pt. 6.

⁵⁹³ SUDRE (F.), « Les conflits de droit ? Cadre général d'approche dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme » in POTVIN-SOLIS (L.) (dir.), *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, Dixièmes journées d'études du Pôle européen Jean Monnet, Collection Colloques Jean Monnet, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 236.

critère chronologique *lex posterior derogat priori*, le critère de spécialité *lex specialis per generalem non derogatur*, ou le critère hiérarchique, s'avèrent inopérantes⁵⁹⁴. En effet, dans l'ordre conventionnel, les normes sont du même rang. À juste titre, existe-t-il une différenciation catégorique entre les droits absolus non dérogeables et les droits de nature relative qui sont susceptibles de dérogation. Cependant, cette différenciation n'a pour seul objet que d'écarter le pouvoir de l'État de limiter l'exercice des droits garantis⁵⁹⁵. À cet effet, dans la première catégorie de droit, l'État ne peut assortir l'application du droit d'aucune limitation ; en revanche, pour ce qui est de la seconde catégorie, il le peut, selon certaines conditions. *En soi, cela n'introduit aucune hiérarchie normative au sein du texte conventionnel.*

141. Il reste donc que la Cour doit s'employer à une appréciation casuistique du droit qui prévaut dans l'affaire devant elle. Les techniques **(A)** qu'elle utilise à cet effet, si elles suscitent de nombreuses critiques, nous permettent néanmoins de déterminer l'étendue de la marge d'appréciation de l'État en amont **(B)** tout en révélant les indices nécessaires pour déterminer l'étendue de la marge d'appréciation étatique dans la phase de l'exécution de l'arrêt.

A. Le choix de la méthode à utiliser pour le contrôle de proportionnalité comme premier indice de l'étendue de la marge d'appréciation

142. Selon plusieurs critiques émanant de la doctrine, le contrôle de proportionnalité serait inadapté à l'effet horizontal et aux conflits de droit⁵⁹⁶. Telles critiques tiennent au fait que la proportionnalité sacrifierait un droit au profit d'un autre dans le cas d'un conflit de droits. Il a ainsi été suggéré d'utiliser la technique de la pondération des intérêts ou encore de la mise en balance des intérêts en cause. Le Pr. Rigaux explique à cet effet que la légitimité de l'action de l'État a pour source le traité lui-même et que sa nécessité ne

⁵⁹⁴ *Ibid.*, p. 245.

⁵⁹⁵ *Ibid.*, p. 247.

⁵⁹⁶ *Ibid.*, p. 251 ; RIGAUX (F.), *La protection de la vie privée et les autres biens de la personnalité*, Bruylant, Bruxelles, 1990, p. 214 ; RIGAUX (F.), *La loi des juges*, O. Jacob, Paris, 1997, p. 46 ; RIGAUX (F.), « Logique et droits de l'homme », in MAHONEY (P.), MATSCHER (F.), PETZOLD (H.), WILDHABER (L.) (dir.), *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne, ... op. cit.*, pp. 1197-1211 ; v. aussi DROOGHENBROECK (S. V.), « Conflits entre droits fondamentaux et marge nationale d'appréciation. Autour de l'arrêt *Chassagnou c. France* du 29 avril 1999 », *J.T.D.E.*, 1999, pp. 62 et s.

s'apprécie pas par rapport aux critères d'une société démocratique mais face à la contradiction logique de deux dispositions antinomiques du même instrument⁵⁹⁷. La technique de la pondération ou de la mise en balance des intérêts permettrait ainsi de vérifier si un juste équilibre a été atteint entre les deux libertés ou droits en cause⁵⁹⁸. Pourtant, il est tout à fait concevable que la légitimité de l'action de l'État soit à la fois examinée par la mise en balance des intérêts effectuée par le juge interne et la nécessité dans une société démocratique de l'issue de la procédure interne.

Dans cette continuité, il ressort de la jurisprudence de la Cour que la Convention implique « un *juste équilibre* entre la sauvegarde de l'intérêt général et le respect des droits fondamentaux de l'homme »⁵⁹⁹. Les formules utilisées par la Cour correspondent donc davantage au souci d'assurer la conciliation des droits plutôt qu'à l'établissement d'une hiérarchie entre droits conventionnels⁶⁰⁰. En pratique, cependant, il demeure inévitable qu'un certain degré de sacrifice doit être fait en faveur d'un droit, au détriment d'un autre, qu'il s'agisse d'une mise en balance des intérêts, d'une pondération ou d'un contrôle de proportionnalité. Pour cette raison, nous préférons l'idée de « préférence abstraite » qui reconnaît qu'un droit est plus important qu'un autre dans un cas précis, mais qu'il n'est pas assuré de prévaloir dans tous les cas de conflit⁶⁰¹. Une telle casuistique est rendue possible par le contrôle de proportionnalité qui, en plus de ne pas établir de hiérarchie absolue et systématique des droits, comprend une mise en balance des intérêts en cause.

143. En premier lieu, lorsqu'il existe un conflit entre un droit fondamental garanti par la Convention et un autre droit ou une liberté qui n'est pas consacré par la Convention, la Cour estime que « seuls des impératifs indiscutables sont susceptibles de justifier une ingérence dans la jouissance » du droit garanti⁶⁰². Dans l'affaire *Chassagnou*, par exemple, l'État défendeur faisait état de la nécessité de protéger ou de favoriser l'exercice de la chasse alors que les requérants se sont plaints d'une loi interne qui les obligeait à laisser les

⁵⁹⁷ *Idem.*

⁵⁹⁸ DUCOULOMBIER (P), *Les conflits de droits fondamentaux ... op. cit.*, p. 391.

⁵⁹⁹ C.E.D.H., *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c. Belgique*, 23 juillet 1968, n° 1474/62, §5.

⁶⁰⁰ ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), « Chronique droits de l'homme. L'élaboration progressive d'un ordre public européen. Réflexions à propos de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme de 1988 à 1995 », *C.D.E.*, n° 5-6, 1997, p. 675.

⁶⁰¹ C'est également l'idée de DUCOULOMBIER (P), *Les conflits de droits fondamentaux ... op. cit.*, p. 553 ; DROOGHENBROECK (S.V.), *La proportionnalité ... op. cit.*, p. 243.

⁶⁰² *Idem.*

chasseurs pénétrer sur leur territoire⁶⁰³, une demande accueillie majoritairement par la Cour.

144. Au-delà de pareils cas, le juge européen conçoit que la mise en balance des intérêts éventuellement contradictoires des uns et des autres, est « difficile à faire », ce qui l'amène à concéder à l'État une grande marge d'appréciation⁶⁰⁴, et ce, en particulier lorsque le litige présente un conflit entre droits fondamentaux⁶⁰⁵ « difficilement conciliables »⁶⁰⁶ ou « inconciliables »⁶⁰⁷. En tout état de cause, elle doit décider au cas par cas.

Le plus souvent, la Cour est confrontée à un conflit entre la liberté d'expression protégée par l'article 10 de la Convention et le droit à la réputation des personnes mises en cause par l'exercice de cette première liberté, droit qui relève, en tant qu'élément de la vie privée, de l'article 8 de la Convention⁶⁰⁸. La Cour doit garder à l'esprit que sa tâche consiste à régler l'affaire sous l'angle État-requérant. Par cela, c'est la proportionnalité de la mise en balance faite par le juge interne qui agit avec présomption de large marge d'appréciation, qu'elle doit examiner. Elle devrait ainsi se contenter de constater que la mise en balance étatique n'est pas déraisonnable, suivant la dernière échelle de l'étendue de la marge d'appréciation qui ne fait pas peser la charge de la preuve sur l'État, élargissant ainsi la marge d'appréciation de celui-ci en amont.

145. La tâche de la Cour doit consister à examiner les garanties procédurales dont disposait l'individu, pour déterminer si l'État défendeur n'a pas outrepassé sa marge d'appréciation. En particulier, la Cour doit rechercher si le processus décisionnel ayant débouché sur des mesures d'ingérence était équitable et respectait comme il se doit les intérêts du requérant⁶⁰⁹. Cependant, la Cour est souvent tentée de mettre en balance, par elle-même, les intérêts en cause.

Lorsqu'elle procède ainsi, il lui suffit de comparer le résultat de sa démarche avec le résultat de la procédure interne pour vérifier si la mise en balance effectuée par le juge

⁶⁰³ C.E.D.H., *Chassagnou c. France*, 29 avril 1999, n° 25088/94, §113.

⁶⁰⁴ *Idem*.

⁶⁰⁵ DROUGHENBROECK (S.V.), *La proportionnalité ...*, *op. cit.*, p. 536 ; v. aussi DROUGHENBROECK (S.V.), « Conflit entre droits fondamentaux ... », *op. cit.*, pp. 164-165.

⁶⁰⁶ C.E.D.H., *Odièvre c. France*, 13 février 2003, n° 42326/98, §44.

⁶⁰⁷ C.E.D.H., *Evans c. Royaume-Uni*, 10 avril 2007, n° 633905, §73.

⁶⁰⁸ C.E.D.H., *Chauvy et autres c. France*, 29 juin 2004, n° 64915/01, §70.

⁶⁰⁹ C.E.D.H., *Buckley c. Royaume-Uni*, 25 septembre 1996, n° 20348/92, § 76 ; C.E.D.H., *Chapman c. Royaume-Uni*, 18 janvier 2001, n° 27138/95, §92.

interne était proportionnée. En cela, soit ignore-t-elle la marge d'appréciation en amont de l'État, la réduisant en conséquence, soit se présume-t-elle mieux placée, ce qui la réduit également ; soit se contente-t-elle de voir si le résultat de la mise en balance effectuée par le juge interne ne fait pas subir une charge spéciale et exorbitante au titulaire du droit qui n'a pas prévalu, ce qui élargit la marge d'appréciation de l'État. Ainsi, *la manière donc la Cour opère son contrôle de proportionnalité fournit d'ores et déjà un indice essentiel quant à l'étendue de la marge d'appréciation de l'État en amont.*

146. Afin de savoir si elle questionne à nouveau la mise en balance effectuée par le juge interne en opérant une nouvelle mise en balance des intérêts ou si elle se contente d'analyser si la mise en balance effectuée par le juge interne n'a pas été déraisonnable, la Cour doit considérer plusieurs points préliminaires qui ont été explicités par le Pr. P. Ducoulombier⁶¹⁰.

À cet égard, en premier lieu, la Cour doit précisément identifier le contenu du conflit de droits afin de déterminer leurs poids abstrait dans la hiérarchie conventionnelle. Cela suppose de commencer toute appréciation par la prise en compte de la nature du droit (absolue ou relative) et de la nature de l'obligation étatique qu'il comporte (positive ou négative). Ensuite, la Cour doit considérer les titulaires des droits en conflit. Il a ainsi été proposé d'appliquer un coefficient d'importance différent aux droits en fonction de la qualité de leur titulaire, le coefficient d'importance du droit détenu par un titulaire déterminé devant être supérieur au coefficient détenu par un titulaire abstrait⁶¹¹. À cet effet, la Cour fait référence à certains groupes comme les minorités, les militaires, les fonctionnaires, les étrangers, les journalistes, l'homme politique ou encore l'avocat. Le titulaire du droit doit ainsi être mis en relation avec le droit impliqué dans le conflit de droits. Puis, la Cour doit déterminer le degré d'ingérence subie par les droits conflictuels. Il s'agit ici d'analyser la gravité de l'ingérence étatique et de la comparer avec l'ingérence que sa protection aurait infligé au droit concurrent, quelle que soit la nature du droit en cause. Enfin, la Cour doit procéder à l'interprétation fonctionnelle des droits. Selon l'auteur, l'intérêt d'un droit dont l'exercice participe à la protection du bon fonctionnement de la société démocratique ou au renforcement du principe de l'autonomie personnelle devrait être favorisé à celui qui ne poursuit que la satisfaction de son droit. En d'autres

⁶¹⁰ DUCOULOMBIER (P), *Les conflits de droits fondamentaux ... op. cit.*, pp. 671-672.

⁶¹¹ *Ibid.*, p. 670-371.

termes, plus le respect d'un droit ou d'une exception à un droit sert des intérêts multiples, plus il est susceptible de prévaloir par rapport à l'autre droit.

Dans cette optique, lorsqu'elle constate la gravité des faits en l'espèce, la Cour peut décider en conséquence de réduire la marge d'appréciation initialement large de l'État en opérant sa propre mise en balance des intérêts en cause. Il en est de même lorsqu'elle observe que les titulaires du droit en cause méritent, en fonction de leur catégorie, une protection spéciale. Sur ce point, par exemple, dans l'arrêt *Connors c. Royaume-Uni*, la Cour affirme que la vulnérabilité des Tsiganes, du fait qu'ils constituent une minorité, implique d'accorder une attention spéciale à leurs besoins et à leur mode de vie propre tant dans le cadre réglementaire considéré que lors de la prise de décision dans des cas particuliers⁶¹². En d'autres termes, la gravité de la situation, l'importance du droit pour les parties (au niveau interne) ou encore l'ampleur de l'ingérence dans la sphère personnelle du requérant⁶¹³, participent à la décision de la Cour d'étendre son contrôle européen.

147. Soulignons également qu'est prouvé, ici, le fait que l'étendue de la marge d'appréciation de l'État en amont soit inversement proportionnelle à l'étendue du contrôle de proportionnalité opéré par la Cour. En effet, si elle étend son contrôle de proportionnalité au point de refaire sa mise en balance des intérêts en cause, elle signifie par là que la marge étatique en amont devait, en réalité, être étroite en raison de l'importance des droits en cause et de la gravité des faits. En revanche, si son contrôle est restreint en ce sens où elle se contente de voir si la mise en balance interne n'a pas été manifestement déraisonnable, c'est bien que la marge étatique en amont devait être large, à juste titre parce qu'elle n'a pas identifié des exceptions tenant à la catégorisation des titulaires du droit, à la gravité des faits ou autres, pour limiter cette marge.

⁶¹² C.E.D.H., *Connors c. Royaume-Uni*, 09 octobre 2003, n° 66746/01, §82 ; v. C.E.D.H., *Buckley c. Royaume-Uni*, 25 septembre 1996, n° 20348/92, §§76, 80 et 84 ; v. aussi C.E.D.H., *Chapman c. Royaume-Uni*, 18 janvier 2001, n° 27138/95, §96.

⁶¹³ C.E.D.H., *Hatton et autres c. Royaume-Uni*, 8 juillet 2003, n° 36022/97, §§103-123.

B. La mise en balance concrète des intérêts en cause effectuée par la Cour

148. Dans le cas où la Cour opère *in concreto* par elle-même une mise en balance des droits et libertés en cause, prenant l'exemple d'un conflit entre les articles 8 et 10 de la Convention, nous observons que la Haute juridiction procède, premièrement, par une estimation du jeu entre *principes et exceptions*. En effet, faut-il faire une distinction entre une ingérence de l'État dans l'exercice du droit de l'éditeur à publier une photo mettant à mal la réputation d'un individu, justifiée par le but légitime de protéger le droit d'autrui (paragraphe 2 de l'article 10) ; et l'ingérence de l'État dans l'exercice d'un individu de son droit à la vie privée, justifiée par la protection des droits d'autrui et donc la limitation de la liberté d'expression (paragraphe 2 de l'article 8) ; et la non-satisfaction à l'obligation positive de l'État consistant à assurer le respect du droit à la vie privée d'un individu (paragraphe 1 de l'article 8).

Ainsi, dans l'affaire *Observer et Guardian*, la Cour note l'existence d'un conflit entre l'intérêt privé consistant à empêcher la divulgation de renseignements et l'intérêt public consistant à l'autoriser⁶¹⁴. Selon le Juge Martens, il serait incompatible avec l'article 10 de la Convention de considérer que ces deux intérêts en conflit avaient le même poids⁶¹⁵. En effet, selon lui, il ressort du texte de l'article 10 de la Convention que l'intérêt de recevoir librement des informations l'emporte clairement, *en principe*, sur celui d'empêcher la divulgation d'informations confidentielles. Ce n'est que dans la mesure où cet empêchement est avéré comme étant nécessaire dans une société démocratique, que l'exception l'emporte sur le principe⁶¹⁶. Dans ce contexte, l'article 8 de la Convention ne l'emporterait sur l'article 10 que s'il existe un besoin social impérieux en ce sens.

Il s'ensuit que la deuxième tâche de la Cour, en la matière, consiste à vérifier si le besoin social impérieux est avéré afin de décider si c'est bien le principe ou l'exception qui s'applique. À cet égard, la Cour a eu l'occasion de confirmer à plusieurs reprises que les limites de la critique admissible sont plus larges à l'égard d'un homme politique que d'un simple particulier dans la mesure où le premier s'expose consciemment à un contrôle

⁶¹⁴ *Ibid.*

⁶¹⁵ Opinion partiellement dissidente de M. le Juge Martens dans C.E.D.H., *Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, 26 novembre 1991, n° 13585/88, pt. 11.2.

⁶¹⁶ *Idem.*

attentif de ses faits et gestes et doit, dès lors, montrer une plus grande tolérance⁶¹⁷. En revanche, elle estime que le fait de mettre directement en cause des personnes déterminées, implique l'obligation de fournir une base factuelle suffisante⁶¹⁸. Sans une telle base factuelle, c'est donc la réputation qui primerait sur la liberté d'expression, malgré le fait que l'exercice de la liberté journalistique permette une certaine « dose d'exagération » ou de « provocation »⁶¹⁹. En effet, la garantie que l'article 10 de la Convention offre aux journalistes est subordonnée à la condition que les intéressés agissent de bonne foi de manière à fournir des informations exactes. Sur ce point, l'article 10 de la Convention regagne un certain poids face à l'article 8 eu égard à la charge de la preuve. En effet, dans ce type de cas, il revient à la partie qui invoque la nécessité de choisir l'exception plutôt que le principe, de prouver que la base factuelle n'est pas suffisante. Le Juge Martens estime qu'en juger autrement « serait le monde à l'envers »⁶²⁰.

149. Toutefois, une telle interprétation risque de revenir à faire primer le droit qui est porté devant la Cour dans tous les cas et revient donc à accueillir la demande du requérant tant que l'ingérence est nécessaire dans une société démocratique. Or, la Cour elle-même considère que l'issue de la requête ne saurait en principe varier selon que l'affaire a été portée devant elle sous l'angle de l'article 8 de la Convention par la personne faisant l'objet du reportage ou, sous l'angle de l'article 10 de la Convention, par l'éditeur qui l'a publié⁶²¹. Selon elle, en effet, ces droits méritent a priori un égal respect et ainsi, la marge d'appréciation devrait en principe être la même dans les deux cas⁶²².

Ainsi, la résolution du vrai conflit de droits s'opère par une *double « inversion » du jeu de la proportionnalité*⁶²³. Puisque les deux droits sont a priori égaux et qu'un droit est limité par l'autre (le droit à la réputation limité par le droit à la liberté d'expression et inversement), alors les exceptions aux droits sont donc égales aux droits mêmes. La Cour a donc besoin de faire appel à d'autres critères.

⁶¹⁷ C.E.D.H., *Petrina c. Roumanie*, 14 octobre 2008, n° 78060/01, §40 ; v. aussi C.E.D.H., *Feldek c. Slovaquie*, 12 juillet 2001, n° 29032/95, §74.

⁶¹⁸ *Ibid.*, §42 ; C.E.D.H., *Cumpănă et Mazăre c. Roumanie*, 17 décembre 2004, n° 33348/96, §§ 98-101.

⁶¹⁹ C.E.D.H., *Dalban c. Roumanie*, 28 septembre 1999, n° 28114/95, §49.

⁶²⁰ Opinion partiellement dissidente de M. le Juge Martens dans C.E.D.H., *Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, 26 novembre 1991, n° 13585/88, pt. 11.2.

⁶²¹ C.E.D.H., *Couderc et Hachette Filipacchi associés c. France*, 10 novembre 2015, n° 40454/07, §91.

⁶²² v. C.E.D.H., *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande*, 27 juin 2017, n° 931/12, §163.

⁶²³ Les italiques sont de nous ; v. aussi en ce sens SUDRE (F.), « Les conflits de droit ? Cadre général d'approche dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme » in POTVIN-SOLIS (L.) (dir.), *La conciliation des droits ...*, op. cit., p. 255.

Plus généralement, la Cour a établi une liste des critères à prendre en compte dans la détermination du droit qui doit primer, à savoir la contribution à un débat d'intérêt général, la notoriété de la personne visée et le but du reportage, le comportement antérieur de la personne concernée, le contenu, la forme et les répercussions de la publication ; les circonstances de la prise des photos, ainsi que la gravité de la sanction imposée⁶²⁴.

Plus précisément, l'analyse de la jurisprudence semble indiquer qu'elle se fonde surtout sur le critère de l'importance du droit pour son titulaire en ce sens que c'est l'intérêt qui risque d'être le plus gravement touché qui déterminera le résultat de la mise en balance des intérêts et *in fine* l'étendue de la marge d'appréciation de l'État, en amont, puis en aval.

Sur ce point, dire que l'étendue de la marge d'appréciation de l'État dépend de l'importance du droit pour le requérant, est en réalité une autre façon de dire que c'est l'intérêt (soit du requérant, soit du public, soit du privé) le plus touché – ou qui est susceptible d'être le plus touché – qui fera l'objet d'une plus grande protection. Dès lors, plus l'affaire touche les aspects intimes et privés de la victime, plus étendue sera le contrôle de proportionnalité de la Cour et moins grande sera la marge d'appréciation de l'État afin d'éviter de laisser place à l'abus.

150. À l'évidence, certains intérêts sont plus susceptibles d'être touchés que d'autres selon le « genre d'activité en cause ». Il s'agit des cas où le requérant risque d'être touché dans son for interne, et donc plus généralement lorsque les articles 8 et 9 de la Convention sont en cause. La prise en compte de « l'activité en cause » dans la mise en balance des intérêts, implique, dès lors, nécessairement une mise en balance des paramètres et indicateurs.

L'affaire *Leander c. Suède* illustre particulièrement cela. En l'espèce, les autorités nationales conservaient un registre secret servant de contrôle du personnel contenant des données relatives à la vie privée du requérant sans que celui-ci ne puisse les réfuter⁶²⁵. Les intérêts « du public » touchant à la sécurité nationale sont, dans ce cas, confrontés aux intérêts du requérant touchant sa vie privée. La Cour a reconnu que l'ingérence subie par le

⁶²⁴ C.E.D.H., *Axel Springer AG c. Allemagne*, 07 février 2012, n° 39954/08, §§89-95 ; C.E.D.H., *Couderc et Hachette Filipacchi associés c. France*, 10 novembre 2015, n° 40454/07, §9, §§90-93.

⁶²⁵ C.E.D.H., *Leander c. Suède*, 26 mars 1987, n° 9248/81, §48.

requérant ne l'empêchait pas de « mener sa vie privée à sa guise »⁶²⁶, ce qui suppose que le but relatif à la sécurité nationale a été, « dans ce genre d'activité », plus important.

151. De même, la Cour a rappelé à plusieurs reprises que la liberté de religion « figure parmi les éléments les plus essentiels de l'identité des croyants »⁶²⁷. Elle reconnaît également que telle liberté représente l'une des assises d'une « société démocratique »⁶²⁸ ; mais considère que « dans une société démocratique où plusieurs religions coexistent au sein d'une population, il peut se révéler nécessaire d'assortir la liberté de *manifestar* sa religion ou ses convictions de limitations propres à concilier les intérêts des divers groupes et à assurer le respect des convictions de chacun »⁶²⁹. Malgré le fait que ce droit touche personnellement la personne concernée, la présence des deux autres facteurs rend la marge d'appréciation étatique plus large en la matière⁶³⁰.

Ainsi, dans l'arrêt *Leyla Sahin c. Turquie* dans lequel la requérante se plaignait de l'interdiction du port du foulard islamique à l'université⁶³¹, la Cour constate que lorsque des questions sur les rapports entre l'État et les religions, se trouvent en jeu, il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national⁶³² au vu de la diversité des approches nationales quant aux questions relatives au port de symboles religieux dans les établissements d'enseignement⁶³³. Elle note que la réglementation en la matière peut varier d'un pays à l'autre en fonction des exigences imposées par la protection des droits et libertés⁶³⁴ – et nous avons vu que les États définissent les exigences relatives à chaque but légitime listé au second paragraphe de la disposition en cause⁶³⁵. Elle a donc conclu que dans cette mesure, le choix quant aux modalités d'une telle réglementation, était laissé à

⁶²⁶ *Ibid.*, §59.

⁶²⁷ C.E.D.H., *Leyla Sahin c. Turquie*, 10 novembre 2005, n° 44774/98, §104.

⁶²⁸ *Idem.*

⁶²⁹ *Ibid.*, §67 ; C.E.D.H., *Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993, n° 14307/88, §33.

⁶³⁰ C.E.D.H., *Murphy c. Irlande*, 10 juillet 2003, n° 44179/98, §67.

⁶³¹ C.E.D.H., *Leyla Sahin c. Turquie*, 10 novembre 2005, n° 44774/98, §22.

⁶³² *Ibid.*, §109 ; v. aussi *mutatis mutandis*, C.E.D.H., *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France*, 27 juin 2000, n° 21417/95, §84 ; C.E.D.H., *Wingrove c. Royaume-Uni*, 25 novembre 1996, n° 17419/90, §58.

⁶³³ *Idem.* ; v. aussi C.E.D.H., *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, arrêt du 20 septembre 1994, n° 13470/87, §50.

⁶³⁴ *Idem.* ; v. aussi *mutatis mutandis* C.E.D.H., *Wingrove c. Royaume-Uni*, 25 novembre 1996, n° 17419/90, §57.

⁶³⁵ V. le Par. 84 de la présente étude.

l'État concerné⁶³⁶ et que dès lors, il n'y avait pas eu de violation de l'article 9 de la Convention.

La Cour est arrivée à la même conclusion de non-violation dans l'arrêt *Suku Phull c. France* sur l'obligation de l'individu de retirer son turban lors du passage à travers le sas de sécurité d'un aéroport, au nom du but de la protection de la sécurité⁶³⁷.

Dans ces deux arrêts, les droits et intérêts du requérant ont été confrontés aux droits et intérêts du public. En effet, il ressort de la jurisprudence de la Cour que l'article 9 de la Convention ne garantit pas toujours le droit de se comporter d'une manière dictée par une conviction religieuse⁶³⁸, notamment en présence d'autres intérêts en cause.

152. Toute la complexité de la prise en compte de ces différents facteurs est récapitulée dans l'arrêt *Jahn et autres c. Allemagne*, dans lequel la Cour énonce que :

« Une mesure d'ingérence dans le droit au respect des biens doit ménager un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu. La Cour, en contrôlant le respect de cette exigence, reconnaît à l'État une grande marge d'appréciation tant pour choisir les modalités de mise en œuvre que pour juger si leurs conséquences se trouvent légitimées, dans l'intérêt général, par le souci d'atteindre l'objectif de la loi en cause »⁶³⁹.

La question qui se pose est donc la suivante : comment s'opère le contrôle de proportionnalité pour arriver à un constat tel que l'intérêt général prenne le pas sur l'intérêt du requérant touché dans sa profonde intimité ?

À la vérité, la liberté qui est en cause dans ces deux arrêts « *n'est pas celle d'avoir une religion [le for interne] mais de manifester sa religion [le for externe]* »⁶⁴⁰. C'est cette distinction entre « for interne » et « for externe » qui va peser dans le contrôle de

⁶³⁶ C.E.D.H., *Leyla Sahin c. Turquie*, 10 novembre 2005, n° 44774/98, §109 ; v. aussi C.E.D.H., *Gorzelik et autres c. Pologne*, 17 février 2004, n° 44158/98, §67 ; C.E.D.H., *Murphy c. Irlande*, 10 juillet 2003, n° 44179/98, §73.

⁶³⁷ C.E.D.H., *Suku Phull c. France*, 11 janvier 2005, n° 35753/03.

⁶³⁸ C.E.D.H., *Leyla Sahin c. Turquie*, 10 novembre 2005, n° 44774/98, §21 ; v. aussi C.E.D.H., *Pichon et Sajous c. France (déc.)*, 10 octobre 2005, n° 49853/99.

⁶³⁹ C.E.D.H., *Jahn et autres c. Allemagne*, 30 juin 2015, n° 46720/99, §93, v. aussi TULKENS (F.), DONNAY (L.), « L'usage de la marge d'appréciation ... », *op. cit.*, p. 3 et s.

⁶⁴⁰ Opinion dissidente de Mme la Juge Tulkens dans C.E.D.H., *Leyla Sahin c. Turquie*, 10 novembre 2005, n° 44774/98, pt. 6. Les italiques sont de nous.

proportionnalité en ce sens que le requérant est personnellement et intimement touché par l'ingérence si c'est son for interne qui est mis en danger ; alors que les droits et intérêts en concurrence prévaudront si l'ingérence concerne son for externe et donc s'il n'est pas touché d'une manière *aussi intime*. Cela a conduit la Cour, presque systématiquement, à *donner une importance plus forte aux sentiments religieux face aux intérêts d'autrui*⁶⁴¹ et à *donner une importance moins forte aux pratiques religieuses face aux intérêts d'autrui*⁶⁴².

En définitive, l'État jouit d'une marge d'appréciation plus large lorsqu'il s'agit de la liberté de manifester sa religion mais d'une marge d'appréciation beaucoup moins large pour les autres branches de l'article 9 de la Convention⁶⁴³.

Paragraphe 2 : LA PRÉSENCE D'INTÉRÊTS EN CONCURRENCE AVEC CEUX DU REQUÉRANT DANS LA PHASE D'EXÉCUTION DE L'ARRÊT : UNE LARGE MARGE D'APPRÉCIATION DE L'ÉTAT

153. Dans la détermination de l'étendue de la marge d'appréciation de l'État dans l'exécution de la décision de la Cour, il faut faire une distinction entre, d'une part, les cas où l'affaire présente des droits conventionnels en conflit ; et d'autre part, les cas où l'affaire ne présente pas en soi un conflit de droits conventionnels mais où son issue est susceptible de toucher les droits et intérêts d'autrui. Par exemple, si l'effacement des conséquences négatives d'une violation de la Convention requiert de rejuger une affaire où, en interne, une partie qui n'est pas venue devant la Cour européenne, avait pourtant obtenu gain de cause, alors cette personne sera inévitablement touchée par la réouverture de telle procédure, quelle que soit d'ailleurs le résultat ultérieur de celle-ci. Pour ce faire, l'État doit s'inspirer du raisonnement de la Cour dans le cadre du contrôle de proportionnalité. Pour cette raison, la Cour doit être claire et précise dans ses motivations d'autant plus qu'il s'agit ici d'un raisonnement essentiellement casuistique.

⁶⁴¹ C.E.D.H., *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, 20 septembre 1994, n° 13470/87, §47 ; C.E.D.H., *Wingrove c. Royaume-Uni*, 25 novembre 1996, n° 17419/90, §48 ; v. aussi Opinion dissidente de Mme la Juge Tulkens dans C.E.D.H., *Leyla Sahin c. Turquie*, 10 novembre 2005, n° 44774/98, pt. 6.

⁶⁴² C.E.D.H., *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France*, 27 juin 2000, n° 21417/95, §77 ; C.E.D.H., *Dahlab c. Suisse*, décision, n° 42393/98 ; v. aussi Opinion dissidente de Mme La Juge Tulkens dans C.E.D.H., *Leyla Sahin c. Turquie*, 10 novembre 2005, n° 44774/98, pt. 6. Les italiques sont de nous.

⁶⁴³ O'DONNELL (T.), "The Margin of Appreciation Doctrine ...", *op. cit.*..., p. 490. Les italiques sont de nous.

154. Dans le premier cas, si la Cour en arrive à constater la violation de la Convention, c'est bien parce que la mise en balance des intérêts en cause effectuée par les autorités nationales, n'était pas nécessaire dans une société démocratique et ainsi, n'était pas proportionnée. Il appartiendra ici à l'État d'identifier le point crucial qui a fait pencher la balance vers la disproportionnalité et de le corriger au titre de la réparation des conséquences de la violation de la Convention. Dans la gamme de choix de l'État en vertu de sa marge d'appréciation en aval, se trouve donc l'obligation de remettre en balance les intérêts en présence, en corrigeant l'élément disproportionné trouvé par la Cour. Pour ce qui est du reste des mesures à prendre, elles sont entièrement entre les mains de l'État défendeur.

Par exemple, dans le cas d'un conflit entre les articles 8 et 10 de la Convention dans lequel la Cour a constaté la violation de la liberté d'expression du journaliste qui a écopé d'une sanction trop lourde et donc disproportionnée, c'est cette sanction que l'État doit revoir. Dans cette continuité, le résultat de sa mise en balance des intérêts en cause en amont peut être le même en aval, c'est-à-dire de faire prévaloir dans le cas d'espèce, la protection de la vie privée du titulaire de ce droit.

155. Dans le second cas, la détermination de l'étendue de la marge d'appréciation de l'État se fonde également sur l'identification du critère qui a fait pencher vers la disproportionnalité. Ainsi, l'affaire *Van Kuck* concerne deux intérêts opposés de deux parties à un contrat. Dans les faits, la requérante assigna une compagnie d'assurance maladie allemande devant les tribunaux internes pour réclamer le remboursement des frais médicaux relatifs à ses opérations de conversion sexuelle⁶⁴⁴. Les tribunaux ont considéré que la requérante n'était pas parvenue à démontrer le caractère nécessaire de son traitement⁶⁴⁵. En ce qui concerne la mise en balance des intérêts concurrents, la Cour a souligné l'importance particulière que revêtent les questions touchant à l'un des aspects les plus intimes de la vie privée de la personne⁶⁴⁶ et précise que ce n'est pas le droit au remboursement en lui-même qui importe en l'espèce, mais les répercussions des décisions judiciaires litigieuses sur le droit de la requérante au respect de son droit à l'autodétermination sexuelle considéré comme l'un des aspects de son droit au respect de

⁶⁴⁴ C.E.D.H., *Van Kuck c. Allemagne*, 12 juin 2003, n° 35968/97, §12.

⁶⁴⁵ *Ibid.*, §22.

⁶⁴⁶ *Ibid.*, §72.

sa vie privée⁶⁴⁷. La Cour remarque qu'un juste équilibre n'a pas été ménagé entre les intérêts de la compagnie d'assurance privée, d'une part, et les intérêts de la requérante, d'autre part⁶⁴⁸.

Au titre de satisfaction équitable, la requérante a demandé en guise de dédommagement matériel, une somme équivalente au montant total auquel la cour d'appel avait évalué le montant de ses prétentions (14 549 euros). La Cour relève qu'elle ne saurait spéculer sur le résultat auquel la procédure litigieuse aurait abouti en l'absence de manquement aux exigences de la Convention et ne lui octroie donc aucun dédommagement matériel. Statuant en équité, elle octroie cependant 15 000 euros pour dédommagement moral.

Dans les informations fournies par l'État défendeur au Comité des Ministres sur les mesures prises afin de se conformer à l'arrêt de la Cour⁶⁴⁹, l'État défendeur spécifie que la somme au titre de satisfaction équitable a été payée et qu'aux termes des mesures générales, les violations constituaient des incidents isolés découlant de circonstances particulières de l'affaire et que donc, la publication et la diffusion de l'arrêt devraient prévenir de violations semblables. Ce dernier point montre que les autorités nationales, en la présence de mesures générales, se sont comportées conformément à la Convention et à la jurisprudence de la Cour, en opérant un premier exercice de pensée quant à l'opportunité d'adopter des mesures de réparation.

Dans cette affaire, c'est la charge de la preuve qui pesait sur la requérante que la Cour a jugé disproportionnée (le fait qu'elle devait prouver la nécessité du traitement médical) et non le remboursement en lui-même, ce qui se voit dans le raisonnement dans la Cour lorsqu'elle précise que le droit au remboursement n'est pas ce qui importe en l'espèce. D'ailleurs, pour cette raison, la Cour n'accorde pas de dédommagement matériel. La réparation ne requiert donc pas en soi un remboursement des frais, ni par la compagnie d'assurance, ni par l'État défendeur. Tout au mieux, requière-t-elle de rejuger l'affaire en ne mettant pas la charge de la preuve disproportionnée à la requérante. L'issue de cette nouvelle procédure peut varier ou non en conséquence. La marge d'appréciation de l'État est donc large, quoique moins large qu'en amont. Remarquons toutefois que la Cour a su

⁶⁴⁷ *Ibid.*, §78.

⁶⁴⁸ *Ibid.*, §85.

⁶⁴⁹ Annexe à la Résolution CM/ResDH(2011)112 adoptée par le Comité des Ministres le 14 septembre 2011, lors de la 1120^{ème} réunion des Délégués des Ministres, Informations sur les mesures prises afin de se conformer à l'arrêt dans l'affaire Van Kück contre Allemagne

comblent l'absence de dédommagement matériel par un dédommagement moral à la hauteur de la somme réclamée par le requérant pour dédommagement matériel – somme qui aurait dû faire l'objet de remboursement par l'assurance. Le juge européen essaie par là de résoudre tout conflit inutile d'interprétation de l'arrêt pour les besoins du cas d'espèce, mais en faisant un pas en arrière dans la construction d'une méthode jurisprudentielle visant à assurer une exécution plus poussée de ses arrêts par le levier de sa décision sur la satisfaction équitable.

Conclusion du Chapitre 2

156. Au demeurant, soulignons que les indicateurs de l'absence ou de la présence d'un certain degré de consensus européen sur l'appréhension juridique d'un sujet donné ainsi que de l'absence ou la présence de droits et intérêts concurrents, sont déjà énoncés comme des buts légitimes qui peuvent justifier l'ingérence de l'État dans l'exercice, par un justiciable, de ses droits aux termes des deuxièmes paragraphes quasiment communs aux articles 8 à 11 de la Convention. Ils sont résumés par les buts de la « protection de la morale » et la « protection des droits et libertés d'autrui » ou même encore à la « protection de la sécurité nationale et à la sûreté publique » lorsque le droit du requérant est mis en concurrence avec les intérêts de la nation.

Comme nous l'avons énoncé ci-dessus, la marge d'appréciation de l'État varie selon le but légitime invoqué pour justifier la mesure étatique. Dans cette perspective, elle est large dans la mesure où l'État doit apprécier les exigences que commande l'atteinte de la protection de la morale et des droits et intérêts d'autrui. Dans l'appréciation de telles exigences, que cela soit pour la protection de la morale ou pour la protection des intérêts d'autrui, l'État doit partir du postulat que l'intérêt le plus touché ou le plus susceptible de l'être est celui qui doit faire l'objet d'une protection plus poussée de la part de la Cour. Il doit raisonner de la même manière dans le cadre de la réparation.

157. Dans ce cadre, trois types de mesures peuvent être adoptés par l'État : une mesure individuelle pécuniaire, une mesure individuelle en nature et une mesure générale.

En ce qui concerne ce dernier type de mesure, il s'attache plus particulièrement à la marge de manœuvre de l'État et à la souveraineté de celui-ci, la marge d'appréciation en la matière s'apparentant à l'appréciation de l'opportunité même de l'adopter. À cet effet, le choix de l'État en aval de réformer sa législation ou d'en adopter une nouvelle au titre de la mesure générale s'apparente à son choix en amont d'adopter des mesures au titre de son obligation positive de ménager les efforts nécessaires pour assurer la protection des droits garantis par la Convention, en vertu de l'article 1^{er} de celle-ci. Sur ce point, il est vrai, ainsi que l'a affirmé le Pr. Eisenmann, que « la souveraineté a quelque chose à voir avec la 'discrétionnalité' : le pouvoir souverain, c'est la 'discrétionnalité totale' »⁶⁵⁰. Cependant, « la liberté que le droit international laisse à l'État dans le choix des moyens pour l'accomplissement de ses devoirs ne doit pas rendre ces devoirs moins effectifs »⁶⁵¹. Ainsi, la marge de manœuvre en aval qui s'apparente à la marge d'appréciation en amont, quelle que soit sa terminaison, est toujours accompagnée d'un contrôle européen. La marge d'appréciation de l'État en aval est donc différente de la marge de manœuvre de l'État ainsi que de sa souveraineté.

Quant aux deux premiers types de mesures, ils sont entièrement lisibles dans le raisonnement de la Cour. Le premier est défini par la Cour selon son pouvoir discrétionnaire. Le deuxième ressort du raisonnement de la Cour dans sa motivation au titre du contrôle de proportionnalité, et en particulier de l'identification de l'élément qui a fait pencher vers la disproportionnalité.

Plus concrètement et suivant les constats précédents sur l'influence des indicateurs en amont sur les indicateurs en aval, il faut remarquer que la motivation de la Cour dans sa manière d'écarter un indicateur ou au contraire, de l'accueillir, joue dans l'appréciation du choix de la réparation. Cela explique que l'arrêt de la Cour doit avoir un réel caractère pédagogique et par extension, une autorité interprétative de la chose jugée peut en résulter, pour une meilleure assurance des garanties offertes dans la Convention.

Par arrêt « pédagogiquement idéal », nous entendons la décision qui, vouée directement à trancher un litige particulier, se donne cependant comme objectif d'éviter la répétition future de semblable litige et ce, en énonçant et en précisant les règles générales et abstraites qui, à l'avenir, détermineront les droits et obligations des personnes se

⁶⁵⁰ EISENMANN (C.), *Cours de droit administratif*, L.G.D.J., Paris, 1983, p. 672.

⁶⁵¹ ANZILOTTI (D.), « La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers », *R.G.D.I.P.*, 1906, p. 26.

trouvant dans une situation comparable à celle des parties au litige à l'occasion duquel cet arrêt « idéal » intervient⁶⁵².

Cette pédagogie relève d'un véritable impératif inhérent au système conventionnel, dont la logique et la survie supposent nécessairement que le juge se fasse « system-oriented thinking » au lieu de cantonner son rôle à une stricte casuistique⁶⁵³. C'est ainsi que la Cour elle-même a considéré que « la fonction de la décision confiée aux juridictions sert précisément à dissiper les doutes qui pourraient subsister quant à l'interprétation des normes, en tenant compte des évolutions de la pratique quotidienne »⁶⁵⁴.

A cet effet, il n'est pas rare que les autorités étatiques ignorent réellement la manière de se conformer aux arrêts européens⁶⁵⁵. Dans plusieurs instances, les agents du gouvernement défendeur ont sollicité des directives de la part de la Cour sur la manière de satisfaire les exigences conventionnelles⁶⁵⁶. Citons par exemple l'affaire *Sejdovic* dans laquelle le gouvernement italien défendeur a lui-même demandé des indications pour la réparation des conséquences de sa violation de l'article 6 de la Convention, en ces termes :

« Il serait [...] opportun que la Cour précise comment le deuxième procès doit se dérouler : suffit-il d'interroger le prévenu ? Est-il nécessaire de répéter intégralement la procédure de jugement ? Ou des solutions intermédiaires nuancées sont-elles souhaitables ? *La Cour fournirait ainsi l'État défendeur des indications claires et détaillées quant à la façon d'assurer la conformité à la Convention de sa législation ou de sa pratique* »⁶⁵⁷.

Ainsi, la motivation doit identifier l'existence d'une disproportionnalité, la part de disproportionnalité et le degré de disproportionnalité. C'est uniquement la part disproportionnée qui devra faire l'objet de réparation. C'est le degré de disproportionnalité qui déterminera l'ampleur et la portée des mesures de réparation.

⁶⁵² DE MEYER (J.), « Quelques aspects de l'action de la CEDH », *Etudes et documents du conseil d'État*, n° 41, 1989, p. 269.

⁶⁵³ DROOGHENBROECK (S.V.), *La proportionnalité ...*, *op. cit.*, p. 564.

⁶⁵⁴ C.E.D.H., *Cantoni c. France*, 15 novembre 1996, n° 17862/91, §32.

⁶⁵⁵ SDROOGHENBROECK (S.V.), *La proportionnalité ...*, *op. cit.*, p. 609 ; MARGUENAUD (J.-P.), *La Cour européenne des Droits de l'Homme ... op. cit.*, p. 121.

⁶⁵⁶ MACDONALD (R.St.J.), "Derogations under Article 15 of the ECHR", in CHARNEY (J. I.), ANTON (D. K.) et O'DONNEEL (M. E.) (dir.), *Politics, Values and Functions: International Law in the 21st Century*, Essays in Honor of Prof. L. Henkin, Dordrecht, Kluwer, 1997, pp. 241-242.

⁶⁵⁷ C.E.D.H., *Sejdovic c. Italie*, 01 mars 2006, n° 56581/00, §114. Les italiques sont de nous.

Conclusion du Titre 1

158. Au stade actuel de la présente étude, il convient de résumer brièvement les constats de notre analyse de la jurisprudence de la Cour, ceux-ci étant nécessaires à la compréhension de l'analyse qui suit.

À cet égard, faut-il rappeler que l'étendue de la marge d'appréciation étatique est inversement proportionnelle à la teneur du contrôle de proportionnalité opéré par la Cour⁶⁵⁸. Ce contrôle fait apparaître plusieurs indicateurs dont la hiérarchisation casuistique marquera l'étendue de la marge d'appréciation de l'État en amont. Une telle détermination ne peut s'effectuer en dehors de l'échelle que nous avons suivie à plusieurs reprises et qui représente plusieurs niveaux allant d'une marge la moins large à la plus large⁶⁵⁹.

À cet effet, en considérant l'indicateur de la nature du droit en cause, nous avons observé que, lorsqu'il s'agit d'un droit absolu, l'étendue de la marge d'appréciation de l'État s'apparente aux premiers niveaux de l'échelle [faible ou inexistante]. En revanche, lorsqu'il s'agit d'un droit dérogeable, celle-ci s'apparente aux deux derniers niveaux de l'échelle [large ou très large].

Ensuite, pour distinguer entre ces deux derniers niveaux, avons-nous constaté que, lorsque ce droit dérogeable comporte une obligation – négative – de non-ingérence, pour l'État, dans l'exercice, par un justiciable, des droits qu'il possède en vertu de la Convention, sa marge d'appréciation est large au sens du troisième niveau de l'échelle. En revanche, lorsqu'il lui incombe une obligation positive, deux cas d'école peuvent se manifester : soit il est amené à accomplir un résultat précis – obligation de résultat – schéma dans lequel l'étendue de sa marge d'appréciation va du deuxième au troisième niveau de l'échelle, mais est *a priori* large ; soit, il est uniquement appelé à faire des efforts raisonnables pour l'atteinte de tel objectif – obligation de moyen – schéma dans lequel sa marge d'appréciation est très large [quatrième niveau].

Nécessairement, une telle marge demeure contrôlée en aval et ce, en ce qui concerne la Cour, par les directives qui se trouvent dans son arrêt, et découlant du contrôle de proportionnalité qui y est effectué.

⁶⁵⁸ v. le Par. 28 de la présente étude.

⁶⁵⁹ *Idem.*

En particulier, la mesure disproportionnée doit être corrigée par une mesure proportionnée qui peut s'apparenter à la même gamme de choix de mesures de l'État en amont, assurant à celui-ci une large marge d'appréciation en la matière.

159. En tout état de cause, un tel transfert d'ampleur de marge d'appréciation en amont vers l'aval, dépend de la motivation de la Cour. Dès lors, lorsque cette motivation du raisonnement du contrôle de proportionnalité n'est pas suffisante pour déterminer l'étendue de la marge d'appréciation de l'État dans l'exécution des décisions de la Cour, l'État peut néanmoins se référer au résultat de tel contrôle qui est résumé dans l'application faite par la Cour de l'article 41 de la Convention au titre de la satisfaction équitable (**Titre 2**). Cela permettra, en tout état de cause, de mieux cerner la réparation à accorder au titre des deux premiers types de mesure cités.

Titre 2

L'INFLUENCE DE L'APPLICATION DE L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION SUR L'ÉTENDUE DE LA MARGE D'APPRÉCIATION ÉTATIQUE

160. A titre préliminaire, notons que l'emploi du terme « marge d'appréciation » de l'État, à partir de ce stade, se réfère uniquement à sa « marge d'appréciation en aval » qui fait, en tout état de cause, l'objet de notre étude. Cette précision est cruciale dans la mesure où le terme « en amont » fait référence au stade du contrôle de proportionnalité qui n'est plus étudié dans cette partie, consacrée davantage au résultat de ce contrôle.

161. La doctrine de la marge d'appréciation permet de reconnaître qu'il peut y avoir un éventail de solutions différentes, mais légitimes selon le contexte⁶⁶⁰. Il appartient, en ce sens, à l'État de choisir la solution qui lui paraît appropriée pour effacer les conséquences de la violation de la Convention. Cet éventail de choix se marie parfaitement avec la métaphore de l'« éventail » pliable qui peut être, tantôt, large et ouvert ; tantôt, restreint et fermé. *Le jeu de l'article 41 de la Convention constitue ainsi un pivot essentiel de cet éventail*, et ce, par son lien inextricable avec l'article 46 de la Convention.

⁶⁶⁰ Dialogue entre les Juges de la Cour, « Subsidiarité : une médaille à deux faces ? », ... *op. cit.*, p. 5.

Il ressort, en effet, par implication de l'article 41 de la Convention que le devoir de se conformer aux décisions de la Cour, lequel incombe aux États en vertu de l'article 46 de la Convention, « comprend l'obligation d'effacer toutes les conséquences que la violation a entraînées pour les requérants dont la plainte était à l'origine de l'arrêt de la Cour »⁶⁶¹. Le résultat de l'application que fait la Cour de l'article 41 de la Convention conditionnera donc le comportement de l'État dans sa réalisation de la *restitutio in integrum*.

Il faut ainsi comprendre que la marge d'appréciation est distribuée entre l'État, d'une part, et la Cour, d'autre part⁶⁶². Rappelons donc que la marge de la Cour est, ainsi, inversement proportionnelle à celle de l'État. En ce sens, plus la marge d'appréciation de la Cour sera restreinte, plus la marge étatique sera large ; et inversement. Ce rappel est nécessaire pour souligner que dans un schéma classique, la Cour dispose d'une pleine marge d'appréciation dans le champ de la satisfaction équitable alors que les autorités nationales choisiront librement les mesures à adopter pour assurer la restitution intégrale⁶⁶³, conformément à l'article 46 de la Convention.

162. Cependant, ce schéma doit être nuancé.

Tout d'abord, pour ce qui est de la marge étatique dans le cadre de l'article 46 de la Convention, celle-ci n'est pas illimitée. Même si la Cour s'oblige à une certaine retenue qui traduit la marge d'appréciation dont bénéficient les autorités nationales⁶⁶⁴, cela ne saurait la dispenser d'assurer le respect des engagements par les États, de la Convention et de ses Protocoles, au titre du rôle qui lui est confié en vertu de l'article 19 de la Convention⁶⁶⁵. En d'autres termes, tous les actes étatiques qui « dépassent » cette marge deviennent « révisables » par la Cour car, par définition, ils sont en dehors du champ de « l'immunité » étatique⁶⁶⁶ et soumis à l'appréciation de la Cour. La tâche de la Cour

⁶⁶¹ Opinion séparée de M. le Juge MOSLER dans C.E.D.H., *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, satisfaction équitable, 10 mars 1972, n° 2832/66, 2835/66, 2899/66.

⁶⁶² v. C.E.D.H., *Grèce c. Royaume-Uni (vol. II)*, rapport de la Commission du 26 septembre 1958, n° 176/56, §318 : La Cour était d'avis qu'une certaine marge d'appréciation devait être « concédée » au gouvernement. Le terme « concéder » suppose en l'espèce qu'il existe dans le même temps une marge d'appréciation appartenant à la Cour.

⁶⁶³ C.E.D.H., *Scozzari et Giunta c. Italie*, 13 juillet 2000, n° 39221/98, 41963/98, §249.

⁶⁶⁴ Dialogue entre les Juges de la Cour, « Subsidiarité : une médaille à deux faces ? », ... *op. cit.*, p. 5.

⁶⁶⁵ Opinion dissidente de M. le Juge Malinverni à laquelle se rallie Mme la Juge Kalaydjieva dans C.E.D.H., *Lautsi et autres c. Italie*, 18 mars 2011, n° 30814/06.

⁶⁶⁶ CALLEWAERT (J.), « Quel avenir pour la marge d'appréciation ? », *op. cit.*, p. 149.

consistera, dès lors, à s'assurer que la limite de la marge d'appréciation n'a pas été dépassée⁶⁶⁷.

Puis, en ce qui concerne la marge de la Cour dans l'article 41 de la Convention, l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en la matière est subordonné au respect du principe de subsidiarité et dépend, ainsi, de la réalisation de trois conditions énumérées dans la disposition.

163. Selon la disposition, « *si* la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention et *si* le droit interne de la Haute Partie Contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de celle-ci, la Cour accorde à la partie lésée, *s'il y a lieu*, une satisfaction équitable »⁶⁶⁸. Cela implique que la décision d'accorder une satisfaction équitable ne sera ni uniforme⁶⁶⁹, ni systématique, ni automatique. Parallèlement, quand bien même la demande de satisfaction équitable serait recevable, la décision d'octroyer une indemnisation pécuniaire n'est pas systématique, ou plus largement, ne devrait pas l'être⁶⁷⁰. En effet, pour que la Cour exerce son pouvoir discrétionnaire sur la question de la satisfaction équitable, deux conditions de recevabilité doivent préalablement être réalisées, alors qu'une dernière condition – de fond⁶⁷¹ – relative à l'expression « *s'il y a lieu* » permettra de déterminer la pertinence de la satisfaction équitable et *in fine* de qualifier sa nature pécuniaire ou non pécuniaire.

164. À ce titre, l'application de ladite disposition par la Cour a un double impact vis-à-vis de l'étendue de la marge d'appréciation nationale. Le premier impact est visible dès l'examen de la question de la recevabilité de la satisfaction équitable. En particulier, en partant de l'hypothèse selon laquelle la première condition relative à l'existence d'une violation de la Convention, est remplie⁶⁷², nous nous attacherons davantage à la deuxième condition relative aux capacités du droit interne de l'État à réparer les conséquences de la violation de la Convention.

⁶⁶⁷ Opinion dissidente de M. le Juge Malinverni à laquelle se rallie Mme la Juge Kalaydjieva dans C.E.D.H., *Lautsi et autres c. Italie*, 18 mars 2011, n° 30814/06.

⁶⁶⁸ C.E.S.D.H., art. 41.

⁶⁶⁹ TOUZE (S.), « Les limites de l'indemnisation ... », *op. cit.*, p. 128.

⁶⁷⁰ *Idem*.

⁶⁷¹ L'article 41 de la Convention est une règle de fond et de compétence : v. TAVERNIER (P.), « 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 », *R.T.D.H.*, 2007, p. 966 ; v. aussi C.E.D.H., *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, satisfaction équitable, 10 mars 1972, n° 2832/66, 2835/66, 2899/66, §16.

⁶⁷² Même s'il faut savoir que la Cour a déjà usé de sa marge d'appréciation même dans les cas où il n'y avait pas de violation de la Convention : v. Partie 2 sur les limitations de la marge d'appréciation nationale.

Enfin, la dernière condition relative à l'expression « s'il y a lieu » qui permet de déterminer la pertinence d'une satisfaction équitable, qualifiera *in fine* sa nature pécuniaire ou non pécuniaire. En effet, les hypothèses de l'octroi d'une satisfaction équitable se concrétisent à des degrés variables, non limités au seul aspect pécuniaire⁶⁷³.

Respectant le principe de subsidiarité qui gouverne la Convention, la Cour examinera premièrement la condition relative au droit interne de l'État (**Chapitre 1**) avant d'user, à titre subsidiaire, de sa discrétionnalité dans la détermination de la nature de la satisfaction équitable, qu'appelle l'expression « s'il y a lieu » (**Chapitre 2**).

⁶⁷³ TOUZE (S.), « Les limites de l'indemnisation ... » *op. cit.*, p. 128.

Chapitre 1

La condition relative au droit interne de l'État pour l'octroi d'une satisfaction équitable : l'application du principe de subsidiarité

165. Il découle de la formulation de l'article 41 de la Convention qu'avant de pouvoir prendre une décision sur la satisfaction équitable, la Cour doit rechercher si la personne lésée peut obtenir une réparation adéquate par des mesures relevant du droit interne de l'État⁶⁷⁴. Il s'agit d'une application littérale du principe de subsidiarité⁶⁷⁵. La Cour part, en effet, de l'idée que le mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de l'homme⁶⁷⁶. Dans cet ordre d'idées, elle laisse, *en priorité*, à l'État mis en cause, la faculté de donner, par ses propres procédures, une réparation adéquate à la partie lésée⁶⁷⁷.

Tel est le cas, par exemple, lorsque le droit interne de l'État permet la réouverture d'une procédure interne à l'égard d'un requérant condamné à l'issue d'une procédure

⁶⁷⁴ Opinion séparée de M. le Juge VERDROSS dans C.E.D.H., *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, 10 mars 1972, n° 2832/66, 2835/66, 2899/66.

⁶⁷⁵ TOUZE (S.), « Les limites de l'indemnisation ... » *op. cit.*, p. 127.

⁶⁷⁶ C.E.D.H., *Handyside c. Royaume-Uni*, 07 décembre 1976, n° 5493/72, §48 ; C.E.D.H., *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c. Belgique*, 23 juillet 1968, n° 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, §10.

⁶⁷⁷ Opinion séparée de M. le Juge VERDROSS dans C.E.D.H., *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique (satisfaction équitable)*, 10 mars 1972, n° 2832/66, 2835/66, 2899/66.

contraire à l'article 6 de la Convention, tel que constaté par la Cour dans son arrêt⁶⁷⁸. C'est aussi l'occasion, pour la Cour, de laisser place à une possibilité d'un règlement amiable entre les autorités nationales et le requérant⁶⁷⁹.

166. Cette idée de *priorité* accordée à l'État dans la recherche de solutions en interne n'a, cependant, de sens que si elle est secondée par un « subsidie »⁶⁸⁰, une « idée d'intervention »⁶⁸¹. En effet, ainsi qu'il ressort de nos précédentes analyses, la marge d'appréciation étatique va de pair avec un contrôle européen⁶⁸². À ce stade, toutefois, ce contrôle se manifeste dans l'examen par la Cour, de la capacité du droit interne de l'État à réparer les conséquences de la violation de la Convention à l'égard du requérant⁶⁸³, ou encore, dans l'examen du caractère équitable d'un règlement amiable⁶⁸⁴. Ainsi, s'il incombe au premier chef aux autorités nationales, notamment aux tribunaux internes, d'interpréter et d'appliquer le droit interne au regard de la Convention, l'inobservation du droit interne entraîne un manquement à la Convention et la Cour peut et doit vérifier si ce droit a été respecté⁶⁸⁵.

167. Dans tous les cas, la mise en œuvre effective de la Convention relève de la responsabilité partagée entre la Cour et les États Parties, sur la base du principe fondamental de la subsidiarité⁶⁸⁶. En ce sens, la part de responsabilité de la Cour s'attache à la réalisation, par l'État, de la *restitutio in integrum*, qui consiste, pour elle, le mode adéquat de réparation⁶⁸⁷, en s'assurant, à titre principal, que le droit interne de l'État défendeur le permet efficacement ; puis à titre subsidiaire, *qu'une satisfaction équitable, inversement proportionnelle à la part non restituable en nature des conséquences de la*

⁶⁷⁸ v. C.E.D.H., *Calmanovici c. Roumanie*, 1^{er} juillet 20018, n° 42250/02.

⁶⁷⁹ v. C.E.D.H., *Kostovski c. Pays Bas (satisfaction équitable)*, 29 mars 1990, n° 11454/85.

⁶⁸⁰ « Définition et limites du principe de subsidiarité », Communes et régions d'Europe n° 55, Rapport préparé par le Comité Directeur des autorités locales et régionales (CDLR), les éditions du Conseil de l'Europe, 1994, p. 10.

⁶⁸¹ « Définition et limites du principe de subsidiarité », ... *op. cit.*, p. 10.

⁶⁸² Opinion dissidente de M. le Juge Malinverni à laquelle se rallie Mme. La Juge Kalaydjieva dans C.E.D.H., *Lautsi et autres c. Italie*, 18 mars 2011, n° 30814/06.

⁶⁸³ Opinion séparée de M. Le Juge MOSLER dans C.E.D.H., *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, satisfaction équitable, 10 mars 1972, n° 2832/66, 2835/66, 2899/66.

⁶⁸⁴ Règlement de la Cour tel qu'amendé le 14 novembre 2016, art. 75 §4 ; v. aussi C.E.D.H., *Winterwerp c. Pays Bas*, satisfaction équitable, 27 novembre 1981, n° 6301/73, §§ 11-12.

⁶⁸⁵ C.E.D.H., *Assanidzé c. Géorgie*, 08 avril 2004, n° 71503/01, §171 ; v. aussi C.E.D.H., *Giulia Manzoni c. Italie*, 1^{er} juillet 1997, n° 12918/91, §21 ; C.E.D.H., *Benham c. Royaume-Uni*, 10 juin 1996, n° 19380/92, §41 ; C.E.D.H., *Scott c. Espagne*, 18 décembre 1996, n° 21335/93, §57.

⁶⁸⁶ Conférence sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme tenue à Brighton les 19 et 20 avril 2012, Déclaration de Brighton, pt. 5.

⁶⁸⁷ C.E.D.H., *Papamichalopoulos c. Grèce*, satisfaction équitable, 31 octobre 1995, n° 14556/89, §34.

violation, soit accordée au requérant, en compensation du fait que la principale fasse défaut.

168. En définitive, la condition relative au droit interne de l'État constitue une application directe du principe de subsidiarité et, dans cette perspective, joue un rôle considérable dans la largesse de la marge d'appréciation étatique. Son examen aboutit, en effet, à déterminer la place accordée à la *restitutio in integrum* dans l'exécution de la réparation : notamment s'il s'agit d'une priorité ou plutôt d'une alternative face à l'indemnisation pécuniaire.

Sur ce point, il ressort du débat entre les quatre juges Holmback, Ross, Wold et Mosler sous l'affaire *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, que l'article 41 de la Convention demeure imprécis et est d'application « incertaine »⁶⁸⁸. En effet, deux interprétations différentes de la condition relative au droit interne de l'État existent et sont toutes légitimes. La première interprétation consiste dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour en matière de satisfaction équitable *uniquement* lorsque le droit interne de l'État ne permet pas ou ne permet qu'imparfaitement la restitution intégrale ; tandis que la seconde lui permet *également* de se déclarer compétente si la restitution intégrale est impossible en raison de la nature de la lésion.

À juste titre, l'étendue de la marge d'appréciation étatique dépend de la manière dont la Cour interprète cette condition (**Section 1**). Ensuite, l'étendue de cette marge dépendra de la manière dont elle procède à l'examen du droit interne de l'État, privilégiant, désormais, une application de l'article 41 de la Convention dans la procédure au fond au lieu de le faire dans un arrêt ultérieur sur la satisfaction équitable (**Section 2**).

⁶⁸⁸ Opinion séparée de M. le Juge MOSLER dans C.E.D.H., *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, satisfaction équitable, 10 mars 1972, n° 2832/66, 2835/66, 2899/66.

Section 1 : La *restitutio in integrum* entre alternative ou priorité face à l'indemnisation pécuniaire selon l'interprétation de la condition

169. Au demeurant, le terme « droit interne » doit, ici, être interprété largement en ce qu'il comprend les législations internes, les règles de droit international transposées dans le droit interne, les décisions des tribunaux internes, les textes nationaux transposables en mesure effective de réparation, ou encore l'analyse par les tribunaux internes de tels textes et de telles mesures.

170. À titre préliminaire, force est de réitérer qu' « il incombe en premier chef aux autorités nationales, et singulièrement aux tribunaux internes, d'interpréter et d'appliquer le droit interne »⁶⁸⁹. Cette directive est évidemment bien délicate à respecter dans la mesure où inévitablement, la Cour est amenée à apprécier des dispositions de droit interne pour en évaluer la compatibilité avec la Convention⁶⁹⁰. Ce faisant, elle ne peut manquer de les « interpréter »⁶⁹¹.

171. *In concreto*, la Cour est appelée à vérifier si la manière dont le droit interne est interprété et appliqué, produit des effets conformes aux principes de la Convention tels qu'interprétés dans sa jurisprudence⁶⁹². Il ne lui appartient pas de connaître des erreurs de fait ou de droit, prétendument commises par une juridiction « sauf si et dans la mesure où elles pourraient avoir porté atteinte aux droits et libertés sauvegardés par la Convention »⁶⁹³.

Par exemple, lorsqu' une réparation décidée par les juges nationaux n'est pas suffisante⁶⁹⁴, le requérant peut toujours être considéré comme une victime devant la Cour malgré le fait qu'il ait obtenu une réparation interne⁶⁹⁵. En la matière, il est certes vrai que la Cour a souvent été critiquée comme ne respectant pas le principe de subsidiarité. Elle s'est toutefois défendue au nom du principe de *prévention* en vue d'éviter des violations

⁶⁸⁹ C.E.D.H., *Winterwerp c. Pays-Bas*, 27 novembre 1981, n° 6301/73, §46.

⁶⁹⁰ OST (F.), *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1989, p. 250.

⁶⁹¹ *Idem*.

⁶⁹² C.E.D.H., *Coacchiarella c. Italie*, 29 mars 2006, n° 64886/01, §82.

⁶⁹³ *Ibid.*, §81.

⁶⁹⁴ C.E.D.H., *Amuur c. France*, 27 juin 1996, n° 19776/92, §36.

⁶⁹⁵ C.E.D.H., *Coacchiarella c. Italie*, 29 mars 2006, n° 64886/01, §71.

futures sur les mêmes griefs⁶⁹⁶. Elle a également considéré que le principe de subsidiarité ne signifie pas qu'il faille renoncer à tout contrôle sur le résultat obtenu du fait de l'utilisation de la voie de recours interne, sous peine de vider les droits garantis de toute leur substance⁶⁹⁷. Ainsi, dans la mesure où elle a affirmé, à plusieurs reprises que « l'exécution d'un jugement, de quelque juridiction que ce soit, doit être considérée comme faisant partie intégrante du 'procès' au sens de l'article 6 de la Convention »⁶⁹⁸, elle n'y voit aucune raison d'exclure la question de la réparation interne de son examen du caractère suffisant du droit interne.

172. Dès lors, lorsque la Cour procède à une telle interprétation, elle examine à quel *degré* le droit interne permet d'effacer les conséquences de la violation de la Convention. L'obligation de résultat à la charge de l'État, consistant à la réalisation de la *restitutio in integrum*, pourra être minimisée ou renforcée selon la conclusion de la Cour sur ce point. En effet, comme le souligne le Juge Verdross sous l'affaire *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*⁶⁹⁹, « de l'interprétation donnée par la Cour à [l'article 41 de la Convention], dépendent les mesures législatives que les États doivent prendre (...) »⁷⁰⁰.

En particulier, la première interprétation couvre l'idée selon laquelle la Cour est compétente pour se prononcer sur la satisfaction équitable lorsque le droit interne de l'État est incapable de réaliser la restitution intégrale (**Paragraphe 1**). En revanche, la seconde interprétation va au-delà de la première dans la mesure où elle permet à la Cour de se déclarer compétente en matière de satisfaction équitable lorsque la nature de la lésion rend impossible la restitution intégrale – indépendamment du droit interne de l'État (**Paragraphe 2**).

⁶⁹⁶ *Ibid.*, §74.

⁶⁹⁷ C.E.D.H., *Coacchiarella c. Italie*, 29 mars 2006, n° 64886/01, §83.

⁶⁹⁸ v. C.E.D.H., *Hornsby c. Grèce*, 19 mars 1997, n° 18357/91, §§ 40 et s. ; v. aussi C.E.D.H., *Metaxas c. Grèce*, 27 mai 2004, n° 8415/02, §25.

⁶⁹⁹ C.E.D.H., *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique (satisfaction équitable)*, 10 mars 1972, n° 2832/66, 2835/66, 2899/66.

⁷⁰⁰ Opinion séparée de M. le Juge VERDROSS dans C.E.D.H., *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique (satisfaction équitable)*, 10 mars 1972, n° 2832/66, 2835/66, 2899/66.

Paragraphe 1 : L'IMPOSSIBILITÉ DE *RESTITUTIO IN INTEGRUM* EN RAISON DE L'INSUFFISANCE DU DROIT INTERNE

173. En se fondant sur les travaux préparatoires de la Convention, une partie de la doctrine considère que l'article 41 de la Convention *s'inspirerait*⁷⁰¹ de clauses insérées dans une série de traités d'arbitrage pour régir la situation dans laquelle un État, disposé pourtant à s'acquitter de ses obligations internationales, se trouve, pour des raisons d'ordre constitutionnel, empêché de le faire sans amender sa constitution⁷⁰², transformant dès lors cette obligation en une obligation de payer à la partie lésée « une satisfaction équitable d'une autre sorte »⁷⁰³. À l'évidence, la part de la conséquence de la violation non restituable en l'état doit être convertie en une somme à allouer par l'État en guise d'indemnisation ; ou peut, si cette première solution *n'est pas nécessaire*⁷⁰⁴, revêtir la forme d'un constat de violation.

174. Il ressort de cette première interprétation que la Cour doit tout d'abord « tenir compte des remèdes prévus par le droit national »⁷⁰⁵. Elle doit, ainsi, rechercher si le droit interne *permet, ne permet pas ou ne permet qu'imparfaitement* d'effacer les conséquences de la violation. L'interprétation de la disposition selon laquelle « la Cour est compétente lorsque le droit interne de l'État ne permet pas la restitution intégrale » remet l'accent sur les capacités du droit interne de l'État. La Cour commence donc systématiquement son analyse en ce sens. Ce faisant, elle prend le risque de s'éloigner de l'objectif de restitution intégrale, notamment le risque que l'État se cache derrière l'excuse de l'insuffisance de son droit interne pour une solution de facilité consistant à la compensation pécuniaire en vue d'éviter d'adopter, en la matière, d'autres mesures individuelles et/ou générales plus complexes. Or, il est un principe, en droit international, que l'État ne peut se prévaloir de son droit interne pour échapper à l'obligation de cessation de l'illicite et de réparation⁷⁰⁶.

⁷⁰¹ Les italiques sont de nous. Cette affirmation est en effet remise en question par une autre partie de la doctrine, notamment par M. le Juge MOSLER dans C.E.D.H., *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique (satisfaction équitable)*, 10 mars 1972, n° 2832/66, 2835/66, 2899/66.

⁷⁰² Opinion séparée de MM. les Juges Holmback, Ross et Wold dans C.E.D.H., *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique (satisfaction équitable)*, 10 mars 1972, n° 2832/66, 2835/66, 2899/66.

⁷⁰³ *Idem.*

⁷⁰⁴ C.E.S.D.H., art. 41. Texte anglais : "if necessary".

⁷⁰⁵ Opinion séparée de M. le Juge MOSLER dans C.E.D.H., *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique (satisfaction équitable)*, 10 mars 1972, n° 2832/66, 2835/66, 2899/66, pt. 6.

⁷⁰⁶ Projet d'articles de la C.D.I. de 2001, *op. cit.*, art. 32.

175. Dans cette perspective, l'examen du droit interne de l'État ne doit pas être un frein pour la réalisation de la *restitutio in integrum* mais plutôt un outil pour l'amélioration des capacités internes. Il résulte en effet de la Convention et notamment de son article 1, que les États s'engagent à faire en sorte que leur droit interne soit compatible avec celle-ci et doivent éliminer, dans leur ordre interne, tout obstacle éventuel à un redressement adéquat de la situation du requérant⁷⁰⁷.

À ce titre, la Cour s'est animée de préoccupations répressives à l'égard des États peu soucieux d'envisager une *restitutio in integrum*, alors même que celle-ci est praticable⁷⁰⁸. C'est, par exemple, le cas lorsque le droit interne de l'État ne permet pas la réouverture d'une procédure devant les juridictions nationales malgré le constat de violation opéré par la Cour concernant l'article 6 de la Convention.

Dans cette continuité, plusieurs questionnements sur l'efficacité de la Convention sont apparus en lien avec cette « excuse » de l'insuffisance du droit interne en vue de balayer la *restitutio in integrum* par le revers de la compensation pécuniaire. Une part considérable de la doctrine estime, à cet effet, qu'une affaire contentieuse ne peut pas se réduire à une déclaration de violation doublée de l'octroi d'une satisfaction équitable, décidée par la Cour⁷⁰⁹, considérant que le système européen de garantie des droits de l'homme prend tout son sens dans l'exécution nationale des arrêts⁷¹⁰, signifiant plus précisément par là, la réparation en nature.

176. Cette première interprétation de l'article 41 de la Convention aboutit à une largesse de la marge d'appréciation étatique. Plus précisément, le fait de placer la réalisation d'une réparation « maximale » comme une alternative face à une simple réparation monétaire élargit le montant de cette réparation. Ainsi, sachant que la satisfaction équitable est censée couvrir le manque non restituable, plus elle sera grande, moins il y aura d'actions attendues de la part de l'État défendeur pour redresser le *statu quo ante* à l'égard du requérant.

⁷⁰⁷ C.E.D.H., *Assanidze c. Géorgie*, 08 avril 2004, n° 71503/01, §198 ; C.E.D.H., *Maestri c. Italie*, 17 février 2004, n° 39748/98, §47.

⁷⁰⁸ v. C.E.D.H., *Iatridis c. Grèce (satisfaction équitable)*, 19 octobre 2000, n° 31107/96 et 31107/96.

⁷⁰⁹ SERMET (L.), « L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », ... *op. cit.*, 2003, vol. 1, p. 324.

⁷¹⁰ *Idem.*

Dans cette hypothèse, certes, l'État devra payer la satisfaction équitable décidée par la Cour – car il n'a aucune marge d'appréciation en la matière. Cependant, moins l'accent sera mis sur l'obligation d'adopter des mesures autres que le versement de la satisfaction, plus l'État aura de liberté dans l'appréciation première de la nécessité d'adopter une autre mesure individuelle et/ou générale et dans la seconde consistant à en choisir une, le cas échéant.

177. Le fait de placer la restitution intégrale comme étant une alternative n'est, pourtant, pas conforme à la jurisprudence de la Cour qui dit qu'elle accordera une compensation pécuniaire *uniquement* « s'il n'existe pas en droit interne un recours propre à déboucher sur un résultat aussi proche que possible d'une *restitutio in integrum* »⁷¹¹, c'est-à-dire une situation telle qu'elle existerait si le fait illicite n'avait pas été commis⁷¹². Il en ressort que la restitution intégrale doit primer sur les autres solutions. D'ailleurs, comme le fait remarquer M. De salvia, dans les premières affaires de la Cour ou de la commission, il fallait considérer la satisfaction équitable comme faisant partie d'une réparation basée, d'abord, sur une possible *restitutio in integrum*⁷¹³.

Ainsi, en vue de replacer la réalisation de la restitution intégrale comme principe, la Cour doit tout d'abord déterminer toutes les conséquences de la violation – primaires et secondaires – avant d'examiner le droit interne de l'État car les mesures à prendre en vue d'effacer pareilles conséquences *autant que possible* dépendent de leur identification⁷¹⁴. Malgré la large marge d'appréciation de l'État initiée par la place variable de l'objectif de la réalisation de la *restitutio in integrum* en comparaison à la satisfaction équitable de nature pécuniaire, une telle identification des conséquences de la violation de la Convention, mettre en exergue les mesures à prendre par l'État dans le cadre de l'exécution de l'arrêt.

⁷¹¹ C.E.D.H., *Unal Akpınar, Insaat, Sanayi Turizim, Madelencilik Ve Ticaret S.A. c. Turquie*, 26 mai 2009, n° 41246/98, §55.

⁷¹² v. C.E.D.H., *Guiso-Gallisay c. Italie*, 22 décembre 2009, n° 58858/00, §51 dans laquelle la Cour cite C.P.J.I., *Affaire relative à l'usine de Chorzow (demande en indemnité), fond, série A, n° 17*.

⁷¹³ DE SALVIA (M.), « Le principe de l'octroi subsidiaire des dommages-intérêts : d'une morale des droits de l'homme à une morale simplement indemnitaire ? » in FLAUSS (J.-L.), LAMBERT ABDELGAWAD (E.), *La pratique d'indemnisation par la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 11.

⁷¹⁴ Opinion séparée de M. le Juge MOSLER dans C.E.D.H., *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique (satisfaction équitable)*, 10 mars 1972, n° 2832/66, 2835/66, 2899/66, pt. 4.

Paragraphe 2 : L'IMPOSSIBILITÉ DE *RESTITUTIO IN INTEGRUM* EN RAISON DE LA NATURE DE LA LÉSION : EXTENSION DU PRINCIPE DE SUBSIDIARITÉ ?

178. La seconde interprétation de la condition relative au droit interne de l'État tend à remettre l'accent sur la *restitutio in integrum* en repoussant les limites du principe de subsidiarité. À ce titre, dans l'affaire précitée du Vagabondage⁷¹⁵, la Cour avait énoncé que l'article 50 [actuel article 41 de la Convention] couvre aussi l'hypothèse où l'impossibilité de *restitutio in integrum* résulte de la nature même de la lésion⁷¹⁶. Il s'agit des cas où ni la Cour, ni le droit interne de l'État mis en cause, ne peut remettre les choses en l'état⁷¹⁷ dans la mesure où elles sont irrestituables en nature et où la Cour peut, néanmoins, se déclarer compétente en matière de satisfaction équitable. Par exemple, il est effectivement impossible de rendre le temps qu'un requérant a « perdu » lors d'une procédure administrative ou pénale d'une durée excessive⁷¹⁸ tout comme il est impossible de lui rendre son temps passé en détention alors que cette privation de liberté était illégale.

179. De manière plus large, il faut partir du postulat qu'une violation de la Convention peut entraîner d'autres conséquences que leur nature ne permet d'effacer⁷¹⁹. Dans la continuité de l'exemple précédent, une privation illégale de liberté peut avoir pour conséquences, une perte de crédibilité du requérant dans sa vie privée et professionnelle, une perte d'emploi ou, plus largement, une perte de chance sous diverses formes⁷²⁰.

Ces conséquences secondaires doivent donc être effacées au titre de la *restitutio in integrum*, l'idée étant que la Cour demeure compétente concernant la question de la satisfaction équitable tant que cette restitution est impossible. Cependant, dans la mesure

⁷¹⁵ C.E.D.H., *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique (satisfaction équitable)*, 10 mars 1972, n° 2832/66, 2835/66.

⁷¹⁶ *Ibid.*, §20.

⁷¹⁷ Opinion séparée de M. le Juge MOSLER dans C.E.D.H., *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique (satisfaction équitable)*, 10 mars 1972, n° 2832/66, 2835/66, 2899/66, pt. 5-b.

⁷¹⁸ C.E.D.H., *Matznetter c. Autriche*, 10 novembre 1969, n° 2178/64.

⁷¹⁹ Opinion séparée de M. le Juge MOSLER dans C.E.D.H., *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique (satisfaction équitable)*, 10 mars 1972, n° 2832/66, 2835/66.

⁷²⁰ v. C.E.D.H., *Ringeisen c. Autriche (satisfaction équitable)*, 22 juin 1976, n° 2614/65, §12 : le requérant a énoncé des conséquences secondaires telles que l'entrave apportée à la gestion de ses affaires et la perte de biens et loyers en Autriche.

où les conséquences d'une violation ne peuvent jamais être effacées en entier⁷²¹, les juges Holmback, Ross et Wold sous l'affaire du Vagabondage considèrent que cela « pré suppose que l'État a l'obligation absolue de rendre *ex tunc* aux requérants la liberté dont on les a privés »⁷²², celui-ci étant dès lors « tenu à l'impossible »⁷²³. Dans une conception plus large, cela revient à admettre l'exercice par la Cour de son pouvoir discrétionnaire relatif à la satisfaction équitable dans tous les cas où une *restitutio in integrum* est impossible, et ce, indépendamment de l'état du droit interne⁷²⁴.

180. Le fait que l'examen du droit interne de l'État mis en cause ne change pas la donne dans la détermination du pouvoir de la Cour en matière de satisfaction équitable, demeure problématique vis-à-vis du principe de subsidiarité. En effet, l'idée de base de la subsidiarité selon laquelle « le pouvoir politique ne doit intervenir que pour autant que la société et, en son sein, ses différentes cellules [...] ne sont pas parvenus à satisfaire les différents besoins »⁷²⁵, se retrouve inapplicable si les solutions proposées par ladite « société » sont ignorées d'emblée.

En réalité, l'étape de l'examen du droit interne de l'État n'est pas ignorée en tant que telle. En tout état de cause, l'État doit, en effet, être en mesure de livrer des informations sur les possibilités de réparations offertes par son droit interne⁷²⁶ ; et « dans n'importe quel cas »⁷²⁷, la Cour doit rechercher si le droit interne permet, ne permet pas ou ne permet qu'imparfaitement d'effacer les conséquences de la violation de la Convention⁷²⁸. Cependant, il est clair que dans de tels cas, cet examen aboutit à admettre que ni l'État, ni la Cour, ne peut remettre les choses en l'état. Cela permet de revenir à la formulation même de l'article 41 de la Convention selon laquelle « si le droit interne de l'État ne permet pas » la *restitutio in integrum*, alors la Cour sera compétente en matière de satisfaction équitable, peu important si elle-même ne peut pas non plus effacer les conséquences secondaires de la violation de la Convention du fait de la nature de cette lésion.

⁷²¹ Opinion séparée de MM. les Juges Holmback, Ross et Wold dans C.E.D.H., *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique (satisfaction équitable)*, 10 mars 1972, n° 2832/66, 2835/66.

⁷²² *Idem.*

⁷²³ *Idem.*

⁷²⁴ SHARPE (J.-L.), « Ancien article 50 » in DECAUX (E.), IMBERT (P.-H.), PETTITI (L.-E.) (dir.), *La convention européenne des droits de l'homme, ... op. cit.*, p. 810.

⁷²⁵ « Définition et limites du principe de subsidiarité », ... *op. cit.*, p. 9.

⁷²⁶ C.E.D.H., *Kostovski c. Pays-Bas*, 20 novembre 1989, n° 11454/85, §48.

⁷²⁷ Opinion séparée de M. le Juge MOSLER dans C.E.D.H., *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique (satisfaction équitable)*, 10 mars 1972, n° 2832/66, 2835/66, pt. 2.

⁷²⁸ *Ibid.*, pt. 6.

En d'autres termes, la subsidiarité consiste à dire que si les autorités nationales ne parviennent pas à réparer les conséquences de la violation, la Cour se prononcera sur la satisfaction équitable. L'extension opérée dans le cas présent consiste, en revanche, à dire que, si ni la Cour, ni les autorités nationales, ne peuvent anéantir les conséquences de la violation, alors la Cour est compétente pour se prononcer sur la satisfaction équitable.

181. Telle conception extensive est-elle toujours compatible avec le principe de subsidiarité ?

Pour répondre à cette question, il faut, d'emblée, revenir sur l'effet utile de la mention du « droit interne de l'État » dans l'article 41 de la Convention. À ce titre, il faut comprendre non seulement que la disposition entend par-là, qu'une première réparation au niveau national est souhaitée ; mais également que la Cour, par son appréciation de ce droit, peut encourager l'État à améliorer son droit interne⁷²⁹.

Ainsi, dans le cas où la nature de la lésion ne permet pas la réalisation de la *restitutio in integrum*, l'examen du droit interne de l'État demeure essentiel. C'est le cas, en particulier, des voies internes en vue d'obtenir un dédommagement matériel qui, si elles sont ignorées, reviendrait à décourager l'État d'introduire dans son droit national, des dispositions destinées à garantir une satisfaction⁷³⁰. D'ailleurs, la Cour tend à accorder une prime aux États qui ont instauré une procédure interne en vue d'indemniser les justiciables⁷³¹ et souligne à cet égard que :

« Outre le fait que l'existence d'une voie de recours sur le plan interne s'accorde pleinement avec le principe de subsidiarité propre à la Convention, cette voie est plus proche et accessible que le recours devant la Cour, est plus rapide, et se déroule dans la langue de la partie requérante; elle présente donc des avantages qu'il convient de prendre en considération »⁷³².

182. En définitive, l'impossibilité de *restitutio in integrum* en raison de la nature de la lésion ne permet pas systématiquement à la Cour de déclarer qu'il y a lieu d'accorder une satisfaction équitable, particulièrement si le droit interne de l'État permet à la fois une

⁷²⁹ *Idem.*

⁷³⁰ *Idem.*

⁷³¹ TAVERNIER (P.), « La contribution de la jurisprudence ... », *op. cit.*, p. 964.

⁷³² C.E.D.H., *Cocchiarella c. Italie*, 29 mars 2006, n° 64886/01, § 139 ; C.E.D.H., *Scordino c. Italie (n° 1)*, 29 mars 2006, n° 36813/97, § 268.

première réparation individuelle en nature et la compensation des défaillances de celle-ci par une satisfaction pécuniaire. Pareille interprétation ne fait que suivre l'esprit des concepteurs de l'article 41 de la Convention qui souhaitaient atteindre, par sa formulation, un « double résultat » : une réparation en nature, en replaçant dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si la violation n'avait pas eu lieu *et* une éventuelle satisfaction équitable, revêtant la forme d'une indemnisation pécuniaire si pareille réparation en nature ne pouvait pas être réalisée⁷³³.

Par ailleurs, le Juge Mosler sous l'affaire du vagabondage, considère que c'est bien l'interprétation adéquate de l'article 41 de la Convention dans la mesure où celle-ci doit être nécessairement plus large que celle donnée aux traités d'arbitrage parce qu'il s'agit d'une convention qui a *d'abord* pour objet et but de protéger les individus⁷³⁴. En conséquence, la manière dont la Cour interprète ladite condition de recevabilité de la demande de satisfaction équitable déterminera le *poids* de la *restitutio in integrum* face à l'indemnisation monétaire. À juste titre, cela influencera une redistribution des marges sur la *balance* État-Juridiction⁷³⁵.

183. Enfin, une autre application de l'article 41 de la Convention par la Cour peut élargir la marge d'appréciation étatique. Il s'agit de la manière dont la Cour examine le droit interne de l'État. Sur ce point, le juge européen avait pour pratique d'examiner la question de la satisfaction équitable dans un arrêt ultérieur séparé du fond, mais a, peu à peu, préféré combiner les deux questions dans un seul et même arrêt (**Section 2**).

Section 2 : La place de la *restitutio in integrum* en fonction du choix d'une procédure en deux temps ou de l'examen de la satisfaction équitable dans la procédure au principal

184. Dans la mesure où il incombe *au premier chef*⁷³⁶ aux autorités nationales, notamment aux tribunaux, d'interpréter et d'appliquer le droit interne⁷³⁷ et de redresser la

⁷³³ DE SALVIA (M.), « Le principe de l'octroi subsidiaire ... », *op. cit.*, pp. 10-11.

⁷³⁴ C.E.D.H., *Wemhoff c. Allemagne*, 27 juin 1968, n° 2122/64, §23.

⁷³⁵ v. le Par. 8 de la présente étude.

⁷³⁶ v. Déclaration de Brighton, *op. cit.*, pt. 6, repris dans le Protocole n° 15 à la C.E.S.D.H.

situation incriminée⁷³⁸, la Cour donnait tout d'abord à l'État, l'occasion de plaider sur le fait que son droit interne permettait ou non d'effacer les conséquences de sa violation de la Convention⁷³⁹. La pratique antérieure de la Cour constituait, dès lors, en général, à réserver la question de la demande de la satisfaction équitable dans un arrêt ultérieur⁷⁴⁰ (**Paragraphe 1**). Une telle pratique, bien que respectueuse de la subsidiarité, a souvent été critiquée tant elle avait pour conséquence de prolonger la procédure devant elle, déjà jugée trop longue⁷⁴¹. Pour cette raison, la Cour s'est de plus en plus attelée à examiner la satisfaction équitable dès la procédure au fond⁷⁴² (**Paragraphe 2**), non sans conséquence.

Paragraphe 1 : RÉSERVATION DE LA QUESTION DE LA SATISFACTION ÉQUITABLE DANS UN NOUVEL ARRÊT : UNE MÉTHODE FRUCTUEUSE POUR UNE MEILLEURE EXÉCUTION DE L'ARRÊT

185. L'application réservée de l'article 41 de la Convention dans un arrêt ultérieur à celui au principal suit le raisonnement de la priorisation de la réalisation de la restitution intégrale par l'État, combinée avec une application plus concrète du principe de subsidiarité. En effet, en appliquant cette méthode en deux temps, la Cour ne procède pas à un examen *abstrait* des éventuelles (in)capacités du droit interne de l'État à effacer les conséquences de la violation de la Convention.

186. La méthode a pour avantage de permettre à la Cour de disposer d'informations plus précises sur la possibilité d'obtenir réparation en droit interne⁷⁴³, ou encore de rejeter une demande « en l'état »⁷⁴⁴ si les circonstances l'appelaient. Plus significatif est le fait que le juge européen a ici l'opportunité de constater l'absence ou l'existence d'une mesure de réparation choisie par les autorités étatiques et, dans l'affirmative, d'en apprécier la suffisance. En fonction de ce constat, il pourra se prononcer sur les mesures qui n'ont pas

⁷³⁷ C.E.D.H., *Winterwerp c. Pays-Bas*, 27 novembre 1981, n° 6301/73, §46.

⁷³⁸ SHARPE (J.-L.), « Ancien article 50 ... », *op. cit.*, p. 810.

⁷³⁹ v. Opinion séparée des juges Holmback, Ross et Wold dans C.E.D.H., *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique (satisfaction équitable)*, 10 mars 1972, n° 2832/66, 2835/66, 2899/66.

⁷⁴⁰ SHARPE, (J.-L.), *Ancien article 50, op. cit.*, p. 824.

⁷⁴¹ *Ibid.*, p. 825.

⁷⁴² *Ibid.*, p. 824.

⁷⁴³ v. C.E.D.H., *Kostovski c. Pays Bas (satisfaction équitable)*, 29 mars 1990, n° 11454/85, §48.

⁷⁴⁴ C.E.D.H., *Zanghi c. Italie*, arrêt au fond du 19 février 1991, n° 11491/85, §25.

encore été adoptées par l'État défendeur⁷⁴⁵. La méthode permet donc à l'État d'adopter les mesures jugées appropriées par la Cour. À cet égard, l'arrêt de la Cour peut mentionner expressément que la réparation déjà octroyée par les tribunaux internes n'a pas effacé intégralement les conséquences de la violation constatée⁷⁴⁶ ou que le recours interne cité par le gouvernement se rapportait à une situation autre que celle ayant donné lieu à la violation.

Cela permet ainsi à l'État d'envisager l'adoption d'autres mesures de réparation tout en permettant à la Cour de se déclarer compétente pour « convertir » la part d'impossibilité de remise en l'état, par une compensation pécuniaire. Par exemple, la Cour a accordé une satisfaction équitable au requérant dans l'affaire *Schuler-Zgraggen c. Suisse*, malgré la rente d'incapacité octroyée à celui-ci par les autorités nationales – et donc l'existence d'une réparation sur le plan interne, en raison de l'écoulement du temps⁷⁴⁷ entre le prononcé de l'arrêt et la mesure de réparation.

187. La Cour peut également choisir de ne réserver la question de la satisfaction équitable qu'en partie⁷⁴⁸. Dans ce cas, elle peut se prononcer sur la réparation des griefs pour lesquels elle dispose de renseignements suffisants concernant les capacités du droit interne et se prononcer dans un arrêt ultérieur sur les griefs qui demandent des renseignements supplémentaires ou un délai d'examen supplémentaire. Il peut, dès lors, y avoir une première réparation au niveau interne, mais cela ne s'oppose pas à l'octroi d'une indemnité, même si elle peut jouer un rôle lorsqu'il s'agit de chiffrer celle-ci⁷⁴⁹. La Cour reste, en effet, compétente pour veiller à ce que cette satisfaction puisse être obtenue dans un délai raisonnable et à ce que le résultat soit équitable⁷⁵⁰. La Cour n'est d'ailleurs pas obligée d'attendre la fin des procédures nationales⁷⁵¹. A titre d'exemple, dans l'affaire *Ringeisen* dans laquelle la Cour a conclu à la violation de l'article 5 §3 de la Convention par l'Autriche en raison de la durée excessive de la détention provisoire du requérant, la détermination de la satisfaction équitable a été examinée dans un arrêt séparé du fond⁷⁵².

⁷⁴⁵ C.E.D.H., *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Fédération de Russie*, 31 juillet 2014, n° 14902/04.

⁷⁴⁶ C.E.D.H., *Brigandi c. Italie*, 19 février 1991, n° 11460/85, §35.

⁷⁴⁷ C.E.D.H., *Schuler-Zgraggen c. Suisse (satisfaction équitable)*, 31 janvier 1995, n° 14518/89.

⁷⁴⁸ Règlement de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, adopté à Strasbourg le 18 septembre 1959, art. 75 §1.

⁷⁴⁹ SHARPE (J.-L.), « Ancien article 50 ... », *op. cit.*, p. 810.

⁷⁵⁰ Opinion séparée de M. le Juge MOSLER dans C.E.D.H., *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique (satisfaction équitable)*, 10 mars 1972, n° 2832/66, 2835/66, pt. 7.

⁷⁵¹ *Idem.*

⁷⁵² C.E.D.H., *Ringeisen c. Autriche*, satisfaction équitable, 22 juin 1976, n° 2614/65.

Le laps de temps entre les deux arrêts a permis à l'État d'user de sa liberté de choix des moyens pour réparer les conséquences de la violation. À cet égard, les autorités autrichiennes, par la décision du *tribunal de Linz*, ont entendu réparer la violation par la déduction de la peine de prison du requérant par son temps passé en détention provisoire. Si cette solution répare une partie des conséquences de la violation de la Convention, elle ne répare cependant pas l'intégralité des conséquences secondaires de celle-ci, notamment ce « temps perdu » ou cette « liberté enlevée » qui sont irrestituables en l'état. Dès lors, suivant la seconde interprétation étudiée précédemment, malgré la solution interne, la Cour, usant de sa discrétion, a entendu compenser cette impossibilité de restitution intégrale par une satisfaction équitable de nature pécuniaire qui sera destiné, en l'espèce, à réparer le tort moral résultant du fait irrestituable.

Cet exemple montre particulièrement l'attachement de la Cour à voir se réaliser la *restitutio in integrum*, sa priorité étant insufflée par la procédure en deux temps. Dans ce schéma, la Cour détermine les conséquences de la violation avant d'apprécier la qualité de la mesure prise pour y remédier⁷⁵³.

188. Il s'agit du schéma idéal pour trois raisons distinctes. Premièrement, la marge d'appréciation étatique demeure intacte parce que le délai laissé à l'État lui permet de réparer librement la violation. Deuxièmement, le contrôle européen – qui représente la marge d'appréciation concédée à la Cour – entend protéger les intérêts de la victime de la violation. Enfin, troisièmement, le constat d'insuffisance de la solution interne opérée par la Cour permet à l'État d'améliorer son droit interne en matière de dédommagement matériel pour des cas similaires, à l'avenir. En définitive, tel schéma intègre l'adoption de mesures individuelles et générales tout en respectant la marge d'appréciation étatique, le respect du principe de subsidiarité et le contrôle européen en vue du redressement du *statu quo ante* à l'égard du requérant.

Mais la Cour a fait trop peu usage de cette prestigieuse technique⁷⁵⁴, privilégiant de plus en plus la méthode communément admise de l'examen de la question de la satisfaction équitable au stade de l'arrêt au fond (**Paragraphe 2**).

⁷⁵³ Opinion séparée de M. le Juge MOSLER dans C.E.D.H., *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique* (satisfaction équitable), 10 mars 1972, n° 2832/66, 2835/66, pt. 4

⁷⁵⁴ LAMBERT ABDELGAWAD (E.), *L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Dossiers sur les droits de l'homme n° 19, 2^{ème} éd., édition du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2008, p. 47.

Paragraphe 2 : L'EXAMEN DE LA DEMANDE DE SATISFACTION ÉQUITABLE DANS L'ARRÊT AU PRINCIPAL : LA *RESTITUTIO IN INTEGRUM* COMME ALTERNATIVE

189. Désormais, la pratique courante de la Cour consiste à recourir à la procédure en deux temps uniquement lorsque l'affaire est très complexe ou lorsque les demandes de satisfactions risquent d'être élevées⁷⁵⁵ ou encore lorsqu'elle ne dispose pas de renseignement sur les capacités du droit interne à effacer les violations, et à quel degré⁷⁵⁶. Le principe est donc devenu l'exception, et inversement : l'examen combiné du fond et de la demande de satisfaction équitable comme principe ; la procédure en deux temps comme exception.

Dans le schéma de l'application de l'article 41 de la Convention combinée avec l'arrêt au fond de constat de violation, la Cour prend le risque de privilégier une approche réductrice en matière de satisfaction équitable, consistant à s'interdire de considérer en amont, la possibilité d'une *restitutio in integrum*⁷⁵⁷. En effet, il est vrai que le délai écoulé entre l'arrêt rendu au fond et celui à venir sur la satisfaction équitable permettait aux autorités nationales d'amorcer – ou d'en envisager l'éventualité – une première mesure devant les juridictions internes ; puis, à la Cour de sanctionner le caractère potentiellement insatisfaisant de telles mesures d'exécution par le prononcé de la satisfaction équitable⁷⁵⁸ ou de constater la réalisation de la *restitutio in integrum* par l'État⁷⁵⁹.

Or, à défaut d'une procédure en deux temps, la Cour procède, dans la procédure au fond, à une spéculation sur l'issue des procédures internes éventuelles et de la réparation que peut apporter le droit interne, en général. Ce faisant, la Cour intervertit, en réalité, les termes de l'article 41 de la Convention en quantifiant le dommage pour déterminer le montant de la satisfaction équitable avant même d'apprécier s'il convient d'en accorder

⁷⁵⁵ C.E.D.H., *Lithgow et autres c. Royaume-Uni*, 08 juillet 1986, n° 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81, 9405/81 ; v. aussi SHARPE (J.-L.), « Ancien article 50 ... », *op. cit.*, p. 825.

⁷⁵⁶ C.E.D.H., *Kostovski c. Pays Bas (satisfaction équitable)*, 29 mars 1990, n° 11454/85.

⁷⁵⁷ DE SALVIA (M.), « Le principe de l'octroi subsidiaire ... », *op. cit.*, p. 13.

⁷⁵⁸ LAMBERT ABDELGAWAD (E.), *L'exécution des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, ... *op. cit.*, p. 47.

⁷⁵⁹ C.E.D.H., *Pressos Compania Naviera SA et autres c. Belgique (satisfaction équitable)*, 03 juillet 1997, n° 17849/91, §11.

une⁷⁶⁰. En d'autres termes, elle examine le fond avant la recevabilité de la demande de satisfaction équitable.

190. En conséquence, faisant fi de la lettre et de l'esprit de l'article 41 de la Convention, telle pratique donne lieu à l'octroi d'une satisfaction équitable de manière quasiment systématique⁷⁶¹ au requérant ; et donne une place subsidiaire à la *restitutio in integrum*⁷⁶², schéma dans lequel, rappelons-nous, la marge d'appréciation de l'État dans l'exécution de la décision de la Cour est large⁷⁶³. Une part de la doctrine considère également cette pratique comme incitant la « mercantilisation excessive du contentieux de la réparation devant la Cour »⁷⁶⁴.

Dans la mesure où la satisfaction équitable doit être inversement proportionnelle à la part non restituable en l'état des conséquences de la violation de la Convention, son application systématique tend à dégager l'État de sa responsabilité de faire son maximum en termes d'adoption de mesures pour remettre les choses en l'état. En effet, comment apprécier la part non restituable des conséquences de la violation de la Convention alors même que la mesure choisie pour effacer telles conséquences, est inconnue ? Dès lors, la marge d'appréciation étatique se trouve élargie à son extrême. Il appartiendra, dans ce contexte, à l'État mis en cause d'apprécier, en toute liberté, la nécessité d'adopter d'autres mesures individuelles. La largesse de cette liberté lui permet, dans un raisonnement plus poussé, de considérer que le montant de la satisfaction équitable couvre *parfaitement* le défaut de *restitutio in integrum*.

Telle spéculation de la part de l'État lui est admise lorsqu'il est de bonne foi⁷⁶⁵, un aspect subjectif de la réparation qui échappe, cependant, à l'appréciation postérieure de la Cour. Si après le *calcul* opéré par l'État, ce dernier considère que la satisfaction équitable ne couvre pas, en totalité, le défaut de restitution intégrale, il lui appartiendra, une nouvelle

⁷⁶⁰ DE SALVIA (M.), « Le principe de l'octroi subsidiaire ... », *op. cit.*, p. 13.

⁷⁶¹ TOUZE (S.), « Les limites de l'indemnisation ... » *op. cit.*, p. 128.

⁷⁶² DE SALVIA (M.), « Le principe de l'octroi subsidiaire ... », *op. cit.*, p. 13.

⁷⁶³ v. les Pars. 176 et 177 de la présente étude.

⁷⁶⁴ LAUSS (J.-F.), « Réquisitoire contre la mercantilisation excessive du contentieux de la réparation devant la Cour européenne des droits de l'homme, A propos de l'arrêt *Beyeler c. Italie* du 28 mai 2002 », *D.*, 2003, p. 227.

⁷⁶⁵ ARAI-TAKASHI (Y.), *The Margin of Appreciation Doctrine ...*, *op. cit.*, p. 63.

fois, de mener « spontanément » l'exercice de rechercher quelles conséquences négatives de la violation subsistent pour le requérant et comment il pourra y être remédié⁷⁶⁶.

191. En définitive, l'usage par l'État de sa marge d'*appréciation* se manifeste dans trois phases distinctes. Tout d'abord, l'État *apprécie* ce en quoi consiste la réalisation de la *restitutio in integrum*. A partir de cette première *appréciation*, il *apprécie* ensuite la nécessité ou l'opportunité d'adopter des mesures en vue de la réalisation de cet objectif. Dans le cas où cette deuxième *appréciation* conduit à une *appréciation* affirmative, l'État *apprécie* enfin le choix de la ou des mesures à prendre pour réaliser la première *appréciation*. La *largesse* de cette marge, quant à elle, est démontrée par le nombre de fois où l'État dispose de cette liberté *d'apprécier* : plus ce nombre est conséquent, plus la marge étatique est conséquente, ce qui est le cas dans la présente hypothèse⁷⁶⁷.

192. Ainsi, le résultat de l'application de l'article 41 de la Convention par la Cour diffère essentiellement selon que la Cour procède en deux temps ou en une seule procédure « combinée ». Dans cette dernière hypothèse, l'État livre des informations sur les capacités de son droit interne à réparer les conséquences de la violation de la Convention que la Cour pourra *éventuellement* constater. L'État le fait ainsi par pure *spéculation* et à titre subsidiaire. Il revient ensuite à la Cour d'examiner ces informations en vue d'apprécier si le droit interne de l'État permet de réparer parfaitement les conséquences de la violation. Ce faisant, celle-ci *spécule* donc sur la base d'une première *spéculation*⁷⁶⁸, ce qu'elle rejette pourtant systématiquement⁷⁶⁹.

Dans le cas où les conditions sont réunies pour que la Cour exerce son pouvoir discrétionnaire en matière de satisfaction équitable, la détermination de celle-ci reste problématique dans la mesure où elle doit être équivalente à la part non restituable de la conséquence de la violation de la Convention. Pourtant, cette donnée reste inconnue tant que les deux premières appréciations sont spéculatives. Cela aboutit, ainsi, à une troisième spéculation.

⁷⁶⁶ DOLT (F.), « Le comité des Ministres et la *restitutio in integrum* », in *Les mutations de l'activité du comité des Ministres, La surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme par cet organe du conseil de l'Europe: actes du séminaire de l'Institut international des droits de l'homme René Cassin*, Nemesis, Bruxelles, 2012, p. 51.

⁷⁶⁷ D'où le soulèvement de toute action d'appréciation de l'État.

⁷⁶⁸ D'ailleurs, M. le Juge Zupancic estime que lorsque la Cour dit qu'en l'espèce, il est « impossible de spéculer sur le résultat [quant au fond] auquel la procédure aurait abouti », cela constitue en soi une spéculation : v. Opinion de M. le Juge Zupancic dans C.E.D.H., *Cable et autres c. Royaume-Uni*, 18 février 1999, n° 24436/94.

⁷⁶⁹ v. C.E.D.H., *Nidersot-Hubert c. Suisse*, 18 février 1997, n° 18990/91.

Dans ce schéma, alors que la Cour accordera une satisfaction équitable de nature pécuniaire au requérant, l'État, ne sachant pas à quel degré la part non restituable de la conséquence de la violation est couverte par la somme indiquée par la Cour, pourra conclure de bonne foi que le simple paiement dudit montant suffit pour réparer l'intégralité des conséquences de la violation.

194. À l'issue de cette analyse, force est de conclure que telle procédure combinée réduit les chances d'une *restitutio in integrum* « maximale » pour trois raisons. Premièrement, les autorités nationales seront moins enclines à rechercher une réparation individuelle autre que le paiement de la satisfaction équitable. Deuxièmement, l'appréciation spéculative de la Cour empêche la considération de l'adoption d'une mesure générale visant les voies internes de dédommagement pour des cas similaires à l'avenir. Enfin, troisièmement, les trois échelles de spéculation élargissent la marge d'appréciation étatique car laissent à l'État le choix entre « adopter une mesure » ou « n'adopter aucune mesure outre le paiement de la satisfaction », alors que sa marge d'appréciation « moyenne » consiste, pour lui, à « apprécier quelle(s) mesure(s) adopter », sachant qu'il appréciera cela *en premier*.

En effet, c'est ce critère chronologique qui définit la marge d'appréciation et donc la priorité de l'appréciation de l'État par rapport à celle de la Cour. En d'autres termes, la marge d'appréciation ne devrait pas permettre de « choisir de ne pas choisir de mesure » mais plutôt de « choisir *en premier* la ou les mesure(s) appropriée(s) ». Pareille définition de la marge d'appréciation est inhérente au principe de subsidiarité qui veut que « la mise en œuvre et la sanction des droits et libertés garantis par la Convention [revienne] au *premier chef* aux autorités nationales »⁷⁷⁰.

En définitive, dans la prise en compte de ces trois raisons, la *restitutio in integrum* sera reléguée au second plan face à la compensation pécuniaire, au détriment des intérêts de la victime de la violation. Dans chaque cas où la *restitutio in integrum*, qui est pourtant la méthode de réparation de principe à privilégier⁷⁷¹, est reléguée au second plan, force est de constater que l'arrêt de la Cour revêt davantage « les allures d'une action à finalité

⁷⁷⁰ v. C.E.D.H., *Cocchiarella c. Italie*, 29 mars 2006, n° 64886/01, §38.

⁷⁷¹ C.E.D.H., *Papamichalopoulos c. Grèce*, satisfaction équitable, 31 octobre 1995, n° 14556/89, §34 ; TOUZE (S.), « Les limites de l'indemnisation ... » *op. cit.*, p. 139 : il est aussi à relever que, ce faisant, la Cour constate que des moyens internes sont existants et disponibles pour que le requérant puisse obtenir réparation.

essentiellement, sinon exclusivement, indemnitaire »⁷⁷². Il s'ensuit qu'un tel schéma risque de fragiliser le système de valeur sur lequel repose la Convention⁷⁷³. En effet, la Cour n'est pas là pour distribuer de l'argent⁷⁷⁴.

195. Aussi, dans de tels cas, la marge étatique est-elle élargie, parfois au détriment d'une mise en œuvre plus effective de l'arrêt de la Cour. À l'évidence, concernant la mesure individuelle de satisfaction équitable, l'État n'a d'autre choix que de verser le montant de l'indemnité au requérant. Le volet indemnitaire échappe donc à sa marge d'appréciation, l'arrêt de la Cour revêtant ainsi le caractère d'un jugement prestatoire, par opposition au jugement déclaratoire qu'il est de façon classique⁷⁷⁵. Telle obligation pose peu de difficultés⁷⁷⁶ dans la mesure où les États paient, en général⁷⁷⁷, le montant de la satisfaction équitable décidé par la Cour.

Si les autorités nationales s'exécutent ainsi, sans grande difficulté, tout en étant dépourvues de marge d'appréciation, l'analogie consistant à dire qu'elles sont moins enclines à exécuter l'arrêt de la Cour lorsqu'elles disposent d'une large marge d'appréciation, est questionnable. En effet, force est de constater que l'arrêt devient plus « exécutable » lorsque la liberté de l'État dans le choix des moyens se réduit⁷⁷⁸. Une grande marge d'appréciation étatique ne faciliterait donc pas toujours la mise en œuvre effective des arrêts de la Cour.

196. De manière plus concrète, l'impact de la largesse de la marge d'appréciation de l'État dans l'exécution d'une décision sur l'effectivité de cette exécution se manifeste dans le risque d'une « évaluation imparfaite des conséquences à tirer de l'arrêt »⁷⁷⁹, conduisant à

⁷⁷² FLAUSS (J.-F.), « Réquisitoire contre la mercantilisation ... », *op. cit.*, p. 230.

⁷⁷³ *Idem.*

⁷⁷⁴ CABRAL BARRETO (I.), « Un bref regard sur le passé et un espoir pour l'avenir. La Commission, l'ancienne Cour et la nouvelle Cour », in SPIELMANN (D.), TSIRLI (M.), PANAYOTIS (V.), *La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant*, Mélanges en l'honneur de Christos L. Rozakis, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 24.

⁷⁷⁵ LAMBERT ABDELGAWAD (E.), *L'exécution des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, ... *op. cit.*, p. 12.

⁷⁷⁶ *Idem.*

⁷⁷⁷ Il reste des exceptions : v. Résolution intérimaire CM/ResDH(2015)157 adoptée par le Comité des Ministres le 24 septembre 2015, lors de la 1236^{ème} réunion des Délégués des Ministres pour l'arrêt C.E.D.H., *Catan et autres c. Moldavie et Russie*, 19 octobre 2012, n° 43370/04.

⁷⁷⁸ MANSOUR (A.-B.), *La mise en œuvre des arrêts et sentences des juridictions internationales*, Larcier, Bruxelles, 2011, p. 371.

⁷⁷⁹ LAMBERT ABDELGAWAD (E.), *L'exécution des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, ... *op. cit.*, p. 29.

une mauvaise appréciation des mesures à prendre et, *de facto*, à une exécution moins aboutie de l'arrêt.

197. En tout état de cause, il faut remarquer que le rôle de la Cour, dans le cas où la nature de la lésion ne permet pas la restitution intégrale, se résume le plus souvent à l'octroi d'une réparation de nature pécuniaire – plus souvent pour dommage moral – parce que l'indication d'une mesure d'une autre sorte ne permet justement pas la restitution de l'impossible. Cependant, l'application que fait la Cour de l'article 41 de la Convention joue un rôle prépondérant dans la détermination de l'étendue de la marge d'appréciation étatique.

À cet égard, si la Cour doit privilégier la procédure « combinée » pour un impératif de rapidité, les termes dans lesquels elle apprécie la satisfaction équitable doivent être précis de telle sorte que l'État soit dans l'obligation de considérer l'adoption d'une mesure autre que le paiement de ladite satisfaction, par une autre mesure individuelle et/ou par une mesure générale. Sa marge d'appréciation n'en devrait pas être davantage restreinte parce que l'État, bien qu'étant tenu d'agir – obligation consentie par l'article 1^{er} de la Convention – aura le libre choix de la mesure à adopter.

198. Plus largement, la solution réside dans la ré-inversion des priorités afin que la restitution intégrale puisse reprendre le pas sur la compensation financière⁷⁸⁰. Cela implique de minimiser la question de l'indemnisation décidée par la Cour. À ce titre, le Rapport de Lord Woolf sur les méthodes de travail de la Cour, prévoyait que rien n'empêche la Cour de convenir avec un État membre que c'est à lui qu'il incombera de régler les questions d'indemnisation⁷⁸¹. Pareille approche a pour conséquence d'inverser la tendance en donnant la liberté aux États d'apprécier le montant de la satisfaction équitable à allouer au requérant. En réalité, cela consiste à remettre les articles 41 et 46 de la Convention au même niveau, en permettant aux États de les appliquer de la même manière. Il s'agit d'une solution poussée à son extrême qui part du principe que l'État, à qui une liberté de choix est donnée tant dans le cadre de la satisfaction équitable que dans le choix des autres mesures individuelles et/ou générales, sera doté d'une obligation de résultat maximal, à savoir la réalisation de la *restitutio in integrum* avec une plus grande pression

⁷⁸⁰ *Ibid.*, p. 15.

⁷⁸¹ The Right Honourable the Lord Woolf, « Etude des méthodes de travail de la Cour Européenne des droits de l'Homme », décembre 2005, p. 39, <https://www.echr.coe.int/Documents/2005_Lord_Woolf_working_methods_FRA.pdf>, consulté le 02 janvier 2019.

de l'opinion publique⁷⁸² dans la mesure où ce dernier ne peut pas choisir de n'adopter aucune mesure – que cela soit de nature pécuniaire ou non – étant toujours lié par ses obligations au titre de l'article 1^{er} de la Convention.

Ce schéma n'est, cependant, pas sans risque car il appelle la Cour à ne pas exercer la seule faculté dont elle est dotée. D'ailleurs, une partie de la doctrine considère que le levier financier est indispensable pour changer les choses⁷⁸³. En ce sens, considérant qu'il peut arriver que les autorités nationales soient réticentes à exécuter l'arrêt de la Cour malgré les résolutions – parfois répétitives – du Comité des Ministres⁷⁸⁴, un encadrement par la Cour de la marge étatique est nécessaire pour aider l'organe politique à cerner les problèmes d'exécution. Il peut également aider l'État qui désire, en bonne foi, adopter les mesures nécessaires en vue de la réalisation de la *restitutio in integrum*. Une telle solution maximale peut donc s'avérer inutile.

Conclusion du Chapitre 1

199. Certes, la complexité de la question de la marge d'appréciation de l'État dans l'exécution des décisions de la Cour réside dans la recherche du double résultat consistant à l'effectivité de la réparation tout en respectant le principe de subsidiarité ; et de la réalisation de la *restitutio in integrum* avec une grande marge d'appréciation étatique. Cependant, les deux données ne sont pas inconciliables. Elles appellent toutefois à admettre un schéma dans lequel il existe une « balance »⁷⁸⁵ représentant deux côtés – l'État

⁷⁸² Il ressort d'ailleurs des travaux préparatoires de la Convention que la Cour devait se remettre à l'opinion publique quant à l'exécutabilité de la réparation : SHARPE (J.-L.), « Ancien article 50 ... », *op. cit.*, p. 809.

⁷⁸³ HERVIEU (N.), « Une Cour Européenne des Droits de l'Homme maîtresse de son destin, Cour Européenne des Droits de l'Homme (bilan et réforme) », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 12 mai 2014, < <http://revdh.revues.org/658?lang=en> > consulté le 11 septembre 2018.

⁷⁸⁴ v. Résolution intérimaire CM/ResDH(2009)160 adoptée par le Comité des Ministres le 03 décembre 2009, lors de la 1072^{ème} réunion des Délégués des Ministres pour l'arrêt C.E.D.H., *Hirst contre Royaume Uni* (n° 2), 06 octobre 2015, n° 74025/01 ; v. aussi Résolution finale ResDH (2001)4 adoptée par le Comité des Ministres le 14 février 2001, lors de la 741^{ème} réunion des Délégués des Ministres pour l'arrêt C.E.D.H., *Hakkar c. France*, 27 juin 1995, n° 19033/91.

⁷⁸⁵ v. COSTA (J.-P.), « Les articles 8 à 11 de la Convention et le contrôle juridictionnel de la Cour européenne des droits de l'homme », *Annales du droit luxembourgeois*, vol. 15, 2005, p.19: « (...) En réalité, la balance de la Cour s'efforce d'être la plus précise (on a pu parler de balance d'apothicaire). Mais il existe une marge de tolérance ou d'approximation (comme pour les radars qui mesurent les excès de vitesse des voitures). La marge d'appréciation reconnue aux États peut faire pecher la balance dans le sens de la non violation d'un des articles 8 à 11 ».

et la Cour – le but étant d’arriver, autant que possible, à l’équilibre des marges en faveur d’une meilleure exécution des arrêts de la Cour.

Cette distribution des marges est *a priori* bien assurée : à la Cour d’user de son pouvoir discrétionnaire pour déterminer le montant de la satisfaction équitable ; à l’État d’en déduire librement les mesures à prendre pour assurer la réparation maximale qui comprend la réparation individuelle en nature et le cas échéant les mesures générales.

200. À cet égard, dans son application de l’article 41 de la Convention, la Cour va tirer les conséquences de son contrôle de proportionnalité. Conformément à la disposition, elle ne peut toutefois octroyer de satisfaction équitable que dans l’hypothèse d’une violation qui ne peut être parfaitement réparée par l’État dans les limites de son droit interne. En ce sens, la Cour, ayant identifié l’élément qui lui a fait pencher vers le constat de disproportionnalité, va s’employer à examiner si le droit interne de l’État peut effectivement corriger tel élément. Si elle constate qu’il ne le peut pas ou qu’il ne le peut que partiellement, alors il lui revient d’allouer au requérant une somme en guise de dédommagement matériel pour compenser la part de la réparation non couverte par les mesures internes adoptées dans les limites du droit interne de l’État. Ainsi, lorsque le montant octroyé est issu d’un raisonnement selon lequel le droit interne n’a pas pu parfaitement réparer la violation, il en ressort que l’État peut néanmoins – et se doit de – prendre les mesures à efficacité partielle à ajouter à la compensation pécuniaire aux fins de la réalisation d’une réelle *restitutio in integrum*.

La plus grande question demeure alors de déterminer si la somme allouée couvre entièrement ou partiellement les incapacités du droit interne de réparer la violation. Pour autant, la Cour ne le dit jamais aussi clairement. Cela requiert de revoir la motivation de son raisonnement. Toutefois, elle est, le plus souvent, très brève dans l’application de l’article 41 de la Convention.

201. Dans cette perspective, il appartient à l’État de faire le lien entre la conclusion de la Cour au titre de la satisfaction équitable et toute sa motivation antérieure dans le cadre du contrôle de proportionnalité. Il dispose d’ores et déjà en la matière d’une marge de déduction ou d’interprétation. Par exemple, si l’élément déclencheur de disproportionnalité est identifié comme étant la sanction trop lourde du requérant par les tribunaux internes, alors l’État doit corriger cette sanction. Il se peut en outre que telle

sanction ait eu d'autres conséquences secondaires comme l'impossibilité pour le requérant d'aller au travail car il purgeait sa peine d'emprisonnement jugée disproportionnée ce qui a provoqué son licenciement, il appartient également à l'État de réparer telles conséquences subsidiaires dans la mesure où la *restitutio in integrum* requiert de redresser le *statu quo ante* autant que possible comme s'il n'y avait pas eu de violation. Si le droit interne de l'État permet de rouvrir la procédure interne mais ne permet pas de rétablir le requérant dans son entreprise et que la Cour octroie à ce titre une satisfaction équitable, alors il appartient toujours à l'État de rouvrir la procédure interne afin de redéfinir cette sanction, le reste étant couvert par la somme allouée en guise de satisfaction équitable.

202. Dans cet ordre d'idées, il demeure important de souligner que la Cour détient également une part de responsabilité dans l'atteinte du but de la *restitutio in integrum*. Non seulement lui appartient-il d'accorder la marge d'appréciation de l'État dans l'exécution de l'arrêt, mais lui appartient-il également choisir la meilleure méthode pour effectuer la motivation de son raisonnement. L'accent doit être mis sur telle méthode car l'État, dans son rôle de déduction, n'a de choix que de s'y référer entièrement.

Ainsi, si la Cour permet à l'État de réparer les conséquences de sa violation à la suite de son arrêt au principal, dans l'attente d'un nouvel arrêt sur la satisfaction équitable, elle assurera par là, une meilleure réalisation de la *restitutio in integrum*. En effet, grâce à son appréciation de la mesure de réparation choisie par l'État, elle déterminera la part des conséquences de la violation par ce dernier de la Convention qui reste encore à être compensée, le cas échéant. Ainsi, soit la Cour demandera de réparer cette « part » en nature lorsqu'elle considère que le droit interne de l'État en est capable, soit couvrira-elle ce manquement par une réparation pécuniaire.

À l'inverse, lorsqu'elle combine le fond et la satisfaction équitable dans un seul et même arrêt, la Cour ne se donne pas réellement de recul dans la détermination de la capacité du droit interne à réparer intégralement toutes les conséquences primaires et secondaires de sa violation de la Convention. Cela pose le risque que la réparation maximale ne soit pas atteinte mais a pour avantage d'éviter de rallonger les procédures devant la Cour. Dans ce cas, qui est plus fréquent désormais, la Cour se doit de motiver davantage sa décision en mettant l'accent sur ce qui est couvert par la réparation pécuniaire.

A ce titre, fait-elle déjà une distinction très claire entre les sommes allouées en guise de réparation du dommage matériel et celles au titre du dommage moral. Il s'agit-là d'une première avancée. Cela n'est cependant pas suffisant et, en ce sens, se doit-elle de préciser les dommages matériels réparés car dans cette catégorie, les conséquences secondaires sont plus difficilement séparables les un des autres et requièrent donc une précision dans l'action de recouvrement.

203. En définitive, moins la motivation de la Cour est précise, plus la gamme de choix de mesures de l'État est large, et donc plus large sera sa marge d'appréciation dans l'exécution de la décision de la Cour. En d'autres termes, le choix de la méthode utilisée par la Cour influe directement sur l'étendue de la marge d'appréciation de l'État dans la phase de l'exécution en ce que la priorisation de la réalisation de la restitution intégrale minimise, en conséquence, le poids de la compensation financière.

204. Il existe néanmoins d'autres moyens, pour la Cour, d'encourager l'adoption de mesures individuelles en nature ainsi que l'adoption de mesures générales qui dépassent la situation individuelle du requérant. Il s'agit des cas où elle conclut que le constat de violation constitue une satisfaction équitable suffisante. La Cour use, ainsi, de son pouvoir d'appréciation tiré de l'expression « s'il y a lieu » dans l'article 41 de la Convention qui l'aidera *in fine* à déterminer si elle octroie une satisfaction pécuniaire ou non pécuniaire. Ainsi se concrétise et se cristallise tout son raisonnement et donne une meilleure réponse quant à la détermination de l'étendue de la marge d'appréciation de l'État dans l'exécution de l'arrêt (**Chapitre 2**).

Chapitre 2

La condition relative à l'expression « s'il y a lieu » pour l'octroi d'une satisfaction équitable : la concrétisation de la réparation

205. La condition relative à l'expression « s'il y a lieu » contenue dans l'article 41 de la Convention a pour but de déterminer la pertinence d'une satisfaction équitable, un travail de détermination qui aboutit à établir la nature de cette même satisfaction. Traditionnellement, les hypothèses de l'octroi d'une satisfaction équitable oscilleront entre le simple constat de violation prononcé par l'arrêt de la Cour ou l'octroi d'une réparation financière⁷⁸⁶ qui se répartit en trois catégories : la réparation du dommage matériel, la réparation du dommage moral et le remboursement des frais et dépens⁷⁸⁷. Selon le « contexte »⁷⁸⁸, la satisfaction équitable sera donc de nature pécuniaire ou non pécuniaire. Il faut toutefois noter que la Cour semble avoir « tendance »⁷⁸⁹ à allouer une somme en guise de satisfaction équitable sans examiner *ce contexte*, alors que les conditions d'application de l'article 41 de la Convention ne peuvent aucunement laisser une telle

⁷⁸⁶ v. « Instructions pratiques », édictées par le Président de la Cour au titre de l'article 32 du Règlement de la Cour, adressées aux requérants.

⁷⁸⁷ v. KRUGER (H. C.), "Reflections of some aspects of Just Satisfaction under the European Convention of Human Rights", in *Liber Amicorum Marc André Eissen*, Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 259 ; On assiste à l'apparition d'une nouvelle catégorie au sein du concept de satisfaction équitable : le paiement des frais d'une expertise requise par la Cour : v. C.E.D.H., *Papamichalopoulos c. Grèce*, satisfaction équitable, 24 juin 1993, n° 14556/89, §51.

⁷⁸⁸ C.E.D.H., *Konstantin Markin c. Russie*, 22 mars 2012, n° 30078/06, §126 ; C.E.D.H., *Inze c. Autriche*, 28 octobre 1987, n° 8695/79, §41 ; C.E.D.H., *Rasmussen c. Danemark*, 28 novembre 1984, n° 8777/79, §40.

⁷⁸⁹ TAVERNIER (P.), « La contribution de la jurisprudence ... », *op. cit.*, p. 949.

possibilité d'interprétation⁷⁹⁰. Un tel constat requiert l'analyse de l'impact de l'automatisme de l'octroi d'une réparation pécuniaire sur l'étendue de la marge d'appréciation étatique.

206. En tout état de cause, l'obligation de payer la somme allouée par la Cour à la victime au titre de satisfaction équitable, est distincte de l'obligation d'adopter des mesures individuelles et/ou générales à l'issue de l'arrêt constatant la violation de la Convention⁷⁹¹. En vertu de l'article 46 de la Convention, l'État Partie est non seulement tenu de verser aux intéressés, les sommes allouées par la Cour à titre de satisfaction équitable, mais aussi de prendre dans son ordre juridique interne, des mesures propres à mettre un terme à la violation constatée par le juge européen⁷⁹². Telle conception s'inscrit dans la poursuite de l'objectif de réaliser la *restitutio in integrum* en plaçant le requérant dans une situation aussi proche possible de celle dans laquelle il se trouvait s'il n'y avait pas eu manquement aux exigences de la Convention⁷⁹³. Dès lors, l'obligation, pour l'État, d'apprécier les mesures individuelles et/ou générales à mettre en œuvre pour réparer les conséquences de la violation, ne devrait pas dépendre de la nature de la satisfaction équitable.

207. À ce stade, nous pouvons définir la marge d'appréciation étatique comme la part de choix qui « reste à l'État »⁷⁹⁴ en déduction de ce que la Cour offre au requérant sur le plan de la satisfaction équitable. Dans une logique de proportionnalité inversée, plus la somme allouée par la Cour est grande, moins l'État aura de mesures à adopter car ladite somme est censée couvrir la part non restituable des conséquences de la violation ; et inversement. C'est donc bien la Cour qui « accorde »⁷⁹⁵ la marge d'appréciation de l'État en s'opposant « une autolimitation dans l'exercice de son contrôle »⁷⁹⁶.

La définition antérieurement donnée de la notion, qui consiste à parler de priorité d'action de l'État, est ici incluse dans cette définition-ci et, en aucun sens, ne s'y oppose. Précisons toutefois que cette deuxième définition s'apparente davantage à un point de vue différent : le stade de la confection de l'arrêt comme point de départ de toute action. La

⁷⁹⁰ Opinion concordante de M. le Juge Türmen dans C.E.D.H., *Celik et Yildiz c. Turquie*, 10 novembre 2005, n° 51479/99.

⁷⁹¹ C.E.D.H., *Chypre c. Turquie*, 12 mai 2014, n° 25781/94, §27.

⁷⁹² *Idem*.

⁷⁹³ *Idem*.

⁷⁹⁴ v. COMBACAU (J.), « Le droit international : bric-à-brac ou système ? » ... *op. cit.*, p. 105.

⁷⁹⁵ v. Intervention du gouvernement tchèque dans C.E.D.H., *Coacchiarella c. Italie*, 29 mars 2006, n° 64886/01, §58.

⁷⁹⁶ SPIELMANN (D.), « En jouant sur les marges, ... », *op. cit.*, p. 1.

Cour agit d'abord en constatant les violations de la Convention et en se prononçant sur la satisfaction équitable dans son arrêt ; l'État agit ensuite – en priorité – pour apprécier la ou les mesures nécessaires pour effacer les conséquences de ce manquement ; le Comité des Ministres agit enfin pour surveiller l'exécution par l'État de la décision de la Cour.

Toujours au stade de l'arrêt, la Cour dispose d'une marge discrétionnaire dans le cadre de la satisfaction équitable⁷⁹⁷, faisant de la partie concernant l'article 41 de la Convention, une véritable décision « de prestation »⁷⁹⁸.

Sur ce point, l'analyse de cette dernière condition d'application de la disposition va aboutir à déterminer la nature de la satisfaction équitable : une satisfaction pécuniaire (**Section 1**) ou un simple constat de violation (**Section 2**) faisant nécessairement varier la marge d'appréciation de l'État.

Section 1 : L'étendue de la marge d'appréciation étatique variable en fonction de la détermination d'une indemnisation pécuniaire

208. Il ressort des premières observations du Comité d'experts de rédaction de la Convention que la Cour n'aurait « pas le pouvoir d'annuler ou de modifier des actes émanant des organes publics des États signataires »⁷⁹⁹, voulant ainsi assurer que le pouvoir que la Cour tire de l'article 41 de la Convention soit exclusivement de nature pécuniaire⁸⁰⁰. Comme il s'agit de son « seul pouvoir », la Cour n'hésite pas à en faire usage pour faire comprendre aux États que les droits garantis par la Convention sont bien concrets et effectifs⁸⁰¹. À ce titre, sa marge d'appréciation en la matière est si large qu'elle peut aller

⁷⁹⁷ DE SALVIA (M.), « Le principe de l'octroi subsidiaire ... », *op. cit.*, p. 13.

⁷⁹⁸ COHEN-JONATHAN (G.), *La Convention européenne des droits de l'homme*, Economica, Paris, 1989, p. 212 ; EISSEN (M.-A.), « La Cour européenne des droits de l'homme », *R.D.P.*, 1986, p. 1573 ; v. aussi LAMBERT ABDELGAWAD (E.), *L'exécution des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, ... *op. cit.*, p. 12.

⁷⁹⁹ Travaux Préparatoires, vol. IV, p. 45.

⁸⁰⁰ SHARPE (J.-L.), « Ancien article 50 », *op. cit.*, p. 826 ; LAMBERT ABDELGAWAD (E.), *L'exécution des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 12.

⁸⁰¹ FLAUSS (J.-F.), « Banalisation du contentieux indemnitaire devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *R.T.D.H.*, n° 1996/25, pp. 95-96

jusqu'à sanctionner les retards de paiement de la satisfaction équitable par des intérêts moratoires⁸⁰², devenant un moyen de contrainte des autorités étatiques⁸⁰³.

209. Lorsque la Cour alloue une somme au requérant au titre de la satisfaction équitable – somme qui sert à couvrir la part non restituable de la restitution intégrale, cela suppose qu'elle a opéré, en amont, un calcul pour déterminer cette somme. Il ressort de la pratique jurisprudentielle de la Cour en termes de satisfaction équitable que le calcul du montant de la compensation pécuniaire est imprévisible, aléatoire⁸⁰⁴ et donc fluctuante. Cependant, de manière plus globale, l'opération consiste à analyser l'état du droit national et sa capacité à effacer les conséquences de la violation de la Convention. À partir de ce constat, la Cour doit hypothétiquement établir la part non restituable en nature par le droit national et la somme proportionnelle, quantitativement, à la compensation de cette impossibilité – décision issue du contrôle européen.

Il appartient ensuite à l'État de *deviner* ce qui *lui reste*⁸⁰⁵ : il lui reste la part restituable en nature rendue possible par le droit national. En ce sens, ce qui ne revient pas à la Cour, revient à l'État ; et inversement. Telle est la conception de la marge d'appréciation : il n'en existe qu'une seule, à partager entre ces deux entités.

210. Pour ce faire, l'État, hypothétiquement, doit opérer de manière globale : celui-ci voit l'étendue des conséquences de la violation de la Convention, il y soustrait la part compensée par la Cour au titre de satisfaction équitable et convertit cela en un pourcentage permettant de mesurer la quantité de ce qui lui reste à mettre en œuvre : en mesure et non en monnaie, tout en payant la somme allouée par la Cour.

Si ce calcul est techniquement aisé, il n'en demeure pas moins que, concrètement, il est très compliqué, voire impossible. En effet, comment peut-on déterminer quantitativement la part restituable des conséquences de la violation de la Convention sachant que la seule donnée à la disposition de l'État est la part non restituable de ces mêmes conséquences ?

Dans le doute sur la déduction ou sur l'interprétation de la motivation de la Cour, il est vrai que l'État devrait se contenter de déduire qu'il doit faire tout ce qui est possible

⁸⁰² C.E.D.H., *Hentrich c. France*, 03 juillet 1995, n° 13616/88.

⁸⁰³ FLAUSS, (J.-F.), « Banalisation du contentieux indemnitaire ... », *op. cit.*, p. 94.

⁸⁰⁴ TAVERNIER (P.), « La contribution de la jurisprudence ... », *op. cit.*, p. 948.

⁸⁰⁵ v. notre définition au Par. 207.

dans le droit interne pour corriger toute conséquence négative de la violation et payer la satisfaction équitable décidée par la Cour. Cependant, sans précision de la part de la Cour, cela demeure dans le champ de la bonne foi étatique.

Ainsi, la réponse à la question se trouve dans l'arrêt lui-même. L'État pourra délimiter la marge d'appréciation qui lui reste à l'issue du prononcé, par la Cour, de la satisfaction équitable, en s'inspirant de la motivation donnée par celle-ci dans cette partie de l'examen de l'article 41 de la Convention (**Paragraphe 1**). À défaut de motivation, l'État doit refaire le calcul opéré par la Cour, ou du moins, spéculer la motivation manquante, ce qui n'est faisable que si la satisfaction allouée, est effectivement « équitable » (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : LA MOTIVATION DE LA SATISFACTION ÉQUITABLE : DONNÉES ET MÉTHODOLOGIE DE CALCUL

211. Dans un schéma idéal, l'État sera en mesure de délimiter sa propre marge d'appréciation lorsque la Cour motive dans son arrêt, les raisons qui lui ont amené à quantifier la somme en guise de satisfaction équitable comme telle. Pour être transparente, la Cour doit nommer les paramètres et données qu'elle utilise en ce sens. Par exemple, si l'on se trouve dans le cas d'une affaire qui concerne l'inexécution d'une décision interne depuis plusieurs années dans laquelle la Cour énonce qu'elle attribue une somme X consistant à compenser le délai d'inexécution qui a désavantagé le requérant ; alors l'État comprendra que le « paramètre temps » a été pris en compte et examiné par la Cour dans ses calculs mais que tel n'est pas le cas de l'exécution même de la décision. De ce fait, l'État « devinera » que dans le cadre des mesures de nature non pécuniaire qui lui restent à apprécier et à adopter en vue de réparer intégralement la violation, il lui revient d'apprécier comment effacer la conséquence de la violation de la Convention qui consiste à l'inexécution de la décision interne.

En d'autres termes, pour que l'État connaisse l'étendue de sa marge d'appréciation, il lui faut connaître l'étendue des mesures qu'il doit réparer. Dans cet ordre d'idées, il lui appartient de « réparer en nature ce qu'il n'a pas payé en compensation pécuniaire ».

212. Cependant, afin de connaître ce que contient la compensation, il lui faut voir dans l'arrêt, la motivation claire et transparente de la Cour sur ce qui est compensé par la somme attribuée en guise de satisfaction équitable. C'est d'ailleurs un des objets de l'intervention du gouvernement slovaque devant la Cour dans l'affaire *Cocchiarella c. Italie*, celui-ci affirmant que ce n'est qu'en précisant les critères pour déterminer les montants alloués, dans les motifs, que la Cour donnerait des « instructions claires pour les juridictions nationales » sur la réparation due en interne⁸⁰⁶.

213. En tout état de cause, aussi transparente qu'elle puisse être, une motivation n'apporte ses fruits que si elle est dotée de sens. Il arrive, en effet, que la motivation donnée par la Cour soit déséquilibrée, ce qui ne permet pas aux États d'effectuer ladite opération. Par exemple, dans l'affaire *Lo Tufo c. Italie*⁸⁰⁷, la Cour a rejeté la demande de satisfaction équitable des requérants au titre du dommage matériel, en constatant que le droit interne italien permettait d'effacer les conséquences matérielles de la violation⁸⁰⁸. Elle avait, en effet, considéré que le dommage ne dépendait pas de la coopération de l'État à l'exécution de la décision d'expulsion mais découlait du comportement illégal du locataire récalcitrant⁸⁰⁹, notant ainsi que les requérants peuvent introduire une demande en réparation contre leur ancien locataire, devant les juridictions civiles⁸¹⁰ – mesure interne permise par le droit interne conformément à l'article 1591 du code civil qui reflète la capacité du droit interne à effacer les conséquences de la violation de la Convention. Certes, la Cour explique la « part » des conséquences de la violation à compenser en nature par le droit interne et non en monnaie par la décision européenne, cependant, il existe une grande confusion sur le partage des responsabilités : à ce titre, si l'État n'est pas responsable, alors pourquoi existe-t-il un constat de violation de la Convention dont il est l'auteur, ramenant à l'examen de la satisfaction équitable ? En effet, la responsabilité d'un État au regard de la Convention ne peut être engagée que lorsqu'une violation alléguée lui est imputable⁸¹¹.

214. Dans cet arrêt pris en exemple, le manque de clarté de la motivation de la Cour a plusieurs effets sur l'étendue de la marge d'appréciation étatique dans l'exécution de la décision de la Cour.

⁸⁰⁶ C.E.D.H., *Cocchiarella c. Italie*, 29 mars 2006, n° 64886/01, §137.

⁸⁰⁷ C.E.D.H., *Lo Tufo c. Italie*, 21 avril 2005, n° 64663/01.

⁸⁰⁸ *Ibid.*, §69.

⁸⁰⁹ *Ibid.*, §68.

⁸¹⁰ *Ibid.*, §67.

⁸¹¹ C.E.D.H., *Assanidzé c. Géorgie*, 08 avril 2004, n° 71503/01, §137.

Premièrement, l'État peut ne pas savoir la gamme des choix des mesures qui s'offrent à lui pour exécuter la réparation des conséquences de sa violation de la Convention – *marge d'appréciation* – et surtout comment – *marge de manœuvre*. La marge d'incertitude est, ici, additionnée à la marge d'appréciation étatique, ce qui l'élargit.

Deuxièmement, malgré l'absence de réparation d'un dommage matériel, l'État demeure dans l'obligation d'adopter des mesures individuelles ou générales pour effacer les conséquences de la violation de la Convention, autres que les conséquences matérielles. Il peut s'agir de l'obligation « accessoire » consistant à aider le requérant à obtenir la réalisation de son droit dû par les locataires récalcitrants⁸¹². Dans la mesure où il s'agit d'une obligation de résultat de caractère procédural à la charge de l'État défendeur, sa marge d'appréciation en la matière reste large. En d'autres termes, le fait que l'État essaie d'aider le requérant, avec bonne foi, suffit pour dire qu'il a exécuté cette décision.

Enfin, troisièmement, une idée qui se situe entre les deux premières : la responsabilité serait partagée entre l'État défendeur et le locataire récalcitrant. Ainsi, la violation du droit des requérantes au respect de leur bien n'est pas exclusivement la conséquence du comportement du locataire, mais également celle de la non-exécution prolongée de l'ordonnance d'expulsion, imputable à l'État⁸¹³. Dans ce cas, rien n'empêche l'octroi d'une satisfaction équitable conformément à l'article 41 de la Convention⁸¹⁴.

Le partage de responsabilité empêche, dans ce cas, l'éventualité d'une double indemnisation⁸¹⁵. En effet, dans l'hypothèse où la juridiction interne aurait alloué un montant aux requérantes dans une affaire les opposant aux anciens locataires, la Cour prendrait cela en compte dans son calcul de la satisfaction équitable⁸¹⁶ ; et inversement si l'arrêt de la Cour intervient avant l'arrêt des tribunaux internes⁸¹⁷, la Cour ayant déjà eu l'occasion d'indiquer que le statut de victime d'un requérant peut dépendre du montant de l'indemnisation qui lui a été accordée au niveau national pour la situation dont il se plaint devant elle⁸¹⁸.

⁸¹² C.E.D.H., *Lo Tufo c. Italie*, 21 avril 2005, n° 64663/01, §61.

⁸¹³ Opinion concordante de M. le Juge Spielmann à laquelle se rallie M. le Juge Loucaides dans C.E.D.H., *Lo Tufo c. Italie*, 21 avril 2005, n° 64663/01, pt. 18

⁸¹⁴ *Idem*.

⁸¹⁵ *Ibid.*, pt. 34.

⁸¹⁶ *Ibid.*, pt. 35.

⁸¹⁷ *Ibid.*, pt. 36.

⁸¹⁸ C.E.D.H., *Jensen c. Danemark*, 13 décembre 2016, n° 8693/11.

Ce partage de responsabilité donne ainsi le choix aux requérantes de se tourner soit, vers l'État, soit vers les anciens locataires, soit vers les deux sans toutefois pouvoir espérer à une double indemnisation sur la même matière.

Se tournant vers l'État, elles attendent de celui-ci, l'exécution de l'ordonnance d'expulsion, considérant qu'il s'agit là d'une décision interne au sens de la jurisprudence *Hornsby* qui veut que l'exécution soit comprise dans le procès au sens de l'article 6 de la Convention⁸¹⁹.

Se tournant vers les anciens locataires, elles actionneront l'article 1591 du code civil pour venir devant les tribunaux internes. Cela risque de rallonger la procédure ; et même dans ce cas, l'État doit veiller à ce qu'il puisse voir son droit, se réaliser.

Se tournant vers les deux, les requérants actionneront deux procédures interne et européenne sans que cela ne découle sur une double indemnisation car la réparation de l'une sera prise en compte par l'autre dans le calcul du montant à accorder.

215. Les requérants disposent de cette liberté de choix car depuis l'arrêt *De Wilde et Ooms*, la règle selon laquelle les voies de recours internes doivent être épuisées, ne s'applique pas aux demandes de satisfaction équitable⁸²⁰. En tout état de cause, dans ce dernier cas, la marge d'appréciation étatique est moins large que dans le cadre des deux premières hypothèses dans la mesure où l'État est toujours lié par une obligation de résultat consistant à effacer les conséquences de la violation. La nature de cette obligation n'est, ici, plus « accessoire »⁸²¹ mais principale comme il ressort de l'affaire *Hornsby* ; elle n'est pas non plus « procédurale »⁸²² car la violation est *l'une des causes du préjudice*⁸²³.

216. En définitive, le défaut de clarté de motivation bénéficie à l'État défendeur et donc étend sa marge d'appréciation dans la mesure où il existe un principe bien connu en droit international⁸²⁴ selon lequel en cas de doute, « il y a lieu, en choisissant entre

⁸¹⁹ C.E.D.H., *Hornsby c. Grèce*, 19 mars 1997, n° 18357/91, §40.

⁸²⁰ C.E.D.H., *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, satisfaction équitable du 10 mars 1972, n° 2832/66, 2835/66, 2899/66.

⁸²¹ Opinion concordante de M. le Juge Spielmann à laquelle se rallie M. le Juge Loucaides dans C.E.D.H., *Lo Tufo c. Italie*, 21 avril 2005, n° 64663/01, pt. 25.

⁸²² *Ibid.*, pt. 22.

⁸²³ *Idem.*

⁸²⁴ La référence au droit international est la bienvenue dans la mesure où la Cour elle-même dit que « la Convention est un traité international à interpréter conformément aux normes et principes du droit international public (...) » : C.E.D.H., *Chypre c. Turquie*, 12 mai 2014, n° 25781/94, §23.

plusieurs interprétations possibles, de retenir celle qui comporte le minimum d'obligations »⁸²⁵ car « les limitations à l'indépendance de l'État ne se présument pas »⁸²⁶.

Ces différents exemples donnent plusieurs indications quant aux données citées par la Cour pour informations aux requérants, notamment l'existence d'une réparation en droit interne, le paramètre « temps », les paramètres liées aux conséquences secondaires des violations, etc. Par exemple, si la Cour a pris la réparation en droit interne, en compte, dans son calcul du *quantum* de la somme en guise de satisfaction équitable, sur une mesure précise ; alors l'État n'a pas à adopter, une deuxième fois, des mesures sur ce point précis. L'essentiel est donc que la Cour mentionne les paramètres qu'elle a pris en compte dans son calcul.

217. Dans le cadre de son opération, une fois que la Cour dispose de telles données ou de tels paramètres⁸²⁷, il lui faut adopter et montrer de manière transparente sa méthodologie de calcul. Pareille méthodologie variera selon qu'elle attribue une somme au titre d'un dédommagement matériel (A) ou moral (B).

A. Le calcul du dommage matériel : cas particulier de l'expropriation

218. Lorsque la Cour détermine la somme à attribuer en guise de dédommagement matériel, elle utilise, selon le contexte, alternativement ou cumulativement, une méthodologie qui prend en compte l'objet et/ou la nature de la violation de la Convention⁸²⁸.

219. En ce qui concerne l'objet de la violation, il s'agit de déterminer la satisfaction équitable selon la disposition de la Convention sur laquelle se fonde la demande. Par exemple, le calcul du dommage relève le moins de difficulté dans le cas de l'expropriation au titre de l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel.

⁸²⁵ C.P.J.I., *Interprétation de l'article 3 paragraphe 2 du traité de Lausanne, avis consultatif*, 21 novembre 1925, série B, n° 12, p. 25.

⁸²⁶ C.P.J.I., *Affaire du « Lotus »*, arrêt du 7 septembre 1927, Série A, n° 10, p. 18.

⁸²⁷ Données de calcul pour la Cour et Paramètres de calcul pour l'État.

⁸²⁸ TOUZE (S.), « Les limites de l'indemnisation ... » *op. cit.*, pp. 132-133.

Dans ce cas, en effet, si la restitution en nature n'est pas possible, le dommage matériel consistera en un paiement d'une somme correspondant à la valeur qu'aurait cette restitution en nature⁸²⁹. La détermination de la valeur de telle réparation est opérée, en principe, par la juridiction interne⁸³⁰. La Cour doit donc se contenter de voir si la détermination faite par les juges internes n'était pas abusive et analyser s'il y a lieu d'y ajouter les dommages et intérêts pour les pertes subies et qui ne seraient pas couverts par la restitution en nature ou le paiement qui en prend la place⁸³¹.

Si les juridictions nationales n'avaient pas eu l'occasion d'estimer le montant des dommages matériels, il n'est pas obligatoire de revenir devant elles à ce stade de la procédure où la Cour a déjà constaté la violation de la Convention⁸³². Ainsi, la Cour se réfère aux estimations des parties⁸³³. Il peut, cependant, arriver que ces estimations soient évasives, ce qui emporte inévitablement, pour la Cour, un élément de spéculation⁸³⁴. Lorsqu'il y a « spéculation », il y a forcément une marge d'incertitude qui s'ajoute à la marge d'appréciation. Celle de la Cour en devient donc plus large en la matière. De son usage de sa propre marge d'appréciation se déterminera l'étendue de la marge d'appréciation étatique. Dans ce contexte, lorsque son estimation se rapproche le plus proche possible de la valeur réelle du bien, et que celle-ci spécifie les données qui entrent ou n'entrent pas dans ce calcul – durée, perte de chances etc., la réalisation d'une réparation plus effective est plus assurée, en ce sens que le requérant recevra l'équivalent du montant du bien en argent avec la compensation de toute autre conséquence de la première violation.

220. Il est, par ailleurs, de mise de relever que la Cour a amélioré sa jurisprudence en matière d'estimation du bien grâce à son arrêt *Guiso-Gallisay c. Italie*⁸³⁵. Ainsi, dans l'arrêt de 2008, la chambre a procédé à un revirement de jurisprudence concernant l'application de l'article 41 de la Convention dans les cas d'expropriation indirecte en abandonnant la méthode habituelle consistant à se fonder sur la « valeur marchande

⁸²⁹ C.E.D.H., *Guiso-Gallisay c. Italie*, 22 décembre 2009, n° 58858/00, §51 dans laquelle la Cour cite C.P.J.I., *Affaire relative à l'usine de Chorzow (demande en indemnité)*, fond, série A, n° 17.

⁸³⁰ C.E.D.H., *Cocchiarella c. Italie*, 29 mars 2006, n° 64886/01, §94.

⁸³¹ C.E.D.H., *Guiso-Gallisay c. Italie*, 22 décembre 2009, n° 58858/00, §51 dans laquelle la Cour cite C.P.J.I., *Affaire relative à l'usine de Chorzow (demande en indemnité)*, fond, série A, n° 17.

⁸³² C.E.D.H., *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique (satisfaction équitable)*, 10 mars 1972, n° 2832/66, 2835/66, 2899/66.

⁸³³ C.E.D.H., *Demades c. Turquie*, 31 juillet 2013, n° 16219/90, §23.

⁸³⁴ C.E.D.H., *Loizidou c. Turquie (satisfaction équitable)*, 28 juillet 1998, n° 15315/89, §33.

⁸³⁵ C.E.D.H., *Guiso-Gallisay c. Italie (satisfaction équitable)*, 21 octobre 2008, n° 58858/00.

actualisée du terrain, augmentée de la plus-value apportée par les bâtiments édifiés par l'expropriant »⁸³⁶.

De ce fait, l'indemnisation correspondra à la valeur pleine et entière du bien immeuble en cause au moment de la privation des droits dérivés de l'inscription foncière⁸³⁷ et non plus la valeur du bien à la date de l'arrêt de la Cour⁸³⁸. Elle en a décidé ainsi car l'ancienne méthode « pourrait laisser place à une marge d'incertitude, voire arbitraire » et attribue à l'indemnisation, un but punitif ou dissuasif à l'égard de l'État défendeur, au lieu d'une fonction compensatoire pour les requérants⁸³⁹. Cela montre la volonté de la Cour à voir une marge d'imprécision plus limitée dans la détermination de la satisfaction équitable et donc, une exécution plus aboutie de ses arrêts.

221. Par ailleurs, lorsque la Cour fait son calcul du montant à allouer au requérant en guise de réparation du dommage matériel, elle se doit d'examiner la nature de la violation de la Convention, en particulier s'il s'agit d'une violation arbitraire ou d'une rupture d'un juste équilibre⁸⁴⁰. Cette distinction implique que si la Cour a conclu, dans son arrêt constatant la violation du droit de propriété, que l'expropriation n'avait aucune base légale et était, de ce fait, purement arbitraire, alors une *restitutio in integrum* est de mise⁸⁴¹. Celle-ci consiste à « effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé *si ledit acte n'avait pas été commis* »⁸⁴² et donc, soit à restituer le bien en nature, soit à compenser ce défaut par une satisfaction de nature pécuniaire équivalente⁸⁴³.

En revanche, si elle a uniquement constaté une rupture du juste équilibre – c'est-à-dire le cas où la mainmise du bien est licite mais que les conséquences liées à celle-ci ne le sont pas, par exemple lorsqu'il n'y a pas eu d'indemnisation interne, la restitution du bien en nature n'est pas exigée, mais uniquement, la compensation de l'illicéité – tirée du manque d'indemnisation.

⁸³⁶ *Ibid.*, §56.

⁸³⁷ C.E.D.H., *Sociedad Anonima Dell Ucieza c. Espagne*, 20 décembre 2016, n° 38963/08, §18.

⁸³⁸ C.E.D.H., *Guiso-Gallisay c. Italie*, 22 décembre 2009, n° 58858/00, §103.

⁸³⁹ *Idem.*

⁸⁴⁰ v. C.E.D.H., *Unal Akpınar Insaat, Sanayi Turuzim, Madelencilik Ve Ticaret S.A. c. Turquie*, 08 septembre 2015, n° 41241/98, §50.

⁸⁴¹ *Idem.*

⁸⁴² C.E.D.H., *Guiso-Gallisay c. Italie*, 22 décembre 2009, n° 58858/00, §51. Les italiques sont de nous.

⁸⁴³ v. cette partie de l'étude dans la Section 2 – Paragraphe 1, A- 1-a).

222. L'importance de la motivation est considérable dans ce cas car la Cour doit montrer, dans l'arrêt, si la somme qu'elle a déterminée, visait la compensation de tel manque d'indemnisation. C'est uniquement si cela est établi et est transparent que l'État pourra comprendre s'il lui faut adopter une mesure additionnelle de réparation en nature ou si la compensation pécuniaire suffit. La motivation sert donc à s'exonérer de toute marge d'incertitude qui élargit la marge d'appréciation étatique.

En définitive, si la réparation du dommage matériel est plus facile à calculer, celle du dommage moral (**B**) pose, en revanche, davantage de difficultés d'application⁸⁴⁴.

B. Le calcul du dommage moral et celui des autres dommages matériels hors expropriation

223. Au demeurant, aucune disposition ne prévoit expressément le versement d'une indemnité pour dommage moral⁸⁴⁵. Il ressort, cependant, de la jurisprudence de la Cour que pour évaluer le *quantum* de la somme à allouer au titre du dédommagement moral, la marge d'appréciation de la Cour dans ce domaine est « on ne peut plus large »⁸⁴⁶. Parallèlement au calcul du montant au titre du préjudice matériel, elle se fonde sur des données et utilise diverses méthodologies pour le calcul du dommage moral.

La Cour établit une distinction entre « les situations où le requérant a subi un traumatisme évident, physique ou psychologique, des douleurs et souffrances, de la détresse, de l'angoisse, de la frustration, des sentiments d'injustice ou d'humiliation, une incertitude prolongée, une perturbation dans sa vie ou une véritable perte de chance »⁸⁴⁷ – qui justifient l'octroi d'une somme pour réparation du dommage moral ; et d'autre part, celles où le constat de violation suffit pour réparation⁸⁴⁸.

224. Il est cependant communément admis de penser qu'il est impossible de traduire ces données en chiffre. Par exemple, à la question de savoir comment chiffrer une

⁸⁴⁴ TAVERNIER (P.), « La contribution de la jurisprudence ... », *op. cit.*, p. 965.

⁸⁴⁵ C.E.D.H., *Chypre c. Turquie*, 12 mai 2005, n° 25781/94, §56.

⁸⁴⁶ DE SALVIA (M.), « Le principe de l'octroi subsidiaire ... », *op. cit.*, p. 21.

⁸⁴⁷ C.E.D.H., *Varnava et autres c. Turquie*, 18 septembre 2009, n° 16064/90, §224.

⁸⁴⁸ v. la présente étude : Partie 1, Chapitre 1, Section 2, Paragraphe 2.

compensation d'une humiliation publique, les États n'attendent pas de la Cour qu'elle « élabore une formule précise permettant de calculer le montant à allouer pour le dommage moral »⁸⁴⁹ mais estiment, en revanche, qu'il serait plus important que la Cour justifie dans quelle mesure les critères qu'elle mentionne sont pris en compte pour fixer le montant alloué pour dommage moral⁸⁵⁰.

Pour ce faire, la Cour s'aide d'une méthodologie particulière en termes de calcul du préjudice moral. Sa motivation doit donc suivre une « prise en compte *croisée*⁸⁵¹ du comportement étatique et de la situation de l'individu lésé »⁸⁵² (1) ; l'octroi de toute somme est également soumis à la réalisation de certaines conditions (2).

1. La prise en compte croisée du comportement étatique et de la situation du requérant

225. La méthodologie utilisée par la Cour pour calculer le montant à accorder à la victime au titre du dommage moral se concentrera sur les *conséquences* de la violation et non sur la violation elle-même. En ce sens, celle-ci prend en considération deux éléments distincts : un élément objectif tenant au « caractère certain du préjudice moral résultant de la violation »⁸⁵³ subi par le requérant – *nature et effectivité du préjudice* ; et un élément subjectif découlant de l'appréciation que la Cour fait de la *gravité* du dommage⁸⁵⁴.

Aussi, prend-elle en compte la situation de la victime. Elle se concentre sur ce critère, en particulier, lorsqu'il s'agit d'une violation des articles 5 ou 6 de la Convention car ils peuvent supposer que le requérant ait été « déclaré coupable » ou « avéré comme tel » ou encore « en examen » de sa culpabilité. En ce sens, pour apprécier la violation de la Convention et ses conséquences, la Cour regarde les raisons qui ont pu pousser les autorités nationales à se comporter comme tel au regard de sa situation.

⁸⁴⁹ C.E.D.H., *Cocchiarella c. Italie*, 29 mars 2006, n° 64886/01, *Intervention slovaque*.

⁸⁵⁰ *Idem*.

⁸⁵¹ Il ne s'agit donc pas d'une appréciation alternative comme pour le calcul du montant à allouer au titre du dommage matériel mais bien une appréciation cumulative.

⁸⁵² TOUZE (S.), « Les limites de l'indemnisation ... » *op. cit.*, pp. 132-133.

⁸⁵³ C.E.D.H., *Zavrel c. République Tchèque*, 18 janvier 20017, n° 14044/05, §76.

⁸⁵⁴ TOUZE (S.), « Les limites de l'indemnisation ... » *op. cit.*, p. 151.

226. À cet effet, le juge européen tiendra compte d'au moins trois critères avant de prendre une décision en la matière : « la nature de l'infraction commise par le requérant ; le stade atteint par le procès, en particulier la question de savoir si l'intéressé a fait l'objet d'une condamnation définitive ; et la nature de la peine, notamment sur le point de savoir si le requérant a été condamné à une longue peine d'emprisonnement »⁸⁵⁵. Par exemple, dans le cas d'une perte de chance, afin de calculer le préjudice subi, la Cour doit examiner la différence entre les montants que les requérants auraient dû obtenir en l'absence de l'intervention de la loi litigieuse et ceux effectivement perçus par eux. En d'autres termes, elle doit déterminer le préjudice à dédommager sur le total des sommes que les intéressés auraient dû percevoir en l'absence de l'adoption de la loi eu égard à la violation⁸⁵⁶. Dans ce cas, elle se fonde sur le paramètre étatique de la perte de chance ; regarde la gravité de ce préjudice en examinant la différence des sommes perçues avant et après la violation ; et enfin, voit l'implication du requérant dans ce schéma, notamment s'il y a – ou non – de près ou de loin – une part de responsabilité. Lorsque la Cour démontre avec transparence, l'utilisation de ces critères, non seulement montre-t-elle à l'État comment les juridictions nationales devraient calculer le montant du préjudice, mais montre-t-elle également l'ampleur de ce qui a été dédommagé et de ce qui ne l'a pas été. Ce sont ces indices qui aideront l'État à délimiter sa marge d'appréciation en ce qui concerne le choix des mesures en nature.

227. L'octroi d'une quelconque somme conformément à pareille méthodologie est cependant soumis à une condition spécifique tenant au lien de causalité entre la violation alléguée et le préjudice subi⁸⁵⁷ (2).

⁸⁵⁵ Opinion dissidente de M. le Juge Garlicki dans C.E.D.H., *Stenka c. Pologne*, 31 octobre 2006, n° 3675/03.

⁸⁵⁶ C.E.D.H., *Stefanetti et autres c. Italie*, 1^{er} juin 2017, n° 21838/10 et s., §16.

⁸⁵⁷ Opinion concordante de M. le Juge Türmen dans C.E.D.H., *Celik et Yildiz c. Turquie*, 10 novembre 2005, n° 51479/99.

2. Les conditions d'octroi d'une somme au titre de réparation du préjudice moral et matériel

228. Pour que la Cour alloue au requérant, une somme de dédommagement au titre de la satisfaction équitable, il faut, tout d'abord, que celui-ci ait formulé une demande précise en ce sens⁸⁵⁸, sauf s'il existe des circonstances exceptionnelles⁸⁵⁹.

229. Ensuite, il doit exister la condition *sine qua non*⁸⁶⁰ du lien de causalité entre le dommage subi par le requérant et la violation de la Convention⁸⁶¹. Pareille condition s'inspire du fait que la Cour ne saurait être tenue de verser des dommages et intérêts pour des pertes dont l'État n'est pas responsable⁸⁶². La Cour a reconnu que ce lien n'était pas facilement identifiable dans les matières autres que l'expropriation⁸⁶³. C'est pourquoi le caractère illégal d'une ingérence litigieuse peut donner lieu à l'octroi d'une indemnisation⁸⁶⁴. Pour cela, toutefois, la Cour doit en être « convaincue »⁸⁶⁵ tant elle « ne saurait spéculer sur l'issue d'une procédure conforme aux exigences » de la Convention⁸⁶⁶. Telle conviction rendra sa motivation plus claire et transparente et aidera l'État à délimiter sa marge d'appréciation dans l'exécution des décisions de la Cour.

230. Les États eux-mêmes ont critiqué le manque de motivation de la Cour pour les cas où elle alloue au requérant, presque directement, un montant au titre de la satisfaction équitable⁸⁶⁷. Répondant sur le « manque de précision de ses arrêts »⁸⁶⁸, le juge européen a expliqué, dans l'affaire *Coacchiarella c. Italie*, que les circonstances quant à l'octroi pour dommage *moral* dans le cadre de l'application de l'article 41 de la Convention, l'ont

⁸⁵⁸ Règlement de la Cour, art. 60.

⁸⁵⁹ Il est même arrivé à la Cour d'accepter, sans raisons évidentes et convaincantes, de réviser un précédent arrêt où elle n'avait pas statué sur l'article 41 du fait de l'absence de prétentions de la part du requérant présentées dans les délais : C.E.D.H., *Sabri Tas c. Turquie*, 25 avril 2006, n° 27396/06. Cet arrêt est très bref et très peu motivé. La Cour accorde certaines sommes au requérant. L'avocat du requérant avait informé la Cour deux jours après le premier arrêt qu'il n'avait jamais reçu la demande de précision formulée par la Cour.

⁸⁶⁰ C.E.D.H., *Stefanetti et autres c. Italie*, 1^{er} juin 2017, n° 21838/10, §14.

⁸⁶¹ C.E.D.H., *Mansuroglu c. Turquie*, 26 février 2008, n° 43443/98, §126 ; v. aussi C.E.D.H., *Çakıcı c. Turquie*, 08 juillet 1999, n° 23657/94, §127.

⁸⁶² C.E.D.H., *Kingsley c. Royaume-Uni*, 28 mai 2002, n° 35605/97, §40.

⁸⁶³ C.E.D.H., *Association Les Témoins de Jehovah c. France*, 05 juillet 2012, n° 8916/05, §19.

⁸⁶⁴ *Idem*.

⁸⁶⁵ C.E.D.H., *Lagardière c. France*, 12 avril 2012, n° 18851/07, §96.

⁸⁶⁶ C.E.D.H., *Niderost-Hubert c. Suisse*, 18 février 1997, n° 18990/91.

⁸⁶⁷ Interventions des gouvernements tchèque, polonais et slovaques dans C.E.D.H., *Cocchiarella c. Italie*, 29 mars 2006, n° 64886/01, §§58-64.

⁸⁶⁸ C.E.D.H., *Cocchiarella c. Italie*, 29 mars 2006, n° 64886/01, §65.

poussé à « la mise en place de barèmes fondés sur l'équité », afin de parvenir à des résultats équivalents dans des cas similaires⁸⁶⁹. « Statuer en équité » suppose, ici, que le juge écarte les règles légales lorsqu'il estime que leur application stricte aurait des conséquences inégalitaires ou déraisonnables. En d'autres termes, la Cour va écarter l'application stricte des paramètres de calculs mentionnés plus haut.

La solution est, certes, louable. Cependant, il n'en demeure pas moins que le fait de se contenter de dire qu'elle « statue en équité » après avoir cité les arguments des parties, ne saurait suffire à aider l'État défendeur à identifier les mesures qu'il lui reste à prendre. Celui-ci devra donc opérer le calcul lui-même afin d'arriver au résultat que la motivation manquante aurait dû établir (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 2 : LA NÉCESSITÉ DU RESPECT DU PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ DANS LA DÉTERMINATION DE LA SATISFACTION ÉQUITABLE

231. À défaut de motivation ou de motivation détaillée dans l'arrêt de la Cour constatant violation et allouant une satisfaction équitable de nature pécuniaire au requérant, l'État doit mesurer seul l'étendue de sa marge d'appréciation, s'inspirant des paramètres habituels utilisés par le juge européen. Il existe, à cet effet, une sorte de ligne directrice de calcul de la satisfaction équitable suivie par la Cour. Afin de parfaire cette opération, il est de mise que la satisfaction soit effectivement « équitable », c'est-à-dire, qu'elle doit ménager le dénouement le plus juste⁸⁷⁰. Tel montant doit, ainsi, être convenable, raisonnable⁸⁷¹ et proportionnel à la part non restituable en nature des conséquences de la violation de la Convention. L'exigence d'un juste équilibre est l'essence même de l'expression « satisfaction équitable » (*just satisfaction*). Cela signifie que la somme accordée ne doit ni être exorbitante, ni insuffisante.

⁸⁶⁹ *Ibid.*, §66.

⁸⁷⁰ Opinion dissidente de M. Le Juge Garlicki dans C.E.D.H., *Stenka c. Pologne*, 31 octobre 2006, n° 3675/03.

⁸⁷¹ FLAUSS, (J.-F.), « Banalisation du contentieux indemnitaire devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *op. cit.*, p. 98 : équitable : convenable, raisonnable.

232. La doctrine a souvent critiqué le caractère imprévisible et aléatoire des décisions de la Cour relatives à la satisfaction équitable et les incohérences qu'elles révèlent⁸⁷². Le non-respect du principe de proportionnalité dans la détermination du montant accordé au requérant en guise de satisfaction pécuniaire revient, en effet, à octroyer une satisfaction soit, insuffisante, soit excessive. Chacune de ces possibilités influe directement sur l'étendue de la marge d'appréciation de l'État dans l'exécution de la décision y afférent. Dès lors, lorsque la somme allouée est insuffisante (**A**), l'État peut choisir de voir la conséquence de la violation comme étant moindre, et à partir de là, anticiper ses actions. Inversement, lorsque la somme attribuée par la Cour est excessive (**B**) et qu'il n'y a pas de motivation de la part de celle-ci sur ce point, deux conceptions peuvent en ressortir, sans que l'État puisse véritablement savoir laquelle s'applique.

En premier lieu, il est possible que la somme « excessive » ou « démesurée »⁸⁷³ soit proportionnelle à la part non restituable en nature des conséquences de la violation, soit que ces conséquences soient elles-mêmes « excessives », soit que la part non restituable compensée est, elle aussi, « excessive ».

En second lieu, il est possible que la somme ne soit pas proportionnée à cette part à compenser, ce qui va également fausser son calcul.

Dans ces deux cas, l'État reste incertain sur le fait de savoir si cette somme est censée compenser la totalité ou la quasi-totalité des conséquences de la violation. Il lui sera, dès lors, très difficile de comprendre les mesures qui lui restent à adopter dans son champ d'appréciation conformément à une obligation de résultat qui se doit d'être plus précise, à défaut de ne pas être atteinte. Tels sont les risques que l'absence de motivation combinée au caractère non proportionnel de la satisfaction équitable, peuvent causer dans la réalisation d'une « bonne » exécution des décisions de la Cour

⁸⁷² TAVERNIER (P.), « La contribution de la jurisprudence ... », *op. cit.*, p. 947.

⁸⁷³ *Ibid.*, p. 946.

**A. Insuffisance de la somme attribuée au titre de satisfaction équitable :
quelle conséquence sur l'étendue de la marge d'appréciation étatique ?**

233. L'application littérale de la règle précitée de la « proportionnelle inversée »⁸⁷⁴ revient à considérer que si la somme allouée au titre de satisfaction équitable est moindre, alors la part réalisable de *restitutio in integrum* est plus grande. Suivant cette perspective, la marge d'appréciation étatique est nécessairement plus limitée, l'État étant dans l'obligation d'adopter des mesures autres que le paiement de la satisfaction équitable.

234. Tel constat mérite, cependant, d'être nuancé. En effet, le fait qu'une somme soit moindre ne signifie pas forcément qu'elle couvre moins la contrepartie non restituable des conséquences de la violation. Il se peut que le préjudice soit, par lui-même, moindre, ce qui explique le résultat du calcul du montant. En ce sens, il faut que la réparation soit proportionnelle au degré du préjudice *effectivement*⁸⁷⁵ subi par le requérant⁸⁷⁶ car lorsque la somme est insuffisante, la satisfaction équitable devient une « satisfaction inéquitable ».

Un exemple du défaut de proportionnalité se voit dans l'affaire *Tomasi c. Croatie* dans laquelle le requérant, qui a obtenu réparation devant les tribunaux internes, n'a pas perdu sa qualité de victime devant la Cour dans la mesure où la réparation interne n'était ni appropriée, ni suffisante⁸⁷⁷. Il n'en demeure pas moins que, dans de tels cas, la somme allouée par le juge européen sera, nécessairement, plus faible, en considération de la réparation interne⁸⁷⁸. Dans cette affaire, la Cour explique qu'en l'absence de voie de recours interne, elle aurait alloué 4000 euros au requérant. Ce dernier a obtenu 600 euros devant les tribunaux internes, soit 15% de ce qu'il aurait obtenu à Strasbourg⁸⁷⁹ ; mais la Cour n'accorde finalement que 1200 euros. En ajoutant à cela les 600 euros alloués par la cour constitutionnelle croate, il en résulte que le requérant percevra 45% de la somme qu'il

⁸⁷⁴ v. le Par. 23 de la présente étude.

⁸⁷⁵ En opposition au préjudice qu'il aurait pu subir ou potentiellement subi : v. opinion partiellement dissidente des Juges Calfisch et Türmen dans C.E.D.H., *Gurbuz c. Turquie*, 10 novembre 2005, n° 26050/04.

⁸⁷⁶ Opinion dissidente de M. Le Juge Pavloschi dans C.E.D.H., *Halis c. Turquie*, 11 janvier 2005, n° 30007/96: "In practical terms, the severity of suffering entitles applicants to differing (higher or lower amounts of compensation). To some extent, and in so far as possible, such compensation should be proportionate to the various degrees of suffering".

⁸⁷⁷ C.E.D.H., *Tomasi c. France*, 27 août 1992, n° 12850/97, §36.

⁸⁷⁸ *Ibid.*, §48.

⁸⁷⁹ *Ibid.*, §49.

aurait perçu s'il n'y avait pas eu de voies de recours internes et s'il s'était directement adressé à la Cour européenne. Telle approche félicite, certes, la Cour pour sa mise en œuvre du principe de subsidiarité mais « pénalise » la victime⁸⁸⁰.

La conclusion de la Cour quant au montant alloué au titre de satisfaction équitable prête ici à confusion dans la mesure où il ressort de sa jurisprudence que lorsqu'un requérant peut encore se prétendre victime après avoir épuisé une voie de recours interne, « il doit se voir accorder la différence » entre la somme qu'il a obtenue par les juridictions nationales et une somme qui n'aurait pas été considérée comme manifestement déraisonnable par rapport à celle octroyée par la Cour si elle avait été allouée par la juridiction interne et versée rapidement⁸⁸¹. La méthode de calcul est, de ce fait, explicitement citée par la Cour, sans que celle-ci ne l'applique par la suite. Elle se contente d'affirmer qu'elle alloue ce montant inférieur parce qu'elle statue « en équité »⁸⁸².

Cette confusion se transmet ensuite dans la détermination de l'étendue de la marge d'appréciation étatique quant au choix des mesures individuelles et/ou générales à prendre en vue de réparer intégralement les conséquences de la violation de la Convention et de prévenir les violations similaires à l'avenir. En effet, la part non-restituable des conséquences de la violation de la Convention est déterminée à hauteur de 1200 euros, alors que dans la motivation de la Cour, elle est évaluée à 4000 euros. La différence considérable entre ces deux sommes, constitue la marge d'incertitude, donnée à l'État en plus de sa marge d'appréciation, pour justifier l'ampleur de ce qui est « restituable en nature ». Il en résulte, manifestement, que la marge d'appréciation étatique est plus large car une marge d'incertitude y est additionnée⁸⁸³, l'incertitude impliquant inévitablement, selon le Pr. H. Hart, une “*adjudicative discretion*”⁸⁸⁴.

235. À défaut de proportionnalité, afin de parfaire ledit calcul, l'État peut s'inspirer d'anciens arrêts sur les griefs similaires. Autrement dit, il faut que la jurisprudence de la

⁸⁸⁰ TAVERNIER (P.), « La contribution de la jurisprudence ... », *op. cit.*, p. 955.

⁸⁸¹ C.E.D.H., *Cocchiarella c. Italie*, 29 mars 2006, n° 64886/01, §139 ; C.E.D.H., *Scordino c. Italie (n° 1)*, 29 mars 2006, n° 36813/97, §140.

⁸⁸² C.E.D.H., *Tomasi c. France*, 27 août 1992, n° 12850/97, §50.

⁸⁸³ En tout état de cause, les autorités croates ont véritablement exécuté la décision dans la mesure où elles ont adopté des mesures individuelles et générales de réparation et de prévention de cas similaires. En effet, non seulement ont-elles payé la somme de 1200 euros au requérant au titre de la satisfaction équitable, mais elles ont également offert, à celui-ci, un accès aux tribunaux internes dans un délai raisonnable. De surcroît, elles ont adopté des réformes législatives créant des voies de recours internes concernant les violations alléguées du droit d'accès à un tribunal, au titre des mesures générales : v. Résolution CM/ResDH(2009)21.

⁸⁸⁴ Traduit par nous: « pouvoir discrétionnaire » : HART (H.L.A.), “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Review*, 1957, vol. 71, p. 607. Les italiques sont de nous.

Cour soit également cohérente, qu'elle respecte une « logique formelle »⁸⁸⁵. Cela n'est pourtant pas toujours le cas.

Par exemple, dans l'affaire *Halis c. Turquie* dans laquelle des violations des articles 6 §1 et 10 de la Convention ont été constatées, la Cour alloue une somme de 2000 euros au titre de satisfaction équitable pour le dommage moral subi par la victime. Dans son opinion dissidente, le Juge Pavloschi estime que cette somme est “*unfair and unjust*”⁸⁸⁶ étant donné la logique formelle dans la jurisprudence de la Cour. En effet, le juge dissident explique qu'il relève de la pratique générale de la Cour qu'une compensation donnée à une personne qui a souffert des préjudices causés par deux ou plusieurs violations de la Convention, devrait être plus grande qu'une compensation allouée à un requérant qui a souffert de préjudices causés par une seule violation⁸⁸⁷. Il poursuit son explication en soulignant que dans d'autres affaires similaires concernant uniquement la violation de l'article 10 de la Convention⁸⁸⁸, les requérants obtiennent, pour le moins, la somme de 4000 euros au titre de la réparation du préjudice moral⁸⁸⁹, ce qui révèle une certaine incohérence dans la décision de la Cour, à laquelle s'ajoute le manque de proportionnalité.

236. Le respect de la cohérence répond, non seulement, à la critique formulée à l'égard de la Cour, de « l'impression de l'arbitraire »⁸⁹⁰, mais respecte également les principes de sécurité juridique et de prévisibilité⁸⁹¹, permettant *in fine* à l'État d'anticiper les solutions aux fins de réparation au plan national « avec suffisamment de certitude »⁸⁹². En particulier, la Cour elle-même, demande aux États de se référer aux « précédents disponibles dans la base de données de sa jurisprudence »⁸⁹³ pour opérer les calculs relatifs à la détermination de la satisfaction équitable.

⁸⁸⁵ v. Opinion dissidente de M. le Juge Pavloschi dans C.E.D.H., *Halis c. Turquie*, 11 janvier 2005, n° 30007/96.

⁸⁸⁶ Traduit par nous : Injuste et inéquitable

⁸⁸⁷ *Idem*.

⁸⁸⁸ Alors que dans l'affaire *Halis c. Turquie*, la Cour a constaté la violation des articles 6 et 10 de la Convention.

⁸⁸⁹ Opinion dissidente de M. Le Juge Pavloschi dans C.E.D.H., *Halis c. Turquie*, 11 janvier 2005, n° 30007/96.

⁸⁹⁰ TAVERNIER (P.), « La contribution de la jurisprudence ... », *op. cit.*, p. 961.

⁸⁹¹ *Ibid.*, p. 960.

⁸⁹² TOUZE (S.), « Les limites de l'indemnisation ... » *op. cit.*, p. 131 ; Il est d'ailleurs surprenant de constater que très souvent, la Cour renvoie les parties, quant à la méthode de réparation applicables, aux « précédents disponibles dans la base de données relatives à sa jurisprudence » : v. C.E.D.H., *Musci c. Italie*, 29 mars 2006, n° 64699/01, §138.

⁸⁹³ C.E.D.H., *Cocchiarella c. Italie*, 29 mars 2006, n° 64886/01, §138.

Ce faisant, lorsque le montant de la satisfaction est effectivement « équitable », les États sont plus enclins à adopter des mesures internes de réparation appropriées ; et la distribution de la marge d'appréciation devient, dans le même temps, équitable ou équilibrée. En revanche, lorsqu'au manque de cohérence et de proportionnalité, s'ajoute l'arbitraire, la satisfaction équitable allouée au requérant risque, cette fois, d'être excessive, ce qui n'est bénéfique, ni pour la victime, ni pour l'État défendeur, ni pour la Cour (**B**) et fausse ainsi le calcul de détermination de la marge d'appréciation étatique dans l'exécution de l'arrêt.

B. Montant excessif au titre de satisfaction équitable : quelle conséquence sur l'étendue de la marge d'appréciation étatique ?

237. À défaut de motivation dans l'arrêt sur l'application de l'article 41 de la Convention, il est impossible de comprendre pourquoi le montant accordé au titre du dommage moral dans une affaire peut être excessif « par comparaison avec la jurisprudence de la Cour »⁸⁹⁴. C'est pourquoi les mêmes impératifs de cohérence et de proportionnalité sont de mise lorsque la part non-restituable des conséquences de la violation de la Convention doit être plus importante.

238. Lorsque la somme allouée par la Cour au requérant au titre de satisfaction équitable est « exorbitante », la première conséquence est directement liée à l'exécution même de l'arrêt en ce sens que l'État risque d'être réticent à payer⁸⁹⁵. En effet, se ralliant à l'opinion d'une partie de la doctrine, nous observons que le fait d'accorder un montant exorbitant au titre du dommage moral « ne saurait se justifier que si l'article 41 était utilisé pour octroyer des dommages-intérêts punitifs »⁸⁹⁶ alors que l'analyse de la jurisprudence de la Cour ne permet pas d'affirmer que celle-ci soit encline à accueillir une telle demande⁸⁹⁷. En effet, à chaque fois que les requérants ont formulé une demande en ce sens,

⁸⁹⁴ Opinion en partie dissidente des MM. les Juges Lorenzen et Vajic dans C.E.D.H., *Ouranio Toxo c. Grèce*, 20 octobre 2005, n° 74989/01.

⁸⁹⁵ C.E.D.H., *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Fédération de Russie*, 31 juillet 2014, n° 14902/04.

⁸⁹⁶ Opinion en partie dissidente des MM. les Juges Lorenzen et Vajic dans C.E.D.H., *Ouranio Toxo c. Grèce*, 20 octobre 2005, n° 74989/01.

⁸⁹⁷ v. C.E.D.H., *Cable et autres c. Royaume-Uni*, 18 février 1999, n° 24436/94, §29 ; v. aussi FLAUSS (J.-F.), « Le contentieux de la réparation (...) » *op. cit.*, p. 167.

la Cour leur a opposé une fin de non-recevoir catégorique⁸⁹⁸. La même solution a prévalu en ce qui concerne les demandes de dommages et intérêts aggravés⁸⁹⁹.

En particulier, les États n'hésitent pas à dénoncer les montants excessifs demandés par les requérants⁹⁰⁰, parfois en les qualifiant d'enrichissement sans cause⁹⁰¹. Pour éviter cela, les États avancent, entre autres, l'excuse de la différence du niveau de vie dans les États européens, ce qui justifierait de ne pas allouer le même montant pour deux requérants distincts dans le cadre de deux procédures pourtant similaires mais dont l'une aurait lieu dans un État où le revenu mensuel serait plus élevé que dans l'autre.

Dans ce contexte, la Bulgarie a, par exemple, vivement critiqué le montant alloué au requérant dans l'affaire *Ilijkov* en considérant que telle approche “*would encourage the abuse of the Strasbourg machinery and give rise to a negative public opinion against the Court*”⁹⁰². En effet, la Cour est de plus en plus critiquée tant elle inciterait, de par son application de l'article 41 de la Convention, à « une certaine ‘mercantilisation’ du contentieux européen »⁹⁰³.

239. Alors que le juge européen se doit de concilier sanction et incitation à la « conventionnalité »⁹⁰⁴, la doctrine lui reproche souvent de mener, dans le cadre de l'application de l'article 41 de la Convention, une politique jurisprudentielle « *pro victima* »⁹⁰⁵, conduisant à l'allocation d'une compensation pécuniaire, le plus souvent, trop élevée. Cela amène à privilégier les conséquences purement pécuniaires de la violation⁹⁰⁶ et accrédite, ainsi, l'idée de plus en plus partagée selon laquelle « le recours devant les

⁸⁹⁸ C.E.D.H., *Akdivar et autres c. Turquie (satisfaction équitable)*, 1^{er} avril 1998, n° 21893/93, §38 : le délégué de la Commission avait fait valoir qu'il convenait d'allouer une forte réparation aux victimes ; v. aussi C.E.D.H., *Hood c. Royaume-Uni*, 18 février 1999, n° 27267/95, §88 ; C.E.D.H., *Mentes et autres c. Turquie (satisfaction équitable)*, 24 juillet 1998, n° 23186/94 ; C.E.D.H., *Selciük et Asker c. Turquie*, 24 avril 1998, n° 23184/94, §119 .

⁸⁹⁹ C.E.D.H., *Lustig, Prean, Beckert c. Royaume-Uni (satisfaction équitable)*, 25 juillet 2000, n° 31417/96 et 32377/96.

⁹⁰⁰ v. C.E.D.H., *Aktas c. Turquie*, 24 mars 2003, n° 24351/94, §351.

⁹⁰¹ *Ibid.*, §360.

⁹⁰² Traduit par nous : « En couragerait l'abus du système de Strasbourg et susciterait des opinions publiques négatives à l'encontre de la Cour » : C.E.D.H., *Ilijkov c. Bulgarie*, 15 juillet 2001, n° 33977/96, §121. Les italiques sont de nous.

⁹⁰³ BEERNAERT (M.-A.), « Le contentieux de la satisfaction équitable devant la Cour européenne des droits de l'homme », *R.T.D.H.*, 199, p. 487.

⁹⁰⁴ TOUZE (S.), « Les limites de l'indemnisation ... » *op. cit.*, p. 140.

⁹⁰⁵ FLAUSS, (J.-F.), « Banalisation du contentieux indemnitaire devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *op. cit.* p. 96

⁹⁰⁶ TAVERNIER (P.), « La contribution de la jurisprudence ... », *op. cit.*, p. 946.

instances de Strasbourg peut ‘rapporter gros’ »⁹⁰⁷, un « eldorado » pour la victime⁹⁰⁸. D’ailleurs, le fait que le droit de recours devant la Cour ait été ouvert aux personnes morales à but lucratif, a été vu comme favorisant la multiplication des requêtes à finalité principalement, sinon exclusivement, de nature pécuniaire⁹⁰⁹.

À cet effet, la Cour avait affirmé que pour une société, le préjudice moral peut comporter des éléments plus ou moins « objectifs » et « subjectifs » tels que « la réputation de l’entreprise, mais également l’incertitude dans la planification des décisions à prendre, les troubles causés à la gestion de l’entreprise elle-même, dont les conséquences ne se prêtent pas à un calcul exact, et enfin, quoique dans une moindre mesure, l’angoisse et les désagréments éprouvés par les membres des organes de direction de la société »⁹¹⁰.

240. En outre, le requérant se confronte au risque de ne pas obtenir la réparation en nature qui lui convient. C’est par exemple le cas lorsqu’à l’issue d’une violation de ses garanties procédurales lors de l’examen de son affaire par les juridictions nationales, celui-ci obtient une compensation pécuniaire au lieu de la réouverture de la procédure interne. C’est également le cas lorsqu’à l’issue d’une violation du droit de propriété du requérant, celui-ci obtient la somme équivalente au prix de son bien alors qu’il pourrait être plus intéressé par la récupération du bien en nature.

241. En ce qui concerne la marge d’appréciation de l’État dans l’exécution de l’arrêt, celui-ci peut conclure, de bonne foi, qu’il ne lui reste qu’un petit pourcentage de mesures à adopter, voire même aucune, considérant que la somme compense une grande partie des conséquences de la violation de la Convention. Il n’en demeure pas moins que, dans ces cas précis, l’État *économise* bien plus en adoptant une mesure individuelle et/ou générale autre que la compensation monétaire.

242. En tout état de cause, l’attribution d’un montant excessif au requérant en guise de satisfaction équitable témoigne de la perte de poids de la *restitutio in integrum* dans la l’échelle hiérarchique de la réparation. Rappelons à cet effet que, lorsque la *restitutio in integrum* devient une alternative et non plus une priorité, la marge d’appréciation nationale

⁹⁰⁷ FLAUSS, (J.-F.), « Banalisation du contentieux indemnitaire devant la Cour européenne des droits de l’Homme », *op. cit.*, p. 95.

⁹⁰⁸ *Ibid.*, p. 227.

⁹⁰⁹ *Ibid.*, p. 100.

⁹¹⁰ C.E.D.H., *Comingersoll S.A. c. Portugal*, 06 avril 2000, n° 35382/97, §35.

s'élargit en conséquence⁹¹¹. La raison avancée pour expliquer un tel revirement de la part de la Cour serait de nature non juridique, tenant à l'assurance de la pérennité de la Cour. En effet, selon M. De Salvia, il importait peut-être de ne pas heurter le front de susceptibilité des États par une sorte d'immixtion directe dans leurs affaires intérieures au titre de la *restitutio in integrum*⁹¹². Ce faisant, il a été préférable d'allouer une compensation pécuniaire plus grande afin de ne pas limiter la marge d'appréciation étatique quant aux mesures internes de réparation en nature. Cependant, un tel choix ne peut se faire qu'au détriment de la réalisation de la réparation maximale.

La Cour peut même aller beaucoup plus loin pour ne pas « heurter le front de sensibilité » des États, en n'allouant aucune somme d'argent au requérant, mais en concluant que le constat de violation de la Convention suffit au titre de satisfaction équitable (**Section 2**).

Section 2 : L'étendue de la marge d'appréciation étatique variable en fonction de l'absence de réparation pécuniaire : la méthode du constat de violation suffisant au titre de la satisfaction équitable

243. L'expression « s'il y a lieu » à l'article 41 de la Convention amène à constater que, dans certains cas, il est concevable de n'allouer aucune réparation pécuniaire au requérant. Il convient, à ce titre, de faire une première distinction entre le dommage matériel et le dommage moral.

Parmi les éléments pris en considération par la Cour, lorsqu'elle statue en la matière, figurent le dédommagement matériel, qui se rapportent aux pertes effectivement subies en conséquence directe de la violation alléguée, et le dédommagement moral, qui est censé compenser l'état d'angoisse, de désagréments et d'incertitudes du requérant résultant de cette violation, et les autres dommages non matériels⁹¹³.

⁹¹¹ v. les Pars. 176 et 177 de la présente étude.

⁹¹² DE SALVIA (M.), « Le principe de l'octroi subsidiaire ... », *op. cit.*, p. 12.

⁹¹³ C.E.D.H., *Comingersoll S.A. c. Portugal*, 06 avril 2000, n° 35382/97, §29.

244. Le constat suffisant au titre de la satisfaction équitable se réfère à la réparation du dommage moral. Il faut en comprendre que les maux du requérant doivent être apaisés par les mots de la Cour. Ce à quoi le Juge Bonello répond « qu'il est tout à fait inopportun et inacceptable qu'une cour de justice octroie à la victime d'une violation des droits fondamentaux une 'satisfaction' réduite à un simple texte juridique »⁹¹⁴ parce que « la soif morale de justice n'est guère différente de la soif naturelle. Espérer satisfaire la victime d'une injustice par des *paroles* savantes, c'est comme tenter de désaltérer un enfant mourant de soif en lui racontant des histoires »⁹¹⁵.

La méthode constitue une suite logique à l'argument selon lequel les arrêts de la Cour ont un caractère déclaratoire⁹¹⁶. En effet, la Cour remet en l'honneur le principe de l'obligation de réparation au plan national, inhérent au respect du principe de subsidiarité⁹¹⁷. Elle peut s'apparenter également, à certains égards, à la « satisfaction » en droit international, une technique utilisée pour la première fois dans l'affaire du *Détroit de Corfou*⁹¹⁸. Telle satisfaction peut constituer en « une reconnaissance de la violation, une expression de regrets, des excuses formelles ou toute autre modalité appropriée »⁹¹⁹. En tout état de cause, le fondement de l'idée est la même : ces formes de satisfaction sont de nature morale⁹²⁰ et « le préjudice moral pourra être restitué en avantage moral »⁹²¹.

245. Il est donc tout à fait possible qu'il n'y ait aucune indemnisation quant au dommage moral mais qu'il y en ait une pour le dommage matériel. Cela étant, lorsque le dommage matériel ne se prête pas à un dédommagement matériel et que le dommage moral est réparé par le constat de violation de la Convention, force est de constater que le requérant se retrouve sans indemnisation pécuniaire. Dans ce schéma, en effet, il est possible que la Cour renvoie la réparation des préjudices au plan interne en ayant préalablement pris le soin de vérifier que l'État défendeur a prouvé qu'il existe des moyens

⁹¹⁴ Opinion en partie dissidente de M. le Juge Bonello dans C.E.D.H., *Aquilina c. Malte*, 29 avril 1999, n° 25642/94.

⁹¹⁵ *Idem*.

⁹¹⁶ TOUZE (S.), « Les limites de l'indemnisation ... » *op. cit.*, p. 128.

⁹¹⁷ v. C.E.D.H., *Lavents c. Lettonie*, 28 novembre 2002, n° 58442/00, §150 : la Cour a pu refuser au nom du principe de subsidiarité d'accorder une somme au titre de satisfaction équitable ; elle a conclu au constat de violation suffisant.

⁹¹⁸ C.I.J., *Affaire du Détroit de Corfou*, arrêt du 9 avril 1949, C.I.J. Recueil, p. 4.

⁹¹⁹ Projet d'articles de la C.D.I. de 2001, art. 37§2.

⁹²⁰ BARTHE (C.), « Réflexions sur la satisfaction en droit international », *A.F.D.I.*, vol. 49, 2003, p. 113.

⁹²¹ REUTER (P.), *La responsabilité internationale*, Les Nouvelles Institutes, 1956, p. 112.

nationaux de réparation⁹²². C'est ce cas précis qui nous intéresse dans sa mise en relief avec l'essai de détermination de l'étendue de la marge d'appréciation de l'État.

Pareille détermination ne sera complète que dans la prise en compte de l'absence d'indemnisation pour le préjudice matériel (**Paragraphe 1**) et du constat de violation suffisant au titre du dédommagement moral (**Paragraphe 2**) dans la mesure où la première mettra en lumière les avantages et défaillances du second.

Paragraphe 1 : LE DÉDOMMAGEMENT MATÉRIEL : JEU DE SPÉCULATION

246. Répondons ici à une problématique particulièrement tranchante dans le cas d'une violation de l'article 6 §1 de la Convention : celle de la spéculation. En effet, dans ce cas, le dommage matériel consiste en la sentence prononcée par la juridiction interne, dont la procédure a été contraire à la disposition. La réparation naturelle correspondante devrait normalement constituer à rouvrir cette procédure défaillante. À ce stade, il nous faut uniquement nous concentrer sur les cas où la réouverture de la procédure interne n'est pas formellement recommandée. Pour le reste, nous nous attacherons à détailler cela dans le cadre de la deuxième partie de cette étude sous un angle différent qui suppose que la marge d'appréciation, dans ce cas, devrait être étroite, la Cour y étant amenée à indiquer ou recommander des mesures et, plus généralement, à pousser l'État à la réouverture de la procédure interne.

247. Les critères qui amènent la Cour à décider de n'indiquer aucune réparation du dommage matériel dans l'arrêt – que cela soit pécuniaire ou non pécuniaire, se fondent, en général, sur le choix de celle-ci de ne pas spéculer sur l'issue d'une procédure interne dans l'hypothèse où il n'y aurait pas eu de violation⁹²³. C'est le cas lorsque l'évaluation de la

⁹²² FLAUSS (J.-F.), « le contentieux de la réparation ... », *op. cit.*, p. 165.

⁹²³ TOUZE (S.), « Les limites de l'indemnisation ... » *op. cit.*, p. 135 : tout en constatant que l'impartialité des juridictions internes pouvait objectivement soulever des doutes de la part du requérant et être sujette à caution, refusé de spéculer sur le résultat auquel la procédure aurait abouti sans le manquement aux exigences de la Convention : v. C.E.D.H., *Hauschildt c. Danemark*, 24 mai 1989, n° 10486/83, §§57-58 ; C.E.D.H., *Gençel c. Turquie*, 23 octobre 2003, n° 53431/99, §§25-26 ; sur la présence d'un juge militaire dans la formation de jugement : C.E.D.H., *Ciraklar c. Turquie*, 28 octobre 1998, n° 19601/92 ; sur l'absence

satisfaction équitable la conduirait à une appréciation « virtuelle » de la « situation hypothétique » individuelle du requérant, en se fondant sur une application spéculative des conséquences internes de la violation de la Convention⁹²⁴. En effet, la Cour se refuse d'adopter une « approche extrapolée et abstraite de l'incidence de la violation sur la situation individuelle du requérant »⁹²⁵.

À cet égard, la Cour estime le plus souvent pour le dommage matériel, qu'elle « ne saurait spéculer sur le résultat auquel la procédure [interne] aurait abouti si l'infraction à la Convention n'avait pas eu lieu »⁹²⁶. Ce constat montre qu'il n'y a pas lieu d'accorder une réparation à ce titre, sauf si l'État veut, eu égard à sa marge d'appréciation, aller au-delà du niveau standard de protection offert par la Convention, en offrant une réponse plus généreuse que celle-ci⁹²⁷.

Une première interprétation de cette affirmation peut signifier que la Cour ne veut pas spéculer donc elle préfère qu'il y ait un nouvel arrêt issu de la procédure interne. Mais sans indication en ce sens, une deuxième interprétation peut mener à tout autre chose : l'absence de réparation, que ce soit en nature ou en argent. Ensuite, si elle estime pour ce qui est du dommage moral, que le constat de violation constitue en soi une satisfaction équitable⁹²⁸, alors aucune réparation pécuniaire n'est allouée au requérant ; la réparation en nature est, elle, mise en doute s'il n'y a aucune indication en ce sens car elle relèvera ainsi de la marge d'appréciation pleine et entière de l'État, élargissant celle-ci à son extrême.

248. Pourtant, la spéculation est bien le fondement de tout l'exercice qu'appelle la *restitutio in integrum* qui tend à la réparation d'un dommage aboutissant à la situation la plus proche possible de celle qui existerait *si la violation n'avait pas eu lieu*⁹²⁹. Le terme « si » amène nécessairement à la Cour de supposer ou encore de spéculer sur la question de savoir quelle serait la situation actuelle s'il n'y avait pas eu de violation de la Convention.

de communication au requérant ou à son conseil avant l'audience : C.E.D.H., *Fenech c. France*, 30 novembre 2004, n° 71445/01, §29.

⁹²⁴ TOUZE (S.), « Les limites de l'indemnisation ... » *op. cit.*, p. 134.

⁹²⁵ *Idem.*

⁹²⁶ v. C.E.D.H., *Gencel c. Turquie*, 23 octobre 2003, n° 53431/99, §25 ; C.E.D.H., *Findlay c. Royaume-Uni*, 25 février 1997, n° 22107/93, §85 ; v. aussi C.E.D.H., *Magee c. Royaume-Uni*, 06 juin 2000, n° 28135/95, §55 : la Cour indique qu'elle « ne saurait spéculer sur le point de savoir si l'issue du procès du requérant aurait été différente si celui-ci avait pu consulter un solicitor au début de son interrogatoire. Elle convient avec le gouvernement qu'un constat de violation de la Convention constitue en soi une satisfaction équitable suffisante aux fins de l'article 41 »

⁹²⁷ v. le Par. 111 de la présente étude.

⁹²⁸ v. C.E.D.H., *Çiraklar c. Turquie*, 28 octobre 1998, n° 19601/92, §49.

⁹²⁹ C.E.D.H., *Unal Akpinar Insaat, Sanayi Turizm, Madelencilik Ve Ticaret S.A. c. Turquie*, 08 septembre 2015, n° 41246/98, §49.

En réalité, elle se trouve toujours face à ce dilemme : elle est obligée de spéculer sur le point de savoir si elle accepte ou non le résultat de l'affaire sur le fond⁹³⁰. Mais étrangement, elle se refuse de spéculer lorsqu'elle en arrive à la question de la réparation.

249. D'ailleurs, la méthode reçoit un écho limité parmi la doctrine⁹³¹. Plusieurs auteurs estiment, à cet effet, qu'il existe une contradiction dans le fait de constater une violation de la Convention tout en n'accordant aucune compensation de nature pécuniaire⁹³². En particulier, M. le Juge Zupancic avance, à juste titre, que le fait de dire qu'il est « impossible de spéculer sur le résultat [quant au fond] auquel la procédure aurait abouti (...) constitue en soi une spéculation »⁹³³. Selon lui, dans les cas d'une violation de l'article 6 de la Convention, « [c]ela revient à supposer que l'affaire aurait été tranchée à l'identique – donc que le prévenu aurait été reconnu coupable – même si le procès avait été équitable en réalité »⁹³⁴.

250. Cela a pour effet d'étendre la marge d'appréciation étatique dans la mesure où l'appréciation de la spéculation revient à l'État défendeur. En d'autres termes, c'est lui qui aura le premier mot sur le fait de savoir si la procédure interne aurait eu ou non une issue différente si la violation de la Convention n'avait pas eu lieu ; le deuxième sur le fait de savoir, selon le résultat de son appréciation de la première problématique, si une mesure de réparation doit être adoptée ; puis le cas échéant, laquelle ; et le dernier mot consistant à l'appréciation du mode d'actionnement de la mesure. Si le dernier ou même les deux derniers relèvent principalement de la discrétion de l'État, le fait que les deux premiers en relèvent également, revient à élargir sa marge d'appréciation au maximum en la matière.

Dans l'affaire *Saïdi c. France*⁹³⁵, en les faits, le requérant avait été condamné à une peine d'emprisonnement de dix ans, avec la reconduction définitive à la frontière pour détention et cessions d'héroïne ainsi qu'homicide involontaire⁹³⁶. Cette inculpation a été faite sur le seul fondement de témoignages concordants. Aucune confrontation directe

⁹³⁰ Opinion en partie dissidente de M. le Juge Zupancic dans C.E.D.H., *Câble c. Royaume-Uni*, 18 février 1999, n° 24436/94.

⁹³¹ TOUZE (S.), « Les limites de l'indemnisation ... » *op. cit.*, p. 128.

⁹³² Opinion partiellement dissidente de M. le Juge Cabral Baretto, rejoint par M. le Juge Costa dans C.E.D.H., *A.S. c. Pologne*, 20 juin 2006, n° 39510/98 ; TAVERNIER (P.), « 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 », *op. cit.*, p. 955.

⁹³³ Opinion en partie dissidente de M. le Juge Zupancic dans C.E.D.H., *Câble c. Royaume-Uni*, 18 février 1999, n° 24436/94.

⁹³⁴ *Idem.*

⁹³⁵ C.E.D.H., *Saïdi c. France*, 20 septembre 1993, n° 14647/89.

⁹³⁶ *Ibid.*, §10.

entre le requérant et les personnes qui l'ont mis en cause n'a été faite, malgré la demande de celui-ci⁹³⁷. La Cour conclut à la violation de l'article 6 de la Convention vu l'absence d'un procès équitable mais constate que la Convention ne lui donne pas compétence pour exiger de l'État, l'ouverture d'un nouveau procès, ni l'adoption d'autres mesures souhaitées par le requérant⁹³⁸. Ce dernier n'a donc bénéficié que d'une indemnisation pécuniaire. Or, « [l]a légitimité d'un jugement sur le fond dépend de la légitimité de la procédure ayant permis d'y parvenir »⁹³⁹, et il donc est incontestable que le résultat de la procédure en interne aurait été différent si cette violation de l'article 6 de la Convention n'avait pas été commise par les autorités françaises.

La Cour ne devrait donc pas s'arrêter à la déclaration de la non-conformité à la Convention face à d'aussi graves violations. Selon F. Debove et F. Falletti, « seule la procédure de révision permet de revenir sur le principe même de la condamnation dans l'intérêt supérieur d'équité et d'humanité »⁹⁴⁰.

251. Dans le même temps, il faut reconnaître la position délicate dans laquelle se trouve le juge européen : s'il décide d'allouer une réparation pécuniaire au titre du dommage matériel, il risque de faire, par là, obstacle à la réouverture de la procédure interne à proprement dite. En effet, dans la mesure où ce type de réparation est censé couvrir la part non restituable de la conséquence de la violation, l'État pourra présumer, de bonne foi, que son appréciation de la nécessité d'adopter ou non une mesure de réparation en nature, ne se trouve plus d'actualité eu égard à la réparation allouée, à moins que la Cour n'explicite en détail dans l'arrêt quelle partie des conséquences de la violation cette réparation est censée couvrir. Un changement radical et effectif de la méthode reviendrait à ce que la Cour soit amenée à indiquer systématiquement la mesure étatique à adopter, systématisme qui contreviendrait au principe de subsidiarité.

⁹³⁷ *Ibid.*, §21.

⁹³⁸ *Ibid.*, §47.

⁹³⁹ Opinion en partie dissidente de M. le Juge Zupancic dans C.E.D.H., *Câble c. Royaume-Uni*, 18 février 1999, n° 24436/94.

⁹⁴⁰ DEBOVE (F.), FALLETTI (F.), *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, P.U.F., Paris, 2006, 2ème éd., p. 690.

Paragraphe 2 : LE CONSTAT DE VIOLATION SUFFISANT POUR RÉPARER LE DOMMAGE MORAL

252. Il faut reconnaître d'emblée que le refus d'accorder la moindre réparation du dommage moral a pour fondement juridique **(A)** la formulation de l'article 41 de la Convention même (« s'il y a lieu »).

Une motivation claire **(B)** de la Cour contenant l'identification du problème, ses causes et conséquences ainsi que l'appréciation de la possibilité que le droit interne efface les conséquences de la violation, doit impérativement accompagner cette formule à défaut d'indication précises de mesures.

A. Les fondements juridiques de la méthode du constat de violation suffisant au titre de la satisfaction équitable

253. Une partie considérable de la doctrine s'interroge sur la compétence de la Cour à considérer que le constat de violation constitue une satisfaction équitable⁹⁴¹. Parmi elle, le Juge Bonello a affirmé, dans son opinion jointe à l'affaire *Aquilina c. Malte*, qu'alors que la Convention attribue deux fonctions distinctes à la Cour, celui d'établir s'il y a une violation d'un droit fondamental et dans l'affirmative, celui d'accorder une satisfaction équitable, la Cour a amalgamé les deux fonctions : « dès lors qu'elle s'est acquittée de la première, elle se considère comme exemptée de la seconde »⁹⁴². Or, l'article 41 de la Convention s'applique à plus forte raison lorsque la nature intrinsèque de la violation rend impossible une *restitutio in integrum*⁹⁴³.

La méthode du constat de violation au titre de la satisfaction équitable s'explique principalement par le fait que, quantifier un dommage moral et l'apprécier en termes d'argent, ne sont pas choses faciles. En effet, il consiste en des sentiments tels

⁹⁴¹ v. Opinion partiellement dissidente de M. le Juge Loucaïdes dans C.E.D.H., *Kingsley c. Royaume-Uni*, 7 novembre 2000, n° 35605/97.

⁹⁴² Opinion en partie dissidente de M. le Juge Bonello dans C.E.D.H., *Aquilina c. Malte*, 29 avril 1999, n° 25642/94.

⁹⁴³ *Idem*.

« l'incertitude, l'anxiété et/ou la détresse, l'isolement, le désarroi, l'abandon, la frustration et/ou l'impuissance ou l'injustice »⁹⁴⁴ – la liste n'est pas exhaustive – éprouvés par l'intéressé. Mais l'idée d'éviter cet obstacle revient à se retrouver devant une difficulté similaire dans le cadre de l'appréciation de la mesure de réparation par l'État défendeur. En effet, lorsque la Cour ne se prononce pas sur l'appréciation pécuniaire d'un dommage moral, force est de constater qu'il devient difficile, voire impossible, de mesurer l'ampleur de ce dommage à défaut du calcul précité relatif à la détermination de la part non-restituable des conséquences de la violation, reconvertie en argent. L'État n'a donc pas d'indice concret pour baser son choix de réparation. La Cour lui laisse, en quelque sorte, « carte blanche » dans pareille équation. Dès lors, la marge d'appréciation de l'État est élargie en conséquence.

254. Dans cette perspective, Mme la Juge Grève a indiqué qu'il serait préférable dans ce genre de situation, que la Cour use de son pouvoir discrétionnaire pour accorder à la partie lésée, une satisfaction équitable, « fût-elle purement symbolique », plutôt que de se borner à déclarer que le simple constat de violation représente une satisfaction équitable suffisante⁹⁴⁵. Cependant, une telle solution se confronterait ensuite au problème détaillé plus haut de la somme « insuffisante » au titre de la satisfaction équitable, à moins que la Cour n'indique expressément dans son raisonnement qu'il s'agissait d'un montant symbolique.

D'autres critiques énoncent que les requérants « ont droit à quelque chose de plus qu'à une simple victoire morale »⁹⁴⁶, la violation constatée devant « comporter un avertissement pour l'État qui a enfreint la Convention »⁹⁴⁷.

Si la difficulté d'appréciation pécuniaire constitue la raison principale de pareille technique, l'on ne voit pas pourquoi la Cour ne statue pas en équité comme elle le fait le plus souvent. En effet, la Cour a maintes fois précisé que la latitude dont elle jouit dans l'application de l'article 41 de la Convention est tirée de « l'adjectif 'équitable' et [du] membre de phrase 's'il y a lieu' »⁹⁴⁸. Là où les divers éléments constituant le préjudice ne

⁹⁴⁴ *Idem.*

⁹⁴⁵ Opinion en partie dissidente de Mme la Juge Grève dans C.E.D.H., *Aquilina c. Malte*, 29 avril 1999, n° 25642/94.

⁹⁴⁶ Opinion de M. le Juge Casadevall dans C.E.D.H., *Swierzko c. Pologne*, 10 janvier 2006, n° 9013/02, pt. 2.

⁹⁴⁷ *Idem.*

⁹⁴⁸ C.E.D.H., *Comingersoll S.A. c. Portugal*, 6 avril 2000, n° 35382/97, §29 ; C.E.D.H., *Guzzardi c. Italie*, 06 novembre 1980, n° 7367/76, § 114

se prêtent pas à un calcul exact ou là où la distinction entre dommage matériel et dommage moral se révèle difficile, la Cour peut donc être amenée à les examiner globalement⁹⁴⁹.

255. En réalité, la Cour applique cette technique pour *guider* l'État à adopter une mesure de réparation en nature, individuelle ou, le cas échéant, générale. Il semble que le jure européen veuille, par cette technique, faire privilégier le principe de la *restitutio in integrum* comme méthode de réparation idéale⁹⁵⁰. Mais dans ce cas précis, deux critiques fondamentales doivent être émises.

D'une part, lorsque son constat de violation suffisant est fait sans aucune autre indication sur la meilleure manière de réaliser la *restitutio in integrum* tel que vu antérieurement sur la spéculation dans le cadre du dommage matériel, il demeure que rien ne guide l'État vers cet idéal de la restitution intégrale.

D'autre part, il est assez difficile à concevoir que l'absence de réparation d'un dommage moral puisse pousser d'une manière ou d'une autre, à la réalisation d'une réparation d'un dommage matériel en nature – quelle que soit d'ailleurs le constat de la Cour dans le cadre de la réparation de ce dommage matériel. En effet, une certaine équivalence doit être respectée : le préjudice matériel devrait être restitué en avantage matériel tandis que le préjudice moral devrait l'être en avantage moral⁹⁵¹.

256. L'interprétation la plus réaliste du fondement de la méthode ne serait peut-être pas tant dans l'acceptation de son but tendant à pousser ou guider l'État vers telle ou telle réparation en nature, mais dans la subsidiarité tracée dans l'article 41 de la Convention. En définitive, ce n'est pas la difficulté d'appréciation de la part non restituable en l'état des conséquences de la violation, qui doit inspirer le constat de violation suffisant au titre de la satisfaction équitable, mais bien l'existence d'une possibilité de réparation en droit interne.

Par exemple, dans l'affaire *Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne*, les requérants furent condamnés à de lourdes peines de réclusion criminelle alors que la Cour a constaté que la procédure pénale avait, sous plusieurs aspects, porté atteinte aux droits garantis par l'article 6 de la Convention⁹⁵². Le Tribunal constitutionnel annula ensuite les arrêts en

⁹⁴⁹ C.E.D.H., *Dombo Beheer B.V. c. Pays-Bas*, 27 octobre 1993, n° 14448/88, §40 ; C.E.D.H., *B. c. Royaume-Uni (satisfaction équitable)*, 09 juin 1988, n° 9840/82, §§10-12.

⁹⁵⁰ TOUZE (S.), « Les limites de l'indemnisation ... » *op. cit.*, p. 139.

⁹⁵¹ REUTER (P.), *La responsabilité internationale*, Les Nouvelles Institutes, 1956, p. 112.

⁹⁵² C.E.D.H., *Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne*, 06 décembre 1988, n° 10590/83, §88.

question et renvoya l'affaire à l'*audiencia Nacional*, en vue d'être rejugée. Par un arrêt du 30 octobre 1993, les requérants furent acquittés pour défaut de preuves. Dans ces circonstances, MM. les juges Matscher et Pettiti estiment que, grâce à la reprise intégrale du procès, les requérants ont obtenu ce à quoi ils pouvaient avoir droit au titre de la Convention, de sorte que le constat de violation, au vu des conséquences qu'il a produites, constitue une satisfaction équitable au sens de l'article 50 de la Convention⁹⁵³. Le raisonnement du juge européen qui, devons-nous le préciser, est rapporté dans un arrêt distinct de la Cour sur la satisfaction équitable, a ici été détaillé. Il marque que « tout comme la constatation d'une violation de la Convention par la Cour, les décisions des juridictions espagnoles postérieures à l'arrêt au principal réparent dans une certaine mesure le dommage moral des requérants »⁹⁵⁴. Il ajoute toutefois qu'elles « ne peuvent pourtant pas effacer complètement le préjudice subi à cet égard »⁹⁵⁵. Puis, le juge européen statue en équité et alloue aux requérants une somme de dédommagement « tous chefs confondus »⁹⁵⁶. Une solution comme celle-ci est plus préférable qu'un simple constat de violation sans possibilité d'identification de la mesure qu'il reste à prendre.

257. En tout état de cause, cependant, il n'est pas concevable d'abandonner purement et simplement la méthode du constat de violation dans la mesure où l'effet utile de l'expression « s'il y a lieu » dans l'article 41 de la Convention risque d'être ignoré.

Pourtant, une question légitime demeure présente : étant donné que pareille méthode remet l'accent sur l'existence de possibilités de réparation du dommage sur le plan interne, selon les capacités du droit interne, pourquoi l'examen de la Cour, dans le cadre de l'application de l'article 41 de la Convention, ne s'est-il pas arrêté au stade de la condition relative au droit interne de l'État, comme le suggère le principe de subsidiarité ?

⁹⁵³ Opinion partiellement dissidente commune à MM. les Juges Matscher et Pettiti dans C.E.D.H., *Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne*, 06 décembre 1988, n° 10590/83.

⁹⁵⁴ C.E.D.H., *Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne (satisfaction équitable)*, 13 juin 1994, n° 10590/83, §19.

⁹⁵⁵ *Idem.*

⁹⁵⁶ *Ibid.*, §20.

B. Absence d'indication de réparation pécuniaire pour privilégier l'adoption de mesure de réparation en nature : l'importance de la motivation de la Cour

258. À défaut d'accompagner le constat de violation suffisant par une indication expresse sur la mesure appropriée à adopter aux fins de restitution intégrale, il faut souligner que la motivation de la Cour dans les motifs de l'arrêt peut guider l'État vers la meilleure réparation. Par la motivation, en effet, la Cour peut identifier le problème en insistant sur ses causes et conséquences. Ce sont ces données qui permettront à l'État de mieux apprécier les alternatives qui lui sont offertes, à défaut pour la Cour d'en faire la première appréciation. C'est ainsi qu'il nous faut souligner que la motivation n'est pas juste une faculté, mais bien une obligation. À ce titre, l'octroi d'une compensation pécuniaire pour dommage moral devrait être la règle et le simple constat de violation, l'exception. Dès lors, en tant qu'exception, pareil constat devrait être motivé⁹⁵⁷.

Cette obligation s'explique d'autant plus par le fait que les arrêts de la Cour n'obéissent pas tous à la même logique mais résultent d'une approche au cas par cas⁹⁵⁸, chaque cas nécessitant une argumentation unique aux fins d'identification de chaque problème.

En pratique, cependant, la Cour se contente, le plus souvent de conclure que « le constat de violation suffit au titre de la satisfaction équitable » sans aucune explication additionnelle. Le Juge Bonello a vivement critiqué le fait que « ignorant sa propre doctrine selon laquelle toute décision de justice doit être pleinement motivée, la Cour n'a pas indiqué une seule raison expliquant pourquoi le constat de violation devrait également tenir lieu de redressement »⁹⁵⁹. Plus largement, ne constitue pas non plus une motivation, le fait de mettre en référence les arrêts antérieurs non motivés dans lesquels la Cour est parvenue au même constat de violation⁹⁶⁰.

⁹⁵⁷ Opinion de M. le Juge Casadevall dans C.E.D.H., *Swierzko c. Pologne*, 10 janvier 2006, n° 9013/02.

⁹⁵⁸ Opinion en partie dissidente de Mme la Juge Grève dans C.E.D.H., *Aquilina c. Malte*, 29 avril 1999, n° 25642/94.

⁹⁵⁹ Opinion en partie dissidente de M. le Juge Bonello dans C.E.D.H., *Aquilina c. Malte*, 29 avril 1999, n° 25642/94.

⁹⁶⁰ *Idem*. Le Juge Bonello dit: « Dans son arrêt *Nikolova c. Bulgarie*, la Cour s'est efforcée de surmonter cette réticence en faisant référence à sa jurisprudence récente et en déclarant 'qu'il n'y a lieu d'octroyer une

259. Aux fins de motivation, la Cour se doit de peser soigneusement les différents aspects de l'espèce examinée lorsqu'il s'agit pour elle de fixer le montant de la réparation⁹⁶¹. Elle doit faire transparaître telle appréciation. C'est uniquement par cette manière que l'État comprendra si son droit interne peut effectuer une réparation en nature, s'il doit donc s'y employer ou si cela a déjà été compensé d'une manière ou d'une autre par une première appréciation de la Cour. C'est également cette identification qui lui permettra de voir si son droit interne doit être réformé pour être conforme à la Convention.

260. En tout état de cause, un raisonnement de type minimaliste ne fait qu'affaiblir la crédibilité de la Cour⁹⁶². L'absence totale de raisonnement est pire encore⁹⁶³. Elle a pour effet de ne donner aucun indice à l'État sur la part non restituable des conséquences de la violation qui reste à couvrir. Que cela soit par les mots ou par une somme d'argent, la quantification de la part couverte par la réparation doit être déterminée car autrement, cela produit le risque que l'État qui a violé la Convention soit quasi impuni⁹⁶⁴ alors que l'octroi d'une satisfaction équitable, outre qu'il vise à réintégrer la victime dans ses droits fondamentaux, constitue également un avertissement pour les gouvernements engagés sur une mauvaise voie⁹⁶⁵.

satisfaction équitable que lorsque le dommage découle d'une privation de liberté que le requérant n'aurait pas connue s'il avait bénéficié des garanties prévues à l'article 5 §3'. Pourquoi cela ? Je ne trouve aucune explication plausible, ni dans l'arrêt ni ailleurs ».

⁹⁶¹ *Idem.*

⁹⁶² Opinion concordante du Juge Pinto de Albuquerque dans C.E.D.H., *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie*, 17 juillet 2014, n° 4784/08, pt. 15.

⁹⁶³ C.D.H., *Maria Cruz Achabal Puertas c. Espagne*, 18 juin 2013, communication n° 1945/2010, : l'auteur de la communication avait été informée qu'un comité de la Cour, composé de trois juges, avait déclaré sa requête irrecevable au motif qu'« aucune violation apparente des droits et libertés garantis par la Convention ou ses Protocoles » n'avait été observée ; le Comité des droits de l'homme a cependant conclu que « le raisonnement succinct exposé dans la lettre de la Cour ne permet[tait] pas au Comité de conclure que l'examen a[vait] inclus une analyse suffisante des éléments de fond », et a donc décidé que rien ne s'opposait à ce qu'il examine la communication sous l'angle du paragraphe 2 a) de l'article 5 du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques et a estimé que les faits dont il était saisi faisaient apparaître une violation de l'article 7 du Pacte, lu seul et conjointement avec le paragraphe 3 de l'article 2 du Pacte. Les pièces présentées à la Cour par l'auteur de la communication étaient identiques à celles présentées au Comité des droits de l'homme : SCHWARZENBERGER (G.), *International Law as applied by International Courts and Tribunals*, Stevens & Sons, Londres, vol. IV, 1986, p. 627.

⁹⁶⁴ Opinion en partie dissidente de M. le Juge Bonello dans C.E.D.H., *Aquilina c. Malte*, 29 avril 1999, n° 25642/94.

⁹⁶⁵ *Idem.*

Conclusion du Chapitre 2

261. Les conditions d'application de l'article 41 de la Convention sont non seulement cumulatives, mais également successives. Ainsi, après avoir établi que les deux premières conditions sont remplies, la Cour pourra envisager la possibilité d'accorder une satisfaction équitable au requérant. La troisième exigence seule lui permettra de définir la nature de telle satisfaction. En d'autres termes, la Cour va d'abord déterminer si elle octroie une satisfaction. Dans l'affirmative, elle doit ensuite déterminer si cette réparation sera de nature pécuniaire et si oui, quel en sera le montant ; ou si non, elle décidera que le simple constat de violation suffit au titre de la satisfaction équitable.

La distinction – et en particulier la précision de la distinction – est cruciale dans la mesure où elle permet de déterminer l'étendue de la marge d'appréciation de l'État dans l'exécution de la décision de la Cour en application de notre constat de la « proportionnelle inversée ». En d'autres termes, dans la mesure où la somme allouée par la Cour à titre de satisfaction équitable constitue le chiffrage de la part non restituable en nature des conséquences de la violation, plus cette somme sera élevée, plus il sera permis de penser qu'une plus grande partie des conséquences non restituables en l'état a été couverte et plus l'État disposera de marge d'appréciation dans le choix de la mesure à prendre dans les limites de son droit interne.

262. À l'évidence, pour éviter que la marge étatique soit aussi grande au risque de nuire à la bonne exécution de l'arrêt, la Cour doit non seulement allouer une satisfaction véritablement équitable et donc proportionnelle au dommage subi ; mais en plus se doit-elle de motiver sa démarche.

263. En outre, lorsque la Cour conclut que le constat de violation constitue en soi une satisfaction équitable, il faut souligner que cela ne saurait l'empêcher d'effectuer le calcul du dédommagement matériel car tel constat ne s'applique que pour le dommage moral. Toutefois, il arrive que la Cour ne se prononce ni sur le dédommagement matériel, ni sur le dédommagement moral malgré la violation constatée, ce qui pourrait porter à confusion pour la détermination de la part des conséquences de la violation qui doit être couverte par le droit interne de l'État.

Cette confusion doit être dissipée par la motivation de la Cour. En particulier, lorsqu'elle identifie l'élément qui fait pencher vers la disproportionnalité et qu'elle accompagne cette identification d'un constat de violation, elle assume par là que le droit interne de l'État permettra intégralement et parfaitement de corriger cet élément disproportionné, conformément à l'article 41 de la Convention. Ce n'est que dans ce cas de figure que l'arrêt à caractère déclaratoire de la Cour sera « self executing »⁹⁶⁶. Notre interprétation de la détermination de l'étendue de la marge d'appréciation de l'État dans l'exécution de la Cour est donc conforme à l'idée de subsidiarité.

264. À cet égard, la méthodologie de la Cour en la matière doit être au-dessus de tout soupçon d'arbitraire⁹⁶⁷. Comme nous l'avons précisé, les arrêts de la Cour sont des actes d'*auctoritas* et par leur contenu, doivent éviter toute « sursimplification » fallacieuse des problèmes de fait et de droit posés par l'affaire et résister à la tentation facile des omissions bien commodes⁹⁶⁸. Comme le soutient le Juge Pinto de Albuquerque,

« On ne peut assurer la constance et la cohérence de la production de la Cour si le juge évite les questions conceptuelles en laissant à la doctrine l'exercice quelquefois extrêmement difficile qui consiste à mettre de l'ordre dans un éventail chaotique de déclarations juridiques disparates »⁹⁶⁹.

Autrement, en effet, les autorités nationales seront tentées de négliger leurs obligations consistant à appliquer les décisions de la Cour lorsqu'elles plaideront ne pas comprendre leurs formulations vagues et succinctes. En ce sens, le manque de clarté et d'orientations dans les arrêts et décisions de la Cour amènera à la multiplication des requêtes devant la haute juridiction. Autrement, également, la Cour cèdera au Comité des Ministres, les tâches judiciaires essentielles consistant à fixer les normes et à offrir des remèdes généraux⁹⁷⁰. En effet, lorsque l'État failli à son obligation de réparer les conséquences de ses violations, il n'appartient pas à la Cour – lorsqu'il s'agit notamment d'un examen combiné du fond et de la réparation dans un seul arrêt – d'apprécier cela, ni de le corriger. Tel rôle appartiendra, dans la phase post-juridictionnelle, au Comité des

⁹⁶⁶ Opinion en partie dissidente de M. le Juge Bonello dans C.E.D.H., *Aquilina c. Malte*, 29 avril 1999, n° 25642/94.

⁹⁶⁷ Opinion concordante de M. le Juge Pinto de Albuquerque dans C.E.D.H., *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie*, 17 juillet 2014, n° 4784/08, pt. 16.

⁹⁶⁸ *Ibid.*, pt. 14

⁹⁶⁹ *Idem.*

⁹⁷⁰ *Idem.*

Ministres. Ainsi, puisqu'il « vaut mieux prévenir que guérir », la Cour se doit, dans le cadre de la confection de son arrêt, être plus claire que possible pour que l'État ait moins de marge d'interprétation des motifs de l'arrêt en faveur d'une meilleure exécution de celui-ci.

Conclusion du Titre 2

265. En conclusion, réitérons que, pour que l'exécution de la décision de la Cour soit mieux assurée, la marge d'appréciation de l'État doit être moins large dans la phase de post-jugement, sans toutefois être trop restreinte. Il faut, pour cela, que la Cour, la victime et surtout l'État, conviennent ensemble que la *restitutio in integrum* doit être le principe, toute exception à celui-ci devant être dûment justifiée.

La marge d'appréciation de l'État dans l'exécution de la décision de la Cour dépend ainsi de l'application du principe, ou celle de l'exception motivée. En effet, puisqu'elle se définit par la part d'action qui reste à l'État après le constat de violation de la Convention, son étendue doit être dûment déterminée par la part de satisfaction équitable annoncée par la Cour, qui est censée couvrir toute part des conséquences de la violation étatique de la Convention, irrestituable en l'état.

Conclusion de la Première Partie

266. Les facteurs qui contribuent à étendre la marge d'appréciation de l'État sont, en définitive, les notions qui ne se confondent pas avec elle : le principe de subsidiarité, le contrôle de proportionnalité de la Cour, ou encore le principe de souveraineté de l'État dans le cadre de la prise en compte de l'indicateur relatif à l'(in)existence d'un consensus européen pour l'application d'un droit de la Convention.

La responsabilité de la Cour en vue de l'objectif d'une meilleure exécution de ses arrêts, se décrit ainsi dans sa phase de la confection de l'arrêt : selon son contrôle de la proportionnalité du comportement de l'État, selon le résultat de celui-ci et selon sa détermination de la satisfaction équitable que l'État doit exécuter. Ce dernier doit, pour sa part, s'assurer que tous les moyens soient mis en œuvre pour réaliser la *restitutio in integrum*. En ce sens, l'État doit choisir – librement, faut-il néanmoins le rappeler – la mesure la plus efficace mais également celle la moins attentatoire à ses intérêts et donc aux intérêts d'autrui. Si la Cour, en revanche, craint que l'État ne serait pas le mieux placé pour choisir la meilleure mesure au titre de la satisfaction équitable, celle-ci peut choisir de limiter en conséquence sa marge d'appréciation dans la phase de l'exécution de l'arrêt (**Partie 2**) en indiquant purement et simplement la part des conséquences de la violation à restituer par l'État, en fonction de son droit interne.

DEUXIEME PARTIE

L'EXCEPTION : UNE ETROITE MARGE D'APPRECIATION DE L'ÉTAT DANS L'EXECUTION DES DECISIONS DE LA COUR

267. Au demeurant, précisons que l'on dit que la marge d'appréciation de l'État dans l'exécution des décisions de la Cour est étroite lorsque la « gamme de choix » qui lui est offerte au moment d'exécuter l'arrêt est restreinte, voire nulle.

268. Il ressort de la jurisprudence de la Cour ainsi que de l'analyse qui en a été faite dans la première partie que l'État défendeur demeure libre, *en principe*⁹⁷¹, sous le contrôle du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, de choisir les moyens pour mettre un terme à une violation de la Convention et d'en réparer les conséquences⁹⁷² ; et que dans cette lignée, sa marge d'appréciation est, en principe, large.

⁹⁷¹ C.E.D.H., *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, n° 5493/72, §48.

⁹⁷² C.E.D.H., *Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse (n°2)*, 30 juin 2009, n° 32772/02, §88.

Ainsi, les États ne sont pas tenus de mettre en place un système perfectionné de protection des droits, de simples adaptations législatives pouvant suffire, « dans le sens d'une amélioration des garanties disponibles »⁹⁷³. Sir Gerald Fitzmaurice indiquait, à ce titre, que « la Convention n'est pas une camisole de force »⁹⁷⁴ entravant l'action des gouvernements. Cependant, « la liberté que le droit international laisse à l'État dans le choix des moyens pour l'accomplissement de ses devoirs ne doit pas rendre ces devoirs moins effectifs ou incertains »⁹⁷⁵. Ainsi, à titre *exceptionnel*, la Cour peut estimer utile d'indiquer aux autorités nationales, le type de mesures à prendre à cette fin⁹⁷⁶.

La pratique prouve, à cet effet, que « l'autorité des arrêts de la Cour est beaucoup plus large que la stricte portée juridique des jugements déclaratoires »⁹⁷⁷. Le Pr. Sudre affirme que de tels arrêts peuvent provoquer une « normalisation » des législations internes dans la mesure où l'État est amené à adopter des mesures générales destinées à rendre sa législation compatible avec la Convention⁹⁷⁸, et peuvent favoriser un ajustement des jurisprudences nationales à la jurisprudence européenne⁹⁷⁹.

269. En définitive, la délimitation de l'étendue de la marge étatique passe par la détermination de ce qui relève de la « normale » et de ce qui relève de l' « exceptionnel ». Le rôle de déterminer si l'on est en présence d'une situation exceptionnelle ou non, revient à la Cour, ce qui fait de cette dernière, le « délimiteur » de la marge d'appréciation de l'État et qui fait de son raisonnement, la motivation de la délimitation.

Ainsi, le cas est dit « exceptionnel » lorsque la nature de la violation qui s'attache à la nature du droit violé (**Titre 1**) ne fait ressortir qu'un seul moyen de réparation, ne donnant donc aucune possibilité de choix ni d'appréciation à l'État. Constituent également des exceptions, les violations répétitives de la Convention sur le même grief, problèmes structurels dans le droit interne, ou, de manière générale, les cas où les conséquences de la

⁹⁷³ C.E.D.H., *Irlande c. Royaume Uni*, 18 janvier 1978, n° 5310/71, §220.

⁹⁷⁴ Opinion dissidente de Sir Gerald Fitzmaurice, Juge, dans C.E.D.H., *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, n° 6833/74, pt. 31.

⁹⁷⁵ ANZILOTTI (D.), « La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers », *R.G.D.I.P.*, 1906, p. 26.

⁹⁷⁶ v. C.E.D.H., *Popov c. Russie*, 13 juillet 2006, n° 26853/04, § 263 ; C.E.D.H., *Öcalan c. Turquie*, 12 mai 2005, n° 46221/99, §210 ; Parfois même, la nature de la violation constatée ne laisse pas de choix quant aux mesures à prendre : v. C.E.D.H., *Assanidzé c. Géorgie*, 8 avril 2004, n° 71503/01, §202.

⁹⁷⁷ SUDRE (F.), *La Convention européenne des droits de l'homme*, ... *op. cit.*, p. 77.

⁹⁷⁸ v. C.E.D.H., *X et Y c. Pays Bas*, 26 mars 1985, n° 8978/80 : modification du code pénal néerlandais.

⁹⁷⁹ SUDRE (F.), *La Convention européenne des droits de l'homme*, ... *op. cit.*, p. 77.

violation de la Convention sont d'une gravité avérée mettant le juge européen dans une position telle qu'il se doit d'indiquer les mesures appropriées à prendre par l'État (**Titre 2**).

À ce stade, il n'est donc plus concevable d'ignorer le dépassement du caractère déclaratoire des arrêts⁹⁸⁰ en ce que l'indication de mesures par la Haute juridiction empêche l'État d'avoir le bénéfice de la *priorité* d'appréciation des mesures à prendre aux fins d'exécution de l'arrêt, ce qui caractérise et définit pourtant la marge d'appréciation étatique.

⁹⁸⁰ *Ibid.*, p. 74.

Titre 1

Une marge d'appréciation étatique plus étroite dans l'exécution de la décision en raison de la nature du droit violé

270. Commençons ici par distinguer le principe de l'exception. En principe, lorsque la Cour constate une violation de la Convention, « l'État défendeur demeure libre, sous le contrôle du Comité des Ministres, de choisir les moyens de s'acquitter de son obligation juridique au regard de l'article 46 (...) »⁹⁸¹. Cependant, comme l'a indiqué la Cour dans l'affaire *Öcalan c. Turquie*, il est possible que la *nature* même de la violation constatée n'offre pas réellement de choix parmi différentes sortes de mesures susceptibles d'y remédier et que la Cour soit conduite à indiquer exclusivement l'une de ces mesures⁹⁸². L'étendue de la marge d'appréciation de l'État dans l'exécution d'un arrêt de la Cour sera plus ou moins étroite selon que l'on se trouve dans le premier ou dans le second cas. La nature du droit violé peut, à cet égard, amener à affirmer que l'on se trouve dans un cas exceptionnel : notamment lorsque la violation constatée par la Cour porte sur un droit absolu non susceptible de dérogation (**Chapitre 1**) mais aussi, même lorsque le droit en cause est un droit dérogeable (**Chapitre 2**).

⁹⁸¹ C.E.D.H., *Scozzari et Giunta c. Italie*, 13 juillet 2000, n° 39221/98, §249.

⁹⁸² C.E.D.H., *Öcalan c. Turquie*, 12 mai 2005, n° 46221/99, §210 ; v. aussi C.E.D.H., *Assanidzé c. Géorgie*, 08 avril 2004, n° 71503/01, §202.

Chapitre 1

La violation d'un droit absolu : y a-t-il une marge d'appréciation de l'État dans l'exécution de la réparation ?

271. La Convention comporte quatre droits absolus⁹⁸³ : le droit de ne pas être soumis à la torture ou à une peine ou à un traitement inhumain ou dégradant (article 3) ; le droit de ne pas être tenu en esclavage ou en servitude (article 4) ; le droit de ne pas être condamné pour un comportement qui ne constituait pas une infraction lorsqu'il s'est produit et le droit de ne pas se voir infliger, pour une infraction, une peine plus forte que celle applicable lors de sa commission (article 7).

Leur caractère absolu s'explique par le fait qu'il ne puisse y avoir de dérogation, d'exception, ni même de condition, dans leur application⁹⁸⁴. Par exemple, l'article 3 de la Convention, contrairement aux articles 8 à 11 de la Convention, ne contient pas de second paragraphe précisant les circonstances dans lesquelles il serait acceptable d'infliger la torture. Les termes sans réserve de la disposition signifient que « ni le comportement de la victime, ni la pression exercée sur l'auteur de l'acte pour faire avancer une enquête ou

⁹⁸³ v. GREER (S.), La marge d'appréciation : interprétation ... », *op. cit.*, p. 29.

⁹⁸⁴ C.E.D.H., *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002, n° 2346/02, §49.

prévenir un crime, ni des circonstances extérieures, *ni aucun autre facteur* »⁹⁸⁵, ne peut justifier le recours à la torture, ni celui aux traitements inhumains et dégradants, même en cas de danger public menaçant la vie de la nation⁹⁸⁶, même dans les circonstances telles que la lutte contre le terrorisme et le crime organisé⁹⁸⁷.

272. Parallèlement, bien qu'il ne soit pas cité délibérément ci-dessus, l'article 2 de la Convention (droit à la vie) se place également parmi les articles primordiaux de la Convention. La disposition impose à l'État non seulement l'obligation – négative – de s'abstenir de donner la mort intentionnellement, mais aussi l'obligation – positive – de prendre des mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction⁹⁸⁸. Certes, l'article 2 de la Convention est insusceptible de dérogation au regard de l'article 15 de la Convention⁹⁸⁹, mais il « n'est pas absolu dans le même sens » que les quatre droits absolus énoncés car ce droit demeure soumis à un certain nombre de limitations et d'exceptions⁹⁹⁰.

Pareilles exceptions surgissent principalement dans le contexte des obligations positives de l'État⁹⁹¹. Par exemple, la Cour a récemment affirmé que les États bénéficiaient d'une certaine marge d'appréciation pour fixer les seuils à appliquer en matière de preuve s'agissant de l'ouverture et de la poursuite de procédures internes suite à la violation de ladite disposition⁹⁹². De même, la Convention ne précise pas quand commence ou s'achève la « vie »⁹⁹³. Dans l'affaire *Vo c. France*, la Cour a indiqué que :

« (...) le point de départ du droit à la vie relève de la marge d'appréciation des États, dont la Cour tend à considérer qu'elle doit leur être reconnue dans ce domaine, même dans le cadre d'une interprétation évolutive de la Convention, qui

⁹⁸⁵ REIDY (A.), *Interdiction de la Torture, Un guide sur la mise en œuvre de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Précis sur les droits de l'homme n° 6, édition du Conseil de l'Europe, 2003, p. 19. Les italiques sont de nous.

⁹⁸⁶ C.E.D.H., *Selmouni c. France*, 28 juillet 1999, n° 25803/94, §95 ; C.E.D.H., *Assenov et autres c. Bulgarie*, 28 Octobre 1998, n° 24760/94, §93.

⁹⁸⁷ C.E.D.H., *Labita c. Italie*, 06 avril 2000, n° 26772/95, §119.

⁹⁸⁸ C.E.D.H., *Lambert et autres c. France*, 05 juin 2015, n° 46043/14, §117.

⁹⁸⁹ *Ibid.*, §144.

⁹⁹⁰ C.E.S.D.H., art. 2 §2.

⁹⁹¹ TULKENS (F.), DONNAY (L.), « L'usage de la marge d'appréciation ... », *op. cit.*, p. 3 et s.

⁹⁹² C.E.D.H., *Armani Da Silva c. Royaume-Uni*, 31 mars 2016, n° 5878/08, §267.

⁹⁹³ KORFF (D.), *Un guide sur la mise en œuvre de l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Précis sur les droits de l'homme n° 8, édition du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2007, p. 9.

est un instrument vivant, à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles »⁹⁹⁴.

Le deuxième paragraphe de l'article 2 de la Convention définit également les circonstances dans lesquelles il peut être justifié d'infliger la mort. À cet égard, pour que la mort ne soit pas considérée comme infligée en violation du droit à la vie, il faut qu'elle résulte d'un recours à la force « rendu absolument nécessaire » pour réaliser trois objectifs listés dans la Convention⁹⁹⁵. Le terme « absolu » indique que l'examen de nécessité de la mesure est beaucoup plus strict que celui qu'appelle l'examen de la « nécessité dans une société démocratique »⁹⁹⁶. Dès lors, même si le principe de proportionnalité n'apparaît pas dans le libellé de l'article 2 de la Convention, il ressort de la jurisprudence de la Cour qu'il y est clairement établi. Par exemple, dans l'affaire *Wasilewska et Kalucka c. Pologne*, la Cour indique que l'utilisation de l'arme à feu doit être « strictement proportionnelle » au but poursuivi⁹⁹⁷, qu'il ne peut se justifier qu'en cas de « nécessité absolue »⁹⁹⁸.

Qu'il s'agisse donc d'une obligation positive ou négative, l'État dispose d'une certaine marge d'appréciation dans l'application des exceptions au second paragraphe de l'article 2 de la Convention, ce que la Cour interprète strictement⁹⁹⁹ – “*to the most careful scrutiny*”¹⁰⁰⁰.

273. En définitive, dans la mise en œuvre par les États de pareils droits indérogeables, la doctrine s'est accordée sur le constat que « la marge d'appréciation [était] pratiquement impossible »¹⁰⁰¹, en ce sens que lorsque l'acte étatique dépasse le seuil¹⁰⁰²

⁹⁹⁴ La Cour évalue les questions se rapportant au commencement de la vie d'une « façon marginale et au cas par cas », en laissant une très grande latitude aux États pour ce qui est de réglementer ces questions eux-mêmes.

⁹⁹⁵ C.E.S.D.H., art. 2 §2 : La mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans les cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire :

- a) Pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale ;
- b) Pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue ;
- c) Pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection

⁹⁹⁶ C.E.D.H., *Wasilewska et Kalucka c. Pologne*, 23 février 2010, n° 28975/04, §42.

⁹⁹⁷ *Idem.* ; v. aussi C.E.D.H., *McCann et autres c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1995, n° 18984/91, §§148-149.

⁹⁹⁸ C.E.D.H., *Wasilewska et Kalucka c. Pologne*, 23 février 2010, n° 28975/04, §44.

⁹⁹⁹ v. C.E.D.H., *Giuliani et Gaggio c. Italie*, 24 mars 2011, n° 23458/02, §§ 174-177.

¹⁰⁰⁰ Traduit par nous : « un examen des plus minutieux » : C.E.D.H., *Wasilewska and Kalucka c. Pologne*, 23 février 2010, n° 28975/04, §41. Les italiques sont de nous.

¹⁰⁰¹ KOVLER (A.), « La Cour européenne des droits de l'homme face à la souveraineté d'État », *L'Europe en formation*, 2013, n° 368, p. 211.

¹⁰⁰² Une des grandes difficultés que renferme l'article 3 de la Convention, se trouve dans la détermination des traitements éprouvants qui entrent et qui n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 3. En effet,

exigé par la Convention tel qu'interprétée par la Cour, celle-ci constatera sa violation. C'est ici la marge d'appréciation de l'État dans la réparation de cette violation qui nous intéressera¹⁰⁰³, malgré la référence, comme dans la première partie de cette étude, à sa marge en amont.

274. Même si l'article 2 de la Convention comporte un second paragraphe précisant le régime des exceptions¹⁰⁰⁴, il se trouve dans « une position analogue »¹⁰⁰⁵ aux droits cardinaux énoncés. En effet, son importance peut être précisément tirée de cette irréversibilité des violations. Pour ces raisons, la Cour a, de façon permanente, classé les articles 2 et 3 de la Convention « ensemble »¹⁰⁰⁶ comme consacrant « l'une des valeurs fondamentales de la société démocratique qui forment le Conseil de l'Europe »¹⁰⁰⁷, dont le but initial est « de protéger la dignité et l'intégrité physique de la personne »¹⁰⁰⁸. Dans cette perspective et également parce que les violations des articles 2 et 3 de la Convention sont plus fréquentes que celles d'autres droits indérogeables, nous nous attacherons à analyser la marge d'appréciation de l'État dans l'exécution des arrêts dans lesquels ces deux dispositions sont concernées.

275. La réparation des conséquences de la violation des deux dispositions, demeure cependant complexe, voire irréalisable. En effet, de manière générale, les violations de droits absolus ont la particularité d'être « irréversibles »¹⁰⁰⁹. Cette irréversibilité s'avère problématique pour deux raisons. D'abord, dans le cadre de l'exécution de la réparation, la *restitutio in integrum* ne pourra être réalisée du fait de cette irréversibilité, ce qui étend la marge d'appréciation de l'État (**Section 1**). Ensuite, pour *prévenir* pareilles conséquences irréversibles, la Cour a déjà indiqué des mesures même sans constat préalable de violation

pareils traitements éprouvants doivent atteindre un niveau minimal de gravité pour pouvoir entrer dans le champ d'application de l'article 3. Par exemple, la Cour a dû déterminer si un engagement d'accusés dans le prétoire lors d'un procès, en la présence de nombreux témoins et du public, avait atteint le seuil minimal de gravité requis pour relever de l'article 3 : v. C.E.D.H., *Svinarenko et Slyadnev c. Russie*, 17 avril 2014, n° 32541/08.

¹⁰⁰³ Si nous avons pu voir dans la première partie que l'étendue de la marge d'appréciation étatique en amont pouvait donner des indices sur l'étendue de la marge d'appréciation étatique en aval, ici, la question qui se pose est de connaître les conséquences de l'absence de marge en amont sur l'étendue de la marge en aval.

¹⁰⁰⁴ C.E.S.D.H., art. 2§2.

¹⁰⁰⁵ v. GREER (S.), *La marge d'appréciation : interprétation ...*, *op. cit.*, p. 30.

¹⁰⁰⁶ v. C.E.D.H., *Anguelova c. Bulgarie*, 13 juin 2002, n° 38361/97, §109 : l'article 2 (...) combiné à l'article 3 consacre « l'une des valeurs fondamentales de la société démocratique qui forment le Conseil de l'Europe ».

¹⁰⁰⁷ C.E.D.H., *Lambert et autres c. France*, 05 juin 2015, n° 46043/14, §117.

¹⁰⁰⁸ REIDY (A.), *Interdiction de la Torture ...*, *op. cit.*, p. 19.

¹⁰⁰⁹ v. C.E.D.H., *Trabelsi c. Belgique*, 04 septembre 2014, n° 140/10, §150.

de la Convention, ce qui limite – voire même dissout – la marge d’appréciation des autorités nationales dans l’exécution des décisions de la Cour (**Section 2**).

En tout état de cause, l’étude de cette problématique nous amènera à constater effectivement que la nature de la violation va guider l’État défendeur à choisir la nature de la réparation qu’il convient au titre de l’exécution de l’arrêt.

Section 1 : L'impossibilité de *restitutio in integrum* en cas de violation des articles 2 et 3 de la Convention

276. Le volet substantiel des articles 2 et 3 de la Convention renferme l'obligation positive pour les États, respectivement, de prendre toutes les mesures nécessaires visant une prévention efficace et dissuadant de mettre en péril le droit à la vie¹⁰¹⁰, et de protéger les personnes privées contre les mauvais traitements des autres particuliers ainsi qu'agents de l'État¹⁰¹¹. Mais les obligations issues de ces deux dispositions « ne s'arrêtent pas là »¹⁰¹². C'est « par un admirable processus d'activisme judiciaire [que] la Cour a (...) 'créé' la notion de 'violation procédurale' » des articles 2 et 3 de la Convention¹⁰¹³.

Dans l'affaire *McCann* de 1995, la Cour a considéré que l'obligation de protéger le droit à la vie « implique et exige de mener une forme d'enquête efficace lorsque le recours à la force (...) a entraîné mort d'homme »¹⁰¹⁴. Ensuite, dans l'affaire *Assenov* de 1998, elle affirme que l'article 3 combiné avec l'article 1^{er} de la Convention « requiert, par implication, qu'il y ait une enquête officielle effective »¹⁰¹⁵.

Le manquement à pareilles obligations entraîne l'obligation, pour l'État défendeur, d'adopter des mesures de réparation individuelles et, le cas échéant, générales. Si l'adoption de mesures générales relève de la seule appréciation des États, celle des mesures individuelles est, en revanche, fondamentale en vue de la réalisation de la *restitutio in integrum*.

Par exemple, dans l'affaire *Wasilewska*, la Cour a constaté la violation de l'article 2 de la Convention sous ses deux volets substantiel et procédural alors que les autorités de police ont ouvert le feu sur les requérants pendant leur fuite¹⁰¹⁶. Adoptant des mesures générales pour prévenir d'autres violations similaires, les autorités nationales ont mis en place des directives sur les actions de police, un décret sur les principes de l'éthique et du

¹⁰¹⁰ C.E.D.H., *Paul et Audrey Edwards c. Royaume-Uni*, 14 mars 2003, n° 46477/99, §54 ; v. aussi C.E.D.H., *Kiliç c. Turquie*, 28 mars 2000, n° 22492/93, §62.

¹⁰¹¹ v. REIDY (A.), *Interdiction de la Torture ...*, op. cit., p. 34.

¹⁰¹² C.E.D.H., *Öneryildiz c. Turquie*, 30 novembre 2004, n° 48939/99, §91.

¹⁰¹³ v. Opinion en partie dissidente de M. le Juge Bonello dans C.E.D.H., *Angelova c. Bulgarie*, 13 juin 2002, n° 38361/97, pt. 17.

¹⁰¹⁴ C.E.D.H., *McCann et autres c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1995, n° 18984/91, §161.

¹⁰¹⁵ C.E.D.H., *Assenov et autres c. Bulgarie*, 28 octobre 1998, n° 24760/94, §102.

¹⁰¹⁶ C.E.D.H., *Wasilewska et Kalucka c. Pologne*, 23 février 2010, n° 28975/04 et 33406/04.

professionnalisme des autorités ainsi que des ordonnances précisant le partage des rôles et responsabilités des agents¹⁰¹⁷. Aucune de ces mesures n'a été indiquée par la Cour dans le corps de l'arrêt. Sur le point de vue des mesures générales, la marge d'appréciation étatique dans la réparation est donc très large. Cela étant, la pratique étatique montre – l'exécution de l'arrêt *Wasilewska* en est un exemple – que les autorités nationales ont procédé à plusieurs réformes législatives après pareil constat de violation. Sa marge d'appréciation pour ce qui est des mesures individuelles est, cependant, moins large. Il s'agit, idéalement, et lorsque la nature des choses le permet, pour l'État, de réaliser la *restitutio in integrum*, c'est-à-dire, de placer le requérant dans une situation aussi proche possible de celle dans laquelle il se trouvait s'il n'y avait pas eu manquement aux exigences de la Convention¹⁰¹⁸, une vérité mise à mal par le caractère irréversible de certaines conséquences de la violation de ces droits.

277. Mettant cela en relief avec notre constat précédent selon lequel, lorsque la restitution intégrale est reléguée au second plan, la marge d'appréciation de l'État dans l'exécution de la décision de la Cour était davantage étendue¹⁰¹⁹, la question se pose de déterminer l'étendue de la marge d'appréciation de l'État dans l'exécution d'une décision dans laquelle une violation des articles 2 ou 3 de la Convention, sous le volet substantiel, est constatée (**Paragraphe 1**).

Il reste toutefois que les conséquences des manquements au niveau de la procédure ne sont pas irréversibles au même titre que celles des manquements sous l'angle substantiel. En effet, les enquêtes peuvent reprendre, ce qui fait renaître d'autres obligations pour l'État défendeur dans l'exécution de l'arrêt. Le fait qu'une réparation maximale puisse donc être envisagée, est susceptible de limiter la marge étatique dans l'exécution de la décision (**Paragraphe 2**).

¹⁰¹⁷ v. 1259^{ème} Réunion du Comité des Ministres, 7 au 9 Juin 2016, Document DH-DD(2016)555, p. 27.

¹⁰¹⁸ C.E.D.H., *Chypre c. Turquie*, 12 mai 2014, n° 25781/94, §27.

¹⁰¹⁹ Dans chaque cas où la *restitutio in integrum*, qui est pourtant la méthode de réparation de principe à privilégier, est reléguée au second plan, (...) la marge étatique est-elle élargie, parfois au détriment d'une meilleure mise en œuvre effective de l'arrêt de la Cour : v. les Pars. 176 et 177 de la présente étude.

**Paragraphe 1 : LA RÉPARATION DES CONSÉQUENCES
IRRÉVERSIBLES DES VIOLATIONS DES DROITS INDÉROGEABLES : QUE
RESTE-T-IL À L'ÉTAT ?**

278. Lorsqu'il y a eu mort d'homme dans des circonstances susceptibles d'engager la responsabilité de l'État, l'article 2 de la Convention implique pour celui-ci le devoir d'assurer, par tous les moyens dont il dispose, une réaction adéquate – judiciaire ou autre – pour que le cadre législatif et administratif soit effectivement mis en œuvre et pour que, le cas échéant, les violations du droit en jeu soient réprimées et sanctionnées¹⁰²⁰.

Alors que des mesures générales, individuelles de nature pécuniaire et non pécuniaires, sont donc de mise, force est de constater que l'objectif de la *restitutio in integrum* ne peut être entièrement réalisable. En effet, l'adoption d'une mesure individuelle de réparation de la violation substantielle est matériellement impossible en raison du caractère irréversible des conséquences des violations des articles 2 et 3 de la Convention. La réparation prend ainsi la forme d'un dédommagement moral (A) qui ne laisse aucune marge à l'État défendeur sur l'appréciation ni du montant de la somme, ni de l'éventualité de ne pas la payer.

279. Si la restitution d'une vie perdue ou d'un traitement inhumain et dégradant passé est impossible, il n'en demeure pas moins que l'action de l'État a pu faire naître d'autres conséquences négatives qui n'auraient pas eu lieu sans la violation. Tel est le cas, par exemple, du déboursement de dépenses funéraires¹⁰²¹, de frais médicaux¹⁰²² ; ou encore la perte de soutien financier¹⁰²³. Pareilles conséquences secondaires peuvent être redressées *matériellement* aux fins de la réalisation « autant que possible » de la réparation maximale. Il s'agira principalement de remboursement au titre dédommagement matériel. Encore faudra-t-il connaître les conséquences subsidiaires précises qui sont couvertes par la somme allouée et celles qui ne le sont pas. En effet, c'est le raisonnement de la Cour sur ce

¹⁰²⁰ C.E.D.H., *Zavoloka c. Lettonie*, 7 juillet 2009, n° 58447/00, § 34 ; v. aussi *mutatis mutandis* C.E.D.H., *Paul et Audrey Edwards c. Royaume-Uni*, 14 mars 2002, n° 46477/99, §54 ; C.E.D.H., *Osman c. Royaume-Uni*, 28 octobre 1998, n° 23452/94, §115.

¹⁰²¹ v. C.E.D.H., *Öneryildiz c. Turquie*, 30 novembre 2004, n° 48939/99, §167.

¹⁰²² v. C.E.D.H., *Aksoy c. Turquie*, 18 décembre 1996, n° 21987/93, §111.

¹⁰²³ v. C.E.D.H., *Oğur c. Turquie*, 20 mai 1999, n° 21594/93, §98.

point qui indiquera à l'État défendeur, la gamme de choix de mesure qui lui reste à adopter en dehors du paiement de la somme indiquée.

En tout état de cause, c'est le degré de possibilité de la réparation desdites conséquences secondaires de la violation substantielles qui influencera l'étendue de la marge d'appréciation de l'État dans l'exécution de l'arrêt de la Cour (**B**).

A. L'impossible réparation des conséquences primaires de la violation substantielle couverte par une réparation au titre du dommage moral

280. La nature indérogeable des articles 2 et 3 de la Convention s'attache au caractère irréversible même des conséquences de leurs violations. Par exemple, lorsqu'une violation substantielle du droit à la vie est constatée, force est de considérer que la *restitutio in integrum* ne peut être réalisée parce qu'il est impossible de redonner vie au défunt. Par ailleurs, en ce qui concerne l'article 3 de la Convention, il est matériellement impossible d'effacer les actes de torture subis dans le passé par une personne ; ainsi que les traitements inhumains et dégradants.

Sur ce dernier point, la Cour a particulièrement insisté sur « l'irréversibilité » des actes des États défendeurs lorsqu'ils ont recouru à l'extradition d'un requérant vers un pays où il risque la peine capitale ou l'emprisonnement à perpétuité sans compression, alors qu'une mesure provisoire a été indiquée par la Cour¹⁰²⁴. À la Cour de poursuivre que dans cette hypothèse, « l'extradition a pour le moins ôté toute utilité d'un éventuel constat de violation de la Convention »¹⁰²⁵, ce qui reflète l'idée que la *restitutio in integrum* est irréalisable. Elle a également jugé en ce sens pour les affaires de renvoi des demandeurs d'asile dans le cadre du règlement Dublin de l'Union Européenne, vers des États où les requérants étaient confrontés au risque de ne pas être pris en charge d'une manière adaptée¹⁰²⁶.

¹⁰²⁴ v. C.E.D.H., *Trabelsi c. Belgique*, 04 septembre 2014, n° 140/10, §150.

¹⁰²⁵ *Idem*.

¹⁰²⁶ v. C.E.D.H., *Tarakhel c. Suisse*, 04 novembre 2014, n° 29217/12.

Dès lors, dans la mesure où l'irréversibilité empêche une réparation en nature appropriée de la violation substantielle, il appartiendra à la Cour, dans son application de l'article 41 en la matière, de déterminer « s'il y a lieu »¹⁰²⁷ d'octroyer aux requérants, une somme au titre de dommage moral et, le cas échéant, de déterminer le montant de telle réparation.

281. La disposition traite, en effet, également ces cas où la *restitutio in integrum* est impossible du fait de certains dommages irrestituables en nature, dans la mesure où, soulignons-le de nouveau, il ressort de son interprétation que la part non-restituable en l'état des conséquences de la violation, sera convertie en une somme à allouer au requérant au titre de la satisfaction équitable.

Le principe est que l'ampleur d'une indemnisation est « fonction de l'étendue du dommage subi par la victime »¹⁰²⁸. Dans le cadre d'une violation de l'article 2 de la Convention, sous son angle substantiel, la mise en œuvre concrète de ce principe est, cependant, problématique dans la mesure où il est impossible de chiffrer en argent la perte d'un proche¹⁰²⁹.

282. Rappelons donc la jurisprudence de la Cour en la matière : « là où les divers éléments constituant le préjudice ne se prêtent pas à un calcul exact (...), la Cour peut être amenée à les examiner globalement »¹⁰³⁰. Cependant, statuer « en équité »¹⁰³¹ dans le cadre de la réparation du préjudice moral subi par les requérants du fait de la perte d'un proche, peut aboutir à un résultat insatisfaisant. En comparaison avec l'article 1^{er} du Protocole additionnel, par exemple, la réparation – même en équité – de la violation de la disposition, a pour conséquence l'allocation de dédommagements supérieurs pour l'atteinte aux biens¹⁰³².

¹⁰²⁷ C.E.S.D.H., art. 41.

¹⁰²⁸ FLAUSS, (J.-F.), « Banalisation du contentieux indemnitaire devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *op. cit.*, p. 99.

¹⁰²⁹ Ou encore la réparation d'un traitement inhumain et dégradant pour les violations sous l'angle substantiel de l'article 3. Quand bien même nous citons l'article 2, cette thèse est transposable pour ce qui est de l'article 3 de la Convention.

¹⁰³⁰ C.E.D.H., *Raicu c. Roumanie*, 19 octobre 2006, n° 28104/03, §45 ; v. aussi C.E.D.H., *Comingersoll c. Portugal*, 06 avril 2000, n° 35382/97, §29.

¹⁰³¹ v. C.E.D.H., *Oğur c. Turquie*, 20 mai 1999, n° 21594/93, §98.

¹⁰³² v. C.E.D.H., *Beleyer c. Italie*, satisfaction équitable, 28 mai 2002, n° 33202/96, §26 : Statuant en équité, la Cour alloue au requérant, la somme de 1 300 000 euros au titre de réparation du préjudice subi ; v. aussi FLAUSS, (J.-F.), « Banalisation du contentieux indemnitaire devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *op. cit.*, p. 99.

Dans cette perspective, se posant la question de savoir s'il existait un risque que la hiérarchie des droits et la hiérarchie des indemnisations concordent de moins en moins, le Pr. Flauss conclut à une « hypocrisie pour la Cour à accepter que la réparation des atteintes des droits de l'homme qu'elle considère comme les plus fondamentaux soit (...) moins bien assurée que celle profitant à des droits qui ne se sont pas vu attribuer le même label »¹⁰³³. Selon ce dernier, la Cour ne manifesterait ainsi aucune bienveillance particulière pour les victimes de violations de droits absolus¹⁰³⁴.

À Mme la Juge Greve de comparer une affaire dans laquelle la somme de 1 300 000 euros a été attribuée au requérant pour violation du droit de propriété à une des affaires les plus graves que la Cour ait traité sur une double violation du droit à la vie dans laquelle celle-ci a alloué la somme de 15 245 euros¹⁰³⁵.

Dès lors, même en compensant la part non restituable en nature par une somme allouée au titre du dommage moral, la réparation ne peut être vue comme étant suffisante. Toutefois, ni la Cour, ni l'État ne peut redresser les conséquences irréversibles d'une violation de la Convention.

283. Même si l'État ne dispose d'aucune liberté dans l'appréciation du montant décidé par la Cour et dans l'appréciation de l'opportunité de ne pas payer, celui-ci dispose d'une grande marge dans l'appréciation des mesures à caractère non pécuniaire à prendre sous l'angle substantiel. En effet, le fait que le dédommagement moral ne puisse être matériellement complet, combiné au fait que la violation de droits dérogeables tende à de plus grandes réparations pécuniaires, n'encouragent pas l'État défendeur à adopter d'autres mesures individuelles n'ayant pas un caractère pécuniaire.

Plus concrètement, l'État défendeur est soumis à une obligation de résultat pour ce qui est du paiement de la satisfaction équitable au titre du dommage moral. Dans cette partie, la marge étatique se trouve réduite à néant car les arrêts déclaratoires de la Cour deviennent réellement des décisions « de prestation »¹⁰³⁶, une obligation directement et

¹⁰³³ FLAUSS (J.-F.), « Réquisitoire contre la mercantilisation ... », *op. cit.*, p. 231.

¹⁰³⁴ *Idem.* ; v. aussi C.E.D.H., *Oğur c. Turquie*, 20 mai 1999, n° 21594/93 et spécialement l'opinion dissidente virulente du Juge Bonello.

¹⁰³⁵ v. Opinion dissidente de Mme la Juge Greve dans C.E.D.H., *Beleyer c. Italie (satisfaction équitable)*, 28 mai 2002, n° 33202/96 ; v. aussi C.E.D.H., *Oğur c. Turquie*, 20 mai 1999, n° 21594/93, §98.

¹⁰³⁶ COHEN-JONATHAN (G.), *La Convention européenne des droits de l'homme, ... op. cit.*, p. 1573.

clairement exécutable¹⁰³⁷. Mais celui-ci n'est soumis qu'à une obligation de moyen pour ce qui est du choix de réparation en nature de cette même violation substantielle. Dans ce cas, la largesse de la marge d'appréciation étatique se manifeste, en l'espèce, par le fait qu'il appartient à l'État de se fixer son propre objectif de réparation « idéale » dans la mesure où la réalisation de la *restitutio in integrum* n'est plus de mise du fait du caractère irréversible des conséquences des violations substantielles des articles 2 et 3 de la Convention.

En guise d'illustration, dans le cadre de l'exécution de l'affaire *Wasilewska* précitée¹⁰³⁸, les autorités nationales ont indiqué, dans leur bilan d'action sur les mesures individuelles, qu'en plus du paiement de la satisfaction équitable, d'autres mesures à caractère non pécuniaire pour la réparation de la violation *substantielle*. À cet égard, les officiers qui ont pris part à ladite opération ont été dans l'obligation d'écrire des rapports spéciaux sur l'utilisation des armes à feu¹⁰³⁹, rapports qui ont été examinés par leurs supérieurs¹⁰⁴⁰.

A contrario, dans d'autres procédures, certains États ont considéré, dans le cadre de leur bilan d'action en vue de l'exécution des arrêts de la Cour, que le paiement de la satisfaction équitable était la seule mesure nécessaire au titre des mesures individuelles sur la violation substantielle¹⁰⁴¹. En définitive, tout est laissé à la seule appréciation de l'État, la décision de la Cour n'indiquant rien sur ce point, ce qui « est dommageable pour les droits des justiciables à plusieurs égards »¹⁰⁴².

284. Le constat sur l'étendue de la marge étatique est, cependant, différent lorsque ce sont les conséquences secondaires de la violation substantielle desdites dispositions absolues, qui sont concernées **(B)**.

¹⁰³⁷ LAMBERT ABDELGAWAD (E.), *L'exécution des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 12.

¹⁰³⁸ v. le Par. 281 de la présente étude.

¹⁰³⁹ L'on pourrait être tenté de dire qu'il s'agissait d'une mesure générale. Deux arguments vont, cependant, à l'encontre de cela. D'une part, la mesure apparaît dans la section des mesures individuelles dans le bilan d'action des autorités nationales. D'autre part, la mesure peut, certes, avoir un caractère général, mais elle concerne les officiers nommés dans l'affaire et non les autres officiers de police ; il s'agissait donc principalement de les informer sur leurs droits, rôles et responsabilités dans des cas similaires.

¹⁰⁴⁰ v. 1259^{ème} Réunion du Comité des Ministres, 7 au 9 Juin 2016, Document DH-DD(2016)555, p. 4.

¹⁰⁴¹ v. Bilan d'action sur l'exécution de l'affaire C.E.D.H., *Dodov c. Bulgarie*, 17 janvier 2008, n° 59548/00 dans le cadre de la Résolution CM/ResDH(2013)151 adoptée par le Comité des Ministres le 11 septembre 2013 lors de la 1177^e réunion des Délégués des Ministres : du point de vue substantiel, le paiement de la somme au titre de dommage moral a été suffisant ; du point de vue procédural, des mesures d'enquêtes ont été mises en oeuvre. Cependant, nous ne parlons ici que du point de vue substantiel. En conséquence, aucune autre mesure de réparation en nature n'a été requise pour parfaire la réparation maximale.

¹⁰⁴² THOUVENOT (M.), « La marge d'appréciation nationale, le faux-fuyant de la CEDH face aux décisions économiques d'envergure », *Journal d'Actualité des Droits Européens*, 5 octobre 2017.

B. La réparation des conséquences secondaires de la violation substantielle au titre du dommage matériel

285. Théoriquement, replacer le requérant dans la situation dans laquelle il se trouvait s'il n'y avait pas eu de violation de l'article 2 de la Convention, reviendrait à ce que celui-ci bénéficie du remboursement des frais médicaux, des dépenses funéraires ; ou encore à ce qu'il puisse jouir, en continue, de l'entretien familial fourni par le défunt avant sa mort. Cela est d'ailleurs parfaitement initié par l'expression « *aussi proche possible* de la situation avant le manquement » dans notre définition de la *restitutio in integrum*. C'est donc à partir de cette donnée que nous verrons si ce mode de réparation a été mis en avant pour une marge d'appréciation étatique plus étroite, ou, si au contraire, il a pris une place subsidiaire, élargissant par là, la marge étatique dans l'exécution de la décision de la Cour.

286. En appréciant les conséquences secondaires d'une violation d'un droit dérogeable, nous observons plusieurs affaires devant la Cour qui font état de la situation économique de la famille de la victime. Il s'agit des cas où le défunt subvenait aux besoins de sa famille avant sa mort, famille qui se retrouvait ensuite sans ressources après la méconnaissance, par l'État, de l'article 2 de la Convention. Dans cette perspective, les requérants réclament, le plus souvent, au titre du dommage matériel, le remboursement de frais d'entretien de la famille que la victime avait pour habitude de donner¹⁰⁴³. À cet effet, la Cour a reconnu, à plusieurs reprises, que le lien de causalité entre le manquement avéré et le préjudice allégué, requis au titre des conditions de forme pour l'octroi d'une satisfaction équitable¹⁰⁴⁴, peut inclure les pertes de revenus¹⁰⁴⁵. Elle a également déjà établi

¹⁰⁴³ v. C.E.D.H., *Oğur c. Turquie*, 20 mai 1999, n° 21594/93, § 95.

¹⁰⁴⁴ C.E.D.H., *Salman c. Turquie*, 27 juin 2000, n° 21986/93, §137 ; v. aussi GARIN (A.), « La perte de chance, un préjudice indemnisable : contribution à une problématique de l'indemnisation du dommage par la Cour européenne des droits de l'homme », in FLAUSS (J.-F.), LAMBERT ABDELGAWAD (E.), *La pratique d'indemnisation ... op. cit.*, p. 157.

¹⁰⁴⁵ C.E.D.H., *Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne (satisfaction équitable)*, 13 juin 1994, n° 10590/83, §§16-20.

un lien de causalité *direct*¹⁰⁴⁶ entre la violation de l'article 2 de la Convention et la perte du soutien financier de la partie requérante¹⁰⁴⁷.

Cependant, même si la Cour estime établi le lien de causalité entre la violation de l'article 2 de la Convention et la perte de soutien financier, elle demande néanmoins un détail des prétentions. En effet, elle vérifie si le requérant était réellement pris en charge par la victime¹⁰⁴⁸, elle vérifie également le salaire de cette dernière ainsi que l'âge de retraite¹⁰⁴⁹, tel que fixé dans le régime interne pour établir la véracité des calculs. Cette démarche est initiée par l'article 60 du Règlement de la Cour qui établit que la demande de satisfaction équitable doit respecter certaines conditions de forme, dont la soumission de prétentions « chiffrées et ventilées par rubrique et accompagnées des justificatifs pertinents »¹⁰⁵⁰.

287. Dans cette continuité, « le pouvoir discrétionnaire reconnu à la Cour d'accorder une satisfaction équitable se fonde sur une application non spéculative des conséquences internes de la violation de la Convention »¹⁰⁵¹. Ainsi, le caractère spéculatif et fictif des prétentions résultant de « calculs d'actuaire »¹⁰⁵², a déjà amené la Cour à rejeter les demandes des requérants.

Dès lors, en pratique, la double problématique de la spéculation et du lien de causalité a rendu la question de la *restitutio* des revenus financiers, très compliquée pour la Cour. Sur ce point, dans l'affaire *Oğur c. Turquie*, la Haute juridiction n'a pu accueillir la demande de réparation de la partie requérante au titre de dommage matériel en raison de l'absence d'indication, dans le dossier, des revenus que percevait la victime – le fils défunt de la requérante – et de l'aide apportée par l'une à l'autre¹⁰⁵³. Le Juge Bonello avait ainsi

¹⁰⁴⁶ En effet, la Cour considère que le lien de causalité n'est pas établi lorsque l'État n'est pas le responsable direct de la violation. Par exemple, dans l'affaire C.E.D.H., *Anguelova et Iliev c. Bulgarie*, 26 juillet 2007, n° 55523/00, §125 : la Cour note qu'en l'espèce, les responsables des mauvais traitements et du décès de la victime sont des particuliers ; « dès lors, bien qu'il existe un lien direct entre le décès et la perte alléguée de soutien financier, le Gouvernement n'est pas responsable des actes des agresseurs et ne saurait donc être tenu d'indemniser les requérants pour le dommage matériel subi en conséquence ».

¹⁰⁴⁷ C.E.D.H., *Salman c. Turquie*, 27 juin 2000, n° 21986/93, §137 ; C.E.D.H., *Cakici c. Turquie*, 8 juillet 1999, n° 23657/94, §125.

¹⁰⁴⁸ v. C.E.D.H., *Mahmut Kaya c. Turquie*, 28 mars 2000, n° 22535/93, §135: « La Cour relève que le défunt était célibataire et sans enfant. Le requérant ne prétend pas avoir été à la charge de son frère ».

¹⁰⁴⁹ C.E.D.H., *Brincat et autres c. Maltes*, 24 juillet 2014, n° 60908/11, 62110/11, 62312/11 et 62338/11, §150.

¹⁰⁵⁰ Règlement de la Cour, art. 60.

¹⁰⁵¹ TOUZE (S.), « Les limites de l'indemnisation ... » *op. cit.*, p. 128.

¹⁰⁵² Opinion dissidente de M. Le Juge Gölcüklü dans C.E.D.H., *Salman c. Turquie*, 27 juin 2000, n° 21986/93, pt. 7 et pt. 10.

¹⁰⁵³ v. C.E.D.H., *Oğur c. Turquie*, 20 mai 1999, n° 21594/93, §95.

exprimé son mécontentement concernant la décision de la Cour car le Gouvernement n'avait lui-même pas contesté que la famille de la victime « vivait des revenus qu'il percevait »¹⁰⁵⁴. Celui-ci estime que la Cour, ayant eu la possibilité d' « inviter une partie à soumettre des observations sur la satisfaction équitable »¹⁰⁵⁵, aurait pu et dû inviter la requérante à soumettre des précisions concernant sa demande¹⁰⁵⁶. C'est avec des mots très forts qu'il conclut qu' « il semble que sur les marchés de Strasbourg, la vie soit une denrée très peu chère et le crime une excellente affaire »¹⁰⁵⁷.

De même, dans le cadre de l'affaire *Brincat et autres c. Maltes*¹⁰⁵⁸ qui concernait l'exposition d'ouvriers à l'amiante sur leur lieu de travail, la Cour a constaté la violation de l'article 2 de la Convention au regard du premier requérant, décédé d'un cancer lié à l'amiante en 2006. La famille représentant le requérant avait réclamé une somme au titre de dommage matériel, comprenant le salaire que la victime aurait reçu pendant les quatre années avant sa retraite s'il n'était pas décédé à la suite de problèmes de santé liés à l'amiante¹⁰⁵⁹. Cependant, la Cour ne voit aucune certitude dans le fait que la victime aurait travaillé quatre années de plus s'il n'était pas décédé¹⁰⁶⁰. En effet, la Cour a toujours confirmé son hostilité à une éventuelle indemnisation des gains spéculatifs¹⁰⁶¹, qu'il s'agisse d'ailleurs de profits liés à des opérations de construction¹⁸⁸, de placement¹⁸⁹ ou d'investissement plus généralement¹⁹⁰.

288. Pourtant, la Cour a déjà, par le passé, octroyé une satisfaction équitable aux intéressés même lorsque ceux-ci n'ont pas « étayé, à l'aide de preuves littérales ou autres, leurs prétentions »¹⁰⁶². Elle a, ainsi, estimé que l'évaluation des montants qu'elle octroie ne pouvait que comporter une part de spéculation, c'est pourquoi pareille évaluation « reposera sur des principes d'équité »¹⁰⁶³.

Par exemple, dans l'affaire *Öneryildiz c. Turquie*, les requérants ont demandé 300.000 USD au titre de réparation du dommage matériel pour la « perte du soutien

¹⁰⁵⁴ v. Opinion en partie dissidente de M. le Juge Bonello dans C.E.D.H., *Oğur c. Turquie*, 20 mai 1999, n° 21594/93, §95.

¹⁰⁵⁵ Règlement de la Cour, art. 60 §3.

¹⁰⁵⁶ v. Opinion en partie dissidente de M. le Juge Bonello dans C.E.D.H., *Oğur c. Turquie*, 20 mai 1999, n° 21594/93, §95.

¹⁰⁵⁷ *Idem*.

¹⁰⁵⁸ C.E.D.H., *Brincat et autres c. Maltes*, 24 juillet 2014, n° 60908/11, 62110/11, 62312/11 et 62338/11.

¹⁰⁵⁹ *Ibid.*, §148.

¹⁰⁶⁰ *Ibid.*, §150.

¹⁰⁶¹ FLAUSS (J.-F.), « le contentieux de la réparation ... », *op. cit.*, p. 171.

¹⁰⁶² C.E.D.H., *Selçuk et Asker c. Turquie*, 24 avril 1998, n° 23184/94, §106.

¹⁰⁶³ *Idem*.

financier » encourue du fait du décès des membres de leur famille¹⁰⁶⁴. La Cour ne trouve cette prétention « ni ventilée, ni documentée »¹⁰⁶⁵, mais admet qu'en l'espèce, chaque membre du foyer devait, d'une manière ou d'une autre, apporter sa contribution, ne serait-ce qu'accessoire, à la subsistance de tous¹⁰⁶⁶. C'est ainsi que « *tout bien considéré*, la Cour estime qu'il convient d'octroyer à ce titre, une somme globale de 10.000 euros »¹⁰⁶⁷.

Elle a également procédé de la même manière dans l'affaire *Hentrich c. France* qui concernait la violation des articles 6 de la Convention et de l'article 1^{er} du Protocole additionnel¹⁰⁶⁸. L'on ne voit pas pourquoi dans ces affaires – dans lesquelles, d'ailleurs, des droits dérogeables sont également touchés – la Cour a choisi de recourir aux principes d'équité en cas de défaut de prétentions détaillées¹⁰⁶⁹ et de rejeter les prétentions non détaillées dans d'autres affaires.

289. En sus de l'alternative d'actionner l'article 60 §3 du Règlement, l'on ne voit pas non plus pourquoi la Cour n'a pas usé du mécanisme consistant pour elle à statuer en équité, malgré sa large marge d'appréciation dans le cadre de l'application de l'article 41 de la Convention, même s'il est vrai qu'elle a déjà été critiquée pour ne pas avoir invité des experts à lui donner une vue plus « claire et fiable des faits »¹⁰⁷⁰ lorsqu'elle a agi en ce sens.

290. En définitive, en ne demandant pas aux parties plus de détails sur leurs prétentions tout en établissant le lien de causalité entre le manquement allégué et le dommage subi, la Cour pourrait elle-même constituer l'obstacle à la réalisation de la *restitutio in integrum*. Cela réaffirme notre position, dans la première partie de notre étude, consistant à encourager l'examen des arrêts en deux étapes – au principal d'abord, sur la satisfaction équitable, ensuite.

¹⁰⁶⁴ C.E.D.H., *Öneryildiz c. Turquie*, 30 novembre 2004, n° 48939/99, §162.

¹⁰⁶⁵ *Ibid.*, §168.

¹⁰⁶⁶ *Idem.*

¹⁰⁶⁷ *Idem.* Les italiques sont de nous.

¹⁰⁶⁸ C.E.D.H., *Hentrich c. France (satisfaction équitable)*, 03 juillet 1995, n° 13616/88, §§10-11.

¹⁰⁶⁹ Autres exemples d'arrêts dans lesquels la Cour a accordé « en équité » des dommages et intérêts en l'absence de demandes dûment chiffrées : C.E.D.H., *Vasilescu c. Roumanie*, 22 mai 1998, n° 27053/95 ; C.E.D.H., *Estima Jorge c. Portugal*, 21 avril 1998, n° 24550/94 ; C.E.D.H., *Église catholique de La Canée c. Grèce*, 16 décembre 1997, n° 25528/94 ; C.E.D.H., *Gaygusuz c. Autriche*, 16 septembre 1996, n° 17371/90 ; C.E.D.H., *Allenet de Ribemont c. France*, 10 février 1995, n° 15175/89.

¹⁰⁷⁰ Opinion dissidente de M. le Juge Martens dans C.E.D.H., *Hentrich c. France*, satisfaction équitable, 3 juillet 1995, n° 13616/88.

291. En se constituant « obstacle », la Cour permet aux États de se contenter, dans le cadre de la satisfaction équitable, de payer la somme indiquée elle, sans réelle distinction de la part que couvre ledit montant, aux fins d'exécution¹⁰⁷¹. En d'autres termes, la marge d'appréciation de l'État dans l'exécution d'un arrêt qui fait état d'une violation d'un droit absolu, est large *lorsque la Cour a établi un lien de causalité entre le manquement et le dommage, mais ne retient pas la prétention des requérants.*

Paragraphe 2 : LA RÉPARATION DES VIOLATIONS PROCÉDURALES DES DROITS INDÉROGEABLES

292. En sus des obligations positives et négatives qu'il incombe aux États sous l'angle substantiel des articles 2 et 3 de la Convention¹⁰⁷², ceux-ci sont également tributaires d'obligations positives d'ordre procédural, leur imposant de mener une enquête sur les faits de l'espèce¹⁰⁷³. Pareille enquête doit répondre à plusieurs exigences : les proches des requérants – ainsi que le public – doivent avoir accès à la procédure¹⁰⁷⁴. Aussi, l'enquête doit-elle être indépendante¹⁰⁷⁵, rapide¹⁰⁷⁶ et effective¹⁰⁷⁷. Pareille obligation peut en principe être remplie si des voies de droit civiles, administratives ou mêmes disciplinaires sont ouvertes aux intéressés¹⁰⁷⁸. Il est cependant vrai que « la Convention ne garantit pas en tant que tel le droit à l'ouverture de poursuites pénales contre des tiers »¹⁰⁷⁹,

¹⁰⁷¹ v. Bilan d'action de Malte dans l'affaire C.E.D.H., *Brincat et autres c. Maltes*, 24 juillet 2014, n° 60908/11, 62110/11, 62312/11 et 62338/11 : 1265ème Réunion du 20-22 septembre 2016, DH-DD(2016)765, pt. 2 : les autorités ont payé la satisfaction équitable au titre du dommage moral ; constatant que la Cour a rejeté les prétentions des requérants concernant le dommage matériel malgré l'existence d'un lien de causalité entre l'article 2 et la perte de soutien financier, les autorités nationales, dans leur bilan d'action, ont estimé qu'aucune autre mesure individuelle ne paraissait nécessaire.

¹⁰⁷² C.E.D.H., *Osman c. Royaume-Uni*, 28 octobre 1998, n° 23452/94, §115

¹⁰⁷³ C.E.D.H., *Jasinskis c. Lettonie*, 21 décembre 2010, n° 45744/08, §72 ; C.E.D.H., *Anguelova c. Bulgarie*, 13 juin 2002, n° 38361/97, §137 ; C.E.D.H., *McCann et autres c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1995, n° 18984/91.

¹⁰⁷⁴ C.E.D.H., *Seidova et autres c. Bulgarie*, 18 novembre 2010, n° 310/04 ; C.E.D.H., *Paul et Audrey Edwards c. Royaume-Uni*, 14 mars 2002, n° 46477/99.

¹⁰⁷⁵ C.E.D.H., *Kolevi c. Bulgarie*, 05 novembre 2009, n° 1108/02.

¹⁰⁷⁶ C.E.D.H., *Anguelova et Iliev c. Bulgarie*, 26 juillet 2007, n° 55523/00, §97.

¹⁰⁷⁷ C.E.D.H., *Ognyanova et Choban c. Bulgarie*, 23 février 2006, n° 46317/99, §92.

¹⁰⁷⁸ *Idem.* ; v. aussi C.E.D.H., *Vo c. France*, 08 juillet 2004, n° 53924/00, §90 ; C.E.D.H., *Mastromatteo c. Italie*, 24 octobre 2002, n° 37703/97, §90 et §§94-95 ; C.E.D.H., *Calvelli et Ciglio*, 17 janvier 2002, n° 32967/96, §51.

¹⁰⁷⁹ C.E.D.H., *Silih c. Slovénie*, 09 avril 2009, n° 71463/01, §194 ; v. aussi C.E.D.H., *Szula c. Royaume-Uni (déc.)*, 04 janvier 2007, n° 18727/06.

précisément lorsque l'atteinte au droit à la vie ou à l'intégrité physique n'est pas intentionnelle¹⁰⁸⁰.

Cependant, la Cour a maintes fois affirmé que le système judiciaire efficace exigé par l'article 2 de la Convention peut, voire *doit* dans certaines circonstances, comporter un mécanisme de répression pénale¹⁰⁸¹.

293. Dès lors, il ne s'agit pas d'une *obligation de résultat* mais plutôt, d'une *obligation de moyen*¹⁰⁸² : les autorités doivent avoir pris les mesures raisonnables dont elles disposaient pour obtenir les preuves relatives aux faits en question, y compris, entre autres, les dépositions des témoins oculaires, les expertises et, le cas échéant, une autopsie propre à fournir un compte rendu complet et précis des blessures de la victime, ou encore, une analyse objective des constatations cliniques, notamment de la cause du décès¹⁰⁸³.

À ce titre, nous avons conclu dans la première partie de notre étude que l'obligation de moyen était moins contraignante que l'obligation de résultat¹⁰⁸⁴ et qu'elle se rapportait à la conception d'une marge d'appréciation étatique large dans la mesure où l'État a le libre choix des moyens à prendre pour réparer la violation selon sa définition de ce qui serait approprié. En conséquence, l'État jouit d'une marge d'appréciation dans la mise en œuvre – en amont – de son obligation d'enquête. Cela étant, pareille marge est davantage réduite dans le cadre de l'exécution de la décision de la Cour. En effet, le défaut d'effectivité d'une enquête va amener à un constat de violation sous l'angle procédural de l'article 2 ou de l'article 3 de la Convention. Une telle violation nécessite l'adoption de mesures de réparation par l'État défendeur. La gamme de choix de mesures de l'État défendeur sera nécessairement limitée car les défauts de l'enquête, pointés par la Cour, devront être corrigés par l'État. En d'autres termes, l'État n'a d'autres choix que de reprendre l'enquête dans la prise en compte de telles défaillances visées dans l'arrêt au principal (A).

En tout état de cause, si la restitution des conséquences des violations de ces droits absolus sous l'angle procédural n'est que partielle, une indemnisation du dommage moral

¹⁰⁸⁰ C.E.D.H., *Zavoloka c. Lettonie*, 07 juillet 2009, n° 58447/00, §34.

¹⁰⁸¹ *Idem.* Les italiques sont de nous.

¹⁰⁸² C.E.D.H., *Avsar c. Turquie*, 10 juillet 2001, n° 25657/94, §394.

¹⁰⁸³ *Idem.* ; C.E.D.H., *Gül c. Turquie*, 14 décembre 2000, n° 22676/93, §89 concernant les expertises ; C.E.D.H., *Tanrikulu c. Turquie*, 08 juillet 1999, n° 23763/94, §109 concernant les témoins.

¹⁰⁸⁴ TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil: Les obligations, ... op. cit.*, p. 7 : L'obligation de moyen engage « seulement à employer les moyens appropriés [pour] le résultat [souhaité] » ; v. aussi les Pars. 87 à 90 de la présente étude.

découlant de la violation procédurale doit en principe être possible et faire partie du régime de réparation mis en place¹⁰⁸⁵ (B).

A. Mesure de réparation non pécuniaire : l'obligation de reprendre l'enquête

294. Il ressort des résolutions répétées du Comité des Ministres que sa position établie consiste en une « obligation *continue* de mener [des] enquêtes dans la mesure où des violations procédurales des articles 2, 3 et 13 ont été constatées »¹⁰⁸⁶. L'enquête que les autorités nationales de l'État défendeur doivent reprendre ou « commencer »¹⁰⁸⁷, répond aux mêmes critères d'effectivité, de célérité, de transparence et d'impartialité, imposés – en amont – dans la mise en œuvre sous desdites dispositions l'angle procédural.

Pour autant, la particularité qu'il y ait eu un arrêt comportant une motivation sur les points défailants de l'enquête, suivie d'un constat de violation de l'article 2 ou 3 de la Convention, a pour effet que les autorités nationales doivent faire précisément attention à ne pas commettre la même erreur dans le cadre de la réparation.

295. En définitive, la marge d'appréciation de l'État dans l'exécution de l'arrêt est plus étroite.

D'une part, cependant, elle n'est pas aussi étroite au point de transformer l'obligation de moyen de l'État défendeur en obligation de résultat. En effet, la réduction de la marge ne peut s'interpréter comme impliquant, en tant que tel, « une obligation de résultat supposant que toute poursuite puisse se solder par une condamnation (...) »¹⁰⁸⁸. Ainsi, dans

¹⁰⁸⁵ C.E.D.H., *Zavoloka c. Lettonie*, 07 juillet 2009, n° 58447/00, §35 ; C.E.D.H., *Paul et Audrey Edwards c. Royaume-Uni*, 14 mars 2002, n° 46477/99, §97 ; C.E.D.H., *Z. et autres c. Royaume-Uni*, 10 mai 2001, n° 29392/95, §109 ; C.E.D.H., *Keenan c. Royaume-Uni*, 03 avril 2001, n° 27229/95, §129 ; C.E.D.H., *Geouffre de La Pradelle c. France*, 16 décembre 1992, n° 12964/87, §39 ; v. FLAUSS (J.-F.), « Le contentieux de la réparation (...) » *op. cit.*, p. 172.

¹⁰⁸⁶ v. Résolution intérimaire CM/ResDH(2007)107 relative aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Velikova* et 7 autres affaires contre la Bulgarie concernant notamment les mauvais traitements infligés par les forces de police, ayant entraîné trois décès, et le défaut d'enquête effective, adoptée par le Comité des Ministres le 17 octobre 2007, lors de la 1007^e réunion des Délégués des Ministres.

¹⁰⁸⁷ Dans l'hypothèse où la violation procédurale de l'article 2 ou 3 de la Convention résulte de l'absence totale d'enquête.

¹⁰⁸⁸ v. C.E.D.H., *Zavoloka c. Lettonie*, 07 juillet 2009, n° 58447/00, §34-c).

le cadre de l'exécution de l'arrêt *Wasilewska* précité¹⁰⁸⁹, les autorités polonaises ont affirmé, dans leur bilan d'action, qu'il avait été impossible d'imposer des sanctions disciplinaires aux officiers qui ont pris part à l'opération, le délai en la matière ayant été dépassé¹⁰⁹⁰. L'obligation d'aboutir à une condamnation ne constituant pas une violation de l'article 2 de la Convention sous l'angle procédural, elle ne constitue pas plus un « dépassement » de la marge d'appréciation dans l'exécution de l'arrêt de la Cour.

D'autre part, la marge étatique dans l'exécution est, tout de même, assez étroite pour que l'obligation d'enquête soit suivie de près par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe. Par exemple, dans le cadre de l'exécution de l'affaire *Velikova*¹⁰⁹¹, les autorités bulgares ont indiqué, dans leur bilan d'action, dans le cadre des mesures individuelles, que :

« le Ministère de la justice a transmis une copie des arrêts de la Cour européenne dans ces affaires au procureur général qui est l'organe compétent pour demander la *réouverture d'une procédure pénale* mise en cause par un arrêt de la Cour européenne (...). [Et que l']*attention* du procureur général a été *attirée* sur l'obligation continue des autorités bulgares de *mener des enquêtes effectives* sur des décès et des mauvais traitements ou des allégations de mauvais traitement dans les cas où des violations procédurales des articles 2, 3 et 13 ont été constatées par la Cour européenne »¹⁰⁹².

Malgré cette indication de l'État dans son bilan d'action, le Comité des Ministres a décidé de poursuivre le contrôle de l'exécution de l'arrêt jusqu'à ce que « [l']efficacité [des mesures adoptées] ne suscite plus de doute »¹⁰⁹³. Cela montre que l'obligation de moyen à laquelle est soumise l'État défendeur concernant la poursuite de l'enquête n'est pas satisfaite par une simple tentative d'attirer l'attention des autorités nationales compétentes à rouvrir la procédure. Le « début » ou l'éventualité d'une enquête ne suffisent pas, celle-ci

¹⁰⁸⁹ v. les Par. 282 et 292 de la présente étude.

¹⁰⁹⁰ v. 1259^{ème} Réunion du Comité des Ministres, 07 au 09 Juin 2016, Document DH-DD(2016)555, p. 4.

¹⁰⁹¹ C.E.D.H., *Velikova c. Bulgarie*, 18 mai 2000, n° 41488/98.

¹⁰⁹² Annexe II à la Résolution Intérimaire CM/ResDH(2007)107, Informations fournies au Comité des Ministres par le Gouvernement de la Bulgarie concernant les mesures individuelles et générales prises à ce jour ou envisagées afin de se conformer aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Les italiques sont de nous.

¹⁰⁹³ Résolution intérimaire CM/ResDH(2007)107 relative aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Velikova* et 7 autres affaires contre la Bulgarie concernant notamment les mauvais traitements infligés par les forces de police, ayant entraîné trois décès, et le défaut d'enquête effective, adoptée par le Comité des Ministres le 17 octobre 2007 lors de la 1007^{ème} réunion des Délégués des Ministres.

devant être pleine, efficace et effective pour être conforme à l'arrêt de la Cour et aux articles 2, 3 et 13 de la Convention.

296. Le moindre doute sur la réalisation partielle ou totale de cette obligation par le droit interne de l'État sera ensuite compensé, s'il y a lieu, par un dédommagement moral, en vertu du principe de subsidiarité (**B**).

B. Mesures de réparation pécuniaire : le dédommagement moral

297. Au demeurant, la problématique première liée au dédommagement moral est toujours de connaître la part des conséquences de la violation qui est couverte par la somme allouée. En effet, il ressort de notre précédente analyse de l'article 41 de la Convention que ce qui peut être restitué en nature doit l'être ; et ce qui ne le peut pas, doit être chiffré en somme d'argent qui sera allouée à la victime.

Il est nécessaire de se référer aux motivations de la Cour dans l'arrêt pour comprendre ce qui est concrètement couvert par la somme allouée au titre de dommage moral. En guise d'illustration, dans l'arrêt *Silih c. Slovénie* qui concerne le défaut de célérité et d'effectivité d'une enquête relative à un décès qui serait résulté d'une négligence médicale, la Cour énonce des *exemples* de mesures possibles de réparation de la violation procédurale de l'article 2 de la Convention. Dans les motifs de l'arrêt, elle s'exprime ainsi :

« Par exemple, le système juridique en cause offre aux intéressés un recours devant les juridictions civiles, seul ou combiné avec un recours devant les juridictions pénales, propre à permettre l'établissement de la responsabilité éventuelle des médecins en cause et, le cas échéant, l'application de toute sanction civile appropriée, tel le versement de dommages-intérêts et/ou la publication de l'arrêt. Des mesures disciplinaires peuvent également être envisagées »¹⁰⁹⁴.

298. La Cour elle-même a déjà affirmé que « la possibilité hypothétique que l'enquête reprenne (...) ne saurait être raisonnablement interprétée comme une *resitutio in integrum* en droit interne ». En conséquence, la réalisation de la *resitutio in integrum*

¹⁰⁹⁴ C.E.D.H., *Silih c. Slovénie*, 09 avril 2009, n° 71463/01, §194.

impliquera, dans le cadre des violations procédurales de pareilles dispositions indérogeables, le plus souvent, l'adoption à la fois de mesures individuelles pécuniaire et en nature.

Initiant l'idée de combiner réparation en nature et versement de dommages et intérêts, la Cour prend soin de distinguer les conséquences des violations qui sont restituables de celles qui sont irréversibles. Dans cette perspective, dans l'arrêt précité, elle « admet que la violation de l'article 2 en son aspect procédural a causé aux intéressés un préjudice moral en les *plaçant dans une situation de détresse et de frustration* ». Elle alloue donc au requérant la somme de 7540 euros au titre de la satisfaction équitable¹⁰⁹⁵. Cela – et plus particulièrement nos soulignements – montre que la somme allouée au titre du dommage moral couvre la détresse et la frustration liée à l'ineffectivité ou encore à la lenteur de l'enquête, c'est-à-dire le tort moral découlant des conséquences secondaires de la violation procédurale du droit absolu. En d'autres termes, la conséquence primaire de la violation qui consiste en l'absence d'une enquête effective n'est pas comprise dans cette somme et doit faire l'objet d'une réparation en nature, par les autorités nationales.

Cela a pour effet de limiter considérablement la marge d'appréciation de l'État dans l'exécution de l'arrêt car, *in fine*, la gamme de choix de mesures de l'État se résume à payer la satisfaction équitable déterminée par la Cour et reprendre une enquête effective, efficace, rapide, transparente et impartiale. La seule marge restante des États consistera dans le fait que l'obligation de moyen n'implique pas que l'enquête aboutisse à une quelconque condamnation¹⁰⁹⁶, sans compter la marge de *manœuvre* pleine de l'État dans le choix de la *manière* d'enquêter.

¹⁰⁹⁵ *Ibid.*, §222. Les italiques sont de nous.

¹⁰⁹⁶ C.E.D.H., *Gürtekin et autres c. Chypre (déc.)*, 11 mars 2014, n° 60441/13, §20.

Section 2 : Indication de mesures de réparation par la Cour sans constat préalable de violation de la Convention : une limitation exceptionnelle de la marge d'appréciation étatique

299. Conformément à l'article 32 de la Convention, la compétence de la Cour s'étend à toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses protocoles. Son rôle consiste ainsi à déterminer la conformité ou non de l'action étatique à la Convention et, en cas de non-conformité, se prononcer sur la satisfaction équitable dans les conditions décrites à l'article 41 de la Convention. De ce fait, la Haute juridiction ne peut, en principe, indiquer les mesures à prendre par l'État défendeur. Au fil de ses décisions, cependant, elle s'est donnée la possibilité, à titre exceptionnel, de d'indiquer de telles mesures¹⁰⁹⁷.

Si l'indication par le juge européen des mesures que l'État défendeur doit – envisager de – prendre pour remédier à une violation de la Convention qui est établie dans l'arrêt, relève d'une exception, celle en cas d'absence de constat de violation¹⁰⁹⁸ relève, quant à elle, d'une double exception. À cet égard, nous ne pouvons que nous plier à l'opinion des Juges Casadevall, Berro-Lefèvre et Jäderblom dans l'affaire *Tarakhel c. Suisse* selon laquelle le *caractère absolu* des droits garantis par les articles 2 et 3 de la Convention et *l'irréversibilité* des effets de leurs violations justifient la mise en jeu de la responsabilité des États du fait qu'ils exposent des individus au *risque* de tels traitements¹⁰⁹⁹. Nous verrons donc que c'est, en réalité, à des fins de prévention que la Cour s'autorise à indiquer des mesures *sans constat de violation*.

300. La Cour peut procéder de deux manières différentes. D'une part, elle peut indiquer des mesures dans les motifs de l'arrêt (**Paragraphe 1**), ce qui s'apparente

¹⁰⁹⁷ v. à titre d'exemple, C.E.D.H., *Öcalan c. Turquie*, 12 mai 2005, n° 46221/99, § 210 ; C.E.D.H., *Popov c. Russie*, 13 juillet 2006, n° 26853/04, § 263. Parfois même, la nature de la violation constatée ne laisse pas de choix quant aux mesures à prendre : C.E.D.H., *Assanidzé c. Géorgie*, 8 avril 2004, n° 71503/01, § 202.

¹⁰⁹⁸ Nous parlons ici d'une absence totale de constat de violation ; contrairement à la troisième catégorie d'arrêt entre violation et non violation référée par la Cour dans l'arrêt : C.E.D.H., *Caballero c. Royaume-Uni*, 08 février 2000, n° 32819/96, où la Cour « se contente d'accepter la concession du Gouvernement selon laquelle il y a eu violation » : v. Opinion concordante de Mme la Juge Palm, à laquelle se rallient M. Bonello, Mme Tulkens et Sir Robert Carnwath, Juges, dans C.E.D.H., *Caballero c. Royaume-Uni*, 08 février 2000, n°32819/96.

¹⁰⁹⁹ Opinion en partie dissidente commune aux Juges Casadevall, Berro-Lefèvre et Jäderblom dans C.E.D.H., *Tarakhel c. Suisse*, 04 novembre 2014, n° 29217/12.

davantage à une *suggestion* dans la mesure où l'autorité de la chose jugée ne s'attache qu'au dispositif de la sentence¹¹⁰⁰. Toutefois, de tels cas n'empêchent pas que l'étendue de la marge d'appréciation de l'État dans l'exécution de l'arrêt peut être considérée comme étant limitée étant donné que certaines mesures dans la gamme de choix, sont soulignées.

D'autre part, le juge peut indiquer des mesures dans le dispositif même de sa décision (**Paragraphe 2**). Sachant qu'une indication de mesures a une valeur « plus contraignante dès lors qu'elle figure dans le dispositif de l'arrêt »¹¹⁰¹, il est possible de considérer que la marge d'appréciation étatique dans l'exécution de la décision est, ici, beaucoup plus limitée que dans le premier cas, les indications en la matière dépassant l'idée d'une simple portée suggestive.

Paragraphe 1 : CAS DE L'INDICATION DE MESURES DANS LES MOTIFS DE LA DÉCISION

301. Les motifs de l'arrêt constituent la motivation du jugement, « c'est-à-dire les différentes articulations du raisonnement du juge dont le dispositif constitue a priori l'aboutissement »¹¹⁰². En principe, ils ne revêtent pas de l'autorité de la chose jugée entre les parties¹¹⁰³. L'obligation d'exécution de l'arrêt à laquelle est soumise l'État défendeur est donc relative uniquement au dispositif de celui-ci. Or, les formules énoncées dans les motifs définissent « de manière générale et abstraite » le sens à donner aux dispositions de la Convention¹¹⁰⁴.

¹¹⁰⁰ v. C.P.J.I., *Service postal polonais à Dantzig, avis consultatif du 16 mai 1925*, Série B, n° 11, pp. 29-30 : « Or, il est certain que les motifs contenus dans une décision, tout au moins dans la mesure où ils dépassent la portée du dispositif, n'ont pas force obligatoire entre les Parties intéressées » ; v. aussi DE VISSCHER (Ch.), « La chose jugée devant la Cour internationale de La Haye », R.B.D.I., vol. 1, 1965, p. 6.

¹¹⁰¹ LAMBERT ABDELGAWAD (E.), *L'exécution des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, op. cit.*, p. 46.

¹¹⁰² JOUANNET (E.), « La motivation ou le mystère de la boîte noire », in RUIZ FABRI (H.), SOREL (J.-M.), *La motivation des décisions des juridictions internationales*, Collection Contentieux International, Pédone, Paris, 2008, p. 259.

¹¹⁰³ v. par exemple C.I.J., *Droit d'asile (Colombie c/Pérou), arrêt, C.I.J. Rec. 1950*, p.403 et C.I.J., *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), arrêt, C.I.J. Rec. 1984*, p. 43, § 88.

¹¹⁰⁴ v. Opinion dissidente de M. le Juge De Meyer dans C.E.D.H., *Allenet de Ribemont c. France (Interprétation)*, 07 août 1996, n° 15175/89, pt. 1.

Dès lors, dans la mesure où pareils motifs constituent un support nécessaire au dispositif¹¹⁰⁵, il est possible de s'y référer pour interpréter ou encore éclaircir la teneur des obligations inscrites dans le dispositif. Profitant de cette « imprécision dans la définition de la frontière entre les deux notions »¹¹⁰⁶, la Cour a déjà eu l'occasion d'indiquer des mesures à prendre par l'État, au stade des motifs de sa décision.

Cela a pour effet de réaffirmer les obligations de l'État au titre de la Convention et en particulier, du droit susceptible d'être violé à l'avenir (A) et même dans certains cas, selon la manière dont la mesure est indiquée, de limiter considérablement la marge d'appréciation étatique dans l'exécution de la décision de la Cour (B).

A. Simple réaffirmation des obligations étatiques en vertu de la Convention : absence d'effet sur la limitation de la marge d'appréciation de l'État

302. Si la frontière entre « motifs » et « dispositifs » est imprécise, il n'en demeure pas moins qu'il ne fait pas de doute que certains membres de phrases appartiennent à la catégorie des motifs. Tel est le cas, plus généralement, des *obiter dicta* ou encore des motifs « surabondants » qui ne s'imposent pas directement pour la solution donnée mais sont simplement redondants ou superfétatoires¹¹⁰⁷. Si l'indication de la Cour s'apparente à ces catégories, force est de constater qu'elle n'a aucune valeur contraignante pour les parties. Tout au plus, serait-elle une suggestion ou une consigne « sans lendemain ».

La décision de la Cour sur la recevabilité de l'affaire *Harrison et autres c. Royaume-Uni* peut confirmer pareille affirmation. Elle concerne la découverte d'éléments nouveaux entraînant la réouverture d'une enquête sur un drame national dans lequel un mouvement de foule massif dans un stade fit quatre-vingt-seize morts parmi les supporters d'une équipe de football¹¹⁰⁸. Les requérants, familles des victimes, ont saisi la Cour pour

¹¹⁰⁵ C.I.J., *Souveraineté sur Puluu Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie/Malaisie)*, requête à fin d'intervention, arrêt, C.I.J. Recueil 2001, p. 575, §47.

¹¹⁰⁶ v. JOUANNET (E.), « La motivation ou le mystère de la boîte noire », ... *op. cit.*, pp. 259-261 : l'auteure évoque en particulier les « dispositifs implicites dans les motifs » ainsi que les « motifs essentiels au dispositif » dans le cadre desquels les motifs bénéficient également de l'autorité de la chose jugée s'ils représentent « une condition essentielle de la décision contenue dans le dispositif.

¹¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 262.

¹¹⁰⁸ C.E.D.H., *Harrison et autres c. Royaume-Uni (déc.)*, 25 mars 2014, n° 44301/13, 44379/13, 44384/13.

dénoncer l'ineffectivité des enquêtes internes. La Cour a jugé les requêtes des intéressés irrecevables, les qualifiant de prématurées¹¹⁰⁹. En effet, elle a pu remarquer que l'enquête était toujours en cours et qu'un nouveau juge a été nommé¹¹¹⁰. Mais à la Cour de poursuivre que *si les requérants ne sont pas, ensuite, satisfaits du progrès des enquêtes ou du résultat de celles-ci, ils peuvent revenir devant elle pour une nouvelle requête*¹¹¹¹. Il s'agit ici d'une tentative de sensibilisation de l'État faite par la Cour afin que celui-ci fasse attention de mener à bien son enquête. Il s'agit bien d'une répétition des obligations de l'État, sous l'angle procédural, de respecter l'article 2 de la Convention, une indication qui ne devrait donc pas limiter davantage la marge d'appréciation de l'État en la matière.

De même, dans la décision *Marro et autres c. Italie*, les requérants ont reproché aux autorités, la violation de l'article 2 de la Convention à la suite du décès de leur proche en prison après que ce dernier ait pu avoir accès à des stupéfiants¹¹¹². La Cour a jugé la requête irrecevable car manifestement mal fondée¹¹¹³. En effet, selon elle, les autorités nationales ne sauraient garantir de manière absolue un arrêt total du trafic de drogue dans les prisons¹¹¹⁴. Elle ajoute toutefois qu'« afin de protéger la santé et la vie des citoyens », les autorités sont tenues « d'adopter des mesures pour contrer le trafic de drogue »¹¹¹⁵.

Notons que si ces indications n'ont aucune incidence particulière *per se* sur l'étendue de la marge d'appréciation de l'État dans l'exécution de la décision par leur caractère de simple « répétition » de l'obligation positive qui incombe à l'État au titre de l'article 2 de la Convention, nous ne pouvons pas non plus ignorer qu'il s'agit d'une décision jugée irrecevable, ce qui suppose qu'aucune action particulière de la part de l'État n'est *a priori* attendue.

303. D'ailleurs, l'indication de la Cour pourrait même avoir l'effet inverse et donc aller jusqu'à étendre la marge d'appréciation étatique. En effet, dans sa décision *Marro* précitée, la Cour ajoute qu'« on ne saurait faire couler de l'article 2 de la Convention une obligation générale pour l'État, de recourir à des chiens détecteurs de drogue en tout endroit – tel qu'un pénitencier – susceptible d'être un lieu de transit de stupéfiants »¹¹¹⁶.

¹¹⁰⁹ *Ibid.*, §59.

¹¹¹⁰ *Ibid.*, §54.

¹¹¹¹ *Ibid.*, §59. Les italiques sont de nous.

¹¹¹² C.E.D.H., *Marro et autres c. Italie*, décision, 08 avril 2014, n° 29100/07, §24.

¹¹¹³ *Ibid.*, §51.

¹¹¹⁴ *Ibid.*, §46.

¹¹¹⁵ *Idem.*

¹¹¹⁶ *Idem.*

L'ajout de ce membre de phrases signifie que la gamme de choix de mesures appartenant à l'État dans la mise en œuvre de l'article 2 de la Convention peut ne pas comprendre l'utilisation de pénitencier.

304. Toutefois, la démarche de la Cour reste intéressante et, nécessairement, ne peut être dépourvue d'effet utile. À l'évidence, ses indications ne peuvent pas passer pour complètement inaperçues par l'État.

La Cour internationale de Justice a, par exemple, quelque peu fait sienne de cette technique lorsque, même en ne se déclarant pas compétente *prima facie* pour indiquer des mesures conservatoires, elle a tout de même décidé, dans son ordonnance relative aux *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002)*, de demander aux Parties de « veiller à ne pas aggraver ni à étendre le différend » ou de souligner la « nécessité pour les Parties à l'instance d'user de leur influence pour prévenir les violations graves et répétées des droits de l'homme et du droit international humanitaire »¹¹¹⁷.

À juste titre, dans les cas où la Cour a déjà donné de telles indications à valeur suggestive dans un précédent arrêt et qu'une violation de la Convention a tout de même lieu, la Cour a déjà été tentée de donner à son indication, une valeur beaucoup plus contraignante (**B**).

B. Indication plus contraignante : limitation considérable de la marge d'appréciation de l'État

305. La portée de l'indication de la Cour se clarifie lorsque sa « consigne » consistant à souligner les obligations étatiques, n'a pas été suivie par l'État.

À cet effet, dans l'arrêt *Öcalan* de 2005, le requérant, fondateur de l'organisation illégale PKK (Parti des travailleurs du Kurdistan), se plaignait, entre autres, de violations de l'article 3 de la Convention en ce qui concerne la peine de mort prononcée à son égard

¹¹¹⁷ C.I.J., *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda) (mesures conservatoires, ordonnance du 10 juillet 2002, C.I.J. Recueil 2002, pp. 249-250, par. 93.*

ainsi que ses conditions de détention dans la prison turque qui se trouve sur l'île Imrali¹¹¹⁸. Prenant en considération les conditions de détention du requérant allant du 16 février 1999 jusqu'à l'adoption de l'arrêt en 2005, la Cour remarque l'isolement social du requérant puisqu'il est le seul détenu dans la prison¹¹¹⁹. Cependant, elle estime que les conditions de détention du requérant, en particulier l'isolement de celui-ci, « n'ont pas atteint, *pour le moment*, le seuil minimum de gravité requis pour constituer un traitement inhumain ou dégradant au sens de l'article 3 de la Convention »¹¹²⁰. Avant de conclure ainsi, elle prend le soin de souligner les recommandations du CPT selon lesquelles « l'isolement social relatif du requérant ne devrait pas durer *trop longtemps* »¹¹²¹.

L'indication de la Cour, ici, n'est pas expresse, mais il n'en demeure pas moins qu'elle existe. En effet, en précisant que le seuil minimum de gravité requis pour constituer l'article 3 de la Convention n'est pas atteint « pour le moment », tout en insistant sur les recommandations du CPT, la Cour tend à suggérer aux autorités nationales que l'isolement ne pourrait durer plus longtemps. Cela a pour conséquence de limiter la marge d'appréciation de l'État dans la mise en œuvre de l'arrêt de par ses motifs et de limiter sa marge d'appréciation dans la mise en œuvre même de l'article 3 de la Convention en amont¹¹²².

Neuf années plus tard, dans l'affaire *Öcalan* (n° 2), le requérant se plaignait du caractère incompressible de sa condamnation à une peine de réclusion criminelle à perpétuité – qui a été reconvertie comme telle à la suite de réformes législatives sur la peine de mort – ainsi que de ses conditions de détention¹¹²³. La Cour rappelle que dans les *motifs* de son arrêt de 2005, elle avait fait état de la recommandation du CPT et a constaté l'absence de violation de l'article 3 de la Convention « *à ce moment-là* ». Au stade de l'arrêt de 2014, la Cour constate que l'isolement social du requérant a continué jusqu'au 17

¹¹¹⁸ C.E.D.H., *Öcalan c. Turquie*, 12 mai 2005, n° 46221/99.

¹¹¹⁹ *Ibid.*, §194.

¹¹²⁰ *Ibid.*, §196. Les italiques sont de nous.

¹¹²¹ *Ibid.*, §195. Les italiques sont de nous.

¹¹²² A l'évidence, la mise en œuvre de l'article 3 ne donne aucune marge à l'État en termes d'exceptions, de conditions d'application, ni de dérogation. Il n'en demeure pas moins que l'État va appliquer la disposition selon sa première appréciation de ce qui relève ou non du seuil minimum de gravité requis pour constituer un traitement inhumain ou dégradant au sens de l'article 3. Il s'agit ici de l'appréciation dans la détermination du champ d'application de l'article 3 et non d'une marge d'appréciation dans l'application, sur le fond, de l'article 3.

¹¹²³ Notamment de son isolement social, des restrictions frappant sa communication avec les membres de sa famille et ses avocats.

novembre 2009¹¹²⁴. Après cette date, elle remarque toutefois l'installation d'autres détenus à la prison d'Imrali et plus généralement, un progrès dans ses conditions matérielles de détention relativement à son isolement¹¹²⁵. Dans cette optique, elle conclut ainsi à une violation de l'article 3 de la Convention pour la période antérieure au 17 novembre 2009¹¹²⁶, mais à une absence de violation pour la période postérieure à cette date¹¹²⁷.

306. Une première conséquence peut être tirée de cette démarche. À ce titre, en constatant la violation de l'article 3 de la Convention pour la période antérieure au 17 novembre 2009, tout en rappelant les « suggestions » qu'elle avait faites dans l'arrêt de 2005 sur le même grief et la même matière, la Cour semble avancer qu'il y a également eu un manquement à la réalisation de sa « suggestion » dans les *motifs* de l'arrêt de 2005, partant un manquement à l'exécution de l'arrêt. Dans cette perspective, force est de considérer qu'il n'existe pas, en tant que telle, une obligation, pour un État défendeur, d'exécuter les motifs d'un arrêt, cependant la pratique de la Cour issue de cette affaire, tend à donner à sa « suggestion » au stade des *motifs*, une valeur plus importante.

307. Une seconde conséquence ressort, ensuite, de l'indication de la Cour dans ce deuxième arrêt après avoir constaté l'absence de violation pour la période postérieure au 17 novembre 2009. En effet, à la suite de ce constat, la Cour précise que :

« le constat de non-violation de l'article 3 de la Convention ne saurait s'interpréter comme une excuse pour les autorités nationales pour ne pas fournir au requérant plus de facilités de communication avec l'extérieur ou alléger ses conditions de détention, puisqu'avec la prolongation de la durée passée par celui-ci en détention, lui accorder de telles facilités peut être nécessaire pour que ses conditions de détention restent en conformité avec les exigences de l'article 3 de la Convention »¹¹²⁸.

Cette seconde indication est nécessairement plus sévère que la première, en particulier en raison de son caractère explicite mais également en raison de la « leçon » tirée du premier arrêt de 2005. En effet, considérant qu'elle ait constaté la violation de l'article 3 de la Convention pour la période antérieure au 17 novembre 2009 après son

¹¹²⁴ C.E.D.H., *Öcalan c. Turquie* (n° 2), 18 mars 2014, n° 24069/03, §146. Les italiques sont de nous.

¹¹²⁵ *Ibid.*, §148.

¹¹²⁶ *Ibid.*, §147.

¹¹²⁷ *Ibid.*, §149.

¹¹²⁸ *Idem.*

indication dans l'arrêt de 2005, la Cour essaie de *prévenir* l'État défendeur sur l'éventualité qu'une nouvelle violation de l'article 3 de la Convention ait lieu si celui-ci choisissait de ne pas prendre sa nouvelle indication en considération. Ici, la Cour limite davantage la marge d'appréciation de l'État dans la mise en œuvre en amont de l'article 3 de la Convention et sa marge dans l'exécution de sa décision. Dans la mesure où son indication peut être interprétée comme dépassant l'idée d'une simple suggestion, la Cour enjoint, en réalité, à l'État d'améliorer les conditions de détention du requérant.

308. La problématique demeure, cependant, particulière car elle amène à nous demander si en cas mauvais traitement, la violation porte sur l'article 3 de la Convention ou plutôt sur l'article 46 de la Convention concernant l'exécution de la décision de la Cour.

Le Pr. Matringe s'est posé une question similaire dans le cadre de l'exécution des arrêts de la Cour internationale de Justice. À ce titre, se référant à l'affaire *LaGrand*, celui-ci suppose qu'un État offre des garanties et assurances de non répétition – ou qu'une injonction lui soit faite d'en offrir – selon lesquelles il ne manquera plus à ses obligations en matière de notification consulaire après un constat de violation sur ce point. Imaginant une violation ultérieure par l'État de l'article 36 §1-b) de la Convention de Vienne de 1963¹¹²⁹, il se pose la question suivante :

« Devrait-on ne plus y voir une violation de la Convention de Vienne, mais seulement de son engagement unilatéral ultérieur de ne pas répéter ce fait illicite, voire de l'arrêt de la Cour ? »¹¹³⁰.

Sa réponse qui s'applique également à notre questionnement dans le cadre de la Cour européenne, consiste à affirmer qu'il n'y a pas « substitution ou transformation mais addition »¹¹³¹. En l'espèce, l'obligation violée continue à s'imposer à l'État¹¹³².

¹¹²⁹ MATRINGE (J.), « L'arrêt de la Cour Internationale de Justice dans l'affaire LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique) du 27 juin 2001 », *A.F.D.I.*, 2002, vol. 44, p. 245.

¹¹³⁰ *Ibid.*, p. 254. Les italiques sont de nous.

¹¹³¹ *Ibid.*, p. 253, note 125.

¹¹³² Pareille conclusion se refléterait d'ailleurs dans l'article 29 du projet sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, qui dit que « les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite (...) n'affectent pas le maintien du devoir de l'État responsable d'exécuter l'obligation violée » : Maintien du devoir d'exécuter l'obligation, A/RES/56/83 ; v. aussi MATRINGE (J.), « L'arrêt de la Cour Internationale de Justice dans l'affaire LaGrand ... *op. cit.*, p. 253, note 125.

309. En définitive, l'indication de la Cour s'apparente à une réaffirmation des obligations de l'État au titre de la Convention et à une limitation de la marge d'appréciation de l'État dans l'exécution de l'arrêt dans lequel elle se trouve.

Pareille indication est d'autant plus importante lorsqu'elle se trouve dans le dispositif de l'arrêt (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 2 : CAS DE L'INDICATION DE MESURES DANS LE DISPOSITIF DE LA DÉCISION

310. La Cour a précisé expressément dans l'arrêt *Soering* qu' « [e]n *principe*, il n'appartient pas aux organes de la Convention de statuer sur l'existence ou l'absence de violations virtuelles de celle-ci »¹¹³³. Il ne devrait donc y avoir octroi de satisfaction équitable sans constat de violation de la Convention, tel qu'il ressort de la formulation de l'article 41 même de la Convention. Cela semble évident dans la mesure où la satisfaction équitable a pour but de réparer une violation en couvrant la part de la conséquence non-restituable en l'état des violations, par une somme d'argent.

Cependant, la Cour précise qu' « une *dérogation à la règle générale* s'impose si un fugitif allègue que la décision de l'extrader enfreindrait l'article 3 *au cas où elle recevrait exécution* »¹¹³⁴. Elle explique qu' « il y va de l'efficacité de la garantie assurée par ce texte, vu la *gravité* et le *caractère irréparable* de la souffrance prétendument risquée »¹¹³⁵. Ces exceptions sont donc justifiées par la prévention d'une situation encore plus grave que celle actuelle et par l'imminence de l'occurrence de cette situation.

311. Pour étayer ces points, rappelons que l'affaire *Soering* concerne l'extradition en attente d'un détenu en Angleterre vers les États-Unis d'Amérique où il devait répondre d'accusations d'assassinat dans l'État de Virginie¹¹³⁶. La Cour y observe que la décision de livrer le requérant aux États-Unis violerait l'article 3 de la Convention si elle recevait exécution ; bien qu'elle note la bonne foi du gouvernement britannique qui, dès le début de

¹¹³³ C.E.D.H., *Soering c. Royaume-Uni*, 07 juillet 1989, n° 14038/88, §90.

¹¹³⁴ *Idem*. Les italiques sont de nous.

¹¹³⁵ *Idem*. Les italiques sont de nous.

¹¹³⁶ *Ibid.*, §11.

l'affaire, « a manifesté le désir de respecter ses obligations au titre de la Convention, d'abord en sursoyant à l'extradition du requérant aux autorités américaines conformément aux mesures provisoires indiquées par les organes de la Convention, puis en saisissant lui-même la Cour en vue d'une décision judiciaire »¹¹³⁷.

Si le raisonnement de la Cour devait s'arrêter à ce stade, l'on comprendrait nécessairement que le juge européen conseille fortement à l'État de ne pas recourir à l'extradition sous peine de violation de la Convention. Mais dans la mesure où pareille indication n'apparaît que dans les motifs de sa décision, il lui a fallu trouver un moyen plus contraignant pour s'assurer que son indication soit respectée. Pour cette raison, sans constater de violation de l'article 3 de la Convention, la Cour y applique tout de même l'ancien article 50 de la Convention sur la satisfaction équitable, ce qui fait écho dans le dispositif de l'arrêt¹¹³⁸. À ce titre, la Cour indique qu'« [a]ucune infraction à l'article 3 n'a encore eu lieu » mais conclut qu'il faut considérer l'application de la satisfaction équitable dans la mesure où « la décision ministérielle de livrer le requérant aux États-Unis [entraînerait une violation] si elle était mise en œuvre »¹¹³⁹. Elle affirme cela *in extenso* et *in expresso* au premier point du dispositif de l'arrêt.

Une telle indication ne laisse aucune marge d'appréciation à l'État défendeur : celui-ci n'a pas le choix, il ne peut extraditer le requérant. Tout au plus, pourrait-il avoir le choix d'extraditer en cas d'assurance de la part des États-Unis sur la non-exécution de la peine capitale. Cependant, dans le cas d'espèce, force est de constater que sans cette assurance, la marge étatique demeure inexistante. C'est d'ailleurs ce qu'explique le Juge De Meyer dans son opinion concordante à l'arrêt lorsqu'il affirme que :

« [L]e Royaume-Uni ne pourrait licitement livrer le requérant aux États-Unis que si ces derniers donnaient des assurances absolues que l'intéressé ne sera pas exécuté au cas où on le déclarerait coupable du crime dont on l'accuse.

Or, de telles assurances n'ont pas été obtenues et ne peuvent l'être.

¹¹³⁷ *Ibid.*, §111.

¹¹³⁸ *Ibid.*, §125.

¹¹³⁹ *Ibid.*, §126. Les italiques sont de nous.

Le Gouvernement fédéral des États-Unis ne peut assumer aucun engagement quant à ce que les autorités judiciaires et autres de l'État de Virginie pourront ou non décider ou faire (...) »¹¹⁴⁰.

La Cour laisse toutefois une marge de manœuvre à l'État car lorsque le requérant « a prié la Cour d'assister les États parties au litige et lui-même par des directives sur les conséquences à tirer de son arrêt »¹¹⁴¹, au titre de satisfaction équitable, la Cour répond que « la Convention ne l'habilite pas à prescrire des mesures accessoires du genre de celles que revendique le requérant »¹¹⁴².

Dans leur bilan d'action remis au Comité des Ministres, les autorités britanniques ont précisé la mesure adoptée, telle qu' « indiquée » par la Cour. En effet, le Royaume-Uni a, par note diplomatique du 28 juillet 1989, informé les États-Unis que l'extradition du requérant vers les États-Unis se fera à *la condition* qu'il ne sera pas poursuivi pour une quelconque infraction autre que les deux accusations de meurtre du premier degré, y compris des accusations moins graves¹¹⁴³. Les États-Unis ont, par note diplomatique du 31 juillet 1989, confirmé qu'à la lumière des dispositions applicables du traité d'extradition de 1972, le droit des États-Unis interdisait que le requérant soit poursuivi en Virginie sous l'accusation d'assassinats passibles de la peine de mort¹¹⁴⁴.

312. Cet exemple constitue l'un des arguments les plus forts de la limitation de la marge d'appréciation de l'État lorsqu'un droit absolu est ou risque d'être touché.

C'est également l'enseignement que l'on peut avoir de l'exécution de l'arrêt *Tarakhel c. Suisse*. L'affaire porte sur le renvoi d'une famille de demandeurs d'asile afghans – avec des enfants – en Italie dans le cadre du règlement Dublin de l'Union européenne¹¹⁴⁵. La Cour y a remarqué que les autorités suisses ne disposaient pas d'éléments suffisants pour être assurées qu'en cas de renvoi vers l'Italie, les requérants seraient pris en charge d'une manière adaptée à l'âge des enfants¹¹⁴⁶. Elle constate donc qu' « il y aurait violation de l'article 3 de la Convention si les requérants devaient être

¹¹⁴⁰ v. opinion concordante de M. le Juge De Meyer dans C.E.D.H., *Soering c. Royaume-Uni*, 07 juillet 1989, n° 14038/88. Les italiques sont de nous.

¹¹⁴¹ C.E.D.H., *Soering c. Royaume-Uni*, 07 juillet 1989, n° 14038/88, §125.

¹¹⁴² *Ibid.*, §127.

¹¹⁴³ Bilan d'action des autorités nationales annexé à la résolution Res-54 DH(90)8 adoptée par le Comité des Ministres le 12 mars 1990.

¹¹⁴⁴ *Idem.*

¹¹⁴⁵ C.E.D.H., *Tarakhel c. Suisse*, 4 novembre 2014, n° 29217/12.

¹¹⁴⁶ *Ibid.*, §121.

renvoyés en Italie sans que les autorités suisses aient au préalable obtenu des autorités italiennes une garantie individuelle concernant, d'une part, une prise en charge adaptée à l'âge des enfants et, d'autre part, la préservation de l'unité familiale »¹¹⁴⁷. Par cette phrase, la Cour explicite très concrètement la demande d'assurance que la Suisse devrait adresser à l'Italie. L'État défendeur s'est ainsi exécuté en ce sens¹¹⁴⁸.

Pour aller plus loin, « l'office fédéral des migrations a suspendu toutes les exécutions de renvoi vers l'Italie dans des cas Dublin II concernant des familles avec des enfants »¹¹⁴⁹. Certes, la Cour n'a pas indiqué la nécessité d'adopter de mesures générales. Cependant, son indication est assez large pour comprendre une incitation à prévenir les cas de violations similaires et donc assez révélatrice d'un appel à la limitation de l'étendue de la marge d'appréciation de l'État dans l'exécution de sa décision.

313. En tout état de cause, si le caractère absolu des articles 2 et 3 de la Convention justifie la mise en jeu de la responsabilité de l'État en l'absence de constat de violation de la Convention¹¹⁵⁰, le risque qu'il y ait une violation doit, toutefois, être « réel », ce qui signifie que « le danger doit être prévisible et suffisamment concret »¹¹⁵¹. C'est pourquoi, par exemple, la Cour n'a pas indiqué de telles mesures dans l'affaire *Mohammed Hussein et autres c. Pays-Bas et Italie*¹¹⁵². Pourtant, l'affaire concerne également le renvoi d'une demandeuse d'asile et ses enfants en bas âge vers l'Italie ; mais la Cour a estimé que, dans les faits de l'espèce, il n'existait pas de risque suffisamment réel et imminent, ni de difficultés assez graves pour tomber sous le coup de l'article 3 de la Convention¹¹⁵³.

Dès lors, non seulement l'appréciation de la Cour est essentiellement casuistique, mais aussi ne peut-elle utiliser ce mécanisme que dans la condition où la disposition serait

¹¹⁴⁷ *Ibid.*, pt. 2 du dispositif.

¹¹⁴⁸ Bilan d'action annexé à la Résolution CM/ResDH(2015)96 adoptée par le Comité des Ministres le 11 juin 2015 lors de la 1230^e réunion des Délégués des ministres.

¹¹⁴⁹ *Idem.*

¹¹⁵⁰ Opinion en partie dissidente commune aux Juges Casadevall, Berro-Lefevre et Jaderblom dans C.E.D.H., *Tarakhel c. Suisse*, 04 novembre 2014, n° 29217/12.

¹¹⁵¹ *Idem.*

¹¹⁵² v. C.E.D.H., *Mohammed Hussein et autres c. Pays-Bas et Italie*, décision, 2 avril 2013, n° 27725/10 dans laquelle la Cour constate qu'il n'existait pas de défaillances systémiques et qu'il n'y avait pas de raisons de penser qu'une demandeuse d'asile et ses deux enfants en bas âge n'auraient pas bénéficié d'un soutien adéquat s'ils avaient été renvoyés en Italie depuis les Pays-Bas ; v. aussi C.E.D.H., *Halimi c. Autriche et Italie*, décision, 18 juin 2013, n° 53852/11 ; C.E.D.H., *Abubeker c. Autriche et Italie*, décision, 18 juin 2013, n° 73874/11 ; C.E.D.H., *Daytbegova et Magomedova c. Autriche*, décision, 4 juin 2013, n° 6198/12 ; C.E.D.H., *Miruts Hagos c. Pays-Bas et Italie*, décision, 27 août 2013, n° 9053/10 ; C.E.D.H., *Hussein Dirshi et autres c. Pays-Bas et Italie*, décision, 10 septembre 2013, n° 2314/10.

¹¹⁵³ C.E.D.H., *Mohammed Hussein c. Pays-Bas et Italie (déc.)*, 02 avril 2013, n° 27725/10, §78.

effectivement violée si l'acte étatique venait à se réaliser. La marge d'appréciation de la Cour dans le cadre de la violation d'un droit absolu ne saurait donc non plus être illimitée.

Conclusion du Chapitre 1

314. En conclusion, lorsque la Cour constate une violation par l'État d'un droit absolu, c'est-à-dire insusceptible de dérogation, la marge d'appréciation de l'État devrait être très limitée, voire même inexistante. Plus généralement, soit la Cour formule plusieurs options dont le choix et l'accomplissement restent à la discrétion de l'État¹¹⁵⁴ ; soit elle « recommande » la mesure la plus appropriée tout en laissant l'initiative étatique possible ; soit elle indique purement et simplement la mesure à prendre.

Ainsi, la limite de la marge d'appréciation se justifie ici par des fins de prévention, notamment par la prévention de l'irréversibilité.

Se rapportant à l'exécution de la réparation lorsque les conséquences de la violation sont irréversibles, l'accent doit être mis sur les conséquences secondaires de cette violation. Celles-ci doivent être identifiées par la Cour pour effectivement guider l'État dans sa tâche de réparer « autant que possible » sa violation du droit absolu.

Ensuite, pour ce qui est de la prévention générale de l'imminence d'une circonstance, la Cour s'est déjà employée à conclure que même lorsqu'il n'y a pas encore eu de constat de violation de la Convention, elle peut limiter la marge d'appréciation de l'État dans la phase post-jugement. Il s'agit cependant d'une infraction claire au principe de subsidiarité et à la lettre même de l'article 41 de la Convention qui pose la première condition d'une existence de violation pour actionner la réparation. Toutefois, la Cour n'a pas besoin d'appliquer l'article 41 de la Convention pour en arriver à indiquer, au stade des motifs de l'arrêt, les mesures souhaitées pour « aider »¹¹⁵⁵ l'État défendeur à remplir ses obligations au titre de l'article 46 de la Convention.

¹¹⁵⁴ C.E.D.H., *Öcalan c. Turquie*, 12 mai 2005, n° 46221/99, §210.

¹¹⁵⁵ C.E.D.H., *Driza c. Albanie*, 13 novembre 2007, n° 33771/02, §126.

315. En tout état de cause, dans de tels cas, la marge de manœuvre étatique qui, tel qu'établi antérieurement, s'apparente davantage à son pouvoir souverain, demeure existante en la matière et ne devrait donc pas être susceptible de limitation. Les autorités étatiques peuvent ainsi choisir librement la manière d'assurer la garantie du droit en cause : adopter une loi, amender la Constitution, ou encore décider du nombre de policiers affectés à une enquête etc. Il n'empêche que la Cour, dans son contrôle de l'existence ou non d'une violation de la Convention, pourra en analyser les effets, dans l'éventualité d'une nouvelle requête présentant tels faits nouveaux.

316. Nous verrons que des indicateurs similaires sont utilisés par la Cour pour justifier la limitation de la marge d'appréciation de l'État même lorsque le droit en jeu est un droit susceptible de dérogation (**Chapitre 2**).

Chapitre 2

La violation de certains droits dérogeables : marge d'appréciation étatique existante mais limitée

317. Malgré leur nature dérogeable, certaines dispositions de la Convention, si elles sont violées, peuvent conduire à une limitation de la marge d'appréciation des États dans l'exécution de la décision de la Cour. Ainsi, il est possible que, dans des cas exceptionnels, la nature même de la lésion constatée n'offre pas réellement de choix parmi différentes sortes de mesures susceptibles d'y remédier et que la Cour soit conduite à indiquer exclusivement l'une de ces mesures¹¹⁵⁶. Dans de tels cas, à l'évidence, l'État ne dispose pas d'une gamme élaborée de choix de mesures. Il lui resterait uniquement une marge de manœuvre dans la manière de l'exécuter. La violation de certains droits dérogeables avec la possibilité d'une certaine limitation de la marge d'appréciation de l'État a déjà été examinée dans la première partie de cette étude, notamment pour le cas des articles 8 à 12 de la Convention ainsi que l'article 3 du Protocole additionnel à la Convention. Notons également que si l'État dispose d'une marge d'appréciation dans le cadre de l'article 14 de la Convention, pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement¹¹⁵⁷, ladite disposition ne peut être invoquée que lorsqu'elle est associée à un autre article de la Convention. Un

¹¹⁵⁶ C.E.D.H., *Öcalan c. Turquie*, 12 mai 2005, n° 46221/99, §210 ; C.E.D.H., *Assanidzé c. Géorgie*, 08 avril 2004, n° 71503/01, §202.

¹¹⁵⁷ C.E.D.H., *Khamtokhu et Akshenchik c. Russie*, 21 janvier 2017, n° 60367/08 et 961/11, §77.

examen de l'étendue de la marge d'appréciation de l'État dans l'exécution d'une réparation d'une violation de ces dispositions, ne sera donc pas opéré à titre principal à ce stade de l'étude. Dans cette perspective, nous nous concentrerons ici sur les dispositions non encore étudiées dont la violation peut nécessiter de limiter la marge étatique dans la phase de l'exécution de l'arrêt. C'est le cas, en particulier, des violations de l'article 6 de la Convention (**Section 1**) et de l'article 1^{er} du Protocole additionnel sur le droit de propriété (**Section 2**).

Section 1 : Cas particulier des violations de l'article 6 de la Convention

318. Conformément à l'article 6 §1 de la Convention,

« [t]oute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle »¹¹⁵⁸.

La disposition consacre ainsi de la sorte le « droit à un tribunal »¹¹⁵⁹. Ce droit n'est pas absolu dans la mesure où il peut donner lieu à des limitations implicitement admises tenant à une réglementation étatique¹¹⁶⁰ – marge d'appréciation *en amont*. En cas de violation, toutefois, bien que réversibles, les conséquences de la violation dudit droit peuvent nécessiter une plus grande attention et de ce fait, entraîner des solutions limitatives de la marge d'appréciation étatique – *en aval*. Il en est ainsi car, le plus souvent, elles ne

¹¹⁵⁸ C.E.S.D.H., art. 6 §1.

¹¹⁵⁹ C.E.D.H., *Hornsby c. Grèce*, 19 mars 1997, n° 18357/91, §40.

¹¹⁶⁰ C.E.D.H., *Lungoci c. Roumanie*, 26 janvier 2006, n° 62710/00, §36 ; C.E.D.H., *Naït-Liman c. Suisse*, 15 mars 2018, n° 51357/07, §114.

peuvent être entièrement compensées par une somme d'argent¹¹⁶¹ et nécessitent dès lors un réexamen de la procédure interne¹¹⁶².

À l'évidence, par exemple, si un individu a été condamné à une peine de prison à l'issue d'une procédure interne jugée inéquitable et donc contraire à l'article 6 de la Convention, l'infraction étatique a pu avoir des répercussions sur le choix, par les juges internes, de la nature et de la durée de sa peine. La réparation de cette violation nécessite l'effacement de toutes les conséquences primaires et secondaires qu'elle a entraînées, ce qui appelle, le plus souvent, à rouvrir la procédure interne qui a abouti au choix de cette peine.

319. Il ressort toutefois de la jurisprudence de la Cour et de la pratique des États que la réouverture d'une procédure interne ne peut être systématique. En effet, les mesures de réparation spécifiques à prendre « dépendent nécessairement des circonstances particulières de la cause et doivent être définies à la lumière de l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire concernée »¹¹⁶³. Cela transparaît expressément dans la Recommandation R(2000)2 du Comité des Ministres dans lequel l'organe de surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour invite les États à instaurer des mécanismes de réouverture de la procédure interne¹¹⁶⁴.

320. À ce titre, deux conditions cumulatives doivent être remplies pour apprécier la nécessité d'une telle mesure : d'une part, quant à la nature de la violation, autrement dit s'il s'agit d'une violation de fond ou de garanties procédurales ; d'autre part, si l'individu continue de souffrir des conséquences négatives très graves dues à la violation¹¹⁶⁵.

Dans le premier cas, il faut que la violation soit d'une gravité telle qu'un doute sérieux est jeté sur le résultat de la procédure interne attaquée¹¹⁶⁶. Dans le second, il faut que les conséquences négatives de la violation ne puissent être compensées par la

¹¹⁶¹ MANSOUR (A.B.), *La mise en œuvre des arrêts et sentences des juridictions internationales ... op. cit.*, p. 362.

¹¹⁶² v. C.M., Recommandation n° R (2000)2 adoptée le 19 janvier 2000, Le réexamen ou la réouverture de certaines affaires au niveau interne suite à des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, II-i) et ii).

¹¹⁶³ C.E.D.H., *Calmanovici c. Roumanie*, 1^{er} juillet 20018, n° 42250/0, §162 ; v. aussi C.E.D.H., *Öcalan c. Turquie*, 12 mai 2005, n° 46221/99, §210.

¹¹⁶⁴ C.M., Recommandation n° R (2000)2 adoptée le 19 janvier 2000, Le réexamen ou la réouverture de certaines affaires au niveau interne suite à des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme.

¹¹⁶⁵ *Ibid.*, II- i et ii.

¹¹⁶⁶ *Idem.*

satisfaction équitable et ne peuvent être modifiées que par le réexamen ou la réouverture de la procédure interne¹¹⁶⁷.

In fine, dans les autres cas, la réparation maximale n'est pas expressément recommandée. C'est notamment le cas lorsque que la condamnation n'a pas eu d'influence sur la validité de la procédure interne¹¹⁶⁸ ; ou encore lorsqu'il s'agit d'une violation procédurale de l'article 6 de la Convention qui amène la Cour à devoir spéculer sur l'issue de la procédure, ce qu'elle s'est toujours refusée de faire¹¹⁶⁹. Dans ces cas, il pourrait s'agir uniquement de dommages moraux¹¹⁷⁰ ou de préjudice matériel précisément quantifiable par la Cour, qui nécessiterait uniquement l'octroi d'une satisfaction équitable¹¹⁷¹.

321. Cela remet cependant l'accent sur la question de la réparation maximale. En ce sens, la Cour peut réagir de deux manières différentes.

D'une part, elle pourrait tout simplement choisir de ne rien dire à ce sujet. Ainsi, elle laisserait planer un mystère sur la meilleure réparation à adopter ; mystère dont elle laisse la résolution à l'appréciation de l'État.

D'autre part, elle pourrait spécifier *expressis verbis* son refus d'indiquer une telle mesure. En particulier, elle a précisé, dans l'affaire *VgT c. Suisse*, que la réouverture de la procédure interne « n'est pas une fin en soi, elle n'est qu'un moyen – certes privilégié – susceptible d'être mis en œuvre en vue d'un objectif : l'exécution correcte et entière des arrêts de la Cour »¹¹⁷².

Aussi, a-t-elle déjà rappelé que c'est bien l'exécution qui constitue « le seul critère d'évaluation au respect de l'article 46 »¹¹⁷³ de la Convention et qui est le même pour tous les États contractants, avant de conclure qu'« il n'en résulte aucune discrimination entre ceux qui ont introduit une procédure de révision dans leur ordre juridiques et les autres »¹¹⁷⁴.

¹¹⁶⁷ *Idem*.

¹¹⁶⁸ Cass., Crim., *Kemmache*, 03 février 1993, *J.C.P.*, 1994, II, 22197.

¹¹⁶⁹ v. C.E.D.H., *Davydov et autres c. Russie*, 30 mai 2017, n° 75947/11.

¹¹⁷⁰ v. C.E.D.H., *Bukta et autres c. Hongrie*, arrêt du 17 juillet 2007, requête n° 25691/04 ; v. aussi C.E.D.H., *Riad et Idiab c. Belgique*, arrêt du 24 janvier 2008, requêtes n° 29787/03 et 29810/03.

¹¹⁷¹ C.E.D.H., « *Iza* » *Ltd et Makrakhidze c. Géorgie*, 27 septembre 2005, n° 28537/02.

¹¹⁷² C.E.D.H., *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse (n° 2)*, 30 juin 2009, n° 32772/02, §90.

¹¹⁷³ *Idem*.

¹¹⁷⁴ *Idem*.

322. Dans cette continuité, par exemple, dans l'affaire *Saïdi c. France* précitée¹¹⁷⁵, rappelons que le requérant avait été condamné à une peine d'emprisonnement de dix ans, avec la reconduction définitive à la frontière pour détention et cessions d'héroïne ainsi que d'homicide involontaire, une inculpation faite sur le seul fondement de témoignages concordants¹¹⁷⁶. La Cour conclut à l'absence d'un procès équitable et donc à la violation de l'article 6 de la Convention¹¹⁷⁷. Elle affirme, cependant, que « la Convention ne lui donne pas compétence pour exiger de l'État français, l'ouverture d'un nouveau procès, ni l'adoption d'autres mesures souhaitées par le requérant »¹¹⁷⁸. La Cour lui a ainsi alloué une indemnisation pécuniaire¹¹⁷⁹, ce qui montre que même avant toute appréciation de l'État, la part non restituable de la *restitutio in integrum* a été couverte, lui laissant donc toute liberté dans l'exécution de l'arrêt.

Cet exemple est significatif dans la mesure où, alors qu'il est déjà établi que la Convention ne donne pas compétence à la Cour pour exiger l'État défendeur à réexaminer une affaire interne close, le fait que la Cour le spécifie une nouvelle fois donne un effet négatif à cette redondance. En l'absence de toute indication, en effet, il revient toujours à l'État d'apprécier si la réouverture de la procédure interne est à envisager. Dans ce cas, une alternative existe même s'il n'y a pas d'accent sur la hiérarchie entre *restitutio in integrum* – qui devrait être la priorité – et l'indemnisation pécuniaire. En revanche, dans le cas d'un refus expresse tel que relaté dans l'affaire *Saïdi c. France*, il n'y a plus d'alternative à considérer : il y a une satisfaction équitable de nature pécuniaire qui couvre la part non restituable de la *restitutio in integrum*, une circonstance qui élargit la marge d'appréciation de l'État alors que, conformément à la recommandation R(2000)2 précitée du Comité des Ministres, cette marge devrait être étroite en la matière.

323. Les cas cités dans cette Recommandation du Comité des Ministres ainsi que le caractère grave des conséquences des violations de l'article 6 de la Convention ont, en effet, poussé le juge européen à se créer un pouvoir d'injonction¹¹⁸⁰. Ainsi, dans certains cas, la Cour s'est exceptionnellement employée à indiquer que le réexamen d'une affaire ou la réouverture d'une procédure s'avère être le moyen le plus efficace, voire le seul, pour

¹¹⁷⁵ v. le Par. 250 de la présente étude.

¹¹⁷⁶ C.E.D.H., *Saïdi c. France*, 20 septembre 1993, n° 14647/89, § 10.

¹¹⁷⁷ *Idem.*, § 18.

¹¹⁷⁸ *Idem.*, § 47 ; v. *mutatis mutandis* C.E.D.H., *Belilos c. Suisse*, 29 avril 1988, n° 10328/83, § 76.

¹¹⁷⁹ *Ibid.*, § 18.

¹¹⁸⁰ v. MANSOUR (A.B.), *La mise en œuvre des arrêts et sentences des juridictions internationales ... op. cit.*, p. 368.

réaliser la *restitutio in integrum*¹¹⁸¹ (**Paragraphe 1**). Cela a pour effet de limiter la marge d'appréciation étatique¹¹⁸².

324. Malgré pareilles indications, pour faire le bon choix, l'État opère une analyse de son droit interne en regardant en particulier si la réouverture de la procédure interne n'est pas mise en doute par l'existence de problèmes liés à la sécurité juridique (**Paragraphe 2**).

¹¹⁸¹ C.E.D.H., *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse (n° 2)*, 30 juin 2009, n° 32772/02, §89.

¹¹⁸² 1 – La redondance faite par la Cour en précisant que la réouverture de la procédure interne n'est pas exigée ; 2 – le silence de la Cour ; 3 – le pouvoir d'injonction de la Cour.

Paragraphe 1 : RÉOUVERTURE DE LA PROCÉDURE INTERNE COMME MOYEN DE RÉPARATION LE PLUS EFFICACE

325. Initialement, la gamme de choix de mesures des États est principalement large : elle pourrait contenir des mesures telles que la compensation financière, la réouverture d'une procédure interne, l'effacement d'une peine du casier judiciaire de la victime ou même la libération de celle-ci¹¹⁸³ et bien d'autres. Une fois que l'indication de la Cour est formulée¹¹⁸⁴, la gamme de choix étatique devrait passer d'un nombre 1 à X. Et, les diverses possibilités qui se trouvent entre 1 et X expriment, à juste titre, les différents degrés de l'étendue de la marge d'appréciation.

À cet égard, lorsque la Cour indique que la réouverture de la procédure interne constitue « le moyen le plus efficace, voire le seul, pour réaliser la *restitutio in integrum* »¹¹⁸⁵, la marge d'appréciation de l'État se trouve davantage limitée, mais peut-être moins limitée qu'il ne le semble. En effet, il existe un écart substantiel entre les termes « le moyen le plus efficace » et « le seul moyen » pour effacer les conséquences de la violation. L'interprétation des premiers, selon leur sens ordinaire¹¹⁸⁶, amène à comprendre que d'autres moyens de réparation existent et peuvent être actionnés ; alors que l'interprétation des seconds, élimine toute possibilité de choix. C'est ainsi que, afin d'exécuter l'arrêt de bonne foi, l'État va devoir se fier aux motivations de la Cour qui ont amené à cette indication, pour parfaire son appréciation.

326. La Cour, consciente de son rôle de « guide », en l'espèce, a développé une méthode jurisprudentielle pour amener l'État à la solution de la réparation intégrale. Celle-ci tend, en effet, à considérer que le constat de violation suffit au titre de la satisfaction équitable afin que l'État se concentre entièrement à la réalisation de la *restitutio in integrum* (A). En l'espèce, l'appréciation de l'État étant plus ou moins guidée, sa marge en la matière se voit donc être limitée.

¹¹⁸³ C.E.D.H., *Van Mechelen et autres c. Pays-Bas*, 23 avril 1997, n° 21306/93, 21364/93, 21427/93 et 22056/93.

¹¹⁸⁴ v. C.E.D.H., *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse (n° 2)*, 30 juin 2009, n° 32772/02, §89.

¹¹⁸⁵ *Idem*.

¹¹⁸⁶ Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, *Nations Unies, Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331, art. 31.

De plus, dans l'hypothèse d'une réouverture de la procédure interne, il faut observer que la procédure rouverte doit répondre à certaines exigences exceptionnellement plus strictes en comparaison à une procédure interne qui n'est pas née d'un arrêt de la Cour, ce qui limite une nouvelle fois davantage la marge d'appréciation de l'État **(B)**.

A. La méthode du constat de violation suffisant au titre de la satisfaction équitable pour privilégier la réouverture de la procédure interne

327. Lors de l'élaboration des travaux préparatoires de la Convention, la Commission des questions juridiques et administratives sur l'organisation d'une garantie collective des libertés essentielles et des droits fondamentaux, proposa que la future Cour soit compétente pour censurer les décisions de justice rendues au mépris des droits fondamentaux qui renvoient aux articles 9, 10 et 11 de la déclaration des Nations Unies¹¹⁸⁷, autrement dit lorsqu'il s'agit d'atteintes graves aux droits de l'homme¹¹⁸⁸. Cette proposition, loin de faire l'unanimité, n'a cependant pas été retenue. C'est donc l'article 50 de la Convention remplacé plus tard par l'article 41 sur la satisfaction équitable qui a été choisi par les États membres.

Rappelons que selon cette disposition, « si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention et si le droit interne de la Haute Partie Contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de celle-ci, la Cour accorde à la partie lésée, *s'il y a lieu*, une satisfaction équitable »¹¹⁸⁹. Ainsi, dans le cas d'un constat par la Cour d'une violation de l'article 6 de la Convention, il lui convient, avant de se prononcer sur une quelconque satisfaction pécuniaire, de rechercher si la personne lésée peut obtenir une réparation adéquate par des mesures relevant du droit interne de l'État¹¹⁹⁰.

A priori, la Cour peut donc décider pour ce type de violation, de ne pas allouer de satisfaction de nature pécuniaire après avoir constaté qu'il existait bien des moyens en

¹¹⁸⁷ Conseil de l'Europe, Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 1975, vol. I, p. 227.

¹¹⁸⁸ MANSOUR (A.B.), *La mise en œuvre des arrêts et sentences des juridictions internationales ... op. cit.*, p. 362.

¹¹⁸⁹ C.E.S.D.H., art. 41. Les italiques sont de nous.

¹¹⁹⁰ Opinion séparée de M. Le Juge VERDROSS dans C.E.D.H., *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, satisfaction équitable, 10 mars 1972, n° 2832/66, 2835/66, 2899/66.

interne disponibles pour que le requérant puisse obtenir réparation, moyens dont elle attire l'attention de l'État en utilisant la technique de la condamnation de principe accompagnée de l'exercice de son « pouvoir d'indication »¹¹⁹¹.

328. Dans la première partie, nous avons conclu que lorsque la Cour énonce que le constat de violation est suffisant au titre de la satisfaction équitable, sans donner davantage d'indice ou d'explication sur la mesure de réparation appropriée, alors la marge d'appréciation étatique dans l'exécution de l'arrêt est rendue très large. Ce serait, en effet, une manière de laisser « carte blanche » à l'État dans l'exécution de l'arrêt.

Cependant, la combinaison des phrases « la réouverture d'une procédure interne s'avère être le moyen le plus efficace, voire le seul, pour réaliser la *restitutio in integrum* »¹¹⁹², dans les motifs, et « le constat de violation suffit au titre de la satisfaction équitable »¹¹⁹³, dans le dispositif de l'arrêt, indique clairement la position de la Cour en ce qui concerne le choix de la mesure à adopter pour la réalisation de la satisfaction équitable.

329. La pratique montre que la technique a permis la réalisation de la *restitutio in integrum*.

En effet, lorsque pareil *constat suffisant* est effectivement « jumelé (...) à l'argument selon lequel la réparation du préjudice subi par la victime de la violation repose avant tout sur la réouverture des procédures internes »¹¹⁹⁴, la Cour tend à reconnaître de la sorte aux États, la faculté de mettre fin à une violation de la Convention sans devoir supporter une condamnation pécuniaire¹¹⁹⁵, ce qui met l'accent sur les mesures de réparation en nature.

Ainsi, ce « jumelage » constitue la solution aux problèmes cruciaux de la mise en balance entre « marge d'appréciation étatique », d'une part, et « exécution de l'arrêt », d'autre part. Sur ce point, rappelons que le Juge Bonello avait affirmé que le constat de violation d'un droit fondamental ne réjouit pas le gouvernement et ne contente pas

¹¹⁹¹ TOUZE (S.), « Les limites de l'indemnisation ... » *op. cit.*, p. 140.

¹¹⁹² C.E.D.H., *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse* (n° 2), 30 juin 2009, n° 32772/02, §89.

¹¹⁹³ v. C.E.D.H., *Çiraklar c. Turquie*, 28 octobre 1998, n° 19601/92, pt. 4 du dispositif.

¹¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 137 ; v. aussi FLAUSS (J.-F.), « Le contentieux de la réparation (...) » *op. cit.*, p. 165 ; C.E.D.H., *Han c. Turquie*, 13 septembre 2005, n° 50997/99, §40.

¹¹⁹⁵ TOUZE (S.), « Les limites de l'indemnisation ... » *op. cit.*, p. 139.

davantage la victime « s'il ne s'accompagne de rien d'autre »¹¹⁹⁶. Ici, toutefois, tel constat s'accompagne d'une indication dans les motifs de l'arrêt de la Cour.

330. Expliquons ainsi notre démarche : dans la mesure où la réparation pécuniaire est censée couvrir la part non restituable de la violation de la Convention, l'absence d'une somme allouée à ce titre signifie que tout est restituable en l'état. Dès lors, non seulement la réalisation de la *restitutio in integrum* est possible ; mais de plus, elle est entièrement entre les mains de l'État en vertu du principe de subsidiarité. L'indication quant à la réouverture de la procédure interne deviendra, ici, la « seule » indication faute de réparation pécuniaire, ce qui *de facto* l'intensifie.

En la matière, la Cour essaie de faire passer un message fort à l'État, tout en étant constante dans son raisonnement : puisqu'elle estime que l'indemnisation ne peut suffire¹¹⁹⁷, alors il ne lui faut point allouer de satisfaction équitable¹¹⁹⁸, et ce même si le risque est que la victime se retrouve sans dédommagement à la suite de l'arrêt.

331. Face à ce risque qui n'est pas négligeable, la Cour a déjà eu l'occasion d'affirmer, et ce, dans l'affaire *Claes et autres c. Belgique*, « qu'à défaut de faire droit à une demande de ces requérants d'être rejugés ou de rouvrir la procédure, l'État défendeur doit verser, dans les trois mois à compter du jour où le requérant signalera ne pas vouloir présenter une telle demande ou qu'il apparaîtra qu'il n'en a pas l'intention ou à compter du jour où une telle demande serait rejetée, des indemnités pour *dommage moral* et pour frais et dépens »¹¹⁹⁹. Nous aurions tort de voir cela comme un abandon par la Cour de la ligne de conduite ferme qu'elle a toujours essayé de suivre dans le cadre d'une violation d'un droit de la Convention. En effet, l'idée reste la même : celle d'hierarchiser la *restitutio in integrum* par rapport à l'indemnisation pécuniaire. En effet, la Cour fait ici le choix exprès d'indiquer que les autorités nationales devraient assurer la réouverture de la procédure interne ; et seulement plus tard – 3 mois après – selon certaines conditions, couvrir la part non restituable en l'état par une réparation pécuniaire. La hiérarchisation est ici faite par la priorité temporelle. En conséquence, cette hiérarchisation limite la marge d'appréciation

¹¹⁹⁶ Opinion en partie dissidente de M. Le Juge Bonello dans C.E.D.H., *Aquilina c. Malte*, 29 avril 1999, n° 25642/94.

¹¹⁹⁷ MANSOUR (A.B.), *La mise en œuvre des arrêts et sentences des juridictions internationales ... op. cit.*, p. 362.

¹¹⁹⁸ En effet, la victime n'aura pas de réparation pécuniaire et la réouverture de la procédure dépend de la bonne foi de l'État. Il se peut donc que lors d'un constat de violation suffisant au titre de la satisfaction équitable, la victime se retrouve sans aucun dédommagement.

¹¹⁹⁹ C.E.D.H., *Claes et autres c. Belgique*, 2 juin 2005, n° 46825/99, §57.

étatique dans l'exécution de la décision de la Cour dans la mesure où la Cour a apprécié la situation avant l'État, ce dernier n'ayant pas l'opportunité de hiérarchiser et *in fine* de décider de la mesure de réparation la plus appropriée dans le cas d'espèce.

332. En définitive, la démarche dans son ensemble vise à guider l'État vers la « seule »¹²⁰⁰ mesure qui serait appropriée pour réparer les conséquences de la violation : autrement dit, la réouverture de la procédure interne¹²⁰¹ ; ce qui efface toute nécessité de faire un travail de réflexion sur le choix de la mesure, *in fine* d' « apprécier ».

333. Certes, la portée de pareille « obligation » ne peut être exécutoire. Cependant, la pratique du Comité des Ministres qui nous amène à percevoir une redéfinition de la notion d' « invitation », nous démontre le contraire. Par exemple, dans l'affaire *Hulki Günes c. Turquie* dans laquelle la Cour a conclu à une violation du droit à un procès équitable et alors que la victime purge une peine de prison à perpétuité, le Comité des Ministres a exigé la réouverture du procès, à défaut de quoi un manquement manifeste à l'article 46 de la Convention serait constitué¹²⁰².

Parallèlement, lorsque l'État ne procède pas au réexamen de l'affaire, le Comité « prie instamment l'État défendeur d'adopter rapidement (...) les mesures nécessaires pour exécuter l'arrêt de la Cour [et] décide de reprendre l'examen »¹²⁰³ ; et ce, *jusqu'à ce que l'État s'exécute en ce sens*. Une invitation répétée et surtout « répétable » selon nous, s'apparenterait ainsi en une « obligation déguisée ».

334. Malgré pareilles invitations, il se peut que la réouverture de la procédure interne soit réellement confrontée à des obstacles insurmontables dans le droit interne de l'État. Cela redonne ainsi à l'État une nouvelle occasion d'apprécier la situation et la meilleure mesure à prendre au titre de la réparation **(B)**.

¹²⁰⁰ Opinion en partie concordante de M. Le Juge Costa dans C.E.D.H., *Assanidzé c. Géorgie*, 8 avril 2004, n° 71503/01, pt. 9.

¹²⁰¹ v. C.E.D.H., *Moreira Ferreira c. Portugal* (n°2), 11 juillet 2017, n° 19867/12, §53.

¹²⁰² Résolution intérimaire CM/RES DH (2007) 26 du 4 avril 2007.

¹²⁰³ v. entre autres l'exécution de l'affaire C.E.D.H., *Hirst c. Royaume-Uni* (n°2), 6 octobre 2015, n° 74025/01, résolution intérimaire CM/ResDH(2009)160.

B. Les exigences requises pour la nouvelle procédure interne rouverte : davantage de limitations de la marge d'appréciation étatique

335. Pour les besoins de l'étude, réitérons ici que la *restitutio in integrum* consiste à « placer le requérant, le plus possible, dans une situation équivalant à celle dans laquelle il se trouverait s'il n'y avait pas eu de manquement aux *exigences* de [la] disposition »¹²⁰⁴. Ces *exigences*, dans le cadre de l'article 6 §1 de la Convention, sont diverses. Tout d'abord, les exigences d'ordre institutionnel appellent à ce que la cause soit entendue par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi¹²⁰⁵. Ensuite, les exigences d'ordre procédural appellent à l'équité¹²⁰⁶, la publicité du procès¹²⁰⁷ et au délai raisonnable¹²⁰⁸.

336. Tout comme une procédure interne « normale », une procédure interne qui est rouverte après un arrêt de la Cour doit être jugée conformément à ces exigences et « avec les garanties des droits de la défense, de la culpabilité ou de l'innocence de l'individu [afin] de déterminer la sanction qui aurait dû être initialement retenue *si aucune violation de la Convention n'avait été commise* »¹²⁰⁹.

En outre, dans la mesure où elle fait suite à un arrêt de la Cour, la réouverture d'une procédure au niveau interne doit se conformer aux conclusions et à l'esprit de l'arrêt de la Cour à exécuter¹²¹⁰.

337. En somme, « la Convention n'oblige pas les États contractants à instituer des cours d'appel ou de cassation »¹²¹¹. Cependant, si l'État décide d'instituer de tels mécanismes, la procédure qui en découle doit être conforme aux exigences prévues à l'article 6 de la Convention¹²¹² et à celles prévues dans l'arrêt, c'est-à-dire conformément à l'interprétation par la Cour de la manière dont le requérant a été touché¹²¹³, ainsi qu'aux

¹²⁰⁴ C.E.D.H., *Somogyi c. Italie*, 18 mai 2004, n° 6792/01, §86 ; v. aussi C.E.D.H., *Piersack c. Belgique*, satisfaction équitable, 26 octobre 1984, n° 8692/79, §12. Les italiques sont de nous.

¹²⁰⁵ C.E.S.D.H., art. 6 §1 ; v. aussi « Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, Droit à un procès équitable (volet pénal) », éditions du Conseil de l'Europe, 2013, p. 14.

¹²⁰⁶ « Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, ... », *op. cit.*, p. 21.

¹²⁰⁷ *Ibid.*, p. 31.

¹²⁰⁸ *Ibid.*, p. 34.

¹²⁰⁹ LAMBERT ABDELGAWAD (E.), *L'exécution des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 19.

¹²¹⁰ C.E.D.H., *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse (n° 2)*, 30 juin 2009, n° 32772/02, §90.

¹²¹¹ C.E.D.H., *Annoni di Gussola c. France*, 14 novembre 2000, n° 31819/96, §54.

¹²¹² C.E.D.H., *Levages Prestations Services c. France*, 23 octobre 1996, n° 21920/93, §44.

¹²¹³ v. C.E.D.H., *Gencel c. Turquie*, 23 octobre 2003, n° 53431/99, §27.

exigences de l'intégralité de la Convention en général. La marge d'appréciation de l'État dans la réalisation de sa réparation est donc très encadrée.

338. Par ailleurs, il est certes admis que la méthode du simple constat de violation porte ses fruits en guidant l'État vers une mesure particulière tout en lui laissant « une certaine idée de contrôle » sur l'exécution, en raison de leur caractère implicite, cependant, les indications de mesures ne comportent aucun détail quant à l'immédiateté de l'action ou quant à la portée de la mesure¹²¹⁴. Cela empêche la méthode d'aboutir.

Ce problème est souligné à travers l'exemple de l'affaire *Marckx c. Belgique* qui concerne des violations de l'article 8 de la Convention. En effet, les réformes législatives inspirées par l'arrêt de la Cour – et en particulier de sa méthode du constat de violation combiné à une indication dans les motifs – ont été adoptées en 1987, soit près de six années après l'arrêt. Cela a conduit la Cour à constater une nouvelle violation de l'article 8 de la Convention dans l'affaire *Vermeire c. Belgique*¹²¹⁵ en précisant que :

« [I]a liberté de choix reconnue à l'État quant aux moyens de s'acquitter de son obligation au titre de l'article 53 [actuel article 46 de la Convention] (...) ne saurait lui permettre de suspendre l'application de la Convention en attendant l'aboutissement d'une pareille réforme »¹²¹⁶.

En parallèle, en se prononçant sur le fait que la réouverture de la procédure interne constitue le redressement le plus approprié, la Cour précise que pareille procédure doit être rouverte *en temps utile*¹²¹⁷. L'idée est de donner un effet maximal à la réparation et ainsi, d'accompagner l'État dans sa réalisation, de manière plus stricte, limitant ainsi sa marge d'appréciation dans l'exécution de la décision de la Cour.

339. L'exécution de la réparation d'une violation de l'article 6 de la Convention ne devrait pas déroger à ce principe. Il convient donc à la Cour de préciser ces exigences en se référant, le plus souvent, au critère *Temps*, ainsi qu'elle l'a fait dans l'affaire *Claes*

¹²¹⁴ v. Opinion des Juges Wildhaber, Costa, Lorenzen, Kovler et Jebens dans C.E.D.H., *Hirst c. Royaume-Uni* (n°2), 06 octobre 2005, n° 74025/01 : « (...) Nous regrettons que, malgré cette étude approfondie, elle ne donne aux États que peu ou pas de conseils quant aux solutions qui seraient compatibles avec la Convention ».

¹²¹⁵ C.E.D.H., *Vermeire c. Belgique*, 29 novembre 1991, n° 12849/87, §27.

¹²¹⁶ *Idem*.

¹²¹⁷ v. C.E.D.H., *Somogyi c. Italie*, 18 mai 2004, n° 67972/01, §86 ; v. aussi C.E.D.H., *Calmanovici c. Roumanie*, 1^{er} juillet 2001, n° 42250/00, §162 ; C.E.D.H., *Sejdovic c. Italie*, 01 mars 2006, n° 56581/00, §§125-126 ; C.E.D.H., *Öcalan c. Turquie*, 12 mai 2005, n° 46221/99, §210. Les italiques sont de nous.

précitée¹²¹⁸. En définitive, l'État conserve sa marge de *manœuvre* car « [i]l n'appartient pas à la Cour d'indiquer les *modalités* de la forme d'un nouveau procès éventuel »¹²¹⁹. Ces modalités sont celles examinées par le Comité des Ministres au titre de sa surveillance de la bonne exécution de l'arrêt.

340. Il faut toutefois noter, sur ce point, qu'il est déjà arrivé que le Comité conclut que l'exécution d'une affaire est satisfaite sans regarder les modalités d'exécution. Ainsi, dans l'affaire *Hakkar c. France*¹²²⁰, il avait ainsi constaté « avec satisfaction que cette affaire fera l'objet d'un nouveau procès à bref délai, considérant que, dans la mesure où la violation principale concerne l'équité et non le résultat de la procédure incriminée, il ne s'impose pas d'attendre l'issue de la nouvelle procédure au plan interne »¹²²¹. Il fallait, en effet, présumer le respect des garanties procédurales dès lors que le procès devait s'ouvrir¹²²².

341. En tout état de cause, dans l'hypothèse où la procédure rouverte ne satisfait pas au requérant, les conditions pour revenir devant la Cour sont allégées. En particulier, le requérant n'a pas à épuiser toutes les voies de recours internes pour revenir devant la Cour. La Cour a, en effet, souligné dans l'affaire *Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne* que :

« Si après avoir épuisé en vain les voies de recours internes avant de se plaindre à Strasbourg d'une violation de leurs droits, puis à nouveau une deuxième fois, avec des résultats positifs, pour obtenir l'annulation de l'arrêt de condamnation, et enfin avoir subi un nouveau procès, on exigeait des requérants de les épuiser une troisième fois pour pouvoir obtenir de la Cour une satisfaction équitable, la longueur totale de la procédure se révélerait peu compatible avec une protection efficace des droits de l'homme et conduirait à une situation inconciliable avec le but et l'objet de la Convention »¹²²³.

¹²¹⁸ v. le Par. 336 de la présente étude.

¹²¹⁹ C.E.D.H., *Calmanovici c. Roumanie*, 1^{er} juillet 20018, n° 42250/02, §163.

¹²²⁰ C.E.D.H., *Hakkar c. France*, décision, 15 décembre 1995, n° 19033/91 : le requérant n'avait pas disposé du temps et des facilités nécessaires à la présentation de sa défense devant une Cour d'assises, qui l'a condamné à la réclusion à perpétuité sans avoir été présent ou représenté au procès.

¹²²¹ C.M., Résolution finale ResDH (2001)4, adoptée le 14 février 2001, Exécution de l'arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme *Hakkar contre France*.

¹²²² LAMBERT ABDELGAWAD (E.), *L'exécution des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 21.

¹²²³ C.E.D.H., *Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne (satisfaction équitable)*, 13 juin 1994, n° 10590/83, §17 ; v. aussi C.E.D.H., *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique (satisfaction équitable)*, 10 mars 1972, n° 2832/66, 2835/66, 2899/66, §16. Cela a été vivement critiqué par le juge *ad hoc* Torres Boursault, dans son

Cette logique fait suite à l'argument déjà exprimé selon lequel si une violation se répète même après une indication de la Cour, alors celle-ci, dans la pratique, tend à limiter davantage la marge d'appréciation de l'État en amont et dans l'exécution du nouvel arrêt. La nouvelle requête doit cependant, pour être recevable, comporter des éléments nouveaux, qui dépendent donc de la décision interne de rejet de la demande du requérant en ce qui concerne la réouverture de la procédure.

342. Il existe cependant certaines exceptions du droit interne qui permettent à l'État de ne pas considérer la réouverture de la procédure interne (**B**).

Paragraphe 2 : LES EXCEPTIONS À LA RÉOUVERTURE DE LA PROCÉDURE INTERNE : REGAIN DE MARGE D'APPRÉCIATION DE L'ÉTAT

343. Même s' « il est assez regrettable (...) que la Cour se soit interdite, à ses débuts, d'ordonner l'exécution de mesures spécifiques de réparation envers les victimes »¹²²⁴, force est de souligner que la Convention ne garantit pas un droit à la réouverture d'une procédure terminée¹²²⁵. Il se peut, en effet, qu'un État ne dispose pas de mécanisme en ce sens. Ainsi, là où le droit interne ne prévoit aucun recours et donc là où il ressortira de l'interprétation de l'article 41 de la Convention qu'il faudra indemniser le requérant par une satisfaction de nature pécuniaire, la Cour devrait dire, au moins implicitement, que la législation interne doit prévoir la révision de l'affaire lorsqu'est constatée l'inobservation des exigences essentielles de la procédure¹²²⁶. Mais il s'agit là d'une « recommandation

opinion dissidente jointe à l'arrêt qui ne voit pas de raison pour des conditions moins strictes en cas de nouvelle violation de la Convention. Il estime en effet que « si les requérants estiment à ce stade, en contradiction avec leurs précédentes allégations devant la Cour, que la réparation est encore insuffisante à leur égard, ils sont censés réclamer l'indemnisation par la voie que leur offre la législation interne (...). En toute hypothèse, il ressort de l'article 50 de la Convention que tant qu'il existe une voie adéquate de réclamation en droit interne, c'est au moyen de celle-ci qu'il convient de rechercher la *restitutio in integrum* la plus possible. C'est seulement en ordre subsidiaire en cas de décision non satisfaisante pour les réclamants et, en tout état de cause, si les voies internes n'existaient pas ou s'avéraient insuffisantes ou inefficaces ('si le droit interne ne permet qu'imparfaitement', selon l'article 50) pour obtenir la plus parfaite réparation possible, qu'il appartiendrait ('s'il y a lieu') à la Cour – en ordre subsidiaire, je le répète – de décider en dernière instance, ainsi que l'a soutenu par ailleurs le délégué de la Commission ».

¹²²⁴ Opinion en partie dissidente de M. Le Juge Bonello dans C.E.D.H., *Aquilina c. Malte*, 29 avril 1999, n° 25642/94.

¹²²⁵ C.E.D.H., *Bochan c. Ukraine (n°2)*, 05 février 2015, n° 22251/08, §44.

¹²²⁶ Opinion en partie dissidente de M. le Juge Zupancic dans C.E.D.H., *Câble c. Royaume-Uni*, 18 février 1999, n° 24436/94.

implicite », la Cour n'ayant compétence ni pour ordonner la réouverture d'une procédure interne¹²²⁷, ni pour exiger d'un État qu'il réforme son droit interne pour intégrer cette possibilité¹²²⁸. Dans l'affaire *Moreira Ferreira (n° 2)*, elle a ainsi précisé que si elle affirme que la réouverture de la procédure interne constitue « en principe un moyen de redressement approprié », l'emploi des mots « en principe » et « cependant » fait qu'elle « s'est abstenue de donner des indications contraignantes quant aux modalités d'exécution de son arrêt et a choisi de laisser à l'État une marge de manœuvre étendue dans ce domaine »¹²²⁹.

344. En revanche, lorsqu'un tel mécanisme existe en droit interne, un exercice d'appréciation s'impose pour chaque cas d'espèce. Conformément au principe de subsidiarité, l'appréciation d'une situation doit être confiée à l'entité la plus à même de faire le bon choix¹²³⁰. Dans la mesure où l'appréciation de la possibilité de rouvrir la procédure interne dépend des capacités du droit interne à cette fin, c'est bien à l'État que revient la priorité d'appréciation car, au détriment de la Cour, il est le plus apte à interpréter son droit interne¹²³¹.

De manière globale, il faut observer que l'État apprécie la nécessité de rouvrir la procédure interne en voyant si les conditions posées par son droit interne sont remplies ; ainsi, il pose la règle et l'interprète. En d'autres termes, il devient comme une sorte de « juge et partie » : *juge* parce qu'il apprécie la mesure de réparation sur la base de son droit interne ; et *partie* parce que ce droit interne est adopté par lui-même. C'est cela qui rend sa marge d'appréciation dans l'exécution d'une décision relative à la violation de l'article 6 de la Convention, certes limitée mais moins limitée qu'il ne le semble.

345. Pour qu'une procédure interne soit concrètement ouverte, plusieurs éléments devront être considérés. Tout d'abord, il faut que le requérant formule une demande à cette fin¹²³². À ce titre, il est vrai qu'il existe des cas où le requérant lui-même ne veuille pas

¹²²⁷ v. C.E.D.H., *Pelladoah c. Pays-Bas*, 22 septembre 1994, n° 16737/90, §44 ; C.E.D.H., *Saïdi c. France*, 20 septembre 1993, n° 14647/89, §47. Les italiques sont de nous.

¹²²⁸ C.E.D.H., *Hostein c. France*, 18 juillet 2006, n° 76450/01, §49 : « En ce qui concerne la demande du requérant relative à l'introduction en droit interne d'un mécanisme de révision en matière civile, la Cour rappelle qu'un tel droit n'est pas garanti en tant que tel par la Convention ».

¹²²⁹ C.E.D.H., *Moreira Ferreira c. Portugal (n°2)*, 11 juillet 2017, n° 19867/12, §§92-93.

¹²³⁰ SALMON (J.), *Dictionnaire de droit international public*, ... *op. cit.*, p. 1056.

¹²³¹ C.E.D.H., *Winterwerp c. Pays-Bas*, 27 novembre 1981, n° 6301/73, §46.

¹²³² C.E.D.H., *Duran Sekin c. Turquie*, 02 février 2006, n° 41968/98, §45.

d'un nouveau procès¹²³³, soit parce que cette réparation ne lui est pas favorable, soit parce qu'elle est plus lourde ou encore aléatoire. Pourtant, le principe *reformatio in pejus* qui exclue la possibilité de la condamnation à une peine plus sévère, devrait encourager le requérant à demander pareille forme de réparation, celui-ci pouvant avoir au mieux, un acquittement, ou la réduction de la peine, et au pire, la confirmation de sa peine antérieure.

En outre, faut-il étudier les obstacles dans le droit interne qui empêchent cette forme de réparation intégrale d'avoir lieu. À cet égard, la sécurité juridique, un principe qui fait lui-même partie intégrante de l'article 6 §1 de la Convention, peut constituer une entrave à la réouverture d'une procédure interne. L'impératif de stabilité constitue, en effet, un « argument important » contre cette forme de réparation¹²³⁴. Il est vrai que le jugement interne qui revêt de l'autorité de la chose jugée est mis à mal par un nouvel arrêt (A). Il a également été critiqué qu'une telle forme de réparation pouvait même conduire à une violation des droits des autres parties¹²³⁵ (B).

A. L'autorité de la chose jugée comme obstacle à la réouverture d'une procédure interne

346. L'autorité de la chose jugée des décisions internes a très souvent été présentée comme une impossibilité interne autorisant *ipso facto* l'accomplissement de l'obligation de réparer par une indemnisation pécuniaire¹²³⁶. Cela ressortirait du caractère déclaratoire de l'arrêt de la Cour ainsi que de la formulation de l'article 41 de la Convention. En effet, une juridiction internationale n'est pas une cour d'appel, ni une cour de cassation des juridictions internes¹²³⁷, sauf en cas de décision arbitraire ou de déni de justice¹²³⁸.

¹²³³ LAMBERT ABDELGAWAD (E.), *L'exécution des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 22.

¹²³⁴ Opinion concordante de M. le Juge Wojtyczek dans C.E.D.H., *Bochan c. Ukraine (n°2)*, 05 février 2015, n° 22251/08, pt. 6.

¹²³⁵ *Idem*.

¹²³⁶ ZEMANEK (K.), « Die Völkerrechtliche Verantwortlichkeit Und Die Sanktionene Des Völkerrechts », in NEUBOLD (H.), HUMMER (W.), SCHREUER (C.) (dir.), *Österreichisches Handbuch Des Völkerrechts*, Manz Urteil, Vienne, 1983, p. 76.

¹²³⁷ C.E.D.H., *Sukhanov et autres c. Russie*, 07 novembre 2017, n° 56251/12 et autres, §47 ; v. aussi C.E.D.H., *Paroisse Gréco-Catholique Lupeni et autres*, 29 novembre 2016, n° 76943/11, §90 ; v. aussi MANSOUR (A.B.), *La mise en œuvre des arrêts et sentences des juridictions internationales ... op. cit.*, p. 359.

347. Selon une jurisprudence constante de la Cour, toutefois, l'article 6 de la Convention n'est pas applicable à une procédure tendant à la réouverture d'une procédure pénale car la personne qui, une fois sa condamnation passée en force de chose jugée, demande pareille réouverture, n'est pas « accusée d'une infraction » au sens dudit article¹²³⁹. Ainsi, le juge européen ne peut que constater la conformité ou non des décisions judiciaires internes avec la Convention¹²⁴⁰, ce qui, de principe, élargit la marge d'appréciation étatique.

À titre d'illustration, dans sa décision de recevabilité de 2010 relative à l'affaire *Öcalan*, la Cour affirme que dans son arrêt de 2005, elle avait estimé que

« les mesures de réparation spécifiques à prendre, *le cas échéant*, par un État défendeur pour s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu de l'article 46 de la Convention, dépendent nécessairement des circonstances particulières de la cause et doivent être définies à la lumière de l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire concernée, compte dûment tenu de la jurisprudence de la Cour ».

Elle explique qu'en employant l'expression « le cas échéant », elle n'a pas exclu que les circonstances particulières de l'affaire puissent exempter l'État concerné de la prise de toute mesure de réparation spécifique à l'égard d'un requérant¹²⁴¹. Par là, elle rappelle la nécessité de privilégier la forme de réparation intégrale consistant à rouvrir la procédure interne.

348. Si l'annulation directe de la procédure interne par la juridiction internationale est inconcevable¹²⁴², il n'en demeure pas moins que « seule la procédure de révision permet de revenir sur le principe même de la condamnation dans l'intérêt supérieur d'équité et d'humanité »¹²⁴³. En effet, la Convention doit être interprétée comme garantissant des droits concrets et effectifs¹²⁴⁴. Comme le soulignent les Juges Mme

¹²³⁸ C.E.D.H., *Tel c. Turquie*, 17 octobre 2017, n° 36785/03, §58.

¹²³⁹ C.E.D.H., *Dankevich c. Ukraine (déc.)*, 25 mai 1999, n° 40679/98 ; C.E.D.H., *Sonnleitner c. Autriche (déc.)*, 06 janvier 2000, n° 34813/97 ; C.E.D.H., *Kucera c. Autriche (déc.)*, 20 mars 2001, n° 40072/98, 20 mars 2001.

¹²⁴⁰ v. GIARDINA (A.), « La mise en oeuvre au niveau national des arrêts et des décisions internationaux », R.C.A.D.I., 1979, vol. 165, p. 302.

¹²⁴¹ C.E.D.H., *Öcalan c. Turquie (déc.)*, 06 juillet 2010, n° 5980/07.

¹²⁴² SANTULLI (C.), « Une administration internationale de la justice nationale ? A propos des affaires Breard et Lagrand », *A.F.D.I.*, 1999, vol. 45, p. 115.

¹²⁴³ DEBOVE (F.), FALLETTI (F.), *Précis de droit pénal ...*, op. cit., p. 690.

¹²⁴⁴ Opinion concordante commune aux Juges Yudkivska et Lemmens dans C.E.D.H., *Bochan c. Ukraine (n°2)*, 05 février 2015, n° 22251/08, pt. 3.

Yudkivska et M. Lemmens, « l'inaltérabilité de[s] décisions internes considérées par la Cour comme contraires à la Convention pourrait conduire à priver ses arrêts de la plupart de leurs effets réels, ce qui rendrait sa saisine illusoire »¹²⁴⁵.

Ainsi, dès lors que la Cour a conclu à une violation des garanties procédurales de l'individu, que de telles infractions ont eu des répercussions sur le choix de la peine au niveau interne, que la victime continue d'exécuter sa peine, une réouverture du procès permettra de juger, avec les garanties des droits de la défense, de la culpabilité ou de l'innocence de l'individu et de déterminer la sanction qui aurait dû être initialement retenue¹²⁴⁶.

A contrario, la question qui se pose consistera de savoir quel serait le caractère effectif de la justice internationale si même après une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée, les États étaient laissés libres d'exécuter ou non faute de suivi ?

Pour nuancer la réponse à cette question, il faut souligner que si la Cour n'a pas compétence pour examiner si une Partie contractante s'est conformée aux obligations que lui impose un de ses arrêts¹²⁴⁷, il n'en demeure pas moins que rien ne l'empêche de connaître d'une requête ultérieure soulevant un problème nouveau, non tranché par l'arrêt¹²⁴⁸. Dans cette continuité, rien n'empêche non plus le Comité des Ministres de pousser l'État à réaliser la *restitutio in integrum*. Par exemple, dans l'affaire *Lyashko c. Ukraine*¹²⁴⁹, au-delà du fait de s'assurer que le requérant ne soit pas en détention, le Comité s'était également assuré qu'aucune mention de la condamnation pénale n'était inscrite dans son casier judiciaire¹²⁵⁰.

349. En réalité, l'opposition entre la *res judicata* de la décision interne dont la procédure où la substance est jugée contraire à l'article 6 de la Convention et la *res judicata* de la décision européenne constatant cela, est plus ou moins réglée par le droit interne lui-même. À cet effet, si le droit national prévoit la possibilité de rouvrir une

¹²⁴⁵ *Idem*.

¹²⁴⁶ C.M., Recommandation n° R (2000)2 adoptée le 19 janvier 2000, Le réexamen ou la réouverture de certaines affaires au niveau interne suite à des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme.

¹²⁴⁷ C.E.D.H., *Öcalan c. Turquie (déc.)*, 06 juillet 2010, n° 5980/07; v. aussi C.E.D.H., *Mehemi c. France* (n° 2), 10 avril 2003, n° 53470/99, §43.

¹²⁴⁸ v. C.E.D.H., *Pailot c. France*, 22 avril 1998, n° 32217/96, §57, C.E.D.H., *Rando c. Italie*, 15 février 2000, n° 38498/97, §17.

¹²⁴⁹ C.E.D.H. *Lyashko c. Ukraine*, 10 août 2006, n° 21040/02.

¹²⁵⁰ C.M., Résolution finale CM/ResDH (2008) 30, adoptée le 27 mars 2008, Exécution de l'arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme *Lyashko contre l'Ukraine*.

procédure close, les principes de la force jugée et de la sécurité juridique ne peuvent être indûment heurtés¹²⁵¹. Les mécanismes internes à ce sujet diffèrent d'un État membre à un autre. Ainsi, au sein du conseil de l'Europe, certains États ont un mécanisme juridique permettant que l'individu dépose un recours lui permettant de rouvrir et réexaminer son procès, *lorsque la gravité du préjudice de le suggère* ; d'autres, en revanche, permettent cette réouverture à la suite d'un arrêt de la Cour en adoptant une interprétation extensive des dispositions relatives à la révision des procès internes¹²⁵², par exemple en considérant que l'arrêt de la Cour constitue une « information nouvelle »¹²⁵³.

Il est donc important que de tels mécanismes internes soient institués pour faciliter le redressement du *statu quo ante*, ce qui encadre la grande latitude de principe de l'État. À défaut, il pourrait se produire l'effet inverse de ce qui a été recherché par les États¹²⁵⁴ : comme dans l'affaire *Van Mechelen et autres c. Pays-Bas*¹²⁵⁵, où faute de réglementation permettant la réouverture de la procédure interne, les autorités néerlandaises ont dû procéder à la libération des individus sans nouveau procès.

B. L'effet de la réouverture de la procédure interne à l'égard des tiers comme obstacle à sa réalisation

350. Lorsqu'une partie conteste devant la Cour la compatibilité avec la Convention de la procédure appliquée ou de la décision rendue, l'issue de la procédure devant la Cour touche aux droits et aux intérêts des autres parties¹²⁵⁶. Cela redonne une certaine liberté à l'État défendeur.

Sur ce point, les décisions de justice en matière civile tranchent fréquemment des litiges entre des parties aux intérêts opposés. Ainsi que nous l'avons spécifié

¹²⁵¹ *Idem.*

¹²⁵² MANSOUR (A.B.), *La mise en œuvre des arrêts et sentences des juridictions internationales ... op. cit.*, p. 390.

¹²⁵³ *Ibid.*, p. 377 ; v. aussi C.E.D.H., *Jersild c. Allemagne*, 23 septembre 1994, n° 15890/89.

¹²⁵⁴ En supposant qu'un État veuille ne pas instituer de mécanisme à cette fin dans le but de ne pas avoir à réaliser la restitution intégrale.

¹²⁵⁵ C.E.D.H., *Van Mechelen et autres c. Pays-Bas*, 23 avril 1997, n° 21306/93, 21364/93, 21427/93 et 22056/93.

¹²⁵⁶ Opinion concordante de M. le Juge Wojtyczek dans C.E.D.H., *Bochan c. Ukraine (n°2)*, 05 février 2015, n° 22251/08, pt. 6.

précédemment, malgré le fait que la Cour examine la relation verticale requérant-État, il n'en demeure pas moins que son arrêt aura nécessairement une certaine influence sur la protection accordée aux droits des autres parties et donc un effet nécessairement horizontal – entre sujets de droit privé – et ce, particulièrement si l'arrêt de la Cour appelle à la réouverture de la procédure interne¹²⁵⁷. Une plus grande attention est donc requise en l'espèce.

Dans la continuité de ce que nous avons constaté dans la première partie, l'étendue de la marge d'appréciation de l'État est plus grande selon qu'une affaire présente ou non d'extrêmes difficultés¹²⁵⁸ et donc en particulier en présence d'intérêts privés ou publics concurrents dans la mesure où cela contribue à la technicité et la complexité de la situation¹²⁵⁹. C'est par cette même logique que la marge d'appréciation de l'État s'élargit ici, cette fois dans le champ de la réparation.

351. Plus concrètement, évaluant si et à quel degré la réouverture de la procédure interne peut porter préjudice aux droits des tiers, l'État a le dernier mot sur la nécessité – proportionnalité – de réaliser la *restitutio in integrum*. Dans ce cas, il pourrait se tourner vers une alternative à caractère pécuniaire, telle l'indemnisation pour perte de chance¹²⁶⁰. Par exemple, dans l'affaire *Annoni di Gussola c. France*, le requérant avait contracté un prêt pour achat d'un véhicule auprès de la banque DIN. Ce dernier n'ayant pas pu régler les mensualités, la banque résilia le contrat de prêt et fit procéder à la vente du véhicule¹²⁶¹ pour un prix que le requérant estime dérisoire¹²⁶². Le tribunal d'instance compétent lui fit une injonction, à laquelle celui-ci s'est opposé en interjetant appel du jugement puis en formant un pourvoi devant la cour de Cassation.

Plus tard, le délégué du premier président de la cour de cassation ordonna le retrait du rôle de l'affaire¹²⁶³. La Cour avait constaté que le requérant se trouvait dans une situation de surendettement et que ses conditions de vie précaires ne pouvaient pas prêter à

¹²⁵⁷ *Idem*.

¹²⁵⁸ C.E.D.H., *B. c. Royaume-Uni*, satisfaction équitable, 09 juin 1988, n° 9840/82, §12.

¹²⁵⁹ C.E.D.H., *Evans c. Royaume-Uni*, 10 avril 2007, n° 633905, §77 ; C.E.D.H., *Chassagnou c. France*, 29 avril 1999, n° 25088/94, §113 ; DROOGHENBROECK (S.V.), *La proportionnalité ...*, *op. cit.*, p. 521.

¹²⁶⁰ LAMBERT ABDELGAWAD (E.), *L'exécution des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 18.

¹²⁶¹ C.E.D.H., *Annoni di Gussola c. France*, 14 novembre 2000, n° 31819/96, §12.

¹²⁶² *Ibid.*, §17.

¹²⁶³ *Ibid.*, §20.

controverse à l'époque des demandes de retrait du rôle, étant lui-même « Rmiste »¹²⁶⁴. Elle a considéré que cela n'a pas été pris en considération par les autorités nationales et que les ordonnances de retrait n'étaient d'ailleurs pas motivées¹²⁶⁵. Ainsi, la Cour a relevé que la décision de radiation du pourvoi du requérant du rôle de la Cour de cassation a constitué une mesure disproportionnée au regard des buts visés¹²⁶⁶. Constatant une atteinte au droit d'accès des requérants à un tribunal (article 6 §1), elle estime toutefois qu'elle ne saurait spéculer sur ce qu'eût été l'issue des procès dans le cas contraire, et ajoute que les requérants ont subi un tort moral certain que le simple constat de violation de la Convention ne suffit pas à remédier¹²⁶⁷.

Dans leur bilan d'exécution de l'arrêt, les autorités nationales ont indiqué avoir payé la satisfaction équitable et ont estimé que « vu les circonstances de l'espèce [et] le montant de satisfaction équitable accordé par la Cour, (...) aucune mesure n'est apparue nécessaire »¹²⁶⁸. En sus, dans le cadre des mesures générales, le bénéficiaire de l'aide juridictionnelle ou le bénéficiaire du Revenu Minimum d'Insertion sont devenus des critères d'appréciation des décisions frappées de pourvoi¹²⁶⁹. Le Comité des Ministres a constaté les mesures comme étant suffisantes et a clos son examen de surveillance de l'exécution de l'arrêt¹²⁷⁰.

En l'espèce, la réouverture de la procédure interne aurait pu porter préjudice à la banque. Dès lors, la réparation pour perte de chance a été choisie par l'État défendeur qui n'a pas manqué d'assurer une réparation qui dépasse le cas d'espèce en adoptant des mesures générales.

352. En matière pénale, la réouverture de la procédure interne pourrait soulever la question du sort des coaccusés – qui n'ont pas porté leur affaire à Strasbourg – et des victimes, et poser des difficultés eu égard à une déperdition éventuelle des preuves et au délai écoulé¹²⁷¹. Or, nous savons que toute réouverture de la procédure interne n'entraîne pas *ipso facto* l'acquiescement de l'individu. Puis, la recherche de la vérité ainsi que la

¹²⁶⁴ *Ibid.*, §55.

¹²⁶⁵ *Ibid.*, §57.

¹²⁶⁶ *Ibid.*, §59.

¹²⁶⁷ *Ibid.*, §62.

¹²⁶⁸ Annexe à la Résolution CM/ResDH(2007)37, Informations sur les mesures prises afin de se conformer à l'arrêt dans l'affaire Annoni Di Gusola et Debordes et Omer contre la France.

¹²⁶⁹ *Idem.*

¹²⁷⁰ *Idem.*

¹²⁷¹ LAMBERT ABDELGAWAD (E.), *L'exécution des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 18

gravité de la peine encourue par la victime, constituent des éléments majeurs à prendre en compte pour privilégier ce mode de réparation maximal, qui ne saurait réellement porter préjudice aux tiers.

353. En définitive, pour tout type de procédure confondue, il est vrai que dans certaines situations, la décision définitive rendue par une juridiction nationale crée une injustice dans les relations entre sujets de droit privé telle que la *seule solution* consiste à rejuger l'affaire¹²⁷². Ce degré d'injustice sera apprécié par l'État défendeur, titulaire de la marge d'appréciation en l'espèce. Le Comité des Ministres qui surveille l'exécution de l'arrêt aura cependant également un rôle considérable dans l'évaluation de cette première appréciation.

Section 2 : Cas particulier des violations du droit de propriété

353. À l'époque de la rédaction de la Convention, les États avaient été incapables de se mettre d'accord sur le droit de propriété. La formulation adoptée à l'article 1^{er} du Protocole additionnel prévoit donc un droit de propriété assez restreint¹²⁷³. La disposition garantit le droit de disposer de ses biens¹²⁷⁴, le concept de « biens » englobant non seulement un bien immobilier « mais également toute une série de droits patrimoniaux tels que ceux attachés à des actions, des brevets, des sentences arbitrales, un droit établi à une retraite, le droit d'apercevoir un loyer et les droits associés à l'exercice d'une activité commerciale »¹²⁷⁵.

¹²⁷² *Idem*. Les italiques sont de nous.

¹²⁷³ GRGIC (A.), MATAGA (Z), LONGAR (M.), VILFAN (A.), « Le droit à la propriété dans la Convention européenne des Droits de l'Homme, Un guide sur la mise en oeuvre de la Convention européenne des Droits de l'homme et de ses protocoles », Précis sur les droits de l'Homme n° 10, éditions du Conseil de l'Europe, 2007, p. 5.

¹²⁷⁴ Cela constitue l'élément fondamental du droit de propriété : v. C.E.D.H., *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, n° 6833/74, §63.

¹²⁷⁵ GRGIC (A.), MATAGA (Z), LONGAR (M.), VILFAN (A.), « Le droit à la propriété dans la Convention européenne des Droits de l'Homme, Un guide ... *op. cit.*, p. 7.

Dans la mesure où le caractère limité de sa formulation « confère à l'État un vaste pouvoir d'ingérence dans [son] exercice »¹²⁷⁶, il convient de déterminer l'étendue de cette latitude dans l'hypothèse d'un constat de violation (**Paragraphe 1**).

354. Pour autant, une conception plus large de la notion de « biens » ne saurait se limiter aux « biens actuels »¹²⁷⁷. En effet, « d'autres valeurs patrimoniales, y compris des créances sur la récupération desquelles le requérant peut prétendre nourrir au moins une 'espérance légitime' peuvent être considérées comme des 'biens' »¹²⁷⁸. Cette considération nous amène à aller plus loin dans le raisonnement en analysant la marge d'appréciation de l'État dans l'exécution de l'arrêt sous l'angle de la satisfaction équitable de nature pécuniaire (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : LA MARGE D'APPRÉCIATION DE L'ÉTAT DANS L'EXÉCUTION DES DÉCISIONS CONSTATANT VIOLATION DE L'ARTICLE 1^{ER} DU PROTOCOLE 1

355. Selon l'article 1^{er} du Protocole additionnel à la Convention,

« Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international »¹²⁷⁹.

Le devoir de respecter le droit du requérant au respect de ses biens, se décompose en obligations négatives et positives¹²⁸⁰. Le but essentiel de cette disposition est de protéger une personne contre les ingérences injustifiées de l'État dans le droit au respect de ses biens¹²⁸¹. Il peut aussi requérir l'adoption de mesures de protection, notamment en

¹²⁷⁶ *Ibid.*, p. 5.

¹²⁷⁷ *Ibid.*, p. 7.

¹²⁷⁸ *Idem.*

¹²⁷⁹ Protocole additionnel à la C.E.S.D.H., art. 1.

¹²⁸⁰ GRGIC (A.), MATAGA (Z), LONGAR (M.), VILFAN (A.), « Le droit à la propriété dans la Convention européenne des Droits de l'Homme, Un guide ... *op. cit.*, p. 10.

¹²⁸¹ *Ibid.*, p. 10 : Une obligation négative valable notamment en cas d'expropriation ou de destruction de biens meubles et immeubles, de restrictions inhérentes aux politiques d'aménagement du territoire, de contrôle des loyers et de saisie provisoire

présence d'un lien direct « entre les mesures qu'un requérant peut légitimement prétendre des autorités et la jouissance effective de ses biens par ledit requérant »¹²⁸².

À cet égard, la disposition contient trois normes distinctes :

« [I]a première qui s'exprime dans la première phase du premier alinéa et revêt un caractère général, énonce le principe du respect de la propriété ; la deuxième, figurant dans la seconde phase du même alinéa, vise la privation de propriété et la soumet à certaines conditions ; quant à la troisième, consignée dans le second alinéa, elle reconnaît aux États le pouvoir, entre autres, de réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général »¹²⁸³.

356. À juste titre, la disposition n'est donc pas absolue, des limitations s'y imposent, telles que définies dans le droit interne des États membres. En cas de violation malgré de telles limitations, il convient de noter que, tout comme pour les violations du droit au procès équitable telles que relatées plus haut, la réparation du dommage matériel doit aboutir à la situation la plus proche possible de celle qui existerait si la violation constatée n'avait pas eu lieu¹²⁸⁴ ; et la Cour n'a ni la compétence, ni la possibilité pratique d'appliquer par elle-même cette *restitutio in integrum*¹²⁸⁵.

357. Toutefois, il ressort de la jurisprudence de la Cour que celle-ci est plus encline à se servir de son « pouvoir d'injonction » pour ce type de violation et qu'elle serait même plus stricte, ici, dans sa recherche de la réalisation de la réparation intégrale. En effet, pour ce faire, elle n'a pas besoin de prendre le risque de dire que le constat de violation suffit au titre de la satisfaction équitable, comme elle le fait dans le cas des violations de l'article 6 de la Convention (A) ; et qui plus est, indique-t-elle directement les réparations requises dans le *dispositif* de l'arrêt (B).

¹²⁸² *Idem.*

¹²⁸³ C.E.D.H., *Vistins et Perepjolkins c. Lettonie*, 25 octobre 2012, n° 71243/01, §93.

¹²⁸⁴ *Ibid.*, §33.

¹²⁸⁵ C.E.D.H., *Papamichalopoulos c. Grèce (satisfaction équitable)*, 24 juin 1993, n° 14556/89, §34.

A. L'abandon de la technique du constat de violation suffisant au titre de la satisfaction équitable

358. Tout comme dans le cadre de la réparation des violations de l'article 6 de la Convention, la Cour tend également, ici, à guider l'État vers la restitution intégrale. Mais contrairement à sa démarche ultérieure, la Cour, pour le cas de l'article 1^{er} du protocole 1, n'a pas à prendre le risque d'utiliser la technique du constat de violation suffisant au titre de la satisfaction équitable, même si celui-ci est jumelé à une indication dans les motifs de l'arrêt.

Pour le comprendre, il convient de rappeler les fondements de cette technique. À ce titre, le constat de violation est censé compenser le tort moral et non le préjudice matériel. Si ces deux données se confondent aisément dans le cadre de la violation du procès équitable, il n'en est rien pour celle du droit de propriété.

359. À cet égard, le tort moral se comprend de la situation de détresse et d'anxiété que subit le requérant qui en résulte. Le tort matériel, en revanche, réside dans les pertes effectivement subies (*damnum emergens*) et la perte ou le manque à gagner auxquels il faut s'attendre pour l'avenir (*lucrum cessans*) : en l'espèce, les pertes de chance ou de revenus.

Ainsi, dans l'hypothèse d'une violation du droit au procès équitable, pour guider l'État à réaliser la *restitutio in integrum*, la Cour tend à compenser cette anxiété par un constat de violation et à ouvrir la voie à une réouverture de la procédure interne comme dédommagement matériel en nature ; parce qu'autrement, en allouant une somme en guise de satisfaction de nature pécuniaire, il sera difficile de déterminer quelle part irréalisable de la *restitutio in integrum* celle-ci est censée couvrir, ce qui élargit la marge d'appréciation de l'État dans l'exécution de la décision, au point de ne pas rouvrir la procédure interne.

Or, dans l'hypothèse d'une violation du droit de propriété, une distinction claire entre les deux types de dommage est visible, rendant également visible, la forme de réparation la plus logique. En effet, le dommage matériel doit en principe être compensé par la remise du bien au requérant ou, si cela n'est pas possible, par un dédommagement à la hauteur de la valeur du bien au moment où il a été perdu par celui-ci. Quant au tort moral que

constitue le « sentiment d'impuissance et de frustration »¹²⁸⁶ éprouvé par la situation d'attente, d'anxiété et de détresse du requérant, il peut être compensé par une somme d'argent ou par un constat de violation ; mais il n'y a pas forcément besoin de prendre ce dernier risque car le préjudice matériel est parfaitement ou du moins suffisamment quantifiable. En définitive, *ce n'est pas l'absence de dédommagement moral qui poussera davantage l'État défendeur à rendre le bien au requérant parce qu'aucune interdépendance ou confusion ne lie les deux types de dédommagements.*

360. À la place de la technique du constat de violation suffisant au titre de la satisfaction équitable, la Cour a tendance à utiliser celle de la réservation de la question dans un nouvel arrêt¹²⁸⁷, pour favoriser la réalisation de la *restitutio in integrum* en la matière. Comme précisé dans la première partie de cette étude, cette technique permet une réparation en nature effective, plus clairement chiffrée et conforme au principe de subsidiarité. En effet, il ne fait aucun doute que pour le dédommagement de pareil préjudice matériel, la Cour a besoin de temps pour recueillir les données exactes, claires et à jour aux fins de réparation. Il lui faut ensuite ajuster les sommes susvisées pour compenser les effets de l'inflation¹²⁸⁸ ; et calculer les intérêts légaux au titre de la même période¹²⁸⁹ ; ou encore déduire des montants les sommes des arriérés de loyer versées ou celle de l'impôt foncier impayé¹²⁹⁰. C'est bien ce qui s'entend par réparation « intégrale ».

361. En définitive, de par l'attention particulière qu'elle porte à pareille réparation, il en résulte que la Cour est plus stricte dans sa façon de guider l'État vers la *restitutio in integrum* dans le cadre des violations de l'article 1^{er} du Protocole n° 1. Cela est d'autant plus vrai lorsqu'elle additionne cette technique à une indication en ce sens dans le dispositif même de l'arrêt **(B)**.

¹²⁸⁶ C.E.D.H., *Vistins et Perepjolkins c. Lettonie*, 25 octobre 2012, n° 71243/01, §47.

¹²⁸⁷ *Ibid.*, §140.

¹²⁸⁸ *Ibid.*, §41 ; C.E.D.H., *Scordino c. Italie (n° 1)*, 29 mars 2006, n° 36813/97, §258.

¹²⁸⁹ *Ibid.*, §42.

¹²⁹⁰ *Ibid.*, §43.

B. Indication de la mesure de réparation dans le dispositif de la décision

362. La Cour s'est de plus en plus employée à indiquer des mesures de réparation dans le dispositif de l'arrêt pour que la *restitutio in integrum* soit une priorité (1) mais sa réalisation demeure confrontée à des problèmes parfois insurmontables (2).

1. La *restitutio in integrum* de nouveau entre alternative et priorité

363. Si, dans le cadre des violations du droit au procès équitable, la Cour est plus encline à indiquer la mesure de réparation idéale timidement dans les motifs de l'arrêt, elle tend davantage à rétrécir la marge d'appréciation de l'État dans l'exécution d'une décision constatant la violation du droit de propriété en indiquant la mesure de réparation à adopter dans le dispositif de l'arrêt. C'est dans l'arrêt *Papamichalopoulos* que la Cour a, pour la première fois, « franchi un pas supplémentaire »¹²⁹¹ dans la limitation de la marge étatique. La Cour y pose une alternative : soit la *restitutio in integrum*, soit le paiement d'une indemnité pour dommage matériel¹²⁹².

Une certaine nuance doit cependant être soulignée en ce que cette marge subsiste dans la mesure la Cour donne l'alternative à l'État en termes de réparation. Comme analysé précédemment, lorsque l'objectif de la réalisation de la *restitutio in integrum* est placé comme une alternative – surtout lorsqu'elle est possible – la marge d'appréciation étatique est plus large¹²⁹³. Si aucun indice n'est donné pour orienter l'État à préférer réparer en nature plutôt qu'en payant la somme équivalente, alors la marge étatique demeure plus large qu'annoncée.

364. Dans cette lignée, lire « soit (...) soit (...) » ne permet d'observer aucune hiérarchie entre les deux types de réparation ; et revient à donner un choix simple qui dépend de la totale appréciation de l'État. Cela étant, en prenant en considération tout le

¹²⁹¹ LAMBERT ABDELGAWAD (E.), *L'exécution des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, op. cit., p. 46.

¹²⁹² C.E.D.H., *Papamichalopoulos et autres c. Grèce*, 24 juin 1993, n° 14556/89, §38.

¹²⁹³ v les Pars. 176 et 177 de la présente étude.

contexte ainsi que l'objet et le but de la Convention, une certaine interprétation en faveur de la hiérarchie de la *restitutio in integrum* se dégage. Premièrement, il ressortait depuis toujours de la jurisprudence de la Cour que la restitution intégrale constituait la réparation idéale, la plus appropriée. Ensuite, le reste de l'indice se trouve dans la suite du dispositif. En particulier, le dispositif de l'arrêt *Papamichalopoulos* se lit comme suit :

« 2. Dit que l'État défendeur doit restituer aux requérants, dans les six mois, les terrains litigieux d'une superficie de 104 018 m², y compris les bâtiments qui s'y trouvent ;

3. Dit que, *faute d'une telle restitution*, l'État défendeur doit verser aux requérants, dans les six mois, 5 551 000 000 (cinq milliards cinq cent cinquante et un millions) drachmes pour dommage matériel, montant à majorer d'un intérêt non capitalisable de 6 % à compter de l'expiration du délai de six mois (point 2 du dispositif) et jusqu'au versement »

Ici, une distinction substantielle a lieu entre « soit (...) soit (...) » et « (...) *faute de réparation X, adopter la réparation Y* ». En effet, un certain avantage est laissé à la réalisation de la réparation maximale.

365. Dans ce cas, la marge d'appréciation de l'État s'avère étroite d'autant plus que la Cour spécifie un cadre temporel « durée de six mois » pour réaliser la *restitutio in integrum*. Mais il revient tout de même à l'État d'apprécier les raisons du « défaut de restitution » qui peuvent expliquer son choix de passer outre « l'indice hiérarchique ».

Si ces raisons ne sont pas explicitées dans cet arrêt, la question qui se pose est celle de savoir s'il s'agit ici des mêmes raisons à l'origine de l'obstacle à la réouverture de la procédure interne s'agissant de la violation précitée d'un droit au procès équitable. Dans l'affirmative, à quel degré ? Dans la négative, quelles sont donc ces raisons ? **(2)**.

2. Les problèmes liés à la réalisation de la *restitutio in integrum*

366. Premièrement, il ressort de l'analyse de la jurisprudence en la matière que la demande du requérant pour la restitution du bien en nature demeure une condition à l'actionnement de ce type de réparation.

367. Ensuite, la Cour a reconnu certaines limites à sa propre discrétion en la matière lorsque « des événements de grande ampleur [sont] survenus avant l'entrée en vigueur de la Convention »¹²⁹⁴. C'est le cas par exemple des « changements de régime politique et économique, surtout au cours d'une période initiale de transition nécessairement marquée par des bouleversements et des incertitudes »¹²⁹⁵ ; ou encore « des changements du système constitutionnel d'un pays, aussi radicaux que la transition de la monarchie à la République »¹²⁹⁶. Dans l'affaire *Vistins et Perepjolkins c. Lettonie*, la Cour a précisé qu'« en pareil cas, l'État dispose d'une marge d'appréciation particulièrement large »¹²⁹⁷. La Cour s'est ainsi accommodée de dispositifs offrant une indemnisation inférieure à la réparation intégrale du préjudice subi¹²⁹⁸. .

368. Par ailleurs, s'agissant du problème relatif au risque d'insécurité juridique, force est de constater que l'article 6 §1 de la Convention et l'article 1^{er} du Protocole n° 1 sont liés. En effet, alors que l'article 1^{er} du Protocole n° 1 protège l'essence même du droit de propriété, l'article 6 §1 de la Convention énonce des garanties procédurales visant à résoudre les litiges concernant des biens¹²⁹⁹. Plus simplement, l'article 6 §1 de la Convention protège le droit de toute personne de faire entendre sa cause concernant notamment des contestations civiles ; et le droit de propriété figure parmi ces droits de

¹²⁹⁴ Opinion partiellement dissidente de la Juge Nußberger à laquelle se rallie le Juge Popovic dans C.E.D.H., *Alisic et autres c. Bosnie-Herzégovine, Croatie, Serbie, Slovénie et l'Ex-République Yougoslave de Macédoine*, 16 juillet 2014, n° 60642/08 citant les règlements amiables dans C.E.D.H., *Broniowski c. Pologne*, radiation du rôle, 28 septembre 2005, n° 31443/96, §31 ; C.E.D.H., *Hutten-Czapska c. Pologne*, radiation du rôle, 28 avril 2008, n° 35014/97, §2.

¹²⁹⁵ v. entre autres C.E.D.H., *Suljagić c. Bosnie-Herzégovine*, 3 novembre 2009, n° 27912/02, §42 ; C.E.D.H., *Jahn et autres c. Allemagne*, 30 juin 2005, n° 46720/99, §116 ; C.E.D.H., *Kopecký c. Slovaquie*, 28 septembre 2004, n° 44912/98, §35.

¹²⁹⁶ C.E.D.H., *Ex-roi de Grèce et autres c. Grèce*, 23 novembre 2000, n° 25701/94, § 87.

¹²⁹⁷ C.E.D.H., *Vistins et Perepjolkins c. Lettonie*, 25 octobre 2012, n° 71243/01, §113 ; v. aussi, C.E.D.H., *Kopecký c. Slovaquie*, 28 septembre 2004, n° 44912/98, §35. Les italiques sont de nous.

¹²⁹⁸ Opinion partiellement dissidente de la Juge Nußberger à laquelle se rallie le Juge Popovic dans C.E.D.H., *Alisic et autres c. Bosnie-Herzégovine, Croatie, Serbie, Slovénie et l'Ex-République Yougoslave de Macédoine*, 16 juillet 2014, n° 60642/08.

¹²⁹⁹ GRGIC (A.), MATAGA (Z), LONGAR (M.), VILFAN (A.), « Le droit à la propriété dans la Convention européenne des Droits de l'Homme, Un guide ... *op. cit.*, p. 18.

caractère civil. Cela étant, l'article 1^{er} du Protocole n° 1 « ne se préoccupe pas des relations à caractère purement contractuel nouées entre particuliers »¹³⁰⁰. À cet effet, une décision de justice contraignant un particulier à rendre un bien à un autre, échappe à sa portée et *in fine* échappe à tout problème lié à la sécurité juridique en ce qui concerne les tiers à l'instance devant la Cour.

De manière plus détaillée, il faut comprendre que « si les requérants n'ont ni des biens actuels, ni même une espérance légitime dans ce domaine, ils ne peuvent pas invoquer l'article 1^{er} du Protocole n°1 »¹³⁰¹ alors qu'ils peuvent invoquer l'article 6 de la Convention dans le même cas si l'issue de la procédure revêt une importance décisive pour la reconnaissance ou l'existence du droit de propriété allégué¹³⁰². L'article 6 de la Convention est donc plus facile d'accès et *in fine* la réparation de sa violation requiert plus d'attention à tout problème de sécurité juridique.

369. Toutefois, il se peut que la distinction ne soit pas si évidente. Par exemple, la violation alléguée au droit à un procès équitable dans un délai raisonnable peut soulever des questions au titre des deux dispositions « dans la mesure où une procédure exagérément longue peut prolonger l'incertitude et porter ainsi atteinte aux droits de propriété concernés »¹³⁰³. À cet effet, la durée de la procédure relève de l'article 6 de la Convention alors que l'issue de celle-ci relève de l'article 1^{er} du Protocole n° 1¹³⁰⁴.

Dans le cadre de la réparation s'agissant de « l'issue de la procédure », il en résulte communément une augmentation des intérêts moratoires sur l'indemnité d'expropriation du requérant¹³⁰⁵, ce qui n'atteint nullement le droit des tiers à l'instance, le paiement étant effectué par l'État défendeur. C'est, par extension, le cas lorsque des décisions internes ne sont pas exécutées, alors que l'État est dans l'obligation de s'assurer que les procédures actionnées par le droit interne pour l'exécution des décisions définitives puissent être respectées¹³⁰⁶.

¹³⁰⁰ *Ibid.*, p. 6.

¹³⁰¹ *Ibid.*, p. 18.

¹³⁰² *Idem.*

¹³⁰³ *Idem.*

¹³⁰⁴ *Idem.*

¹³⁰⁵ C.E.D.H., *Aka c. Turquie*, 23 septembre 1998, n° 196392/92, §54.

¹³⁰⁶ *Idem.*

370. Mais ce constat est, le plus souvent, jumelé à un constat de violation de l'article 6 §1 de la Convention¹³⁰⁷ car il s'agit généralement des cas où un jugement interne sur la restitution d'un bien n'a pas été exécuté ; alors que l'exécution d'un jugement fait partie intégrante du droit à un procès équitable¹³⁰⁸.

Par exemple, dans l'affaire *Brumarescu c. Roumanie*, il résultait d'un jugement définitif interne que le requérant devait se voir restituer la maison de ses parents, nationalisée sous le régime communiste¹³⁰⁹. La Cour a constaté la violation de l'article 1^{er} du Protocole n° 1 en raison de la privation de propriété du requérant. Mais elle a également constaté la violation de l'article 6 §1 de la Convention dans la mesure où l'exécution de la décision qui revêtait de l'autorité de la chose jugée était interrompue par la Cour suprême, déniait donc un droit d'accès au tribunal au requérant¹³¹⁰.

En d'autres termes, les garanties procédurales consacrées par l'article 6 de la Convention seraient privées de toute substance si la décision sur laquelle elles débouchent n'était pas honorée. Dans un tel cas, les Juges de Strasbourg estiment que le requérant a été privé de son droit d'accès à un tribunal et – si les procédures internes portaient sur les droits de propriété – peuvent assimiler l'inexécution de la décision définitive à une violation desdits droits¹³¹¹.

371. En définitive, la réparation d'une violation de l'article 1^{er} du Protocole n° 1 ne saurait affecter les droits des tiers que si cette violation est jumelée avec la violation de l'article 6 §1 de la Convention. Dans ce cas, la réouverture de la procédure interne pourra toucher le droit des tiers ; mais ce n'est pas le cas de la restitution du bien au requérant qui devrait être directement recommandée par la Cour dans le dispositif de l'arrêt, d'autres conséquences secondaires de la violation du droit de propriété pouvant être considérées dans la procédure interne.

En tout état de cause, l'attitude de la Cour dans le cadre de l'article 1^{er} du Protocole n° 1 est révélatrice d'une limitation de la marge d'appréciation. Dans l'arrêt *Zafranias et autres c. Grèce*, la Cour affirme clairement que « le constat de violation de l'article 1^{er} du

¹³⁰⁷ C.E.D.H., *Brumarescu c. Roumanie*, 28 octobre 1999, n° 28342/95.

¹³⁰⁸ C.E.D.H., *Hornsby c. Grèce*, 19 mars 1997, n° 18357/91, §40.

¹³⁰⁹ C.E.D.H., *Brumarescu c. Roumanie*, 28 octobre 1999, n° 28342/95.

¹³¹⁰ *Ibid.*, §65.

¹³¹¹ GRGIC (A.), MATAGA (Z), LONGAR (M.), VILFAN (A.), « Le droit à la propriété dans la Convention européenne des Droits de l'Homme, Un guide ... *op. cit.*, p. 19.

Protocole n° 1 ne saurait suffisamment réparer le dommage moral subi par les requérants »¹³¹².

À ce titre, nous observons une différence substantielle entre le fait de dire d'une part que le constat de violation de la Convention suffit au titre de la satisfaction équitable tout en indiquant dans les motifs de l'arrêt, une direction plus appropriée à suivre ; et d'autre part, de considérer qu'il faut une réparation pécuniaire tout en indiquant clairement l'alternative dans le dispositif de l'arrêt, puis de dire que le constat de violation ne saurait suffire au titre de la réparation du dommage moral. Il va sans dire que le second cas est plus restrictif quant à la latitude de l'État défendeur dans l'exécution de la décision.

Paragraphe 2: LA SATISFACTION ÉQUITABLE DE NATURE PÉCUNIAIRE COMME “BIEN” INSAISSISSABLE DU REQUÉRANT

372. La satisfaction équitable du requérant devant être caractérisée comme un « bien futur » de celui-ci, la portée de la décision de la Cour sur ce point ne saurait être ignorée. Dans la mesure où la satisfaction équitable est « la seule mesure que la Cour peut ordonner à l'État » selon les termes de la Convention, il nous faut constater qu'il s'agit bien d'un domaine où elle détient un pouvoir discrétionnaire, une « sagesse »¹³¹³ considérable. Sa marge d'appréciation dans la détermination du montant alloué est, ainsi, large¹³¹⁴.

Dans cette perspective, rappelons qu'en représentant la marge d'appréciation de l'État comme une « balance » avec d'un côté, la latitude étatique et de l'autre, celle de la Cour, il va sans dire que lorsque la Cour détient un large pouvoir discrétionnaire dans la satisfaction équitable, la marge de l'État y est, en revanche, inexistante¹³¹⁵. En l'espèce, le fait que la règle de l'épuisement des voies de recours internes ne joue pas dans le domaine

¹³¹² C.E.D.H., *Zafranias c. Grèce*, 04 octobre 2011, n° 4056/08, §49.

¹³¹³ C.E.D.H., *Ünal Akpınar İnfaat, Sanayi, Turizm, Madencilik Ve Ticaret S.A. c. Turquie*, 08 septembre 2015, n° 41246/98, §61 ; C.E.D.H., *Maestri c. Italie*, 17 février 2004, n° 39748/98, §48 : Dans les cas où les requérants ne soumettent pas de demande chiffrée, « s'en remettant à la sagesse de la Cour ». Les italiques sont de nous.

¹³¹⁴ LAMBERT ABDELGAWAD (E.), *L'exécution des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 12.

¹³¹⁵ v. les Pars. 182 et 199 de la présente étude.

de l'article 41 de la Convention¹³¹⁶, conduit à observer que le principe de subsidiarité ne s'applique pas dans ce domaine, ce qui ne donne aucune marge de liberté à l'État. Celui-ci n'a donc de choix que de payer pareil dédommagement **(A)**. La question de l'insaisissabilité de la somme montre également que cette marge d'appréciation inexistante est pleinement remplacée par une simple marge de manœuvre **(B)**.

A. L'absence d'alternative étatique dans le paiement de la satisfaction équitable

373. Le paiement de la somme allouée par la Cour en guise de satisfaction équitable fait partie intégrante de l'exécution d'une décision de la Cour¹³¹⁷. Il ne fait nul doute que l'État défendeur doit payer cette somme. Ainsi, le Comité des Ministres s'assure « dans le délai imparti [que] l'État défendeur a versé à la partie requérante, la satisfaction équitable prévue dans l'arrêt »¹³¹⁸.

Les conditions d'exécution sont en général établies de façon très détaillée dans l'arrêt de la Cour : « délai, destinataire, devise, taux de change, intérêts moratoires, etc. »¹³¹⁹. Certes, le paiement peut soulever des questions complexes comme « la validité des actes de procuration, l'acceptabilité du taux de change utilisé, l'incidence de dévaluations importantes de la monnaie de paiement, l'acceptabilité de la saisie ou de la taxation des sommes accordées »¹³²⁰. Cela étant, l'obligation pour l'État de payer la somme allouée en guise de satisfaction équitable est une véritable « obligation de résultat », anéantissant complètement sa marge en la matière.

374. Pour éviter la non-exécution de cette obligation malgré le rôle considérable du Comité des Ministres chargé de la surveillance de l'exécution des arrêts, la Cour s'est

¹³¹⁶ C.E.D.H., *Matache et autres c. Roumanie*, satisfaction équitable, 17 juin 2008, n° 38113/02, §16 ; C.E.D.H., *Bozano c. France*, 18 décembre 1986, n° 9990/82, §66 ; C.E.D.H., *Guzzardi c. Italie*, 06 novembre 1980, n° 7367/76, §113.

¹³¹⁷ Il en ressort de l'interprétation combinée des articles 41 et 46 de la Convention : v. Mémoire du secrétariat « Monitoring of the payment of sums awarded by way of just satisfaction : an overview of the Committee of Ministers' present practice », CM/Inf/DH(2008)7, 15 janvier 2009, §§1-3.

¹³¹⁸ v. entre autres Résolution CM/ResDH(2010)187, Exécution de l'arrêt de la Cour européenne des Droits de l'homme B. et L. contre le Royaume-Uni, n° 36536/02, 13 septembre 2005, définitif le 12 décembre 2005.

¹³¹⁹ Rapport annuel du Comité des Ministres, 2009, p. 19, §17.

¹³²⁰ *Idem*.

employée à un exercice de prévention dans sa décision par l'indication d'intérêts moratoires. C'est en usant de pareille discrétion que la Haute juridiction s'est reconnue le droit d'imposer de tels intérêts en cas de retard de paiement de la satisfaction équitable, depuis 1996¹³²¹, codifiant en cela une pratique instituée très tôt par le Comité des Ministres¹³²². C'est dans l'affaire *Aksoy c. Turquie* que cela a été concrétisé¹³²³. Selon la Cour, l'« extrême gravité des violations de la Convention dont a été victime » le requérant, l'a conduite à accorder une réparation d'un montant de 4 283 450 000 livres turques comprenant le remboursement des frais médicaux, le manque à gagner et le tort moral résultant d'une pratique administrative¹³²⁴. La Cour ajoute qu'en ce qui concerne cette somme, des *intérêts moratoires* seront payables au taux de 30% l'an¹³²⁵.

375. Dans cette dynamique, la Cour a également choisi de se prononcer sur l'insaisissabilité des sommes allouées au titre de satisfaction équitable **(B)**.

B. L'insaisissabilité des sommes allouées au titre de satisfaction équitable

376. La jurisprudence constante de la Cour montre qu'historiquement, celle-ci s'est toujours refusée d'accéder aux demandes de déclaration d'insaisissabilité formulées par les victimes¹³²⁶. En vertu du principe de subsidiarité, en effet, le soin de définir le statut juridique des sommes allouées au titre de satisfaction équitable appartient au droit national¹³²⁷.

Cependant, dans la mesure où les solutions nationales sur l'insaisissabilité ne sont pas uniformes, le Pr. Flauss remarque qu'il pourrait y avoir une inégalité entre les victimes¹³²⁸. Il énonce ainsi l'hypothèse que « le droit de réparation sanctionnant la violation des droits fondamentaux reconnus par la Convention [puisse] être mis en échec

¹³²¹ v. C.E.D.H., *Hentrich c. France*, interprétation, 03 juillet 1997, n° 13616/88, §16.

¹³²² LAMBERT ABDELGAWAD (E.), *L'exécution des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 12.

¹³²³ C.E.D.H. *Aksoy c. Turquie*, 18 décembre 1996, n° 21987/93.

¹³²⁴ *Ibid.*, §113.

¹³²⁵ *Ibid.*, §115.

¹³²⁶ v. C.E.D.H., *Philis c. Grèce*, 27 août 1991 (n° 1), n° 12753/87, §79 ; C.E.D.H., *Allet de Ribermont c. France*, interprétation, 7 août 1996, n° 15175/89, §19.

¹³²⁷ FLAUSS (J.-F.), « Le contentieux de la réparation (...) » *op. cit.*, p. 165.

¹³²⁸ *Idem.*

par une créance ordinaire fondée sur le droit national »¹³²⁹, ce qui serait « choquant » particulièrement lorsque la somme découle directement de la violation du droit¹³³⁰.

377. C'est ainsi que la Cour a peu à peu indiqué, dans les motifs de son arrêt, la nécessité pour l'État de ne pas saisir la somme allouée au titre de la satisfaction équitable, et ce, particulièrement lorsque les articles 2 et 3 de la Convention sont touchés¹³³¹. À ce titre, dans l'arrêt *Selmouni c. France* qui concerne la violation de l'article 3 de la Convention, la Cour énonce qu'

« il serait quelque peu surprenant d'accorder au requérant une somme à titre de réparation en raison notamment de mauvais traitements ayant entraîné une violation des dispositions de l'article 3 de la Convention (...), somme dont l'État lui-même serait ensuite *à la fois débiteur et bénéficiaire*, la Cour estime que la réparation du préjudice moral serait certainement détournée de sa vocation, et le système de l'article 41 perverti, si l'on pouvait se satisfaire d'une telle situation »¹³³².

Puis, dans l'arrêt *Velikova c. Bulgarie* qui concerne la violation de l'article 2 de la Convention, la Cour énonce qu'

« il serait incongru d'accorder à la requérante une somme destinée à compenser, notamment, un homicide constitutif d'une violation de l'article 2 de la Convention s'il était ensuite loisible à l'État de saisir le montant en question. Le but même du dommage moral s'en trouverait inévitablement contrecarré et le système de l'article 41 dénaturé si pareille situation devait être jugée satisfaisante »¹³³³.

378. Mais pareilles indications se sont arrêtées au stade des motifs de l'arrêt dans la mesure où « la Cour n'a pas compétence pour accéder à une telle demande »¹³³⁴. C'est ainsi que même après avoir élaboré de tels paragraphes, la Cour prend le soin de préciser

¹³²⁹ *Idem*.

¹³³⁰ v. Opinion dissidente de M. le Juge De Meyer dans C.E.D.H., *Allenet de Ribemont c. France*, interprétation, 07 août 1996, n° 15175/89, pt. 1.

¹³³¹ v. C.E.D.H., *Selmouni c. France*, 28 juillet 1999, n° 25803/94 : violation de l'article 3 de la Convention ; C.E.D.H., *Velikova c. Bulgarie*, 18 mai 2000, n° 41488/98 : violation de l'article 2 de la Convention.

¹³³² C.E.D.H., *Selmouni c. France*, 28 juillet 1999, n° 25803/94, §133. Les italiques sont de nous.

¹³³³ C.E.D.H., *Velikova c. Bulgarie*, 18 mai 2000, n° 41488/98, §99.

¹³³⁴ v. C.E.D.H., *Selmouni c. France*, 28 juillet 1999, n° 25803/94, §133 ; v. aussi C.E.D.H., *Philis c. Grèce*, 27 août 1991, n° 12750/87, §79.

qu'elle doit « laisser ce point à l'appréciation des autorités » nationales¹³³⁵ ; ou encore qu'elle « ne peut que s'en remettre à la sagesse des autorités nationales »¹³³⁶.

En conséquence, elle entend laisser intacte la marge d'appréciation de l'État dans ce domaine. L'utilisation de l'expression « sagesse des autorités » en référence à la marge d'appréciation étatique montre, ici, deux réalités : d'une part, l'appréciation discrétionnaire de l'État est de mise ; d'autre part, la Cour essaie, par-là de « recommander » fortement l'insaisissabilité de la mesure tout en « caressant l'État dans le sens du poil ».

379. Cependant, l'opportunité, pour la Cour, de se prononcer sur la portée de son indication d'insaisissabilité de la réparation pécuniaire s'est déjà produite, dans le cas où l'État n'a pas suivi la recommandation du juge européen dans un premier arrêt entre les mêmes parties sur les mêmes griefs. À cet effet, dans l'affaire *Ringeisen c. Autriche*, la Cour a décidé de s'en remettre à « la sagesse des autorités autrichiennes » en ce qui concerne l'insaisissabilité des sommes allouées au titre de la réparation, dans le cadre de son arrêt sur la satisfaction équitable¹³³⁷. Par la suite, les autorités autrichiennes n'ont pas suivi la recommandation de la Cour en saisissant la somme allouée. L'arrêt de la Cour dans le cadre de l'interprétation du premier vient donc éclaircir pareille indication. En effet, la Cour dit :

« Par le terme 'indemnité', la Cour a entendu l'octroi d'une somme à verser à Michael Ringeisen personnellement, en réparation d'un préjudice moral. En faisant appel à la 'sagesse des autorités autrichiennes', la Cour n'a pas assorti son intention d'une restriction. (...) Ce qui a été confié à la sagesse des autorités autrichiennes, c'est l'exécution pratique des mesures ordonnées par la Cour (...) »¹³³⁸.

Il en ressort que dans l'expression « sagesse », la Cour voit la marge de *manœuvre* de l'État *et non sa marge d'appréciation*. Elle ne lui laisserait pas le choix entre saisir la somme et ne pas la saisir. Elle explique avoir signifié par là une indication relative à l'insaisissabilité de cette somme, mais laisse à l'État une liberté dans l'exécution de cette

¹³³⁵ C.E.D.H., *Velikova c. Bulgarie*, 18 mai 2000, n° 41488/98, §99. Les italiques sont de nous.

¹³³⁶ C.E.D.H., *Selmouni c. France*, 28 juillet 1999, n° 25803/94, §133. Les italiques sont de nous.

¹³³⁷ C.E.D.H., *Ringeisen c. Autriche*, satisfaction équitable, 22 juin 1972, n° 2614/67, §27. Force est de rappeler que l'affaire *Ringeisen* ne concerne pas la violation d'un droit absolu ; mais l'interprétation de la Cour de la portée d'une indication, lorsque celle-ci n'est pas suivie, demeure intéressante aux fins de notre argumentation.

¹³³⁸ C.E.D.H., *Ringeisen c. Autriche*, Interprétation, 23 juillet 1973, n° 2614/65, §15.

appréciation. En définitive, *la marge d'appréciation de l'État doit être limitée par une indication même lorsque cette indication se trouve dans les motifs d'un arrêt.*

Conclusion du Chapitre 2

380. La Cour peut décider de limiter la marge d'appréciation de l'État dans l'exécution d'une décision constatant la violation de droits susceptibles de dérogation, lorsque la nature de la violation même pousse l'État à agir d'une certaine manière et de cette manière uniquement. En effet, par exemple, la violation d'une garantie procédurale tenant de l'article 6 de la Convention ne devrait être entièrement réparée que par la réouverture d'une procédure interne, quelle que soit son issue. De même, la confiscation d'un bien d'un individu qui a été jugée illicite, ne peut être corrigée que par la remise de tel bien à cet individu. D'ailleurs, avec ou sans le concours de la Cour, la gamme de choix de mesures de réparation se rétrécit, dans ce cas.

381. À l'évidence, une telle réparation maximale, bien que logique, n'est pas toujours assurée. En effet, pour ce qui est de la violation de l'article 6 de la Convention, le choix que fait l'État de son régime de justice, y compris le réexamen de la peine et les modalités de la libération après un arrêt de la Cour, échappe, en principe au contrôle européen exercé par elle, pour autant que le système retenu ne méconnaisse pas les principes de la Convention¹³³⁹. Et même pour ce qui est de l'article 1^{er} du Protocole additionnel à la Convention, il se peut que le bien du requérant ne soit pas restituable, ce qui donne lieu au remboursement de la valeur du bien, une solution qui n'est pas toujours convaincante pour un requérant attaché à un bien d'une certaine valeur morale.

382. Il s'agit-là toutefois de données que la Cour peut d'ores et déjà anticiper dans sa confection de l'arrêt et en particulier, dans son application de l'article 41 de la Convention. En tenant dûment compte de tels éléments, la Cour peut soit spécifier l'indication d'une mesure à prendre – la réouverture de la procédure interne ; soit la recommander ; soit

¹³³⁹ C.E.D.H., *Kafkaris c. Chypre*, 12 février 2008, n° 21906/04, §99 ; C.E.D.H., *Vinter c. Royaume-Uni*, 09 juillet 2013, n° 66069/09, § 104.

maximiser le dédommagement pécuniaire pour couvrir l'insatisfaction de la victime de la violation.

Dans la première hypothèse, elle anéantit complètement la marge d'appréciation de l'État bien qu'elle laisse une marge de manœuvre à celui-ci dans la manière de le faire. Dans la deuxième hypothèse, elle montre la meilleure voie à l'État et donc éclaircit la gamme de choix étatique, sans pour autant limiter la marge étatique au point de considérer que l'État n'a pas respecté l'arrêt s'il ne suit pas cette recommandation. Enfin, dans la troisième hypothèse, elle laisse à l'État le choix libre d'action une mesure de réparation en nature – ou non – sachant qu'elle a utilisé son pouvoir discrétionnaire tendant à allouer une satisfaction équitable au requérant.

Conclusion du Titre 1

383. Concluons également que la nature du droit en cause, puis la nature des lésions qui en résultent, font varier l'étendue de la marge d'appréciation de l'État dans l'exécution de la décision de la Cour.

384. Dans une perspective exponentielle, nous nous attacherons à examiner, dans le **Titre 2**, les cas où la Cour est encore moins encline à laisser une marge d'appréciation à l'État du fait de la gravité des conséquences de la violation de la Convention et ce, quelle que soit la nature du droit en cause.

Titre 2

Une marge d'appréciation étatique plus étroite dans l'exécution de la décision en raison de la gravité des conséquences de la violation du droit en cause

385. Sans doute, une affaire devient plus importante lorsque plusieurs affaires similaires dirigées contre le même État ne cessent de se répéter devant la Cour, ou encore lorsque le degré de violation qui a été constaté est particulièrement extrême, voire flagrant et inacceptable.

En réponse à cela, la procédure de l'arrêt pilote (**Chapitre 2**) a été conçue pour le traitement de séries d'affaires résultant d'un dysfonctionnement structurel ou systémique, et pour garantir l'efficacité à long terme du mécanisme de la Convention¹³⁴⁰. L'arrêt pilote a, en effet, pour objectif, d'inciter l'État défendeur à mettre en place une réparation pour toutes les victimes de la violation systémique, la responsabilité de l'apport de cette réparation incombant nécessairement aux autorités internes¹³⁴¹. Le principe « veut que toutes les affaires tirant leur origine du même problème systémique soient intégrées (...) dans la procédure d'exécution de [l'arrêt pilote] »¹³⁴².

¹³⁴⁰ C.E.D.H., *Broniowski c. Pologne*, 28 septembre 2005, n° 31443/96, §§190-191.

¹³⁴¹ C.E.D.H., *Burmych et autres c. Ukraine*, 12 octobre 2017, n° 46852/13 et autres, §181.

¹³⁴² *Ibid.*, §166.

Une solution moins rigoureuse veut néanmoins que la Cour puisse décider, à titre exceptionnel et sans que l'arrêt ne s'accompagne d'une série d'autres arrêts, d'indiquer des mesures de réparation dans sa décision, en faisant figurer, expressément dans le corps de l'arrêt, une sous-section sur l'application de l'article 46 de la Convention (**Chapitre 1**).

Chapitre 1

Les indications de mesures à titre exceptionnel par la Cour dans le cadre de l'application de l'article 46 hors arrêt pilote

386. Il ressort de la pratique jurisprudentielle de la Cour que celle-ci fait état de l'application de l'article 46 de la Convention dans son arrêt pour observer que des « mesures générales au niveau national s'imposent dans le cadre de l'exécution, « compte tenu notamment de la situation de caractère structurel » de l'arrêt¹³⁴³ ou encore lorsque « des dizaines de requêtes similaires sont pendantes devant la Cour »¹³⁴⁴.

La Cour peut recourir à indiquer des mesures lorsqu'elle considère qu'il paraît peu probable que l'État parvienne à réaliser une restitution intégrale ou à prévenir des violations similaires, sans être guidé¹³⁴⁵.

Répétitions de violations, risques de répétition ou encore gravité dans le sens où le nombre de personnes touchées par la violation est important, telles sont les critères (**Section 2**) qui amènent la Cour à limiter la marge d'appréciation de l'État dans l'exécution de sa décision, en usant de son pouvoir d'indication ou même d'injonction en la matière. Mais avant d'observer ces critères, force est de distinguer ceux-ci de ceux qui conduisent la Cour à décider d'actionner la procédure pilote (**Section 1**).

¹³⁴³ C.E.D.H., *Driza c. Albanie*, 13 novembre 2007, n° 33771/02, §125.

¹³⁴⁴ *Ibid.*, §122.

¹³⁴⁵ *Ibid.*, §119.

Section 1 : Entre procédure « normale » et procédure pilote : une procédure appliquant l'article 46 de la Convention

387. Les critères de gravité de la violation – selon l'importance du droit pour le requérant (**Paragraphe 1**), et selon la répétition de ce manquement (**Paragraphe 2**) sont, en réalité, pris en compte que cela soit dans le cadre ou en dehors des procédures pilotes. Ici, en revanche, ils sont appliqués d'une autre manière et *in fine* aboutissent à d'autres types d'indication. Entre arrêts issus de la procédure « pilote » et ceux issus d'une procédure « normale », une certaine catégorie d' « arrêts quasi-pilotes »¹³⁴⁶ ont ainsi vu le jour.

Paragraphe 1 : CRITÈRE DE GRAVITÉ DE LA SITUATION : UNE SEULE MESURE DE RÉPARATION POSSIBLE

388. Il convient de faire une distinction entre les procédures pénales (**A**) qui sont assez particulières en ce qui concerne les réparations individuelles ; et les procédures civiles (**B**).

A. La particularité des procédures pénales

389. Les procédures pénales font l'objet d'une attention particulière par la Cour. À titre d'exemple, il lui est déjà arrivé d'accepter qu'une affaire concernant des enquêtes pénales soit recevable en raison de la situation exceptionnelle qui y existait. Dans l'affaire *Centre de Ressources Juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie*, la Cour était « convaincue qu'en égard aux circonstances exceptionnelles de l'espèce et la gravité des

¹³⁴⁶ DE SUREMAIN (H.), « Surpopulation carcérale : les juridictions nationales au pied du mur » in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 7 février 2013.

allégations formulées », le CRJ devait se voir reconnaître la faculté d’agir en qualité de représentant de M. Campeanu¹³⁴⁷. Selon la Cour,

« Conclure autrement reviendrait à empêcher que ces graves allégations de violation de la Convention puissent être examinées au niveau international, avec le risque que l’État défendeur échappe à sa responsabilité découlant de la Convention par l’effet même de la non-désignation par lui, au mépris des obligations qui lui incombent en vertu du droit interne, d’un représentant légal chargé d’agir au nom du jeune homme. Permettre à l’État défendeur d’échapper ainsi à sa responsabilité serait incompatible avec l’esprit général de la Convention et avec l’obligation que l’article 34 de la Convention fait aux Hautes Parties contractantes de n’entraver en aucune manière l’exercice effectif du droit d’introduire une requête devant la Cour »¹³⁴⁸.

Dans son opinion concordante jointe à l’arrêt, le Juge Pinto De Albuquerque va plus loin en considérant que « la Cour aurait dû établir la notion de représentation *de facto*, pour les cas concernant des victimes extrêmement vulnérables qui n’ont ni proches, ni tuteurs ou représentants légaux »¹³⁴⁹. Selon lui, dire que la situation est exceptionnelle reviendrait à restreindre la portée et la valeur interprétative des conclusions de la Cour¹³⁵⁰.

En d’autres termes, cela restreindrait la portée du travail de la Cour aux simples limites de la cause : ayant donc pour effet d’écarter d’autres requêtes par des personnes qui pourraient être intéressées à intervenir en faveur de victimes sans défense et vulnérables ; au lieu d’étendre le bénéfice du travail de la Cour à celles-ci¹³⁵¹.

Cette opinion est valable. Cependant, elle doit être nuancée : si la Cour redit au cas par cas qu’il existe des circonstances exceptionnelles lui permettant de déclarer la requête recevable pour ces cas déterminés où les deux conditions cumulatives mentionnées par le Juge Pinto De Albuquerque, alors le travail de la Cour n’a pas forcément pour effet d’écarter d’autres requêtes similaires.

¹³⁴⁷ C.E.D.H., *Centre de Ressources Juridiques au nom de valentin Câmpeanu c. Roumanie*, 17 juillet 2014, n° 47848/08, §112.

¹³⁴⁸ *Idem*.

¹³⁴⁹ Opinion concordante de M. le Juge Pinto de Albuquerque dans C.E.D.H., *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie*, 17 juillet 2014, n° 4784/08, pt. 11.

¹³⁵⁰ *Idem*.

¹³⁵¹ *Idem*.

390. En tout état de cause, qu'il s'agisse de « circonstances exceptionnelles » ou de *codification* d'une situation exceptionnelle afin que sa recevabilité devienne un principe, l'idée est que la Cour accepte le plus souvent d'examiner des requêtes dans lesquelles la victime se trouve dans une situation grave, vulnérable, ou plus généralement mêlé à une procédure pénale.

391. Mais plus largement, si la Cour est aussi permissive dans le cadre de la recevabilité, elle peut également, pour ces cas de procédure pénale, être stricte en termes d'indication de mesures. C'est dans le but d'aider l'État défendeur à remplir ses obligations au titre de l'article 46 de la Convention, que la Cour peut chercher à lui indiquer le type de mesures individuelles **(1)** et/ou générales **(2)** qu'il pourrait prendre pour mettre un terme à la situation constatée¹³⁵².

1. L'adoption de mesures individuelles et générales : même échelle d'importance

392. Alors que nous avons abordé plus haut la particularité des violations de l'article 6 §1 de la Convention qui nécessitent, au titre de l'exécution d'une réparation intégrale, de rouvrir la procédure interne à la demande de la victime, il nous faut observer que lorsque cette procédure est une procédure pénale, l'obligation de *restitutio in integrum* est d'autant plus importante. En effet, la gravité de l'espèce, l'importance du droit pour le requérant ainsi que la continuité d'une détention pénale jugée non conforme à la Convention, sont autant d'éléments qui expliquent la limitation de la marge d'appréciation de l'État pour la réparation de ce type de violation. C'est ainsi que la doctrine s'accorde à dire que l'alternative issue du libre choix des moyens est intolérable lorsque la violation internationale relevée par le juge international s'est produite lors d'une procédure pénale¹³⁵³.

Dans cette perspective, alors que les violations de l'article 6 §1 de la Convention doivent, dans certains cas, aboutir à la réouverture de la procédure interne, celles de

¹³⁵² v. C.E.D.H., *Vlad et autres c. Roumanie*, 26 novembre 2013, n° 40756/06, 41508/07 et 50806/07, §162 ; C.E.D.H., *Centre de Ressources Juridiques au nom de valentin Câmpeanu c. Roumanie*, 17 juillet 2014, n° 47848/08, §159.

¹³⁵³ MANSOUR (A.B.), *La mise en œuvre des arrêts et sentences des juridictions internationales ... op. cit.*, p. 383.

l'article 5 de la Convention requièrent, dans certains cas également, l'adoption d'une unique mesure sans possibilité d'alternative : la libération immédiate de la victime¹³⁵⁴.

393. Cette affirmation s'est également vérifiée dans le cas où le requérant n'était pas le présumé coupable dans le cadre d'une procédure pénale interne, mais bien une victime. L'affaire *Association « 21 décembre 1989 »* peut nous fournir un exemple considérable en ce sens. Elle trouve son origine dans la répression de manifestations antigouvernementales qui éclatèrent en Roumanie. Plusieurs enquêtes furent ouvertes par des parquets militaires sur ces événements au cours desquels il y a eu la mort ou les blessures par balles et les mauvais traitements et privations de liberté, infligés à plusieurs milliers de personnes. La Cour y a constaté que même si une enquête était ouverte, la procédure pénale était toujours pendante depuis plus de vingt ans.

En la matière, sans actionner la procédure de l'arrêt pilote, la Cour peut toujours relever « un problème à grande échelle »¹³⁵⁵. Dans ladite affaire, elle avait en effet constaté que plusieurs centaines de personnes étaient impliquées comme parties lésées dans la procédure *pénale* critiquée et que plus d'une centaine de requêtes similaires sont pendantes, produisant donc le risque qu'à l'avenir, de nouveaux arrêts puissent conclure à la violation de la Convention¹³⁵⁶, sans jamais employer le terme « arrêt pilote ».

Elle actionne cependant l'application de l'article 46 de la Convention et n'a pas estimé nécessaire d'ajourner l'examen des affaires pendantes devant elle, en attendant que l'État défendeur prenne ses mesures de réparation¹³⁵⁷. Elle n'a donc pas considéré l'actionnement de la procédure de l'arrêt pilote comme étant nécessaire. Ainsi, a-t-elle affirmé que « le fait de continuer à examiner les affaires similaires serait de nature à régulièrement rappeler à l'État défendeur son obligation résultant du présent arrêt »¹³⁵⁸.

394. Il aurait cependant été souhaitable que la Cour élabore les critères d'appréciation qui lui ont fait pencher vers le choix d'une procédure « normale » avec application de l'article 46 de la Convention plutôt qu'un arrêt pilote. Tout au plus, pouvons-nous souligner que, le fait que la Cour se propose d'examiner toutes les affaires

¹³⁵⁴ C.E.D.H., *Assanidzé c. Géorgie*, 8 avril 2004, n° 71503/01, §202.

¹³⁵⁵ v. C.E.D.H., *Association « 21 décembre 1989 » et autres c. Roumanie*, 24 mai 2011, n° 33810/07 et son exécution.

¹³⁵⁶ *Idem.*

¹³⁵⁷ *Ibid.*, 195.

¹³⁵⁸ *Idem.* ; v. aussi C.E.D.H., *Rumpf c. Allemagne*, 02 septembre 2010, n° 46344/06, §75.

similaires une par une signifie que, contrairement à la procédure de l'arrêt pilote, elle ne met pas la réparation individuelle à un niveau inférieur en comparaison des mesures générales. Selon elle, la redondance des constats de violation combinée avec l'application de l'article 46 de la Convention qui commande l'adoption de mesures individuelles en nature, constituent la meilleure approche pour guider l'État à la réalisation de la *restitutio in integrum*.

395. Dans ce même arrêt, la Cour a, dans le cadre de l'application de l'article 46 de la Convention, indiqué l'obligation *de résultat* pour l'État défendeur de mener une enquête effective¹³⁵⁹. La qualification de l'obligation étatique comme une obligation de « résultat » fait que cette indication est en réalité une « injonction ». Elle ne précise cependant pas les modalités de l'enquête effective, contrairement à ce qu'elle fait dans le cadre d'une procédure d'arrêt pilote, cela dépassant la marge d'appréciation de l'État, relevant normalement de sa marge de manœuvre.

2. Les mesures générales relevant de la marge d'appréciation de l'État

396. Une application de l'article 46 de la Convention dans l'arrêt est nécessairement exceptionnelle. La Cour le reconnaît lorsque dans cette application, elle prend soin de rappeler qu'elle est consciente qu'en principe, il ne lui appartient pas de définir les mesures de redressement appropriées¹³⁶⁰ ; ou encore que son arrêt a un caractère essentiellement déclaratoire¹³⁶¹.

Dans l'arrêt précité *Association « 21 décembre 1989 »*, la Cour a constaté que « les faits et circonstances » qui lui ont amené à constater une violation des articles 2 et 13 de la Convention révèlent l'existence d'un « problème plus vaste qui lui commande d'indiquer des mesures générales pour l'exécution de son arrêt »¹³⁶². Dans ce contexte, la Cour « recommande » à l'État défendeur d'envisager les mesures générales nécessaires pour que les personnes atteintes d'un handicap mental se trouvant dans une situation comparable,

¹³⁵⁹ v. C.E.D.H., *Association « 21 décembre 1989 » et autres c. Roumanie*, 24 mai 2011, n° 33810/07, §194.

¹³⁶⁰ *Ibid.*, §193.

¹³⁶¹ C.E.D.H., *Bochan c. Ukraine (n°2)*, 05 février 2015, n° 22251/08, §§ 33-34.

¹³⁶² C.E.D.H., *Centre de Ressources Juridiques au nom de valentin Câmpeanu c. Roumanie*, 17 juillet 2014, n° 47848/08, §160.

bénéficient d'une représentation indépendante apte à leur permettre de faire examiner par un tribunal ou un autre organe indépendant, les griefs qu'elles tirent de la Convention relativement à leur santé et au traitement qui leur est réservé¹³⁶³. Elle avait formulé la même « recommandation » à la Bulgarie dans l'affaire *Stanev*¹³⁶⁴.

397. En réalité, l'adoption de mesures générales relève en principe de la marge d'appréciation de l'État. Ici, la Cour « recommande » à l'État « d'envisager » de telles mesures. La marge d'appréciation étatique demeure existante, bien que limitée par la recommandation de la Cour.

En temps normal, l'appréciation des mesures générales relève entièrement du rôle du Comité des Ministres. Une évolution essentielle du partage des rôles entre les deux organes doit donc avoir lieu en fonction de l'échelle de gravité d'une situation donnée.

B. Absence d'alternative pour certaines procédures civiles

398. Dans l'affaire *B. et L. c. Royaume-Uni* issue d'une procédure « hors arrêt pilote », la Cour a conclu à la violation de l'article 12 de la Convention relatif au droit au mariage. En l'espèce, le premier requérant B. est le père de l'ex-mari de la deuxième requérante (L.). Après l'échec de leurs mariages respectifs, les requérants aménagèrent ensemble avec le fils de L. qui est le petit-fils de B. mais qui appelle celui-ci « papa ». B. et L. se plaignent que la loi les empêche de se marier l'un avec l'autre. En effet, la loi de 1949 interdit le mariage entre un homme et sa bru sauf lorsque les ex-conjoints de chacune des parties sont décédés. La Cour reconnaît que des lois similaires existent dans de nombreux États contractants¹³⁶⁵. Elle examine cependant les faits dans le contexte britannique. Ainsi, elle observe que pareille interdiction a pour but de protéger l'intégrité des familles afin de prévenir les rivalités sexuelles entre parents et enfants et pour que cela ne nuise pas à l'enfant susceptible d'être affecté par les relations changeantes autour de lui¹³⁶⁶. Sans aucun doute, cela constitue, selon elle, un but légitime¹³⁶⁷.

¹³⁶³ *Ibid.*, §161.

¹³⁶⁴ C.E.D.H., *Stanev c. Bulgarie*, 17 janvier 2012, n° 36760/06, §258.

¹³⁶⁵ C.E.D.H., *B. et L. c. Royaume-Uni*, 13 septembre 2005, n° 36536/02, §36.

¹³⁶⁶ *Ibid.*, §37.

¹³⁶⁷ *Idem.*

Cependant, elle remarque qu'une interdiction au mariage n'empêche pas l'existence d'une relation¹³⁶⁸ ; et observe que dans le cas présent, il ne peut être affirmé que l'interdiction au mariage nuise à l'enfant de L. De même, la Cour note que des exceptions à ce principe d'interdiction sont prévues par la loi elle-même en ce que les intéressés peuvent demander la levée de l'interdiction par le Parlement¹³⁶⁹. Le gouvernement a avancé que la règle générale demeure valide dans la mesure où la procédure parlementaire permet, selon que le mariage ne nuise pas à l'enfant, qu'une exception soit aménagée¹³⁷⁰. Cela étant, la Cour considère qu'une procédure de contrôle lourde et coûteuse de ce type ne semble pas offrir un mécanisme accessible ou efficace aux particuliers¹³⁷¹. C'est dans cette perspective qu'elle conclut à la violation de l'article 12 de la Convention¹³⁷², tout en affirmant que ce constat suffit au titre de la satisfaction équitable¹³⁷³.

399. La résolution du Comité des Ministres en cette affaire montre que l'exécution de l'arrêt a été réalisée¹³⁷⁴. En effet, pour ce qui est des mesures individuelles, la prohibition de mariage entre les requérants a été annulée¹³⁷⁵. Dans le cadre des mesures générales, le gouvernement écossais a annoncé son intention de légiférer afin de lever toute restriction restante quant au mariage entre une personne et un parent de son ex époux ou épouse¹³⁷⁶. Après l'arrêt de la Cour, les dispositions incriminées ont été abrogées dans toutes les juridictions du Royaume-Uni¹³⁷⁷. Enfin, l'arrêt de la Cour a été publié et partagé¹³⁷⁸.

¹³⁶⁸ *Ibid.*, §38.

¹³⁶⁹ *Ibid.*, §40.

¹³⁷⁰ *Idem.*

¹³⁷¹ *Idem.*

¹³⁷² *Ibid.*, §41.

¹³⁷³ *Ibid.*, pt. 2 du dispositif.

¹³⁷⁴ Résolution CM/ResDH(2010)187, Exécution de l'arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme B. et L. contre Royaume-Uni, requête n° 36536/02, 13 septembre 2005, définitif le 12 décembre 2005.

¹³⁷⁵ Annexe à la Résolution CM/ResDH(2010)187, Informations sur les mesures prises afin de se conformer à l'arrêt dans l'affaire B. et L. contre Royaume-Uni.

¹³⁷⁶ *Ibid.*

¹³⁷⁷ *Idem* :

« En Angleterre et au Pays de Galles, la loi relative au mariage de 1949 a été modifiée de manière à supprimer la prohibition du mariage entre beaux-pères et belles-filles. Cette modification a été apportée en application de l'article 10 du Human Rights Act 1998, par une ordonnance de redressement (remedial order) (the Marriage Act 1949 (Remedial) Order 2007, S.I. 2007/438), du 15/02/2007. Entrée en vigueur le 01/03/2007 ;

En Ecosse, la loi relative à la famille (Family Law (Scotland) Act 2006) est entrée en vigueur le 04/05/2006. L'article 1 de cette loi amende la loi sur le mariage (en Ecosse) (Marriage (Scotland) Act) de 1997, de manière à supprimer la prohibition incriminée ;

En Irlande du Nord, une ordonnance supprimant cette prohibition a été adoptée par le Privy Council le 19/07/06 (ordonnance 2006, S.I. 2006 No. 1945 (N.I.14)). »

¹³⁷⁸ *Idem.*

400. En réalité, c'est l'identification du problème par la Cour qui a poussé à la réalisation de la réparation intégrale. Cette identification peut suffire sans indication de mesures par la Cour comme l'atteste cet exemple. C'est ensuite le Comité des Ministres qui assistera l'État dans sa compréhension de l'indication de mesure insinuée par l'identification du problème.

Paragraphe 2 : CRITÈRE DE RÉPÉTITION OU RISQUES DE RÉPÉTITION DE LA MÊME VIOLATION : INDICATION DE MESURES GÉNÉRALES

401. Il résulte de la Convention et notamment de son article 1^{er}, qu'en ratifiant la Convention, les États contractants s'engagent à faire en sorte que leur droit interne soit compatible avec celle-ci¹³⁷⁹. Prenant cela en considération, la Cour a pu étendre son « pouvoir d'indication » de mesures générales dans le cadre de son application de l'article 46 de la Convention dans le corps de l'arrêt. Ainsi, la défaillance du droit interne est révélée lorsqu'il existe un risque de répétition d'une violation (**A**) ou une réelle répétition d'une violation avec un second arrêt de la Cour sur le fond (**B**).

A. Le risque de problème systémique

402. Lorsqu'il existe « une menace pour l'effectivité à l'avenir du dispositif mis en place par la Convention »¹³⁸⁰, la Cour recherche à « aider »¹³⁸¹ l'État défendeur à remplir ses obligations au titre de l'article 46 en cherchant à indiquer le type de mesures que celui-ci devrait envisager de prendre.

À ce titre, la Haute juridiction a maintes fois rappelé qu'une fois qu'elle a décelé une défaillance dans l'ordre juridique interne, il incombe aux autorités nationales de prendre

¹³⁷⁹ C.E.D.H., *Assanidzé c. Géorgie*, 08 avril 2004, n° 71503/01, §198.

¹³⁸⁰ C.E.D.H., *Driza c. Albanie*, 13 novembre 2007, n° 33771/02, §122.

¹³⁸¹ *Ibid.*, §126.

des mesures « conformément au principe de subsidiarité de la Convention, de manière que la Cour n'ait pas à réitérer son constat de violation dans une longue série d'affaires comparables »¹³⁸².

403. Dans l'arrêt *Driza c. Albanie* qui concerne la violation du droit de propriété, la Cour, dans son application de l'article 46 de la Convention, remarque l'existence de « *dysfonctionnements* dans l'ordre juridique albanais, en conséquence desquelles une *catégorie entière de particuliers* se sont vus – *et se voient toujours* – privés de leur droit au respect de leurs biens »¹³⁸³.

Ici, ce n'est pas tant la particularité d'une violation du droit de propriété qui amène la Cour à indiquer des mesures, comme expliqué dans le Titre 1 de cette Seconde Partie de notre étude, mais bien l'existence de trois critères : *l'existence d'un dysfonctionnement et donc une défaillance du droit interne ; la grande catégorie de personnes touchées et donc un nombre considérable de victimes actuelles et potentielles ; et enfin la persistance de la situation défaillante jusqu'à l'adoption d'une mesure générale.* Ceux-ci ont pour effet de limiter la marge d'appréciation de l'État par une application de l'article 46 de la Convention dans le corps de l'arrêt.

Nous observons cependant que la Cour demeure vague en termes d'indications de mesures générales. À cet égard, elle énonce, dans cette affaire que l'État défendeur devra « supprimer l'ensemble des obstacles à l'octroi des réparations dues » en prenant des mesures juridiques, administratives ou judiciaires¹³⁸⁴. L'énumération de ces trois types de mesures est faite sous forme de choix ainsi que l'explique l'utilisation de l'adverbe « ou ».

En réalité, il ne peut en être autrement car il s'agit-là de la marge de manœuvre de l'État : de sa propre manière de « supprimer les obstacles à la réparation ». Or, nous avons constaté plus haut, en ce qui concerne l'application de l'article 46 de la Convention, qu'une certaine limite de la marge de manœuvre de l'État pouvait se concevoir. Cela demeure vrai en l'espèce mais dans une moindre mesure. A cet effet, elle devient beaucoup plus précise dans le dispositif de l'arrêt en énonçant un délai d'exécution¹³⁸⁵ dans lequel l'État doit rendre les terres du requérant. Pareille indication est suivie d'une autre indication dans les

¹³⁸² *Idem.*

¹³⁸³ *Idem.*

¹³⁸⁴ *Ibid.*

¹³⁸⁵ *Ibid.*, pt. 7 du dispositif : trois mois.

cas où la réalisation de la première ferait défaut. Il s'agit de l'allocation d'une satisfaction de nature pécuniaire accompagnée, une nouvelle fois, d'un délai d'exécution¹³⁸⁶.

404. Qui plus est, la marge d'appréciation de l'État est limitée à deux niveaux. D'une part, lorsque la Cour estime que l'État défendeur devrait « avant tout supprimer l'ensemble des obstacles » pour se conformer à la Convention « en prenant des mesures juridiques, administratives et budgétaires »¹³⁸⁷, l'appréciation de l'adoption de mesures générales n'appartient plus à l'État. En d'autres termes, l'État ne choisit pas entre « adopter une mesure générale » et « ne pas adopter une mesure générale » comme elle le faisait sans ce type d' « indication ». Cette première appréciation ne lui appartient pas, il ne lui reste qu'une marge de manœuvre sur la manière d'adopter cette mesure : voie juridique, administrative ou budgétaire.

D'autre part, la marge étatique est également limitée par l'indication de mesures individuelles non pécuniaires. C'est ainsi que dans ce même arrêt, la Cour a affirmé que l'État devrait « notamment établir des plans de situation en vue de l'évaluation des biens des personnes éligibles à une compensation en nature et créer un fonds doté de ressources suffisantes pour celles ayant droit à une indemnisation » en ajoutant que « les mesures en question devraient être prises d'urgence »¹³⁸⁸. La précision de l'indication ne laisse à l'État, aucune marge d'appréciation. Elle touche également sa marge de manœuvre : en employant le terme « notamment », la Cour suggère à l'État que les mesures indiquées peuvent être une manière d'adopter la mesure générale recommandée.

B. Cas d'un second arrêt de violation concernant les mêmes Parties

405. Ayant observé plus haut que lorsque la Cour constate à nouveau une violation de la Convention pour une affaire concernant les mêmes parties avec certes « un nouvel élément », elle tend à être plus stricte dans le second arrêt et *in fine* à restreindre davantage la marge d'appréciation de l'État dans l'exécution de celui-ci, une réflexion plus poussée de ce constat est de mise à ce stade. Rappelons que nous sommes parvenus à cette analyse

¹³⁸⁶ *Idem.*

¹³⁸⁷ *Ibid.*, §126.

¹³⁸⁸ *Idem.*

spécialement pour les droits absolus indérogables en citant par exemple la grande affaire *Öcalan c. Turquie*¹³⁸⁹. Il nous convient ici d'étendre la même réflexion, cette fois, aux dispositions dérogeables de la Convention.

406. À cet effet, certains requérants se sont plaints de l'inexécution de jugements internes qui ont déjà donné lieu à des arrêts de la Cour¹³⁹⁰. L'affaire *Emre c. Suisse* nous offre un parfait exemple en la matière. Dans le premier arrêt, le requérant se plaignait de faire l'objet d'un éloignement du territoire suisse. L'expulsion à caractère indéterminée – et donc définitif – de celui-ci a été décidé pour des raisons d'intérêt public « dès lors que celui-ci avait été condamné à maintes reprises pour des infractions graves, qu'il présentait un risque de récidive important et qu'il constituait une menace pour la sécurité publique »¹³⁹¹. La Cour, après avoir rappelé à titre liminaire que « les États ont le droit, sans préjudice des engagements découlant pour eux des traités, de contrôler l'entrée des étrangers sur leur sol »¹³⁹², a rappelé qu'il existe des circonstances dans lesquelles l'expulsion d'un étranger emporte violation de la Convention¹³⁹³. À cet égard, elle a énoncé qu'il fallait considérer les éléments suivants :

- « - la nature et la gravité de l'infraction commise par le requérant ;
- la durée de son séjour dans le pays dont il doit être expulsé ;
- le laps de temps écoulé entre la perpétration de l'infraction et la mesure litigieuse, ainsi que la conduite de l'intéressé durant cette période ;
- la solidité des liens sociaux, culturels et familiaux avec le pays hôte et avec le pays de destination »¹³⁹⁴.

Enfin, doivent être prises en compte les circonstances particulières entourant le cas d'espèce, comme par exemple les éléments d'ordre médical ainsi que la proportionnalité de la mesure litigieuse à travers le caractère provisoire ou définitif de l'interdiction du territoire¹³⁹⁵.

¹³⁸⁹ v. les Pars. 315-316 de la présente étude.

¹³⁹⁰ C.E.D.H., *Burmych et autres c. Ukraine*, 12 octobre 2017, n° 46852/13, §147.

¹³⁹¹ C.E.D.H., *Emre c. Suisse*, 22 mai 2008, n° 42034, §16.

¹³⁹² *Ibid.*, §65 ; v. aussi C.E.D.H., *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, n° 9214/80, §67 ; C.E.D.H., *Boujlifa c. France*, 21 octobre 1997, n° 25404/94, §42.

¹³⁹³ C.E.D.H., *Emre c. Suisse*, 22 mai 2008, n° 42034, §66.

¹³⁹⁴ *Ibid.*, §68.

¹³⁹⁵ *Ibid.*, §71.

Appréciant chacun de ces éléments à l'espèce, la Cour a constaté la violation de l'article 8 de la Convention¹³⁹⁶.

407. Pour donner suite à cet arrêt, le *Tribunal fédéral* a jugé adéquat de ramener à dix ans la durée de l'éloignement de l'intéressé¹³⁹⁷. Selon la Cour, qui se prononçait ici dans un second arrêt, ce faisant, les autorités nationales ont « procédé à une nouvelle pesée des intérêts en jeu, dont le résultat est à l'opposé de celui auquel [elle] est parvenue dans son arrêt du 22 mai 2008 »¹³⁹⁸. Elle a estimé que le Tribunal fédéral disposait d'une certaine marge d'appréciation dans l'interprétation de son arrêt mais qu'il a en l'espèce substitué l'interprétation faite par le juge européen par sa propre interprétation¹³⁹⁹. Elle ajoute ainsi que, à supposer même qu'une telle manière de procéder soit admissible et justifiée à l'égard de la Convention, il faudrait encore que la nouvelle appréciation par le Tribunal fédéral des arguments exposés par la Cour dans son premier arrêt soit complète et convaincante¹⁴⁰⁰.

Dans ce second arrêt, la Cour se rappelle donc avoir fait un raisonnement détaillé sur la pesée concrète des différents intérêts en jeu englobant les différents éléments cités¹⁴⁰¹. Elle y observe que les considérations du Tribunal fédéral se limitent au dernier élément¹⁴⁰², à savoir le caractère définitif de l'éloignement, celui-ci étant passé de définitif ou « indéterminé » à dix ans. Elle estime que, pour satisfaire aux obligations strictes qui incombent aux États en vertu de l'article 46 de la Convention, l'examen aurait au contraire dû porter sur l'ensemble de ces arguments¹⁴⁰³. Ainsi, même en ce qui concerne la durée de dix ans à laquelle le Tribunal fédéral a ramené l'interdiction de territoire prononcée contre le requérant, la Cour estime qu'il faut la considérer comme un laps de temps important et disproportionné au regard des infractions commises¹⁴⁰⁴.

En définitive, la Cour estime 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

¹³⁹⁶ *Ibid.*, §87.

¹³⁹⁷ C.E.D.H., *Emre c. Suisse* (n° 2), 11 octobre 2011, n° 5056/10, §70.

¹³⁹⁸ *Idem.*

¹³⁹⁹ *Ibid.*, §71.

¹⁴⁰⁰ *Idem.*

¹⁴⁰¹ *Ibid.*, §72.

¹⁴⁰² *Idem.*

¹⁴⁰³ *Idem.*

¹⁴⁰⁴ *Ibid.*, §73.

simplement, et avec effet immédiat, l'interdiction du territoire contre le requérant »¹⁴⁰⁵. Selon la Haute juridiction, à supposer même qu'un autre résultat aurait pu être acceptable, la nature obligatoire des arrêts 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 arrêt¹⁴⁰⁶.

408. Le constat de la Cour dans le second arrêt nous fournit plusieurs enseignements. Le premier se rapporte à l'étendue de la marge d'appréciation de l'État dans l'exécution du premier arrêt. Il aurait ainsi fallu conclure que, par le constat de violation de l'article 8 de la Convention dans ce premier arrêt, il n'y avait qu'une manière de réparer intégralement le préjudice du requérant : l'annulation pure et simple de l'interdiction du territoire. Or, aucune indication en ce sens ne se trouve dans cet arrêt. Il n'en demeure pas moins que, dans la mesure où l'identification du problème a été motivée en détail par la Cour, l'appréciation de bonne foi par l'État de ce raisonnement aurait pu – et même dû – conduire à l'adoption de cette mesure individuelle.

Ensuite, nous observons que le constat de violation de la Cour dans le second arrêt se fonde en réalité sur les éléments qu'elle avait cités dans le premier arrêt. Ainsi, il ne s'agit pas tant de la conformité de la mesure étatique à l'article 8 de la Convention dans le second arrêt ; mais plutôt de la conformité de cette mesure au premier arrêt de la Cour. Le fait pour la Cour de mettre la réparation choisie par l'État en relief par rapport aux éléments cités et appliqués en détail dans le premier arrêt, fait que la Cour joue ici un vrai rôle d'organe de surveillance de l'exécution de son arrêt.

En définitive, le fait de dire dans les motifs du second arrêt ce qu'aurait été la mesure d'exécution naturelle du premier arrêt constitue une réelle indication de mesure pour l'exécution du second arrêt. C'est ainsi que par un arrêt du 8 mars 2012, le Tribunal fédéral a levé avec effet immédiat la mesure d'expulsion prononcée à l'encontre du requérant¹⁴⁰⁷.

¹⁴⁰⁵ *Ibid.*, §75.

¹⁴⁰⁶ *Idem.*

¹⁴⁰⁷ Rapport d'action couvrant l'arrêt Emre n° 2 du 11 octobre 2011 (devenu définitif le 11 janvier 2012 et couvrant également l'exécution de l'arrêt Emre du 22 mai 2008 (devenu définitif le 22 septembre 2008) annexé à la Résolution CM/ResDH(2012)139 du Comité des Ministres.

Section 2 : Nécessaire requalification de la notion de marge d'appréciation : causes et effets

409. À ce stade de l'étude, il convient, en éliminant toutes les confusions sur la *notion* de marge d'appréciation, de lui donner une nouvelle définition lorsqu'elle se rapporte à l'exécution des décisions de la Cour (**Paragraphe 1**). Cela rendra nécessairement moins floue la répartition des tâches entre la Cour et le Comité des Ministres en vue du bon fonctionnement du système européen de protection des droits de l'homme (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : LE TERME « MARGE D'APPRÉCIATION » TEL QU'UTILISÉ PAR LA COUR SIGNIFIANT « MARGE DE MANŒUVRE »

410. Les raisonnements antérieurs nous donnent un nouveau regard sur la marge d'appréciation de l'État : sur sa définition tout d'abord, mais également sur son étendue, dans la mesure où sa limitation résultait de la répétition des violations de la Convention et sur la gravité des conséquences de celles-ci.

411. L'arrêt – non pilote – *Assanidzé c. Géorgie* constitue un exemple particulièrement pertinent pour les cas où *une seule* mesure était possible aux fins d'exécution d'une décision constatant la violation de l'article 5 de la Convention. L'analyse de l'arrêt nous permettra ainsi de proposer une meilleure définition de la notion.

En les faits, le requérant a été condamné à une peine de huit ans de prison. Il bénéficia d'une décision de grâce de la part du président de la Géorgie mais ne fut pas libéré car il était mêlé à une autre affaire. Dans cette autre affaire, il avait pourtant été acquitté par la Cour suprême de Géorgie, mais il restait maintenu en détention. La Cour, après avoir pris soin de rappeler qu' « il appartient au premier chef à l'État en cause de choisir les moyens à utiliser dans son ordre juridique interne pour s'acquitter de son

obligation au regard de l'article 6 »¹⁴⁰⁸, a ajouté une phrase importante qui nous mène à comprendre que lorsque la Cour parle de « liberté de choix », il s'agit en réalité d'une marge de manœuvre, et non pas comme nous l'avons pensé, de la liberté « d'apprécier » et donc d'une 'marge d'appréciation » de l'État. La Cour indique, en effet, que « ce pouvoir d'appréciation *quant aux modalités* d'exécution d'un arrêt traduit la liberté de choix dont est assortie l'obligation primordiale imposée par la Convention aux États membres : assurer le respect des droits et libertés garantis (article 1) »¹⁴⁰⁹.

412. Cette interprétation se justifie par deux considérations.

D'une part, il faut remarquer que le juge européen ne s'est pas contenté de s'arrêter au terme « pouvoir d'appréciation » mais a précisé « quant aux modalités ». Nécessairement, ce pouvoir ne saurait s'apparenter à une appréciation simple orientée vers des choix de mesures de réparation, mais bien une appréciation « des modalités ». Pour la Cour, il s'agirait donc d'une marge de manœuvre qui doit être prise comme une composante de la marge d'appréciation ; ou un « type » de marge d'appréciation.

Quoi qu'il en soit, elle fait ici une distinction entre l'appréciation d'une mesure et l'appréciation de la manière dont on adopte une mesure.

D'autre part, la référence à l'article 1^{er} de la Convention pour parler de la phase post-jugement, a ici la même teneur que la référence à l'article 1^{er} de la Convention dans la phase en amont, c'est-à-dire lorsque l'État était chargé d'adopter des législations afin de rendre disponible pour les personnes sous sa juridiction, les garanties de la Convention. Une boucle infinie de marge étatique/contrôle européen doit donc être aperçue en ce sens que l'État dispose d'une marge d'appréciation et d'une marge de manœuvre lorsqu'il adopte des réglementations internes en vue d'appliquer le droit énoncé par la Convention ; la proportionnalité de son action est contrôlée par la Cour qui en identifie l'étendue de sa marge en amont et la marge qui lui reste en aval dans la phase d'exécution de l'arrêt ; dans l'hypothèse où cette marge d'appréciation est inexistante, c'est-à-dire là où la Cour indique une mesure d'exécution à prendre par l'État, ce dernier l'exécute mais garde la liberté de manœuvre de choisir le mode d'exécution de telle mesure au même titre qu'il a l'obligation d'adopter des réglementations pour appliquer le droit de la Convention.

¹⁴⁰⁸ C.E.D.H., *Assanidzé c. Géorgie*, 08 avril 2004, n° 71503/01, §202.

¹⁴⁰⁹ *Idem.* ; C.E.D.H., *Papamichalopoulos et autres c. Grèce*, 24 juin 1993, n° 14556/89, §34.

L'on parle donc nécessairement de la marge de manœuvre – la manière de s'y prendre, la forme (administrative ou judiciaire)¹⁴¹⁰ : quelle source du droit interne mobiliser ? La constitution ? Une loi ? Un décret ? Une circulaire ? Que faut-il dire et ne pas dire dans cet instrument ? Comment le dire ? Telles sont les « modalités » qu'il reste pour l'État, à définir.

413. Cela signifie qu'après un constat de violation dans lequel une indication de la Cour apparaît, que cela soit dans les motifs ou dans le dispositif de l'arrêt, l'État n'aurait pas de marge d'appréciation, mais uniquement une marge de manœuvre.

D'ailleurs, dans cette affaire, la Cour a conclu qu'« en l'espèce, la nature même de la violation constatée n'offre pas réellement de choix parmi différents types de mesures susceptibles d'y remédier »¹⁴¹¹ avant d'estimer qu'« il incombe à l'État défendeur d'assurer la remise en liberté du requérant dans les plus brefs délais », si bien dans les motifs¹⁴¹² que le dispositif de l'arrêt¹⁴¹³. C'est une façon pour elle de dire qu'en réalité, il n'y a pas d'appréciation du choix de la mesure, mais il reste une appréciation quant à la manière – manœuvre – à adopter ce choix de mesure. Il ne fait donc aucun doute que le vocabulaire employé par la Cour dans ses arrêts pour dire « marge d'appréciation » n'est en réalité qu'une « marge de manœuvre ».

414. Cela requiert donc de lire les arrêts de la Cour avec un nouveau regard.

Pour éliminer toute confusion, il convient de rappeler que la marge d'appréciation de l'État existe de principe en amont. En aval, son étendue est déterminée par l'arrêt. À cet égard, lorsque la Cour ne parle pas expressément de « marge », « liberté », « latitude » etc., il faudrait entendre son silence comme une action de conférer une certaine latitude à l'État. En revanche, lorsqu'elle en parle, soit elle l'utilise pour rejeter la demande d'un requérant qui peut aller trop loin dans une espèce donnée ; soit elle l'utilise pour signifier qu'il ne reste à l'État qu'une marge de manœuvre et qu'elle a, en réalité, déjà apprécié le choix de la mesure à prendre, *en priorité*, avant l'État défendeur parce qu'elle estimait cela nécessaire et que donc, selon elle, elle serait mieux placée que celui-ci.

¹⁴¹⁰ C.E.D.H., *Hutchinson c. Royaume-Uni*, 17 janvier 2017, n° 57592/08, §45.

¹⁴¹¹ C.E.D.H., *Assanidzé c. Géorgie*, 8 avril 2004, n° 71503/01, §202.

¹⁴¹² *Ibid.*, §203.

¹⁴¹³ *Ibid.*, pt. 3 a) du dispositif.

Cette requalification de la « marge d'appréciation » en « marge de manœuvre » permet de comprendre que la Cour a toujours été logique et ne s'est, en réalité, jamais contredite, à tout le moins sur son utilisation de la doctrine de la marge d'appréciation de l'État. En effet, initialement, lorsque la Cour soulignait la liberté de choix des moyens, le caractère déclaratoire de ses arrêts, l'importance du principe de subsidiarité et le rappel de la grande marge d'appréciation de l'État, tout en indiquant la mesure la plus appropriée à prendre, cela semblait ambiguë. Tout au plus, l'on pouvait défendre la Cour en disant qu'elle avait pris le soin de souligner qu'il s'agissait de la mesure « la plus appropriée » sans « obliger » l'État à la prendre ; même si on aurait été, le plus souvent, tenté de dire que la Cour allait dans deux sens différents sans « oser » obliger l'État, tout en espérant que celui-ci ait la « sagesse » de prendre la bonne décision ; ce qui revient tout de même à être contradictoire ou, du moins, non constante.

Désormais, cette requalification nous permet d'affirmer que par « la mesure appropriée », elle éliminait d'ores et déjà l'appréciation de l'État parce qu'elle a apprécié « en priorité » alors que c'est cette « priorité » qui étend la marge étatique ; et elle invoquait le « libre choix » non pour choisir librement d'autres mesures que celle déjà indiquée comme étant la « meilleure » mais pour parler de la liberté de l'État en ce qui concerne la manière dont il adoptera cette mesure.

Paragraphe 2 : UN EMPIÈTEMENT DE LA COUR SUR LES COMPÉTENCES DU COMITÉ DES MINISTRES ?

415. Il a souvent été commenté que la Cour, quand elle applique l'article 46 de la Convention dans l'arrêt, empiétait sur le rôle du Comité des Ministres en s'attribuant des tâches qui ne lui appartenaient pas¹⁴¹⁴. Désormais, depuis la requalification de la notion de marge, cela est beaucoup moins vrai (**A**). Il reste cependant que le fait pour la Cour de réexaminer une nouvelle requête opposant les mêmes parties sur les mêmes griefs, peut donner raison à pareilles critiques (**B**).

¹⁴¹⁴ Opinion dissidente du Juge Zagrebelsky dans C.E.D.H., *Hutten-Czapska c. Pologne*, 19 juin 2006, n° 35014/97.

A. La requalification de la marge d'appréciation comme facteur de non confusion sur les rôles de la Cour et du Comité des Ministres

416. Cette requalification permet nécessairement de constater une évolution dans le partage des rôles entre la Cour et le Comité des Ministres. Avant la requalification de la notion de la marge d'appréciation dans l'exécution de la décision de la Cour, le schéma de responsabilités de chaque acteur dans l'arrêt, devait se lire ainsi : la Cour constate la violation de l'arrêt ; l'État apprécie quelle mesure de réparation prendre ; l'État adopte la mesure qu'il a choisi à sa manière ; le Comité des Ministres vérifie si la mesure choisie a été conforme à l'arrêt de la Cour puis, le cas échéant, si la manière dont elle a été adoptée, amène à une bonne exécution de l'arrêt¹⁴¹⁵ : est-ce que les modalités actionnées par l'État étaient bel et bien conformes à la Convention ? Est-ce qu'elles vont dans le sens de l'arrêt ?

Cette évolution ne saurait en rien s'apparenter à une « régression » ou à dire que la distinction des compétences entre les deux organes est rendue plus floue. Au contraire, elle en précise les limites. Le nouveau schéma de responsabilités se renouvelle donc en ce sens : la Cour apprécie la mesure à prendre ; l'État adopte cette mesure à sa manière ; le Comité des Ministres vérifie si cette manière constitue une bonne exécution de l'arrêt.

Une violation grave, répétée ou qui est confrontée à un risque de répétition ne saurait valablement aller dans le cadre du schéma initial expliqué. Il faut donc en conclure que même si l'évolution de la distinction des rôles entre le Comité des Ministres et la Cour est exceptionnelle, cette distinction demeure.

¹⁴¹⁵ Par exemple, dans l'affaire *Lyashko c. Ukraine*, la Cour n'a pas indiqué de mesures au titre de l'article 46 de la Convention. Cependant, au-delà du fait de s'assurer que le requérant ne soit pas en détention, le Comité des Ministres s'était également assuré qu'aucune mention de la condamnation pénale n'était inscrite dans son casier judiciaire : C.M., Résolution finale CM/ResDH (2008) 30, adoptée le 27 mars 2008, Exécution de l'arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme *Lyashko contre l'Ukraine*. C.E.D.H. *Lyashko c. Ukraine*, arrêt du 10 août 2006, requête n° 21040/02.

B. La recevabilité des secondes affaires concernant les mêmes Parties : la considération de « l'élément nouveau »

417. La Cour est compétente pour examiner si les mesures prises par un État en exécution de l'un de ses arrêts sont conformes aux clauses normatives de la Convention. En revanche, elle a considéré qu'en principe, elle ne peut pas vérifier, sur la base de l'article 46 §1 de la Convention, si un État contractant s'est conformé aux obligations découlant de l'un de ses arrêts¹⁴¹⁶. Cela relève en effet de la compétence du Comité des Ministres¹⁴¹⁷ et la Cour n'a aucun rôle à jouer dans le dialogue entre les autorités nationales et cet organe politique¹⁴¹⁸. Telle est la limite tracée entre son rôle et celui du Comité.

Dans l'affaire *Cocchiarella*, la Cour a affirmé avoir déjà expliqué les principes généraux régissant l'application de l'article 46 de la Convention et la répartition des compétences entre elle et le Comité des Ministres quant à l'examen des mesures prises par un État en exécution de l'un de ses arrêts¹⁴¹⁹. Ainsi, elle a fait référence à l'arrêt *Bochan* (n° 2), dans laquelle elle s'est posée la question de savoir si l'article 46 de la Convention faisait obstacle à son examen des griefs soulevés alors même qu'elle a déjà examiné des griefs similaires entre les mêmes parties dans un arrêt précédent¹⁴²⁰. En réponse à cette question, elle a explicité que, si la question du respect par les États des arrêts de la Cour n'est pas soulevée dans le cadre de la « procédure en manquement » prévue à l'article 46 §§4 et 5 de la Convention, alors elle échappe à sa compétence¹⁴²¹.

C'est ainsi que la Cour a souligné qu'elle n'avait pas compétence pour vérifier si une partie contractante s'est conformée aux obligations imposées par l'un de ses arrêts¹⁴²². Elle a notamment refusé d'examiner des griefs tirés d'une inexécution par l'État de ses arrêts,

¹⁴¹⁶ C.E.D.H., *Cocchiarella c. Italie*, 29 mars 2006, n° 64886/01, §25 ; v. aussi C.E.D.H., *Organisation macédonienne unie Ilinden – PIRIN et autres c. Bulgarie* (n°2), 18 octobre 2001, n° 415617/07 et 20972/08, §66 ; C.E.D.H., *Bourdov c. Russie* (n° 2), n° 33509/04, §121.

¹⁴¹⁷ C.E.D.H., *Egmez c. Chypre*, 21 décembre 2000, n° 30873/96, §49 ; v. aussi C.E.D.H., *Greens et M.T. c. Royaume-uni*, 23 novembre 2010, n° 60041/08 et 60054/08, § 107.

¹⁴¹⁸ C.E.D.H., *Lyons et autres c. Royaume-Uni*, décision, 08 juillet 2003, n° 15227/03.

¹⁴¹⁹ C.E.D.H., *Cocchiarella c. Italie*, 29 mars 2006, n° 64886/01, §24.

¹⁴²⁰ C.E.D.H., *Bochan c. Ukraine* (n° 2), 05 février 2015, n° 22251/08 : En droit – « A. L'article 46 de la Convention fait-il obstacle à l'examen par la Cour des griefs soulevés en l'espèce ? ».

¹⁴²¹ *Ibid.*, §33 ; v. aussi C.E.D.H., *Organisation macédonienne unie Ilinden – PIRIN et autres c. Bulgarie* (n° 2), 18 octobre 2011, n° 41567/07 et 20972/08, §56.

¹⁴²² C.E.D.H., *Egmez c. Chypre*, 21 décembre 2000, n° 30873/96, §50.

les déclarant irrecevables *ratione materiae*¹⁴²³. Si nous sommes arrivés, plus haut, à une considération différente après l'examen de l'affaire *Emre c. Suisse*¹⁴²⁴, observons que ces deux considérations peuvent tout de même se rejoindre grâce à la reconnaissance de l'existence de la condition de « l'élément nouveau ».

Dans un arrêt plus récent *Moreira Ferreira c. Portugal (n° 2)*, la Cour a relevé que bien que la procédure interne s'inscrive incontestablement dans l'exécution du premier arrêt de la Cour, elle est nouvelle par rapport à la procédure interne de tel arrêt et postérieure à celle-ci, devenant ainsi détachable des aspects liés à l'exécution de l'arrêt antérieurement rendu par la Cour¹⁴²⁵.

418. À cet égard, l'article 46 §2 de la Convention donne au Comité des Ministres, le pouvoir de surveiller l'exécution des arrêts de la Cour et d'apprécier les mesures prises par les États défendeurs¹⁴²⁶. L'exercice de ce rôle ne signifie pas pour autant que les mesures prises par les autorités étatiques en vue de remédier à la violation constatée par la Cour ne puissent pas soulever un *problème nouveau*, non tranché par l'arrêt¹⁴²⁷ et à elles seules faire l'objet d'une nouvelle requête que la Cour pourrait être appelée à examiner¹⁴²⁸. C'est le cas notamment lorsque l'État défendeur a effectivement rouvert une procédure interne mais que celle-ci ne respecte pas d'autres garanties de l'article 6 de la Convention¹⁴²⁹ ; ou lorsqu'il adopte une réforme législative dont les dispositions demeurent conformes à la Convention. C'est sur ce fondement que la Cour s'est dite compétente pour connaître des

¹⁴²³ C.E.D.H., *Moldovan et autres c. Moldova*, décision, 15 février 2011, n° 8229/04 ; C.E.D.H., *Dowsett c. Royaume-uni (no 2)*, décision, 4 janvier 2011, n° 8559/08 ; C.E.D.H., *Öcalan c. Turquie*, décision, 6 juillet 2010 n° 5980/07 ; C.E.D.H., *Haase c. Allemagne*, 08 avril 2004, n° 11057/02 ; C.E.D.H., *Komanický c. Slovaquie*, décision, 1er mars 2005, n° 13677/03.

¹⁴²⁴ v. le Pars. 406 et 407 de la présente étude.

¹⁴²⁵ C.E.D.H., *Moreira Ferreira c. Portugal (n° 2)*, 11 juillet 2017, n° 19867/12, §54.

¹⁴²⁶ v. C.E.D.H., *Bochan c. Ukraine (n° 2)*, 05 février 2015, n° 22251/08, §33.

¹⁴²⁷ C.E.D.H., *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse (n° 2)*, 30 juin 2009, n° 32772/02, §62 ; C.E.D.H., *Hakkar c. France*, décision, 7 avril 2009, n° 43580/04 ; C.E.D.H., *Mehemi c. France (no 2)*, 10 avril 2003, n° 53470/99, §43 ; C.E.D.H., *Rongoni c. Italie*, 25 octobre 2001, n° 44531/98, §13 ; C.E.D.H., *Leterme c. France*, 29 avril 1998, n° 36317/97 ; C.E.D.H., *Pailot c. France*, 22 avril 1998, n° 32217/96, §57.

¹⁴²⁸ C.E.D.H., *Egmez c. Chypre*, 21 décembre 2000, n° 30873/96, §51 ; C.E.D.H., *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse (n° 2)*, 30 juin 2009, n° 32772/02, §§ 61-63.

¹⁴²⁹ Par exemple lorsque les autorités internes avaient procédé à un réexamen du dossier dans le cadre de l'exécution de l'un de ses arrêts, que ce soit par la rouverture de l'instance : C.E.D.H., *Emre c. Suisse (no 2)*, 11 octobre 2011, n° 5056/10 ; C.E.D.H., *Hertel c. Suisse*, décision, 17 janvier 2002, n° 53440/99 ; ou par la conduite d'un tout nouveau procès : C.E.D.H., *Organisation macédonienne unie Ilinden – PIRIN et autres c. Bulgarie (no 2)*, 18 octobre 2011, n° 41561/07 et 20972/08 ; C.E.D.H., *Liou c. Russie (no 2)*, 26 juillet 2011, n° 29157/09.

griefs formulés dans un certain nombre d'affaires faisant suite à des arrêts rendus par elle¹⁴³⁰.

Aussi, se peut-il qu'une violation de la Convention se poursuive après le constat de violation par la Cour. Dans ce cas, « il n'est pas inhabituel » que la Cour examine une seconde requête alléguant la violation de ce droit pendant la période concernée¹⁴³¹. À ce titre, le « problème nouveau » constitue la « persistance de la violation constatée dans la décision initiale de la Cour »¹⁴³². Le contrôle opéré par cette dernière se limite toutefois aux périodes nouvelles en question et à tout nouveau grief qui en serait tiré¹⁴³³.

419. Par ailleurs, il y a des cas où le Comité des Ministres lui-même décide de clore l'examen de surveillance de l'exécution de l'arrêt, ce qui a donné naissance, par la suite, à une nouvelle requête devant la Cour. Par exemple, dans l'affaire *VgT c. Suisse*, la Cour a observé que le Comité des Ministres a mis fin à sa surveillance de l'exécution de l'arrêt de 2001, en n'ayant pas pris en compte l'arrêt du Tribunal fédéral de 2002 qui a rejeté la demande de révision de l'association requérante¹⁴³⁴. Ainsi, la Cour a conclu à la recevabilité du grief tiré du rejet par la juridiction interne d'une demande de réouverture de la procédure à la suite de l'un de ses arrêts. Elle s'est principalement appuyée sur la nouveauté des motifs de rejet¹⁴³⁵. La Cour a considéré qu'il « ne saurait y avoir un empiètement sur les compétences que le Comité des Ministres tire de l'article 46 là où la Cour reconnaît des faits nouveaux dans le cadre d'une nouvelle requête »¹⁴³⁶. Pour la Cour, le rejet en question constitue un élément nouveau¹⁴³⁷.

Dans cette continuité, la Cour s'est également déjà déclarée compétente lorsque le Comité des Ministres n'a pas encore procédé à la surveillance de l'exécution de l'arrêt. Ainsi, dans l'affaire *Emre* précité, la procédure d'exécution devant le Comité des Ministres n'avait pas encore été entamée au moment où la Cour examinait le second arrêt.

¹⁴³⁰ C.E.D.H., *Egmez c. Chypre*, 21 décembre 2000, n° 30873/96, §52.

¹⁴³¹ v. C.E.D.H., *Ivanțoc et autres c. Moldova et Russie*, 15 novembre 2011, n° 23687/05, §§93-96, concernant un maintien en détention ; C.E.D.H., *Wasserman c. Russie (no 2)*, 10 avril 2008, n° 21071/05, §§36-37 concernant l'inexécution d'une décision de justice interne ; C.E.D.H., *Rongoni c. Italie*, 25 octobre 2001, n° 44531/98, § 1, concernant la durée d'un procès

¹⁴³² C.E.D.H., *Egmez c. Chypre*, 21 décembre 2000, n° 30873/96, §53.

¹⁴³³ v. C.E.D.H., *Ivanțoc et autres c. Moldova et Russie*, 15 novembre 2011, n° 23687/05, §§93-96.

¹⁴³⁴ C.E.D.H., *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse (n° 2)*, 30 juin 2009, n° 32772/02, § 67 : par l'adoption de la Résolution ResDH(2003)125.

¹⁴³⁵ *Ibid.*, § 65.

¹⁴³⁶ *Ibid.*, § 67.

¹⁴³⁷ *Idem.*

420. En somme, la logique derrière l'élément nouveau s'explique par le fait que « si la Cour ne pouvait connaître [du nouvel arrêt], il serait soustrait à tout contrôle au titre de la Convention »¹⁴³⁸. En effet, lorsqu'il y a un risque que la question de l'exécution soit directement ou indirectement examinée par les deux organes en même temps, la deuxième affaire n'est pas recevable devant la Cour ; en dehors de ce risque – le cas où il y a un élément nouveau, le cas où le Comité des Ministres a clos la surveillance de l'exécution du premier arrêt, le cas où il n'a pas encore entamé la procédure de surveillance du premier – il n'existe aucune raison pour la Cour de ne pas examiner le grief qui lui est soumis.

Il ne saurait donc y avoir d'empiètement par la Cour sur les compétences du Comité des Ministres là où celle-ci connaît de faits nouveaux dans le cadre d'une nouvelle requête¹⁴³⁹. Le fait que la Cour se refuse à examiner un grief tiré de la non-exécution d'un arrêt, dans les cas où la procédure est encore pendante devant le Comité des Ministres¹⁴⁴⁰, confirme cette analyse.

Conclusion du Chapitre 1

421. Lorsque la Cour réserve une sous-section dans son arrêt sur l'application de l'article 46 de la Convention, elle s'arroge par là, la possibilité d'indiquer des mesures de réparation que l'État doit adopter. Dans ce cas, la marge d'appréciation de l'État est donc limitée par un double niveau de contrôle européen : par la Cour lorsqu'elle indique dans le corps de l'arrêt, une mesure à prendre – idée de priorité ; et par le Comité des Ministres, en aval de l'exécution, lorsqu'il exerce sa tâche consistant à surveiller l'exécution par l'État défendeur de l'arrêt de la Cour. Cela explique la limitation de la marge étatique. Le champ de l'article 46 ne relève donc pas uniquement de la responsabilité du Comité des Ministres.

Pour simplifier la réflexion, précisons donc que les deux organes ont des responsabilités partagées en la matière.

¹⁴³⁸ *Idem.*

¹⁴³⁹ *Idem.* ; v. aussi C.E.D.H., *Xanthis Turkish Union et autres c. Grèce (déc.)*, 17 novembre 2015, n° 55557/12, 73646/13, §26.

¹⁴⁴⁰ C.E.D.H., *Xanthis Turkish Union et autres c. Grèce (déc.)*, 17 novembre 2015, n° 55557/12, 73646/13, §31.

422. En premier lieu, lorsque le grief concerne uniquement l'exécution par les autorités nationales de l'arrêt de la Cour, cette nouvelle requête devant la Cour est largement susceptible d'être déclarée irrecevable. Tel a été le cas de la décision d'irrecevabilité de la Cour relative à l'affaire *Öcalan* du 6 juillet 2010 après la non-exécution alléguée de l'arrêt de 2005¹⁴⁴¹. La Cour y observe que le Comité des Ministres avait mis fin à sa surveillance de l'exécution de l'arrêt de 2005 après avoir noté que la cour d'assise d'Istanbul a réexaminé le dossier du requérant et a, en conséquence, refusé de lui accorder un nouveau procès¹⁴⁴². Selon le Comité, en effet, il s'agissait-là d'une mesure individuelle conforme aux obligations de la Turquie en vertu de l'article 46 de la Convention¹⁴⁴³. La Cour note également qu'il n'existe pas d'éléments nouveaux, en fait comme en droit, qui n'a pas été examiné par l'arrêt de 2005. Elle conclut qu'elle ne saurait examiner le grief du requérant sans empiéter sur les compétences du Comité des Ministres au titre de l'article 46 de la Convention et déclare la requête irrecevable.

423. Ensuite, lorsque le Comité s'est lui-même dessaisi de l'affaire en faveur de la Cour, cette dernière peut reprendre son contrôle en la matière. D'ailleurs, conformément au troisième paragraphe de l'article 46 de la Convention, le Comité peut saisir la Cour afin qu'elle se prononce sur l'interprétation d'un arrêt lorsque l'exécution de l'arrêt est entravée par une difficulté d'interprétation. Il peut également, et ce, conformément au quatrième paragraphe du même article, saisir la Cour de la question du respect par cette Partie de son obligation à l'égard du paragraphe 1 de la disposition qui engage les Parties à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour.

Ainsi, par exemple, le Comité a décidé de saisir la Cour, conformément à l'article 46 §4 de la Convention, de la question de savoir si l'Azerbaïdjan ne s'est pas conformé à son obligation en vertu de l'article 46 §1 de la Convention, dans sa résolution de 2017 concernant l'exécution de l'arrêt de 2014¹⁴⁴⁴. Dans son arrêt de 2014, la Cour avait, en effet, affirmé que le requérant n'a pas bénéficié d'un contrôle juridictionnel approprié de la légalité de sa détention¹⁴⁴⁵. Elle n'alloue aucune somme au titre de dédommagement

¹⁴⁴¹ C.E.D.H., *Öcalan c. Turquie (déc.)*, 06 juillet 2010, n° 5980/07.

¹⁴⁴² ResDH(2007)1) du 14 février 2007.

¹⁴⁴³ C.E.D.H., *Öcalan c. Turquie (déc.)*, 06 juillet 2010, n° 5980/07.

¹⁴⁴⁴ Résolution intérimaire CM/ResDH(2017)429, Exécution de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme Ilgar Mammadov contre Azerbaïdjan, adoptée par le Comité des Ministres le 5 décembre 2017, lors de la 1302^e réunion des Délégués des Ministres.

¹⁴⁴⁵ C.E.D.H., *Ilgar Mammadov c. Azerbaïdjan*, 22 mai 2014, n° 15172/13, §119.

matériel¹⁴⁴⁶ mais accorde une somme au titre de la réparation du dommage moral¹⁴⁴⁷. En vue d'exécuter l'arrêt, les autorités nationales ont payé la somme allouée au requérant à titre de la satisfaction équitable mais ont confirmé la peine de sept ans d'emprisonnement de celui-ci. Selon celles-ci, la décision est conforme à l'arrêt de la Cour alors qu'il ressort des résolutions répétées du Comité que l'interprétation de l'arrêt conduit à l'obligation, pour l'État défendeur, d'assurer la libération du requérant sans retard¹⁴⁴⁸.

424. Suivant la réduction – presque totale – de la marge d'appréciation de l'État, observons toutefois que celui-ci conserve une certaine marge dans de manœuvre dans la manière d'adopter l'indication de la Cour. Si nous avons été tentés, tout le long de notre raisonnement, à dire que la marge de manœuvre ne pouvait être limitée, observons désormais qu'une telle tentation peut se produire et même surtout lorsque la Cour examine un arrêt pilote (**Chapitre 2**) car elle touche ici également à une telle liberté d'action.

¹⁴⁴⁶ *Ibid.*, §148.

¹⁴⁴⁷ *Ibid.*, §151.

¹⁴⁴⁸ Résolution intérimaire CM/ResDH(2015)43 Exécution de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme Ilgar Mammadov contre Azerbaïdjan, adoptée par le Comité des Ministres le 12 mars 2015, lors de la 1222e réunion des Délégués des Ministres ; Résolution intérimaire CM/ResDH(2015)156 Exécution de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme Ilgar Mammadov contre Azerbaïdjan, adoptée par le Comité des Ministres le 24 septembre 2015 lors de la 1236e réunion des Délégués des Ministres ; Résolution intérimaire CM/ResDH(2016)144 Exécution de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme Ilgar Mammadov contre Azerbaïdjan, adoptée par le Comité des Ministres le 8 juin 2016 lors de la 1259e réunion des Délégués des Ministres ; Résolution intérimaire CM/ResDH(2017)379 Exécution de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme Ilgar Mammadov contre Azerbaïdjan, adoptée par le Comité de Ministres le 25 octobre 2017, lors de la 1298e réunion des Délégués des Ministres.

Chapitre 2

La procédure de l'arrêt pilote : limitation expresse de la marge d'appréciation de l'État dans l'exécution de la décision de la Cour

425. Selon la Cour, l'expérience ayant montré que la pratique suivie jusqu'ici était inapte à atteindre le but poursuivi d'une meilleure exécution de ses arrêts, « le temps est venu pour elle (...) de redéfinir son rôle dans les situations où l'État défendeur n'a pas pris des mesures générales de redressement de la situation dans un délai raisonnable, ainsi que les conséquences à en tirer à la lumière de l'article 46 de la Convention »¹⁴⁴⁹. C'est cette logique qui est à l'origine de la procédure de l'arrêt pilote et à l'insertion de l'article 61 dans le règlement de la Cour en la matière.

Au demeurant, la Cour a maintes fois rappelé que l'article 46 de la Convention, interprété à la lumière de l'article 1^{er}, impose à l'État défendeur l'obligation légale de mettre en œuvre, sous le contrôle du Comité des ministres, les mesures générales et/ou individuelles appropriées pour garantir le droit du requérant dont la Cour a constaté la violation¹⁴⁵⁰. La procédure de l'arrêt pilote va plus loin en ce que l'État doit également appliquer ces mesures à l'égard des autres personnes qui se trouvent dans la même situation que le requérant, l'objectif, pour lui, devant être de résoudre les problèmes qui ont

¹⁴⁴⁹ C.E.D.H., *Burmych et autres c. Ukraine*, 12 octobre 2017, n° 46852/13 et autres, §182.

¹⁴⁵⁰ C.E.D.H., *Alisic et autres c. Bosnie-Herzégovine, Croatie, Serbie, Slovénie et l'Ex-République Yougoslave de Macédoine*, 16 juillet 2014, n° 60642/08, §142.

conduit la Cour à son constat de violation¹⁴⁵¹. Dans le cadre de cette procédure, l'étendue de la marge d'appréciation de l'État dans l'exécution de la décision, est moins large que dans tous les autres cas examinés.

426. D'après la jurisprudence de la Cour, « par définition, un arrêt pilote détermine l'issue d'une quantité d'affaires, outre l'affaire spécifique qui est pendante devant la Cour, et il englobe les intérêts d'autres personnes qui sont effectivement ou potentiellement touchées »¹⁴⁵².

La procédure de l'arrêt pilote implique notamment que l'appréciation par la Cour de la situation dénoncée dans l'affaire « pilote » s'étende nécessairement au-delà des seuls intérêts du requérant en cause. Elle commande également à la Cour d'examiner l'affaire sous l'angle des mesures générales devant être prises dans l'intérêt des autres personnes potentiellement touchées¹⁴⁵³. Dans ce contexte, les solutions individuelles ne sauraient être tenues pour décisives¹⁴⁵⁴.

427. Dans ce type d'arrêt, la Cour, saisie de nombreuses requêtes concernant un même problème, détermine la violation de la Convention dans le cas particulier. Mais en outre, identifie-t-elle également la législation interne à l'origine du problème structurel ; et surtout, donne-t-elle des indications à l'État en cause sur la manière d'éliminer ces dysfonctionnements (**Section 1**). Cela permet d'atteindre l'objectif d'une exécution plus efficace des arrêts de la Cour (**Section 2**).

¹⁴⁵¹ v. C.E.D.H., *Lukenda c. Slovénie*, 06 octobre 2005, n° 23032/02, § 94.

¹⁴⁵² C.E.D.H., *Broniowski c. Pologne*, 28 septembre 2005, n° 31443/96, §212.

¹⁴⁵³ C.E.D.H., *Hutten-Czapska c. Pologne*, 19 juin 2006, n° 35014/97, §238 ; v. aussi *mutatis mutandis* C.E.D.H., *Broniowski c. Pologne (radiation du rôle)*, 28 septembre 2005, n° 31443/96, §36.

¹⁴⁵⁴ C.E.D.H., *Hutten-Czapska c. Pologne*, 19 juin 2006, n° 35014/97, §238.

Section 1 : L'identification du problème accompagné de l'indication des mesures de réparation à adopter

428. La procédure de l'arrêt pilote vise à aider les autorités nationales à éliminer le problème systémique mis en évidence par la Cour comme étant celui qui donne lieu à des affaires répétitives¹⁴⁵⁵. Mais encore faut-il identifier ce problème systémique. Dans sa résolution du 12 mai 2004 sur les arrêts qui révèlent un problème structurel sous-jacent, le Comité des Ministres a estimé que « la mise en œuvre des arrêts serait facilitée si l'existence d'un problème structuré était identifié dans l'arrêt de la Cour »¹⁴⁵⁶.

Cela fait écho à notre raisonnement, tout au long de l'étude, sur la nécessité pour la Cour de motiver en détail ses conclusions. Cela a pour effet de guider l'État à concentrer sa réparation sur le point clé du grief identifié comme n'étant pas conforme à la Convention. Il s'agit là du meilleur moyen d'obtenir la réalisation de la restitution intégrale. En effet, une fois le problème identifié concrètement, l'État devrait savoir exactement la mesure à adopter pour le réparer.

Dans le cas contraire, l'État sera dans l'obligation d'*interpréter* la décision – imprécise, en l'espèce – de la Cour et d'*apprécier*, par lui-même, le problème en cause, puis *in fine* d'*apprécier* la mesure à prendre en fonction de cette première *appréciation* qui aurait déjà pu être fautive. En somme, ces « marges d'erreurs » additionnées conduisent à la reconnaissance d'une large marge d'*appréciation* de l'État en la matière.

Dans le cadre de l'arrêt pilote, deux étapes bien distinctes doivent être respectées par la Cour : l'identification du problème structurel (**Paragraphe 1**) ; puis l'indication expresse de mesures conformément à cette identification (**Paragraphe 2**).

¹⁴⁵⁵ Règlement de la Cour, art. 61.

¹⁴⁵⁶ Résolution Res(2004)3 du Comité des Ministres sur les arrêts qui révèlent un problème structurel sous-jacent adoptée par le Comité des Ministres le 12 mai 2004 lors de sa 114e session.

Paragraphe 1 : LE MODE D'IDENTIFICATION DU PROBLÈME

429. Dans le cadre de l'arrêt pilote, la Cour identifie concrètement si le problème est issu de la loi *in abstracto* ou de l'application de la loi, alors qu'elle a laissé, le plus souvent, régner ce mystère, à tort, dans le cadre d'une procédure « normale » faute de motivation. Pour ce faire, dans ses arrêts pilotes, la Cour commence par citer et examiner le « droit interne pertinent »¹⁴⁵⁷. Lorsque la violation est tirée d'une loi, ce travail lui permet de comprendre si la loi est conforme ou non à la Convention ; ou si c'est de sa mise en œuvre dont il est question.

C'est dans l'affaire *Broniowski c. Pologne* que la Cour a pour la première fois adopté un arrêt pilote. Dans les faits, à la suite de la modification de la frontière polonaise à la fin de la seconde guerre mondiale, la Pologne s'était engagée à indemniser les rapatriés polonais qui avaient dû abandonner leurs biens immobiliers. Un ressortissant polonais se plaignait de l'absence d'une réelle indemnisation¹⁴⁵⁸. À la Cour de constater ensuite, dans la sous-section relative à l'application de l'article 46 de la Convention dans le corps de l'arrêt, que la violation du droit du requérant « tire son origine d'un problème à grande échelle résultant d'un dysfonctionnement de la législation polonaise et d'une pratique administrative qui a touché, et peut encore toucher à l'avenir, un grand nombre de personnes »¹⁴⁵⁹. Elle poursuit en soulignant que cela « n'a pas été causé par un *incident isolé* (...); il résulte d'un comportement administratif et réglementaire de la part des autorités à l'égard d'une catégorie précise de citoyens (...) »¹⁴⁶⁰.

Ces deux citations effacent toute confusion dans l'*appréciation* de l'origine de la violation, ce qui évite donc toute idée d'*appréciation* future de l'État. En d'autres termes, la Cour dit concrètement que, premièrement, le problème se situe dans la loi interne en la

¹⁴⁵⁷ Exemple C.E.D.H., *Broniowski c. Pologne*, 22 juin 2004, n° 31443/96 : II. Le droit et la pratique internes pertinents : B. La loi du 29 avril 1985 sur l'administration et l'expropriation de biens immobiliers et son décret d'application : §§46-47 ; C. La loi du 21 août 1997 sur l'administration foncière et son décret d'application : §§48-52 ; D. La loi du 10 mai 1990 sur l'autonomie locale : §53 ; E. La loi (modifiée) du 19 octobre 1991 sur l'administration des biens agricoles du Trésor public : §§54-55 ; F. La loi du 10 juin 1994 sur l'administration des biens immobiliers confisqués par le Trésor public à l'armée de la Fédération de Russie : §§56-57 ; G. La loi (modifiée) du 30 mai 1996 sur l'administration de certaines catégories de biens appartenant au Trésor public et de l'Office des biens militaires : §§58-61 ; H. Le projet de loi de 1999 : §§62-65 ; I. Le droit d'usage perpétuel d'un terrain : §66 ; L. Les dispositions constitutionnelles pertinentes : §§72-78 ;

¹⁴⁵⁸ *Ibid.*, §121.

¹⁴⁵⁹ *Ibid.*, §189.

¹⁴⁶⁰ *Idem*. Les italiques sont de nous.

matière ; et deuxièmement, que ce n'est pas l'application de la loi qui fait défaut mais bien la loi elle-même¹⁴⁶¹.

Puisque la Cour ne s'est pas départie de la méthode dans les autres arrêts pilotes qui ont suivi, l'exemple cité doit être suffisant dans la démonstration de la pratique jurisprudentielle et de ses effets (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 2 : LES EFFETS DE L'IDENTIFICATION DU PROBLÈME

430. Lorsque la loi est le problème identifié, l'État sera dans l'obligation d'adopter des réformes législatives dans le but de réparer intégralement le dommage : pour le requérant, mais aussi pour toutes les autres personnes touchées ou susceptibles de l'être, à l'avenir. Sur ce dernier point, il faut admettre que la procédure a été adoptée en réponse à l'augmentation de la charge de travail de la Cour résultant d'une série d'affaires relatives à des dysfonctionnements structurels ou systémiques¹⁴⁶².

431. La marge de manœuvre même de l'État se voit affectée par l'identification du problème structurel par la Cour, en ce sens que la manière de réformer sa législation dépend de la manière dont la Cour a identifié le problème et du résultat de cette identification.

432. L'identification dans les motifs de l'arrêt, a également pour effet d'inspirer l'État à inclure tel ou tel autre élément dans sa « nouvelle législation ». En effet, l'identification va lui permettre de comprendre quelles dispositions doivent être essentiellement amendées et quelles autres demeurent conformes à la Convention.

433. La Haute juridiction peut même l'expliciter dans le dispositif de l'arrêt comme elle l'a fait dans l'arrêt pilote *Hutten-Czapska* :

« 3. (...) la violation constatée ci-dessus résulte d'un problème structurel lié au dysfonctionnement de la législation interne, laquelle

¹⁴⁶¹ Dans la mesure où ce n'est pas un accident isolé.

¹⁴⁶² *Ibid.*, §190 et 191.

- a) imposait et continue d'imposer des restrictions aux droits des propriétaires notamment en ce qu'elle comporte des dispositions défectueuses quant à la fixation des loyers ;
- b) ne prévoyait pas et ne prévoit toujours pas de procédure ou mécanisme permettant aux propriétaires de compenser les pertes subies dans le cadre de l'entretien de leurs biens »¹⁴⁶³.

Le fait d'expliquer cette identification permet à l'État de mieux cerner le problème structurel et de trouver la meilleure manière de rendre sa mesure conforme à l'arrêt de la Cour ainsi qu'à la Convention. Sur ce dernier point, cependant, une réflexion plus poussée convient d'être apportée (**Section 2**).

Section 2 : Indications de mesures précises dans le dispositif de l'arrêt : absence de choix de l'État

434. Une fois l'identification du problème structurel faite, il revient à la Cour, dans le cadre d'une procédure d'arrêt pilote d'indiquer les mesures appropriées de réparation à prendre par l'État défendeur. L'exception s'explique par le fait que la Cour, « soucieuse d'aider le gouvernement défendeur à remplir ses obligations au titre de l'article 46 de la Convention »¹⁴⁶⁴ et de « faciliter la suppression rapide et effective d'un dysfonctionnement décelé dans le système national de protection des droits de l'homme »¹⁴⁶⁵, estime devoir indiquer les mesures qui lui semblent aptes à pallier les problèmes révélés¹⁴⁶⁶.

Dans cette perspective exceptionnelle, et compte tenu de la *situation de caractère structurel* constaté, la Cour observe en priorité les mesures générales qui s'imposent dans le cadre de l'exécution de l'arrêt¹⁴⁶⁷ (**Paragraphe 1**). Elle peut formuler plusieurs options

¹⁴⁶³ C.E.D.H., *Hutten-Czapska c. Pologne*, 19 juin 2006, n° 35014/97, pt. 3 du dispositif.

¹⁴⁶⁴ C.E.D.H., *Tekin Yildiz c. Turquie*, arrêt du 10 novembre 2005, requête n° 22913/04, p. 26, § 91.

¹⁴⁶⁵ C.E.D.H., *Driza c. Albanie*, 13 novembre 2007, n° 33771/02, §125.

¹⁴⁶⁶ C.E.D.H., *Öcalan c. Turquie*, 12 mai 2005, n° 46221/99, §210 ; C.E.D.H., *Suso Musa c. Malte*, 23 juillet 2013, n° 42337/12, §120.

¹⁴⁶⁷ C.E.D.H., *Driza c. Albanie*, 13 novembre 2007, n° 33771/02, §125.

dont le choix et l'accomplissement restent toutefois *a priori* à la discrétion des autorités nationales¹⁴⁶⁸.

Il conviendra en définitive de voir les effets de telle approche (**Paragraphe 2**), sur l'exécution de l'arrêt et sur la marge d'appréciation de l'État en la matière.

Paragraphe 1 : DES MESURES GÉNÉRALES AVANT LES MESURES INDIVIDUELLES

435. Dans toute la lignée de l'exception de la procédure de l'arrêt pilote, il faut observer que le fait que les mesures générales (**A**) soient plus importantes que les mesures individuelles (**B**), constitue d'ores et déjà une nouveauté exceptionnelle. En effet, dans une procédure « normale », l'adoption de mesures générales dépend quasiment entièrement de l'appréciation de l'État défendeur. C'est tout le contraire dans le cadre de l'arrêt pilote où l'accent est mis sur l'adoption de telles mesures visant à garantir l'efficacité à long terme du mécanisme de la Convention¹⁴⁶⁹.

A. Indications de mesures générales : limitation de la marge d'appréciation de l'État

436. Deux exemples communs doivent nous guider dans cette réflexion. Lorsque la Cour identifie une législation interne à l'origine du problème systémique (**1**), c'est une réforme législative qui convient le mieux au titre de l'exécution de la réparation. Si le problème identifié se trouve dans la mise en œuvre de ces lois, et nous prendrons ici l'exemple des enquêtes étatiques, l'indication de la Cour tiendra pour « directive » (**2**) dans la manière de procéder à une enquête.

¹⁴⁶⁸ C.E.D.H., *Broniowski c. Pologne*, 28 septembre 2005, n° 31443/96, §194.

¹⁴⁶⁹ *Ibid.*, §§190-191.

1. Indications poussant à l'adoption de réformes législatives

437. Dans l'arrêt pilote *Hutten-Czapska c. Pologne*, la Cour a énoncé, dans les motifs de l'arrêt, qu'

« en ce qui concerne les *mesures générales* devant être adoptées par l'État polonais pour mettre un terme à la violation structurelle du droit de propriété décelé en l'espèce, et compte tenu de la dimension sociale et économique du problème (...), la Cour estime que l'État défendeur doit avant tout, *par des mesures légales et/ou autres appropriées*, ménager dans son ordre juridique interne un mécanisme (...) »¹⁴⁷⁰.

Pareille indication de mesures n'aura été possible que dans la mesure où le problème a été identifié, problème qui a d'ailleurs été reproduit dans la suite de la phrase :

« qui établisse un juste équilibre entre les intérêts des propriétaires (...) et l'intérêt général de la collectivité (...) conformément aux principes de protection du droit de propriété énoncés dans la Convention »¹⁴⁷¹.

438. Il en résulte que la marge d'appréciation de l'État s'élimine, dans le cadre de la procédure pilote car la Cour indique la nécessité d'adopter des réformes législatives et donc, aucune appréciation postérieure à l'arrêt n'est plus requise.

Il est vrai, cependant, qu'une telle indication dans les motifs de l'arrêt s'est accompagnée de cette affirmation :

« Il n'appartient pas à la Cour d'indiquer précisément quel serait le meilleur moyen de mettre en place de telles procédures de nature à remédier à la situation ni comment établir entre l'intérêt des propriétaires à tirer un profit de leurs biens et les autres intérêts en jeu ; de fait, au titre de l'article 46, *l'État demeure libre de choisir*

¹⁴⁷⁰ C.E.D.H., *Hutten-Czapska c. Pologne*, 19 juin 2006, n° 35014/97, §239. Les italiques sont de nous.

¹⁴⁷¹ *Idem*. Les italiques sont de nous.

les moyens de s'acquitter des obligations qui découlent de l'exécution des arrêts de la Cour »¹⁴⁷².

Toutefois, malgré le vocabulaire employé par la Cour (« libre de choisir ») qui tend à faire penser à la marge d'« appréciation », force est de requalifier cela par une marge de « manœuvre ». La nécessité de cette requalification est prouvée par le dispositif même de l'arrêt pilote qui se lit comme suit :

« 4. (...) pour mettre un terme à la violation structurelle décelée en l'espèce, l'État défendeur doit ménager dans son ordre juridique interne, par des mesures légales et/ou autres appropriées, un mécanisme qui établisse un juste équilibre entre les intérêts des propriétaires et l'intérêt général de la collectivité, conformément aux principes de protection du droit de propriété énoncés dans la Convention »¹⁴⁷³.

En outre, cela est parfaitement cohérent avec notre raisonnement antérieur appelant à la requalification de la notion de marge d'appréciation telle qu'utilisée par la Cour¹⁴⁷⁴. En définitive, la Cour ne laisse pas de marge d'appréciation quant à la mesure à prendre : il faut une réforme législative. Mais elle laisse une marge de manœuvre dans la manière pour l'État d'opérer cette réforme, le résultat qu'il doit avoir essayé d'atteindre étant d'avoir des dispositions qui doivent établir un juste équilibre entre les intérêts des propriétaires et l'intérêt général.

De là, l'État va donc apprécier *comment* mettre en œuvre – la manière ; la manœuvre – cette exigence. Le fait que d'ailleurs le point 4 du dispositif se réfère explicitement au raisonnement dans les motifs de l'arrêt, signifie qu'il faut voir l'indication du dispositif à la lumière de l'indication sise dans les motifs, qui est nécessairement plus élaborée. Ce surplus de développement guidera l'État dans sa mise œuvre de l'indication de la Cour et réduit donc sa marge de manœuvre. Rappelons ainsi l'ajout du membre de phrase suivant dans les motifs de l'arrêt :

« La Cour observe toutefois au passage que parmi les nombreuses possibilités dont l'État dispose figurent certainement les mesures mentionnées par la Cour constitutionnelle dans ses recommandations de juin 2005, qui traçaient les grandes

¹⁴⁷² *Idem.* ; v. aussi C.E.D.H., *Broniowski c. Pologne*, 28 septembre 2005, n° 31443/96, §§186-192. Les italiques sont de nous.

¹⁴⁷³ C.E.D.H., *Hutten-Czapska c. Pologne*, 19 juin 2006, n° 35014/97, pt. 4 du dispositif.

¹⁴⁷⁴ v. les Pars. 412-414 de la présente étude.

lignes d'un mécanisme destiné à ménager un équilibre entre les droits des propriétaires et ceux des locataires et exposaient les critères devant servir à définir ce que sont un ' loyer de base', un ' loyer économiquement justifié' et un 'profit concret' »¹⁴⁷⁵.

2. Indications pour les procédures d'enquête pour violation du droit à la vie : véritables directives

439. Plus spécialement, la Cour souligne que les droits garantis par l'article 2 de la Convention seraient illusoires si le préjudice subi par la victime était simplement réparé par l'octroi d'une indemnité pécuniaire¹⁴⁷⁶. Certes, dans les cas de violations de l'article 2 de la Convention, le redressement du *statu quo ante* n'est pas possible car les conséquences primaires de la violation du droit sont de nature irréversible – dans le cas d'espèce, les victimes ayant disparues et étant présumées décédées¹⁴⁷⁷. Cependant, la Cour considère qu'il incombe aux autorités de conduire une enquête effective propre à permettre l'identification et la punition des responsables¹⁴⁷⁸ - conséquence de la violation procédurale.

Ainsi, dans l'affaire *Aslakhanova*, la Cour « juge essentiel d'élaborer une stratégie générale pour aider à élucider un certain nombre de questions communes aux affaires et de réexaminer le caractère adéquat des définitions juridiques actuelles des actes criminels en question »¹⁴⁷⁹ eu égard à l'urgence, afin de remédier au dysfonctionnement chronique. Elle a consacré quinze paragraphes pour guider l'État à s'y conformer¹⁴⁸⁰. Les indications de la Cour y sont très précises. Par là, le juge européen s'octroie un réel d' « accompagnateur » de l'État défendeur.

¹⁴⁷⁵ *Ibid.*, §239.

¹⁴⁷⁶ C.E.D.H., *Nikolova et Velichkova c. Bulgarie*, 20 décembre 2007, re n° 7888/03, §55 ; C.E.D.H., *Yasa c. Turquie*, 2 septembre 1998, n° 63/1997/847/1054, §74.

¹⁴⁷⁷ C.E.D.H., *Aslakhanova et autres c. Russie*, 18 décembre 2012, n° 2944/06, 8300/07, 50184/07, 332/08 et 4259/10, §216.

¹⁴⁷⁸ *Idem.*

¹⁴⁷⁹ *Ibid.*, §221.

¹⁴⁸⁰ *Ibid.*, §§222-237.

Si elle se refusait, auparavant, d'indiquer la forme de réparation à choisir et donc qu'elle se limitait à affirmer que la *restitutio in integrum* était le mode de réparation le plus approprié¹⁴⁸¹, elle énonce clairement dans cette affaire que l'indemnisation n'est pas le bon moyen, qu'il n'est pas suffisant. Dès lors, il s'agit, selon nous d'une affirmation explicite de l'obligation de réparer intégralement les conséquences de toute violation, dans la mesure du possible.

440. Restant dans cette idée de surpassement exceptionnel, la Cour va encore plus loin en affirmant qu'une simple enquête ne suffit pas car s'agissant d'une disparition, il faut retrouver la personne concernée, savoir ce qui lui est arrivé et poursuivre l'auteur du crime devant les juridictions internes¹⁴⁸². En effet, le simple fait d'ouvrir une enquête criminelle ne pouvait constituer une réponse au problème¹⁴⁸³.

C'est ainsi que dans l'affaire *Pitsayeva*, la Cour a observé qu'en réalité, les autorités se contentaient de commencer une enquête, mais qu'elles demeuraient inactives pendant un certain moment ; n'enquêtaient pas sur le terrain ; ou encore, n'interrogeaient pas un seul témoin¹⁴⁸⁴. En d'autres termes, les autorités internes n'avaient pas mené les enquêtes de manière effective. Celles-ci restaient encore pendantes au moment de venir devant la Cour et étaient anormalement longues.

De même, dans l'arrêt *Varnava*, la Cour a noté que l'insuffisance des preuves découlant des lenteurs de l'enquête ne pouvait dispenser l'État des efforts requis en matière d'enquête¹⁴⁸⁵.

Puis, dans le cadre des affaires dites « tchéchènes » contre la Russie, concernant la disparition des proches des requérants, la Cour a exigé des autorités nationales qu'elles lui fournissent le dossier complet de l'enquête¹⁴⁸⁶, afin de voir si celles-ci ont produit les

¹⁴⁸¹ C.E.D.H., *Gençel c. Turquie*, 23 octobre 2003, n° 53431/99, §27 ; v. aussi C.E.D.H., *Sejdovic c. Italie*, 1^{er} mars 2006, n° 56581/00, p. 10, §44.

¹⁴⁸² C.E.D.H., *Aslakhanova et autres c. Russie*, 18 décembre 2012, n° 2944/06, 8300/07, 50184/07, 332/08 et 4259/10, §214.

¹⁴⁸³ C.E.D.H., *Pitsayeva et autres c. Russie*, 9 janvier 2014, n° 53036/08, 61785/08, 8594/09, 24708/09, 30327/09, 36965/09, 61258/09, 63608/09, 67322/09, 4334/10, 4345/10, 11873/10, 25515/10, 30592/10, 32797/10, 33944/10, 36141/10, 52446/10, 62244/10 et 66420/10, §71.

¹⁴⁸⁴ *Idem*.

¹⁴⁸⁵ C.E.D.H., *Varnava et autres c. Turquie*, 18 septembre 2009, n° 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 et 16073/90, §148.

¹⁴⁸⁶ v. entre autres C.E.D.H., *Imakayeva c. Russie*, 9 novembre 2006, n° 7615/02 ; C.E.D.H., *Baysayeva c. Russie*, 5 avril 2007, n° 74237/01.

efforts nécessaires pour éviter ou réparer la violation alléguée¹⁴⁸⁷. En l'espèce, dans l'analyse du mécanisme d'enquête issu du régime interne, la Cour peut être conduite à constater l'existence d'un problème à grande échelle, ce qui l'amène à imposer l'adoption de réglementations sur ce point¹⁴⁸⁸. En effet, la Cour peut vouloir « dresser une sorte de contrepoids au principe de subsidiarité pour éviter le risque de rester passif face aux violations des droits fondamentaux protégés par la Convention »¹⁴⁸⁹.

441. Enfin, il est vrai que la Cour ne peut imposer un « modèle unique du fonctionnement des enquêtes »¹⁴⁹⁰. Cependant, il ne faut pas confondre l'aptitude de la Cour à vérifier si le droit interne de l'État peut réparer les violations de la Convention ; et le fait qu'elle ne puisse entrer dans les *détails* du fonctionnement et des procédures des systèmes d'enquête et de justice criminelle respectifs des États contractants¹⁴⁹¹. La différenciation de ces deux notions se reflète dans le principe de subsidiarité qui, en l'espèce, consistera pour la Cour, à regarder si le droit interne permet de redresser le problème ou s'il existe des « problèmes à grande échelle »¹⁴⁹², pour mener des enquêtes et, par la suite, dans l'affirmative, de laisser à l'État, l'opportunité de le réparer ou, dans la négative, de donner des indications.

Plus concrètement, cela s'explique par le fait que l'État jouisse toujours d'une marge de manœuvre même si sa marge d'appréciation est quasi-inexistante. En d'autres termes, il n'appartiendrait pas à la Cour d'imposer *une manière* de mener une enquête. Elle pourrait, en revanche, soit indiquer *plusieurs manières* possibles ou appropriées, ce qui donnerait une gamme de choix à l'État, dans le cadre de sa marge de *manœuvre* ; soit de rappeler les impératifs liés à l'enquête sur son effectivité, sa rapidité et sa transparence.

¹⁴⁸⁷ KOVLER (A.), « La Cour européenne des droits de l'homme face à la souveraineté ... », *op. cit.*, p. 212.

¹⁴⁸⁸ v. C.E.D.H., *Association « 21 décembre 1989 » et autres c. Roumanie*, 24 mai 2011, n° 33810/07 et son exécution.

¹⁴⁸⁹ KOVLER (A.), « La Cour européenne des droits de l'homme face à la souveraineté ... », *op. cit.*, p. 212.

¹⁴⁹⁰ C.E.D.H., *Gürtekin et autres c. Chypre*, décision, 11 mars 2014, n° 60441/13, §28 ; v. aussi C.E.D.H., *McKerr c. Royaume-Uni*, 4 mai 2001, n° 28883/95, §143.

¹⁴⁹¹ *Idem*.

¹⁴⁹² v. C.E.D.H., *Association « 21 décembre 1989 » et autres c. Roumanie*, 24 mai 2011, n° 33810/07 et son exécution.

B. Indications de mesures individuelles

442. Dans le cadre des arrêts pilotes, l'application de l'article 41 de la Convention sur la satisfaction équitable revêt une « importance secondaire »¹⁴⁹³ par rapport aux mesures générales. En effet, la procédure cherche à intégrer au processus d'exécution, les intérêts de toutes les autres victimes actuelles ou potentielles du problème systémique identifié¹⁴⁹⁴ au détriment d'une réparation individualisée. Ce faisant, le traitement des affaires similaires est suspendu jusqu'à ce que le problème général ait trouvé une solution pour tous ceux qui se trouvent dans la même situation que le requérant¹⁴⁹⁵. Une fois le litige résolu, ces affaires sont ensuite rayées du rôle¹⁴⁹⁶.

Si les mesures individuelles en nature sont prises en compte dès lors que la mesure générale est indiquée, les dédommagements de nature pécuniaires, eux, sont subsidiaires. À cet égard, le plus souvent, la Cour choisit de reporter l'examen de ceux-ci dans un nouvel arrêt sur la satisfaction équitable considérant que la question « ne se trouve pas en état »¹⁴⁹⁷. En réalité, par le délai entre son arrêt pilote et l'éventuel arrêt sur la satisfaction équitable, elle laisse ouverte la « possibilité que le gouvernement et le requérant parviennent à un accord » conformément au paragraphe 1 de l'article 75 du Règlement de la Cour¹⁴⁹⁸.

443. Nous avons déjà eu l'occasion de constater que lorsque la réparation pécuniaire est placée de manière subsidiaire en comparaison à la réparation en nature dans la *restitutio in integrum*, la marge d'appréciation de l'État dans l'exécution de l'arrêt est plus étroite. Le même constat est transposable ici dans le cas des arrêts pilotes.

Ce type de procédure, par sa technicité, doit résulter, plus généralement, à l'exécution de l'arrêt (**Paragraphe 2**).

¹⁴⁹³ C.E.D.H., *Burmych et autres c. Ukraine*, 12 octobre 2017, n° 46852/13 et autres, §181.

¹⁴⁹⁴ *Ibid.*, §159.

¹⁴⁹⁵ v. Opinion dissidente de M. le Juge Zagrebelskyp dans C.E.D.H., *Hutten-Czapska c. Pologne*, 19 juin 2006, n° 35014/97.

¹⁴⁹⁶ C.E.S.D.H., art. 31§1-b; v. aussi C.E.D.H., *Wolkenberg et autres c. Pologne*, 04 décembre 2007, n° 50003/99, §§72-77.

¹⁴⁹⁷ C.E.D.H., *Broniowski c. Pologne*, 28 septembre 2005, n° 31443/96, §198 ; C.E.D.H., *Hutten-Czapska c. Pologne*, 19 juin 2006, n° 35014/97, §247.

¹⁴⁹⁸ *Idem*.

Paragraphe 2 : L'EFFET DE LA COMBINAISON DE L'IDENTIFICATION DU PROBLÈME ET DE L'INDICATION DES MESURES DE RÉPARATION

444. S'il est vrai que le Juge dissident Zagrebelsky – opinion à laquelle s'accorde grande partie de la doctrine – avait affirmé son « désaccord sur le fait que ces indications sont données directement par la Cour dans le dispositif de son arrêt »¹⁴⁹⁹, il n'en demeure pas moins que cette technique est beaucoup plus efficace sur le résultat de l'exécution, comparée à toute autre déjà relatée. La démarche se justifie par le fait que l'arrêt pilote a pour fonction essentielle, l'exécution.

Sur ce point, « [i]l est incontestablement dans l'intérêt collectif de l'Europe que les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme soient exécutés rapidement et que les États concernés assument les conséquences plus générales qui en découlent, dans la mesure du possible »¹⁵⁰⁰.

445. Précisions tout de même que, puisque la compétence de la Cour telle que définie à l'article 19 de la Convention et son rôle découlant de l'article 46 de la Convention dans le contexte de la procédure de l'arrêt pilote, « ne va pas jusqu'à garantir la mise en œuvre de ses propres arrêts »¹⁵⁰¹, la possibilité de non-exécution de l'arrêt pilote malgré les démarches suivies par la Cour peut exister (A). À ce titre, lors de la déclaration de Bruxelles des 26 et 27 mars 2015, les États ont identifié « la nature ou [le] coût des problèmes soulevés » comme obstacles à l'exécution d'une décision de la Cour¹⁵⁰². Cela étant, « la Cour ne peut pas non plus être transformée en un organe qui surveille l'exécution des arrêts »¹⁵⁰³ (B).

¹⁴⁹⁹ Opinion dissidente du Juge Zagrebelsky dans C.E.D.H., *Hutten-Czapska c. Pologne*, 19 juin 2006, n° 35014/97.

¹⁵⁰⁰ Opinion concordante de Mme la Juge Ziemele dans C.E.D.H., *Alisic et autres c. Bosnie-Herzégovine, Croatie, Serbie, Slovénie et l'Ex-République Yougoslave de Macédoine*, 16 juillet 2014, n° 60642/08, pt. 5.

¹⁵⁰¹ C.E.D.H., *Burmych et autres c. Ukraine*, 12 octobre 2017, n° 46852/13 et autres, §194.

¹⁵⁰² *Ibid.*, §192.

¹⁵⁰³ *Ibid.*, §194.

A. La non-exécution des arrêts pilotes : vers une sévérité accrue de la Cour

446. Lorsqu'un arrêt pilote n'a manifestement pas atteint ses objectifs, la Cour « se trouve confrontée au défi de donner de nouvelles orientations »¹⁵⁰⁴. Cela a pour conséquence un afflux constant et croissant de requêtes dans lesquelles le seul rôle de la Cour consiste à réitérer sans cesse le constat de violation de la Convention déjà formulé¹⁵⁰⁵. À cet égard, la Cour a estimé qu'il fallait changer sa manière de « traiter les affaires s'inscrivant dans la même lignée et résultant de la même cause systémique »¹⁵⁰⁶. Dans l'affaire *Burmych*, elle affirme *expressis verbis* que :

« [l]a répétition des mêmes conclusions dans une longue série d'arrêts sur des affaires semblables *n'apporterait rien* et ne servirait pas mieux à la justice mais pèserait lourdement sur les ressources de la Cour et accroîtrait encore le nombre déjà considérable d'affaires en souffrance »¹⁵⁰⁷.

En réalité, la Cour n'a d'autre choix que de reprendre l'examen de toutes les requêtes similaires portées devant elle et de statuer sur celles-ci afin de garantir le respect effectif de la Convention¹⁵⁰⁸. Cette fois, une prise en compte des mesures individuelles a lieu, et ce, au même titre que des mesures générales¹⁵⁰⁹. *Nul besoin donc ici de prioriser la réparation en nature sur la réparation pécuniaire si et seulement si une grande prise en compte des deux formes de réparation, est accordée.*

En tout état de cause, parler de « prise en compte » plus grande, plus stricte, ou plus poussée revient à limiter largement la marge d'appréciation de l'État dans l'exécution de la décision de la Cour.

¹⁵⁰⁴ *Ibid.*, §167.

¹⁵⁰⁵ *Ibid.*, §170.

¹⁵⁰⁶ *Ibid.*, §172.

¹⁵⁰⁷ *Ibid.*, §174. Les italiques sont de nous.

¹⁵⁰⁸ C.E.D.H., *E.G. c. Pologne (déc.)*, 08 mars 2011, n° 50425/99, §28 ; v. aussi C.E.D.H., *Alisic et autres c. Bosnie-Herzégovine, Croatie, Serbie, Slovénie et l'Ex-République Yougoslave de Macédoine*, 16 juillet 2014, n° 60642/08, §143 ; C.E.D.H., *Kurić et autres c. Slovénie (satisfaction équitable)*, 12 mars 2014, n° 26828/06, §136.

¹⁵⁰⁹ C.E.D.H., *Burmych et autres c. Ukraine*, 12 octobre 2017, n° 46852/13, §196 ; C.E.D.H., *Association des propriétaires fonciers de Łódź et autres c. Pologne (déc.)*, 08 mars 2011, n° 3485/02, §88 ; C.E.D.H., *Anastasov et autres c. Slovénie (déc.)*, 18 octobre 2006, n° 65023/13, §98.

B. Un plus clair partage des rôles entre la Cour et le Comité des Ministres

447. Si une partie de la doctrine considère que les arrêts pilotes « bouleversent le rapport entre les deux piliers du système conventionnel [la Cour et le Comité des Ministres] et attribuent à la Cour des tâches qui ne lui appartiennent pas en propre »¹⁵¹⁰, la Cour, elle, n'en partage aucunement le même avis. Restant dans le cadre de l'arrêt *Burmych*, la Haute juridiction a estimé que :

« La répartition des tâches entre la Cour et le Comité des Ministres est claire. La Cour peut aider l'État défendeur à remplir ses obligations au regard de l'article 46 en s'efforçant d'indiquer le type de mesure qu'il pourrait prendre en vue de mettre fin à un problème systémique identifié par elle. En revanche, c'est au Comité des Ministres qu'il appartient de surveiller l'exécution de l'arrêt et de s'assurer que l'État s'acquitte de son obligation juridique découlant de l'article 46 (...) »¹⁵¹¹.

D'après l'article 19 de la Convention, la Cour est chargée « d'assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties Contractantes de (...) la Convention et de ses protocoles »¹⁵¹². Son rôle se limite pour l'essentiel à identifier un problème systémique et, le cas échéant, à indiquer les mesures de redressement à prendre au titre de la Convention¹⁵¹³.

En revanche, la fonction du Comité des Ministres s'attache à la « surveillance de l'exécution » des arrêts définitifs de la Cour¹⁵¹⁴ et donc à veiller à ce que les États aient adopté les mesures indiquées par la Cour dans l'arrêt. Il est vrai que dans les procédures « normales », le Comité des Ministres pouvait également *recommander* à l'État des mesures à prendre, conformément à l'arrêt de la Cour ; mais ici, il en est dispensé dans la mesure où celles-ci ont été indiquées d'emblée par la Cour. Cela ne saurait toutefois ôter tout sens au rôle du Comité des Ministres qui, s'il le souhaite, peut toujours recommander

¹⁵¹⁰ Opinion dissidente du Juge Zagrebelsky dans C.E.D.H., *Hutten-Czapska c. Pologne*, 19 juin 2006, n° 35014/97.

¹⁵¹¹ C.E.D.H., *Burmych et autres c. Ukraine*, 12 octobre 2017, n° 46852/13, §194 ; C.E.D.H., *Broniowski c. Pologne*, 28 septembre 2005, n° 31443/96, §194.

¹⁵¹² C.E.S.D.H., art. 19.

¹⁵¹³ C.E.D.H., *Burmych et autres c. Ukraine*, 12 octobre 2017, n° 46852/13 et autres, §159.

¹⁵¹⁴ C.E.S.D.H., art. 46.

des mesures supplémentaires dans le cadre de son rôle de surveillance de l'exécution de l'arrêt, comme lorsque l'État faillit à adopter la mesure recommandée par le juge européen.

De plus, il lui appartient de vérifier que toute mesure adoptée est bel et bien conforme à l'arrêt de la Cour et à la Convention.

448. Il est clair qu'un changement de circonstances, notamment « la multiplication des violations structurelles et systémiques de la Convention », a fait évoluer la conception de la répartition des responsabilités entre ces deux organes du Conseil de l'Europe¹⁵¹⁵. Cela se fait jour à juste titre lorsque la Cour a l'occasion de se prononcer sur la non-exécution d'un arrêt pilote précédent, alors qu'elle examine un autre arrêt pilote.

À ce titre, toujours dans l'arrêt *Burmych*, la Cour a remarqué que le gouvernement ukrainien n'avait toujours pas mis en œuvre les mesures générales suite à l'arrêt *Ivanov*¹⁵¹⁶. Dans ce dernier arrêt, la Cour avait affirmé dans le dispositif de l'arrêt, que l'État défendeur devra « mettre en place un recours (...) permettant aux justiciables concernés d'obtenir un redressement adéquat et suffisant » pour remédier à la situation¹⁵¹⁷. Elle avait ajouté que dans la mesure où les problèmes structurels qu'elle était appelée à examiner étaient vastes et compliqués par nature et qu'ils nécessitaient la mise en œuvre de mesures considérables et complexes, le Comité des Ministres était *mieux placé* et outillé qu'elle pour surveiller les réformes que l'Ukraine devait adopter¹⁵¹⁸. Par cette affirmation, la Cour avait elle-même distingué son rôle de celui du Comité des Ministres.

Mais dans la mesure où l'arrêt pilote *Ivanov* n'a pas été exécuté au moment de son examen par la Cour de l'arrêt pilote *Burmych*, la Cour rappelle dans ce dernier arrêt qu'à cette date, « 72.100 affaires considérées comme méritant un examen sont en attente, dont plus de 27.000 concernent des questions non répétitives au regard de la Convention »¹⁵¹⁹. Selon elle, cet « afflux massif de requêtes » risque de peser sur sa capacité de remplir sa mission relativement à d'autres requêtes méritant un examen¹⁵²⁰. Cela explique sa position plus stricte dans le nouvel arrêt.

¹⁵¹⁵ C.E.D.H., *Burmych et autres c. Ukraine*, 12 octobre 2017, n° 46852/13 et autres, §141.

¹⁵¹⁶ *Ibid.*, §146.

¹⁵¹⁷ C.E.D.H., *Ivanov c. Ukraine*, 15 octobre 2009, n° 40450/04, pt. 5 du dispositif (cité en français par C.E.D.H., *Burmych et autres c. Ukraine*, 12 octobre 2017, n° 46852/13 et autres, §145).

¹⁵¹⁸ *Ibid.*, §90.

¹⁵¹⁹ C.E.D.H., *Burmych et autres c. Ukraine*, 12 octobre 2017, n° 46852/13 et autres, §150.

¹⁵²⁰ *Idem.*

449. Le partage des rôles entre la Cour et l'organe de surveillance de ses arrêts a encore été rendu plus clair par sa conclusion dans l'affaire *Burmych* lorsqu'elle y a indiquée s'être acquittée de sa mission définie à l'article 19 de la Convention en ayant identifié la défaillance systémique, déclaré que celle-ci emportait violation de la Convention, et donné des orientations quant aux mesures générales en vertu de l'article 46 de la Convention, pour une exécution satisfaisante de l'arrêt pilote de manière à assurer une réparation et un redressement à toutes les victimes – passées, actuelles et futures – de la violation systémique relevée¹⁵²¹.

Il s'ensuit que les autres requêtes qui ont été gelées ou suspendues pendant la procédure pilote, devraient être rayées du rôle. Puis, il reviendra au Comité des Ministres de traiter la procédure d'exécution de toutes ces affaires concernées¹⁵²². Toutefois, conformément à l'article 37 §2 de la Convention, la Cour peut décider de la réinscription au rôle d'une requête lorsqu'elle estime que les circonstances le justifient. La possibilité d'un contrôle européen par le juge européen demeure donc toujours environnante.

450. Observons toutefois que, malgré les efforts de la Haute juridiction pour une meilleure exécution de ses arrêts depuis le prononcé de l'arrêt *Ivanov*, celle-ci a eu affaire à plusieurs autres arrêts dans la même lignée. Elle a tantôt constaté une violation de la Convention, tantôt pris acte de la reconnaissance par le Gouvernement d'une violation¹⁵²³. Elle a toutefois remarqué que « cette répétition constante de décisions judiciaires n'a pas servi à grand-chose et ne s'est pas accompagnée de progrès satisfaisants au niveau de l'exécution »¹⁵²⁴.

Le Comité des ministres a souligné que « les États contractants avaient la responsabilité collective de l'aider face à un autre État contractant qui refuserait de se conformer expressément ou du fait de son comportement, à un arrêt définitif de la Cour dans un litige auquel il est partie »¹⁵²⁵. Ainsi, c'est peut-être ici la solution politique qui peut aider à l'exécution de la solution juridique.

¹⁵²¹ *Ibid.*, §197.

¹⁵²² *Ibid.*, §198.

¹⁵²³ *Ibid.*, §184.

¹⁵²⁴ *Idem.*

¹⁵²⁵ *Ibid.*, §187.

Conclusion du Chapitre 2

451. Faisons remarquer d'emblée que nous avons suivi, depuis le début de cette étude une logique conduisant à l'examen de l'étendue la plus large à celui de la moins large de la marge d'appréciation de l'État dans l'exécution des décisions de la Cour. La procédure de l'arrêt pilote constitue, à ce titre, la situation où non seulement la marge d'appréciation de l'État est quasiment inexistante, mais également celle où la Cour se permet d'avoir un droit de regard sur sa marge de manœuvre et donc de s'immiscer dans sa zone « résiduelle » de liberté. La procédure suppose de sacrifier la liberté de choix de l'État sur l'hôtel du moyen de s'acquitter de son obligation au titre de l'article 46 §1 de la Convention en faveur de l'intérêt des victimes actuelles et potentielles. Il en est ainsi parce que de nouveaux enjeux se posent aujourd'hui à la Cour, tels que celui de l'augmentation du nombre de requêtes et celui des cas de mauvaise exécution de ses arrêts par les États.

Le degré de contrôle européen en devient presque triplé car la Cour exerce son examen normal de contrôle en amont – premier degré ; mais en plus identifie le problème structurel et indique des mesures à prendre par l'État défendeur, dans le dispositif de l'arrêt – deuxième degré ; et enfin, le Comité des Ministres surveille l'exécution de cet arrêt et des autres requêtes dont l'examen a été gelé – troisième degré de contrôle.

Cela émet le risque que les États soient de plus en plus réticents à se conformer aux indications de la Cour, mais c'est peut-être le risque proportionné au but poursuivi d'avoir un maximum d'États qui, au contraire, s'y conformeront intégralement, ou à tout le moins, essaieront de s'y conformer de bonne foi, avec l'aide du Comité des Ministres.

Conclusion du Titre 2

452. Le rôle de la Cour au titre des articles 19 et 46 de la Convention, a nécessairement eu pour effet de réduire, presque à néant, la marge d'appréciation de l'État dans l'exécution de la décision. Qui plus est, il en découle également une certaine réduction de la marge de manœuvre de l'État.

Lorsqu'on parle de procédure « normale » mais non moins exceptionnelle vu l'application par la Cour, de l'article 46 de la Convention dans une sous-section de l'arrêt, les mesures de réparation indiquées se rapportent surtout aux mesures individuelles en nature.

Pour le cas de la procédure pilote, il s'agit surtout de privilégier l'adoption de mesures générales afin de protéger les autres victimes potentielles et futures du dysfonctionnement dans le droit interne de l'État. Et en cas de non-exécution d'un arrêt pilote, il s'agit de mettre au même niveau d'importance les mesures générales et individuelles, mais à un niveau supérieur à tout autre standard de contrôle déjà étudié.

Conclusion de la Partie 2

453. Lorsque la Cour applique l'article 41 de la Convention, elle ne peut se prononcer sur la nature de la satisfaction équitable qu'en ayant constaté que le droit interne ne pouvait pas, ou à tout le moins, ne pouvait que partiellement, réparer l'intégralité des conséquences de la violation de la Convention. Lorsqu'elle applique l'article 46 de la Convention, en revanche, tel constat va plus loin en ce qu'elle observe que l'État a besoin d' « aide »¹⁵²⁶ dans la réalisation de la *restitutio in integrum*. A cet effet, que le droit interne de l'État soit ou non capable de rétablir *le statu quo ante* à l'égard du requérant, la Cour va indiquer à l'État défendeur la réelle mesure à adopter dans les limites du droit interne.

¹⁵²⁶ v. entre autres C.E.D.H., *Driza c. Albanie*, 13 novembre 2007, n° 33771/02, §126..

En ce sens, la théorie de la meilleure position de l'État défendeur n'est plus. Le principe de subsidiarité se renverse ainsi en faveur de la Cour qui, si elle aide l'État, est donc mieux placée que ce dernier. L'État ne dispose ainsi aucune réelle marge d'appréciation dans l'exécution de la décision de la Cour car la Cour est mieux placée que lui pour choisir la mesure à prendre et elle bénéficie également, dans cette lignée, de la priorité d'action en ce que son indication vient au stade de l'arrêt et donc est, logiquement, prioritaire à la phase d'exécution.

454. Une nécessaire requalification de la notion de marge d'appréciation en marge de manœuvre a donc été faite, que l'on parle de procédure « normale », de procédure « pilote », ou de la zone grise entre les deux, consistant à indiquer l'application de l'article 46 de la Convention dans le corps de l'arrêt.

Concernant la procédure « normale », citons à cet égard, l'exemple de l'arrêt *Ringeisen* précité la Cour parle de « sagesse des autorités autrichiennes [sur] l'exécution pratique des mesures ordonnées par la Cour »¹⁵²⁷.

Concernant la procédure pilote, citons ensuite l'arrêt *Hutten-Czapska* où la Cour indique des mesures à prendre dans le dispositif de l'arrêt, enlevant la priorité de choix de l'État¹⁵²⁸.

Enfin, concernant la zone grise entre les deux procédures, citons l'arrêt *Assanidzé* où le juge européen parle de « pouvoir d'appréciation quant aux modalités d'exécution d'un arrêt »¹⁵²⁹.

¹⁵²⁷ v. le Par. 381 de la présente étude ; v. C.E.D.H., *Ringeisen c. Autriche (interprétation)*, 23 juin 1973, n° 2614/65, §15.

¹⁵²⁸ v. le Par. 438 de la présente étude ; v. C.E.D.H., *Hutten-Czapska c. Pologne*, 19 juin 2006, n° 35014/97, §239.

¹⁵²⁹ v. les Pars. 412-414 de la présente étude ; v. C.E.D.H., *Assanidzé c. Géorgie*, 08 avril 2004, n° 71503/01, §202.

CONCLUSION GENERALE

455. La principale préoccupation de cette étude consistait à jumeler « bonne exécution de l'arrêt de la Cour » et « respect de la marge d'appréciation de l'État dans l'exécution » de celui-ci. Il est vrai qu'à la première lecture d'une décision de la Cour, il peut sembler illogique qu'un constat de violation contenu dans un arrêt soit essentiellement déclaratoire¹⁵³⁰, dès lors que par l'article 46 de la Convention, les États se sont engagés à se conformer à ces arrêts dans les litiges auxquels ils sont Parties¹⁵³¹.

Alors que nous avons indiqué dans l'introduction que c'est bien la notion de marge d'appréciation étatique qui servait de « pont » entre les deux idées, à ce stade, force est d'aller plus loin désormais pour conclure que c'est, en réalité, la requalification de la notion de marge d'appréciation étatique dans la jurisprudence de la Cour, en « marge de manœuvre », qui assure ce jumelage.

En effet, d'une part, il convient d'observer que dans la mesure où la largesse de la marge d'appréciation constitue le principe, le fait qu'un arrêt de la Cour ne dise aucun mot sur l'existence ou l'absence de la marge, ne change pas le fait que cette marge d'appréciation sera large.

D'autre part, force est de souligner l'ironie qui découle du fait que c'est justement lorsque la Cour prendra soin de mentionner la marge d'appréciation de l'État – et même la largesse de cette marge – que celle-ci va rétrécir. Il en est ainsi parce que la Haute juridiction, le plus souvent, va s'employer à réitérer le principe, pour signifier, en réalité, l'existence d'une exception, et ce, par une indication des mesures à adopter pour assurer la réalisation de la *restitutio in integrum*.

Dans ce schéma, l'exception qui sera dégagée n'a pas seulement pour but de rétrécir la marge d'appréciation de l'État, plus largement, elle consiste à la supprimer entièrement. C'est là qu'intervient l'exercice de requalification de la notion. En effet, par cette requalification, il faut entendre, rappelons-nous, que la « liberté » à laquelle la Cour fait

¹⁵³⁰ C.E.D.H., *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, n° 6833/74, §58 ; C.E.D.H., *Lyons et autres c. Royaume-Uni*, décision, 08 juillet 2003, n° 15227/03 ; C.E.D.H., *Krémář et autres c. République tchèque*, décision, 30 mars 2004, n° 69190/01.

¹⁵³¹ *v. mutatis mutandis* C.E.D.H., *Papamichalopoulos et autres c. Grèce (satisfaction équitable)*, 31 octobre 1995, n° 14556/89, §34.

référence dans ses arrêts – quand elle y fait référence – est une liberté relative aux « modalités d'exécution d'un arrêt »¹⁵³². La référence aux « modalités » fait nécessairement appel à la « manière » et donc, plus généralement, à la « marge de manœuvre ».

Il n'y aurait donc pas, dans ces cas, de marge d'appréciation de l'État dans l'exécution de la décision de la Cour : pas de « priorité d'appréciation » de la meilleure mesure à prendre ; pas non plus de « meilleure position » dans l'appréciation de telle mesure puisque le fait qu'il y ait eu une violation aussi « grave » qui pousse à une indication, signifie que l'État n'est plus le mieux placé pour choisir la réparation idéale.

456. À ce titre, il ressort de notre analyse de la jurisprudence de la Cour que deux méthodes sont à privilégier et à perfectionner pour mêler « bonne exécution des arrêts de la Cour » et « respect de la marge de manœuvre » ou « respect de la marge d'appréciation quant aux modalités d'exécution » de l'arrêt.

457. La première méthode réside dans le constat de violation combiné à une indication de mesures dans l'arrêt. Elle consiste à guider l'État vers la réalisation d'une réparation en nature permise par le droit interne de l'État, en n'octroyant au requérant, aucune somme au titre de la satisfaction équitable. Elle est permise par l'application combinée des articles 1^{er}, 41 et 46 de la Convention : l'article 1^{er} pour la mise en œuvre des garanties de la Convention par le droit interne ; l'article 41 qui donne la discrétion nécessaire à la Cour de ne pas allouer de réparation pécuniaire grâce à l'expression « s'il y a lieu » ; et l'article 46 pour l'obligation pour l'État de se conformer à l'arrêt.

Par exemple, dans l'affaire précitée *B. et L. c. Royaume-Uni*, qui concernait la plainte des deux requérants B., le père de l'ex-mari de la deuxième requérante L., relative à leur impossibilité de se marier, la Cour a conclu à la violation de l'article 12 de la Convention¹⁵³³. Elle a utilisé la première technique en concluant que le constat de violation était suffisant au titre de la satisfaction équitable¹⁵³⁴, tout en précisant qu'il appartenait au Royaume-Uni, dans un délai raisonnable, d'adopter les mesures qu'il considère comme

¹⁵³² *Idem.* ; C.E.D.H., *Assanidzé c. Géorgie*, 08 avril 2004, n° 71503/01, §202.

¹⁵³³ C.E.D.H., *B. et L. c. Royaume-Uni*, 13 septembre 2005, n° 36536/02 ; v. aussi les Pars. 399 et 400 de la présente étude.

¹⁵³⁴ *Ibid.*, §47 ; v. aussi C.E.D.H., *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, n° 28957/95, §120.

étant appropriées afin de remplir ses obligations pour assurer le droit au mariage des requérants, conformément à son arrêt¹⁵³⁵.

Non seulement l'arrêt a été exécuté, comme le constate la résolution du Comité des Ministres¹⁵³⁶ ; mais en sus, il a eu un écho positif au-delà de la situation personnelle des requérants. À cet égard, par un arrêt rendu le 4 décembre 2013, la première chambre civile de la cour de cassation française a décidé que le prononcé de la nullité d'un mariage n'était pas conforme au droit à la vie privée et familiale des requérants, faisait prévaloir l'interprétation de la Convention à l'article 161 du Code Civil¹⁵³⁷. Dans ce cas, l'article 12 de la Convention qui permet des limitations par le droit interne de l'État, demeure applicable, mais la possibilité étatique de légiférer sur ce point ne doit pas aller à l'encontre de l'article 8 de la Convention.

458. Cette dernière constatation à elle seule permet d'introduire la deuxième méthode utilisée par la Cour en cas de référence à la marge d'appréciation « quant aux modalités » dans l'arrêt. Il s'agit de la méthode de l'identification du problème dans l'arrêt, accompagnée d'une indication expresse de la Cour. C'est, en définitive, la procédure de l'arrêt pilote.

459. Reprenant l'exemple cité, il nous faut souligner le rôle positif de l'identification du problème structurel.

Lorsque la Cour prend le soin de dire que c'est l'application d'un droit et non le droit lui-même qui a été en violation de la Convention, l'État est amené à interpréter cela de telle sorte que l'adoption d'une réforme législative n'était pas nécessaire ; seul un ajustement de la pratique interne dans l'application de la loi l'est.

Pour effacer toute confusion, la procédure pilote fait que pareille identification est nécessairement accompagnée d'une indication expresse de mesure dans le dispositif de l'arrêt. L'indication est donc obligatoire et a pour effet de substituer l'appréciation par l'État de toute mesure appropriée aux fins de réparation. Il reste à celui-ci, l'appréciation des « modalités » d'exécution de la mesure indiquée par la Cour, modalités qui seront

¹⁵³⁵ *Idem.*

¹⁵³⁶ Résolution CM/ResDH(2010)187, Exécution de l'arrêt de la Cour européenne des Droits de l'Homme B. et L. contre Royaume-Uni, requête n° 36536/02, 13 septembre 2005, définitif le 12 décembre 2005 et Annexe à la Résolution CM/ResDH(2010)187, Informations sur les mesures prises afin de se conformer à l'arrêt dans l'affaire B. et L. contre Royaume-Uni : les requérants ont pu se marier.

¹⁵³⁷ Cass. Civ. 1, 04 décembre 2013, n° 12-26.066.

examinées par le Comité des Ministres dans son rôle de surveillance de l'exécution de l'arrêt définitif.

En somme, plus le dispositif de l'arrêt est précis, plus la liberté de l'État dans le choix des moyens se réduit¹⁵³⁸, et plus l'arrêt devient « exécutable ».

460. Revenant à la notion de la marge d'appréciation avant la requalification, deux méthodes essentielles peuvent également être utilisées par la Cour pour assurer une meilleure exécution de l'arrêt sans référence à la marge d'appréciation étatique et *in fine*, accompagnée d'une marge d'appréciation large de principe.

461. À cet égard, la première méthode « *soft* » s'apparente à la précédente méthode de l'arrêt pilote mais ne va pas aussi loin. Il s'agit de la méthode de l'identification du problème combinée avec une motivation détaillée du raisonnement de la Cour et donc sans indication particulière, ni dans les motifs, ni dans le dispositif de l'arrêt.

462. S'agissant de l'identification du problème, au demeurant, une réforme législative n'est pas automatiquement la mesure de réparation à prendre lorsque la Cour constate une violation de la Convention issue du droit interne. Il faudra, en effet, distinguer entre deux situations : si le problème réside dans la conventionnalité de la loi *in abstracto*, ou plutôt dans son application *in concreto*. À cet égard, il arrive que l'application d'une disposition législative soit écartée de manière expresse dans une espèce donnée sans pour autant qu'il faille y voir l'affirmation d'une incompatibilité radicale entre la loi et la Convention¹⁵³⁹. Il se peut donc que la législation interne soit conforme à la Convention mais qu'une mauvaise application de celle-ci ou d'une disposition de celle-ci ait eu lieu à un moment donné : c'est ce qu'on entend par « incident isolé ». Dans ce cas, la Cour devra prendre soin d'identifier cela afin que l'État sache réellement apprécier la mesure de réparation à prendre. De manière générale, l'État choisit de distribuer une circulaire dans le service concerné pour guider les autorités à mieux appliquer son droit interne conformément à la Convention. Tout le moins, il peut également choisir de partager et publier l'arrêt afin que les concernés puissent savoir que telle application de la loi n'a pas été conforme à celle-ci.

¹⁵³⁸ MANSOUR (A.B.), *La mise en œuvre des arrêts et sentences des juridictions internationales ... op. cit.* 371.

¹⁵³⁹ DE BOULOIS (X.), « Le juge, la loi et la Convention européenne des droits de l'homme », *R.D.L.F.*, chron. n° 08, 2015.

L'identification dispose donc de réelles vertus économiques : pour la marge d'appréciation étatique car la Cour n'a pas à la limiter expressément ; et pour l'État qui ne se voit pas confronter à l'obligation de réformer son système interne faute d'explication probante par la Cour. Puis, en réalité, elle aide l'État car une application non conforme à la Convention d'une législation conforme à la Convention, ne peut être qu'une application contraire à la loi elle-même. À cet effet, l'inobservation du droit interne entraîne un manquement à la Convention et la Cour peut et doit vérifier si ce droit a été respecté¹⁵⁴⁰.

463. Ensuite, s'agissant de la motivation, force est de rappeler qu'elle constitue un appui essentiel à l'identification, qui doit être si transparente que l'appréciation par l'État de la mesure évitera de se fonder au maximum sur des confusions et des spéculations. En effet, elle fournit des indices considérables sur « l'exécutabilité » de l'arrêt.

Sur ce point, il faut regretter le fait que la Cour elle-même soit source de confusion au titre de l'« exécutabilité » d'un arrêt. Par exemple, dans l'affaire *Xenides-Arestis*¹⁵⁴¹, la Cour a rédigé ses conclusions de telle manière que deux interprétations diamétralement opposées de celles-ci étaient possibles. Ainsi, elle s'était inspirée de la méthode du calcul arrêté par la commission des propriétés du Nord de Chypre pour déterminer la satisfaction équitable. Le montant couvrait non seulement la part de l'usage du bien de la requérante ; mais également la valeur du bien lui-même. D'une part, cette rédaction laissait entendre que le montant accordé au titre de la satisfaction équitable couvrait la perte du bien et son usage. D'autre part, l'on pouvait considérer, malgré cela, que la requérante restait légitimement propriétaire de son bien étant donné que dans ses motifs, la Cour n'a, à aucun moment, supposé le contraire ; de surcroît, elle n'avait jamais avalisé une expropriation dans ce type d'arrêt. Le secrétariat de la Cour a, au cours de nombreuses réunions, été interpellé par les délégations pour donner l'interprétation authentique de l'arrêt, mais s'y est toujours refusé, cela relevant exclusivement de l'autorité juridictionnelle¹⁵⁴². Dans ce contexte, la seule solution est d'attendre que d'autres affaires semblables soient portées devant la Cour. Comme le relève la direction générale des droits de l'homme et de l'état de droit du Conseil de l'Europe, « la Cour devrait avoir pour souci constant de s'interroger sur

¹⁵⁴⁰ C.E.D.H., *Scott c. Espagne*, 18 décembre 1996, n° 21335/93, §57 ; C.E.D.H., *Benham c. Royaume-Uni*, 10 juin 1996, n° 19380/92, §41.

¹⁵⁴¹ C.E.D.H., *Xenides-Arestis c. Turquie*, 22 décembre 2005, n°46347/99.

¹⁵⁴² BOILLAT (P.), « L'exécution des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme », in *Les mutations de l'activité du comité des Ministres, La surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme par cet organe du Conseil de l'Europe : actes du séminaire de l'Institut international des droits de l'homme René Cassin*, Nemesis, Bruxelles, 2012, p. 6.

l' 'exécutabilité' de ses arrêts »¹⁵⁴³.

En définitive, la combinaison de ces deux étapes aura pour but de faciliter la meilleure exécution de l'arrêt : l'identification du problème restreindra la gamme de choix de mesures aux fins d'appréciation ; tandis que la motivation restreindra la gamme de choix de modalité aux fins de mise en œuvre – ou de manœuvre. La requalification de la notion demeure donc incontestée ici.

464. Puis, la seconde méthode employée par la Cour dans cette ligne d'idées de non référence à la marge étatique concerne la réservation de la question de la satisfaction équitable dans un nouvel arrêt. C'est probablement la méthode la plus productive ; et pourtant, elle est de moins en moins utilisée par la Cour. Celle-ci l'utilise en effet surtout dans le cadre des arrêts pilotes et pas assez souvent dans le cadre des arrêts « réguliers ».

La méthode vient de l'idée que, reconnaître la réalisation de *restitutio in integrum* comme principe et comme hiérarchiquement supérieur à l'indemnisation pécuniaire, constitue la seule réponse à notre questionnement mêlant « conventionnalité » et « respect de la liberté de l'État ». En effet, il s'agit d'une application littérale du principe de subsidiarité qui implique que la répartition d'attributions entre la Cour et les autorités nationales doit respecter une « logique de décentralisation »¹⁵⁴⁴ : la réparation en nature par le droit interne en priorité ; l'intervention du contrôle de la Cour de la conformité de cette réparation, en tant que subsidiaire.

Ainsi, lorsque la *restitutio in integrum* est placée comme une alternative face à l'indemnisation pécuniaire, la marge d'appréciation de l'État s'élargit et la bonne exécution de l'arrêt est moins assurée. De plus, la place alternative de la *restitutio in integrum* ne saurait valablement satisfaire la victime ; ni prévenir les autres violations similaires de la Convention. Ainsi, l'exécution ne saurait donc être pleinement assurée si la *restitutio in integrum* est placée, sur une échelle hiérarchique, après l'indemnisation pécuniaire.

Cela s'explique par deux arguments prouvés dans le corps de l'étude. D'une part, l'effet de la place alternative de la restitution intégrale sur la marge d'appréciation se fonde sur la formulation même de l'article 41 de la Convention. Il ressort de la disposition que si

¹⁵⁴³ *Ibid.*, p. 7.

¹⁵⁴⁴ CALLEWAERT (J.), « Quel avenir pour la marge d'appréciation ? », *op. cit.*, p. 159.

le droit interne ne permet pas d'effacer – ou ne le permet qu'imparfaitement – les conséquences de la violation de la Convention, cette part non restituable sera couverte par un dédommagement de nature pécuniaire. L'indemnisation pécuniaire ne devrait donc qu'être subsidiaire à la réparation en nature rendue possible par le droit interne. Qui plus est, lorsque l'indemnisation pécuniaire est placée en priorité alors que la *restitutio in integrum* – ou une partie de celle-ci – est possible, il sera directement supposé que la part non restituable de la violation de la Convention a été entièrement couverte par la somme allouée ; ce qui permettra à l'État de ne pas actionner d'autres mesures de réparations individuelles et générales dans son droit interne, par une interprétation de bonne foi de l'arrêt de la Cour, alors que cela est nécessaire.

Cela a pour effet d'élargir la marge d'appréciation de l'État dans le choix même des mesures à prendre pour effacer les conséquences de la violation car il lui appartiendra de constater si le dédommagement pécuniaire a couvert toute la part impossible de redressement du *statu quo ante* ; ou seulement une partie de celui-ci.

D'autre part, la pratique de la réservation de la question de la satisfaction équitable dans un autre arrêt prouve que le « rôle indicatif »¹⁵⁴⁵ de la Cour est bel et bien considérable dans la mesure où la réouverture d'une procédure interne a pu intervenir entre le prononcé de l'affaire au principal et l'arrêt sur la satisfaction équitable comme l'illustre l'affaire *Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne*.

465. Il est vrai que le rôle de « subsidiaire » que reprend le Comité des Ministres une fois que l'arrêt devient définitif, est également considérable pour l'exécution des arrêts de la Cour. À cet égard, des progrès dans l'exécution de plusieurs affaires ont été possibles grâce à des activités ciblées comme des tables rondes, expertises juridiques, échanges de vues ou programmes de formation sur la question, par le Comité des Ministres et le Service de l'exécution des arrêts¹⁵⁴⁶. Des questions liées à l'exécution des arrêts ont également été incluses dans les grands programmes de coopération généraux engagés par le Conseil de l'Europe avec plusieurs États¹⁵⁴⁷ grâce aux financements de certains États membres¹⁵⁴⁸ et

¹⁵⁴⁵ LAMBERT ABDELGAWAD (E.), *L'exécution des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 20.

¹⁵⁴⁶ *Mise en œuvre des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, édition du conseil de l'Europe, Strasbourg, décembre 2017, p. 36, §44.

¹⁵⁴⁷ Albanie, Arménie, Azerbaïdjan, Bosnie-Herzégovine, Géorgie, République de Moldova et Ukraine.

¹⁵⁴⁸ Notamment via le Fonds fiduciaire du Conseil de l'Europe pour les droits de l'homme : <http://coe.int/t/dgh/humanrightstrustfund/default_FR.asp> consulté le 14 août 2018.

de l'Union européenne ou d'autres organisations¹⁵⁴⁹. Dans ce contexte, le CDDH a créé un comité d'experts sur le système de la Convention (DH-SYSC), qui examine l'application de la Recommandation CM/Res(2008)2 sur des moyens efficaces à mettre en œuvre au niveau interne pour l'exécution rapide des arrêts de la Cour¹⁵⁵⁰. Le DH-SYSC a élaboré une compilation de bonnes pratiques nationales en matière d'exécution et travaille sur un Guide de bonnes pratiques en ce sens¹⁵⁵¹.

De même, le Comité des Ministres peut actionner un recours en manquement conformément à l'article 46 §4 de la Convention.

Pour aller plus loin, suite à un amendement des règles du Comité des Ministres pour la surveillance de l'exécution des arrêts et des termes des règlements amiables¹⁵⁵², d'autres organisations internationales intergouvernementales œuvrant en matière de droits de l'homme peuvent aussi soumettre des communications sur l'exécution des arrêts¹⁵⁵³.

466. Autant de travail – politique – pourrait être cependant allégé par une stratégie plus accentuée de la Cour sur l'efficacité de ses sentences. C'est la Cour qui encadre la marge d'appréciation de l'État dans l'exécution de sa décision ; et ainsi, c'est l'actionnement des quatre méthodes précitées, qui permettra au mieux la meilleure exécution de l'arrêt selon un processus juridique et non politique. Comme l'explique Mme la Juge Ziemele, « pour ce qui est de la Cour et de sa part dans la responsabilité collective du système de protection des droits de l'homme instauré par la Convention, aucun effort n'a été épargné, la Cour allant même jusqu'à indiquer des solutions possibles au titre de l'article 46 lorsque celui-ci trouve à s'appliquer »¹⁵⁵⁴. Elle ajoute qu'il est arrivé à la Cour « d'impartir aux États défendeurs des délais dans lesquels ils doivent se conformer à ses arrêts, mesure quelque peu désespérée »¹⁵⁵⁵ et qu'il est « extrêmement regrettable que la Cour se trouve placée dans des situations l'obligeant à recourir à des dispositions de ce genre »¹⁵⁵⁶. En définitive, puisqu' « il vaut mieux prévenir que guérir », il vaut mieux

¹⁵⁴⁹ *Mise en œuvre des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, ... op. cit.*, p. 36, §44.

¹⁵⁵⁰ *Ibid.*, p. 36, §45.

¹⁵⁵¹ *Idem.*

¹⁵⁵² Règles du Comité des Ministres pour la surveillance de l'exécution des arrêts et des termes des règlements amiables, <<https://rm.coe.int/16806eebef>> consulté le 12 septembre 2018> consulté le 10 janvier 2019.

¹⁵⁵³ *Ibid.*, Règle 9.3.

¹⁵⁵⁴ Opinion concordante de Mme la Juge Ziemele dans C.E.D.H., *Alisic et autres c. Bosnie-Herzégovine, Croatie, Serbie, Slovénie et l'Ex-République Yougoslave de Macédoine*, 16 juillet 2014, n° 60642/08, pt. 5.

¹⁵⁵⁵ *Idem.*

¹⁵⁵⁶ *Idem.*

assurer son rôle d'intervenant en tant que « subsidie » de manière à jumeler « conventionnalité » et « respect de la marge étatique » au lieu de laisser le travail à un organe politique.

D'ailleurs, selon le Juge Malinverni, l'utilisation du recours en manquement pourrait encore exacerber les choses en ce qu'il retarderait davantage la mise en œuvre d'un arrêt donné, dans la mesure où l'affaire serait renvoyée par le Comité des Ministres à la Cour, ce qui a pour effet de rallonger la procédure¹⁵⁵⁷.

467. Une « meilleure prévention » suppose un arrêt plus clair, plus précis et plus motivé. Par cela, il est important que la Cour reconnaisse la distinction qu'elle-même fait – sans toutefois le préciser, ou sans le savoir – de toutes les notions de « marge d'appréciation » auxquelles elle fait référence.

468. Enfin, malgré tout effort de la Cour et même du Comité des Ministres, c'est bien l'État qui a le dernier mot en matière d'exécution de l'arrêt définitif. Reprenant les mots de Mme la Juge Ziemele, « il est grand temps que les États fassent leurs 'devoirs' en ce qui concerne le respect de la jurisprudence de Strasbourg »¹⁵⁵⁸.

¹⁵⁵⁷ *Mise en œuvre des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, ... op. cit.*, p. 39, §51.

¹⁵⁵⁸ Opinion concordante de Mme la Juge Ziemele dans C.E.D.H., *Alisic et autres c. Bosnie-Herzégovine, Croatie, Serbie, Slovénie et l'Ex-République Yougoslave de Macédoine*, 16 juillet 2014, n° 60642/08, pt. 5.

BIBLIOGRAPHIE

I. Dictionnaires

- **ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GAUDIN (J.), MARGUENAUD (J.-P.), S. RIALS (S.), SUDRE (F.) (dir.)**, *Dictionnaire des droits de l'homme*, P.U.F., Paris, coll. « Quadrige », 2008.
- **CORNU (G.)**, *Vocabulaire juridique*, 12^{ème} éd., P.U.F., Paris, 2018.
- **SALMON (J.)**, *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001.
- *Le Petit Robert, Dictionnaire de la langue française*, Le Robert, Paris, 2009.
- *Le grand Larousse illustré*, Larousse, Paris, 2013.

II. Ouvrages généraux

- **COHEN-JONATHAN (G.)**, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Economica, Paris, 1989.
- **DAILLER (P.), FORTEAU (M.), PELLET (A.)**, *Droit international public*, 8^{ème} éd., L.G.D.J., Paris, 2009.
- **FAVOREU (L.) et al.**, *Droit des libertés fondamentales*, 5^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2009.
- **GOODRICH (L.), HAMRO (E.), SIMONS (A.P.)**, *Charter Of The United Nations, Commentary And Documents*, 3^{ème} éd., Columbia University Press, Londres, 1969.
- **GREER (S.)**, *The European Convention on Human Rights, Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006,
- **HAURIOU (M.)**, *Principes de droit public*, Librairie de la Societe du Recueil Sirey, 2^{ème} éd., 1916.
- **KELSEN (H.)**, *Théorie pure du droit*, Bruylant, Bruxelles, traduite par Ch. Eisenmann, 1999.
- **LEVINET (M.)**, *Droits et libertés fondamentaux*, P.U.F., Paris, coll. « Que sais-je ? », 2010.
- **LEVINET (M.)**, *Théorie générale des droits et Libertés*, 4^{ème} éd., Bruylant, Bruxelles, 2012.

- **LOCHAK (D.)**, *Les droits de l'homme*, 4^{ème} éd., La Decouverte, Paris, 2018.
- **MARGUENAUD (J.-P.)**, *La Cour européenne des droits de l'homme*, 5^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2011,
- **MOURGEON (J.)**, *Les droits de l'homme*, 8^{ème} éd., P.U.F., Paris, 2003.
- **OVEY (C.), WHITE (R. C. A.)**, *Jacobs and White, The European Convention on Human Rights*, 4^{ème} éd., Oxford University Press, Oxford, 2006.
- **DECAUX (E.), IMBERT (P.-H.), PETTITI (L.-E.) (dir.)**, *La Convention européenne des droits de l'Homme, Commentaire article par article*, 2^{ème} éd., Economica, Paris, 1999.
- **ROUVILLOIS (F.)**, *Les déclarations des droits de l'homme*, Flammarion, Paris, 2009.
- **SANTULLI (C.)**, *Introduction au droit international*, Pedone, Paris, 2013.
- **SUDRE (F.)**, *La Convention européenne des droits de l'homme*, 6^{ème} éd., P.U.F., Paris, 2004.
- **SUDRE (F.)**, *La Convention européenne des droits de l'homme – Que sais-je ?*, 10^{ème} éd., P.U.F., Paris, 2015.
- **SUDRE (F.), MILANO (L.), SURREL (H.)**, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 14^{ème} éd., P.U.F., Paris, 2019.
- **SUDRE (F.) (dir.), ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GONZALEZ (G.), GOUTTENOIRE (A.), MARCHADIER (F.), MARGUENAUD (J.-P.), MILANO (L.), SURREL (H.), SZYMCAK (D.)**, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, 8^{ème} éd., P.U.F., Paris, 2017.
- **TIMSIT (G.)**, *Thèmes et systèmes de droit*, P.U.F., Paris, 1986.
- **VELU (J.), ERGEC (R.)**, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1990.

III. Ouvrages spéciaux et ouvrages collectifs

- **AGHA (P.)**, *Human Rights between Law and Politics – The Margin of Appreciation in Post-National Contexts*, Hart, Oxford, 2017.
- **AKANDJI-KOMBE (J.-F.)**, *Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme. Un guide pour la mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme*, Précis sur les droits de l'homme n° 7, édition du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2006.

- **ARAI-TAKASHI (Y.)**, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Oxford, 2002.
- **AZAR (A.)**, *L'exécution des décisions de la Cour internationale de Justice*, Bruylant, Bruxelles, 2003.
- **BRADY (A.)**, *Proportionality and Deference under the UK Human Rights Act: An Institutional Sensitive Approach*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- **BRANT (L.)**, *L'autorité de chose jugée en droit international public*, L.G.D.J., Paris, 2003.
- **CHRISTOFFERSEN (J.)**, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, M. Nijhoff, Leiden, 2009.
- **CARBONNIER (J.)**, *Flexible droit- Pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J., Paris, 2001.
- **CAVARE (L.)**, *Le droit international public positif*, 3^{ème} éd., Pedone, Paris, 1969.
- **COHEN-JONATHAN (G.)**, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Economica, Paris, 1989.
- **COT (J-P.)**, **PELLET (A.)**, *La Charte des Nations Unies, commentaire article par article*, Economica, Paris, 1985.
- **D'ARGENT (P.)**, **BONAFÉ (B.)**, **COMBACAU (J.)**, **VERHOEVEN (J.)**, *Les limites du droit international*, essais en l'honneur de Joe Verhoeven, Bruylant, Bruxelles, 2014.
- **DEBOVE (F.)**, **FALLETTI (F.)**, *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, 2^{ème} éd., P.U.F., Paris, 2006.
- **DECAUX (E.)**, **IMBERT (P.-H.)**, **PETTITI (L.-E.)**, *La Convention européenne des droits de l'Homme, Commentaire article par article*, 2^{ème} éd., Economica, Paris, 1999.
- **DELMAS-MARTY (M.)**, **COSTE (J.-F.)**, *Les droits de l'homme: logiques non standard, Le Genre Humain*, Seuil, Paris, 1998.
- **DIJK (P. V.)** ; **VAN HOOF (G. J. H.)**, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 2^{ème} éd., Kluwer, Boston, 1990.
- **DROOGHENBROECK (S.V.)**, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme – Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruylant, Bruxelles, 2001.

- **DUCOULOMBIER (P.)**, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2011.
- **EISEMANN (P.-M.) (dir.)**, *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national*, Kluwer Law International, La Haye, 1996.
- **EISENMANN (C.)**, *Cours de droit administratif*, L.G.D.J., Paris, t. II, 1983.
- **FLAUSS (J.-F.)**, **LAMBERT ABDELGAWAD (E.)**, *La pratique d'indemnisation par la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, 2011.
- **FOLLESDAL (A.)**, **PETERS (B.)**, **ULFSTEIN (G.)**, *Constituting Europe, The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.
- **GREER (S.)**, *Les exceptions aux articles 8-11 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Dossier sur les Droits de l'Homme n° 15, édition du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1997.
- **GREER (S.)**, *La marge d'appréciation : interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme*, Dossier sur les droits de l'homme n° 17, édition du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2000.
- **GRGIC (A.)**, **MATAGA (Z.)**, **LONGAR (M.)**, **VILFAN (A.)**, *Le droit à la propriété dans la Convention européenne des Droits de l'Homme, Un guide sur la mise en œuvre de la Convention européenne des Droits de l'homme et de ses protocoles*, Précis sur les droits de l'Homme n° 10, édition du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2007.
- **KASTANAS (E.)**, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, 1996.
- **KORFF (D.)**, *Un guide sur la mise en œuvre de l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Précis sur les droits de l'homme n° 8, édition du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2007.
- **LAMBERT-ABDELGAWAD (E.)**, *L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, édition du Conseil de l'Europe, 2^{ème} éd., Strasbourg, 2008.
- **LAZAUD (F.)**, *L'exécution par la France des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Presses Universitaires Aix Marseille, 2006.
- **MACDONALD (R.St.J.)**, **MATSCHER (F.)**, **PETZOLD (H.) (dir.)**, *The*

- European System for the Protection of Human Rights*, M. Nijhoff, Dordrecht, 1993.
- **MANSOUR (A.-B.)**, *La mise en œuvre des arrêts et sentences des juridictions internationales*, Larcier, Bruxelles, 2011.
 - **MARGUENAUD (J.-P.)**, *La Cour européenne des Droits de l'Homme*, 7^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2016.
 - **OST (F.)**, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1989.
 - **PECK (C.), LEE (R.)**, *Increasing The Effectiveness Of The International Court Of Justice*, M. Nijhoff, Boston, 1997.
 - **REIDY (A.)**, *Interdiction de la Torture, Un guide sur la mise en œuvre de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Précis sur les droits de l'homme n° 6, édition du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2003.
 - **REISMAN (C.-M.)**, *Nullity and Revision: The Review and Enforcement of International Judgments and Awards*, Yale University Press, 1971.
 - **REUTER (P.)**, *La responsabilité internationale*, Les Nouvelles Institutes, Paris, 1956.
 - **RIGAUX (F.)**, *La protection de la vie privée et les autres biens de la personnalité*, Bruylant, Bruxelles, 1990.
 - **TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.)**, *Droit civil: Les obligations*, 10^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2009.
 - **SCANDAMIS (N.)**, *Le jugement déclaratoire entre Etats. La séparabilité du contentieux international*, Pedone, Paris, 1975.
 - **SCHWARZENBERGER (G.)**, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Stevens & Sons, Londres, vol. IV, 1986.
 - **VAN DIJK (P.), VAN HOOFF (F.), VAN RIJN (A.), ZWAAK (L.), FLINTERMAN (C.), HERINGA (A.W.)**, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4^{ème} éd., Intersentia, Anvers, 2006.
 - **YOUROW (H. C.)**, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, Kluwer Law International, The Hague, 1996.

IV. Articles et contributions

A. Articles de revues

- **ANDENAS (M.), BJORGE (E.),** « L'application de la Convention européenne des droits de l'homme, quel rôle pour le juge interne ? », *R.I.D. comp.*, vol. 64, 2012.
- **ANZILOTTI (D.),** « La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par des étrangers », *R.G.D.I.P.*, 1906.
- **BARTHE (C.),** « Réflexions sur la satisfaction en droit international », *A.F.D.I.*, vol. 49, 2003.
- **BEERNAERT (M.-A.),** « Le contentieux de la satisfaction équitable devant la Cour européenne des droits de l'homme », *R.T.D.H.*, 1997.
- **BENLOLO-CARABOT (M.),** « L'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'Affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique) du 31 mars 2004 », *A.F.D.I.*, 2004, vol. 5.
- **BENVENISTI (E.),** "Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards", *NYUJ*, vol. 31, 1998-1999.
- **BRADLEY (C.), FLAHERTY (M.),** « Medellin v. Drekte: Federalism And International Law », *Columbia Journal of Transnational Law*, Londres, 2005, vol. 43.
- **BREMS (E.),** "The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights", *ZaöRV*, 1996.
- **BURGOGUE-LARSEN (L.),** « L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *R.T.D.H.*, vol. 19, 2008.
- **CALLEWAERT (J.),** "Is there a margin of appreciation in the application of articles 2, 3 and 4 of the Convention?", *H.R.L.J.*, 1998.
- **COMBACAU (J.),** « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'État », *Pouvoirs*, n° 67, 1993.
- **COSTA (J.-P.),** « Les articles 8 à 11 de la Convention et le contrôle juridictionnel de la Cour européenne des droits de l'homme », *Annales du droit luxembourgeois*, vol. 15, 2005.
- **DELMAS-MARTY (M.), IZORCHE (M.-L.),** « Marge nationale d'appréciation et internalisation du droit – Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *R.I.D. comp.*, vol. 52, n° 4, Octobre-Décembre 2000.

- **DE MEYER (J.)**, « Quelques aspects de l'action de la CEDH », *Études et documents du conseil d'État*, n° 41, 1989.
- **DESPAGNET (M.)**, « Les difficultés internationales provenant de la constitution de certains pays », *R.G.D.I.P.*, 1985, n° 2.
- **DE SUREMAIN (H.)**, « Surpopulation carcérale : les juridictions nationales au pied du mur », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 7 février 2013.
- **DE VISSCHER (Ch.)**, « La chose jugée devant la Cour internationale de La Haye », *R.B.D.I.*, vol. 1, 1965.
- **DROOGHENBROECK (S. V.)**, « Conflits entre droits fondamentaux et marge nationale d'appréciation. Autour de l'arrêt *Chassagnou c. France* du 29 avril 1999 », *J.T.D.E*, 1999.
- **EISSEN (M.-A.)**, « La Cour européenne des droits de l'homme », *R.D.P.*, 1986.
- **ESPOSITO (V.)**, « La liberté des Etats dans le choix des moyens de mise en œuvre des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *R.T.D.H.*, 55/2003.
- **FLAUSS (J.-F.)**, « Banalisation du contentieux indemnitaire devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *R.T.D.H.*, n° 1996/25.
- **FLAUSS (J.-F.)**, « Réquisitoire contre la mercantilisation excessive du contentieux de la réparation devant la Cour européenne des droits de l'homme, A propos de l'arrêt *Beyeler c. Italie* du 28 mai 2002 », *D.*, 2003.
- **GANSHOF VAN DER MEERSCH (W. J.)**, « La Convention européenne des droits de l'homme et les limites que leur assignent l'intérêt général et les droits d'autrui », *Académie royale de Belgique, Bulletin de la Classe des Lettres et des Sciences morales et politiques*, 1985.
- **GANSHOF VAN DER MEERSCH (W. J.)**, "European Court of Human Rights", *Encyclopedia of Public International Law, Max Planck Institute*, Heidelberg, New York, 1985.
- **HART (H. L. A.)**, "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Review*, vol. 71, 1957.
- **HELPER (L. R.)**, "Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights", *Cornell International Law Journal*, vol. 26, 1993.
- **HERRINGA (A. W.)**, "The 'Consensus Principle'. The Role of 'Common Law' in the ECHR Case law", *M.J.*, 1996.

- **HERVIEU (N.)**, « Droit de vote des détenus (Art. 3 du Protocole n° 1) : la diplomatie jurisprudentielle au service de la paix des braves sur le front européen des droits de l’homme », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 23 mai 2012.
- **HERVIEU (N.)**, « Cour européenne des droits de l’homme (bilan annuel) : embellie strasbourgeoise sur le front européen des droits de l’homme », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 30 janvier 2013.
- **HERVIEU (N.)**, « Une Cour Européenne des Droits de l’Homme maîtresse de son destin, Cour Européenne des Droits de l’Homme (bilan et réforme) », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 12 mai 2014.
- **IZORCHE (M.-L.)**, « La marge nationale d’appréciation, enjeu de savoir et de pouvoir, ou jeu de construction? », *Collège de France, Chaire d’études juridiques comparatives et internationalisation du droit*, 13 juin 2005.
- **KISS (A.), VEGLERIS (P.)**, « L’affaire grecque devant le Conseil de l’Europe et de la Commission européenne des droits de l’homme », *A.F.D.I.*, 1971.
- **KOVLER (A.)**, « La Cour européenne des droits de l’homme face à la souveraineté d’État », *L’Europe en formation*, n° 368, 2013/2.
- **LAMBERT-ABDELGAWAD (E.)**, « L’exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme », *R.T.D.H.*, vol. 20, 2009.
- **LAMBERT-ABDELGAWAD (E.)**, “Measuring the Judicial Performance at the European Court of Human Rights”, *International Journal for Court Administration*, 2017.
- **LAMBERT-ABDELGAWAD (E.)**, « L’exécution des arrêts pilote de la Cour européenne des droits de l’homme relatifs aux prisons : un fardeau trop lourd à porter pour le système de la CEDH ? », *Revue des Droits de l’Homme*, 2018.
- **MATRINGE (J.)**, « L’arrêt de la Cour Internationale de Justice dans l’affaire LaGrand (Allemagne c. États-Unis d’Amérique) du 27 juin 2001 », *A.F.D.I.*, vol. 44, 2002.
- **MORRISSON (C.)**, “Margin of Appreciation in European Human Rights Law”, *Revue des Droits de l’Homme*, 1973.
- **O’DONNELL (T.)**, “The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *H.R.Q.*, 1982.

- **OLINGA (A.-D.), PICHERAL (C.)**, « La théorie de la marge d’appréciation dans la jurisprudence récente de la CEDH », *R.T.D.H.*, 1995.
- **PICCIOTTO (S.)**, « Private Rights v. Public Standards in the WTO », *Review of International Political Economy*, 2003.
- **ROSENNE (S.)**, « L’exécution et la mise en vigueur des décisions de la CIJ », *R.G.D.I.P.*, 1953.
- **SANTULLI (C.)**, « Une administration internationale de la justice nationale ? A propos des affaires Breard et Lagrand », *A.F.D.I.*, vol. 45, 1999.
- **SERMET (L.)**, « L’exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme », *Annuaire de droit européen*, vol. III, Bruxelles, 2008.
- **SPIELMANN (D.)**, « En jouant sur les marges, la Cour européenne des droits de l’homme et la théorie de la marge d’appréciation nationale : abandon ou subsidiarité du contrôle européen ? », *J.T. Luxembourg*, 20 août 2010.
- **SPIELMANN (D.)**, “Allowing the Right Margin: the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?”, Paper presented at the Centre for European Legal Studies, University of Cambridge, 2012.
- **SUDRE (F.)**, « Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l’homme », *R.T.D.H.*, 1995.
- **SUDRE (F.)**, « L’effectivité des arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme », *R.T.D.H.*, 2008.
- **TANZIA (A.)**, “Problems of Enforcement of Decisions of the International Court of Justice and the Law of the United Nations”, *E.J.I.L.*, 1995.
- **TAVERNIER (P.)**, « La France et la Cour Européenne des Droits de l’Homme - La jurisprudence de 1994 à 1996 », *Cahiers du CREDHO*, n°3, 1997.
- **THOUVENOT (M.)**, « La marge d’appréciation nationale, le faux-fuyant de la CEDH face aux décisions économiques d’envergure », *Journal d’Actualité des Droits Européens*, 5 octobre 2017.
- **TULKENS (F.), DONNAY (L.)**, « L’usage de la marge d’appréciation par la Cour européenne des droits de l’homme - Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ? », *R.S.C.*, 2006.

- **VERHOEVEN (J.)**, « A propos de l'autorité des arrêts de la cour européenne des droits de l'homme et de la responsabilité internationale liée à leur observation », *Revue critique de jurisprudence belge*, 1984.
- **WECKEL (P.)**, « Les suites des décisions de la Cour internationale de Justice », *A.F.D.I.*, 1996.

B. Contributions dans des ouvrages collectifs, mélanges et actes de colloques

- **ARAI-TAKAHASHI (Y.)**, “The Margin of Appreciation Doctrine: a Theoretical Analysis of Strasbourg’s Variable Geometry”, in FOLLESDAL (A.), PETERS (B.), ULFSTEIN (G.), *Constituting Europe, The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.
- **BERNHARDT (R.)**, “The Convention and Domestic Law”, in MACDONALD (R.St.J.), MATSCHER (F.), PETZOLD (H.) (dir.), *The European System for the Protection of Human Rights*, M. Nijhoff, Dordrecht, 1993.
- **BOILLAT (P.)**, « L'exécution des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme », in *Les mutations de l'activité du comité des Ministres, La surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme par cet organe du Conseil de l'Europe : actes du séminaire de l'Institut international des droits de l'homme René Cassin*, Nemesis, Bruxelles, 2012.
- **CABRAL BARRETO (I.)**, « Un bref regard sur le passé et un espoir pour l'avenir. La Commission, l'ancienne Cour et la nouvelle Cour », in SPIELMANN (D.), TSIRLI (M.), PANAYOTIS (V.), *La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant*, Mélanges en l'honneur de Christos L. Rozakis, Bruylant, Bruxelles, 2011.
- **CALLEWAERT (J.)**, « Quel avenir pour la marge d'appréciation ? », in MAHONEY (P.), MATSCHER (F.), PETZOLD (H.), WILDHABER (L.) (dir.), *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne*, Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal, Heymanns, Cologne, 2000.
- **CANNIZZARO (E.)**, « Margin of Appreciation and Reasonableness in the ICJ's Decision in the Whaling case », in D'ARGENT (P.), BONAFÉ (B.), COMBACAU (J.), VERHOEVEN (J.), *Les limites du droit international*, essais en l'honneur de Joe Verhoeven, Bruylant, Bruxelles, 2014.

- **CHIRARDIS (V.)**, “The Limits of Interpretation of the Strasbourg Court and the Principle of Non-Regression”, in SPIELMANN (D.), TSIRLI (M.), PANAYOTIS (V.), *La Convention européenne des droits de l’homme, instrument vivant*, Mélanges en l’honneur de Christos L. Rozakis, Bruylant, Bruxelles, 2011.
- **CONDORELLI (L.)**, « L’autorité des décisions des juridictions internationales permanentes », in *La juridiction internationale permanente*, colloque S.F.D.I., Pedone, Paris, 1987.
- **DE SALVIA (M.)**, « Le principe de l’octroi subsidiaire des dommages-intérêts : d’une morale des droits de l’homme à une morale simplement indemnitaire ? » in FLAUSS (J.-L.), LAMBERT-ABDELGAWAD (E.), *La pratique d’indemnisation par la Cour Européenne des Droits de l’Homme*, Bruylant, Bruxelles, 2011.
- **DOLT (F.)**, « Le comité des Ministres et la *restitutio in integrum* », in *Les mutations de l’activité du comité des Ministres, La surveillance de l’exécution des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l’Homme par cet organe du conseil de l’Europe: actes du séminaire de l’Institut international des droits de l’homme René Cassin*, Nemesis, Bruxelles, 2012.
- **GANSHOF VAN DER MEERSCH (W. J.)**, « 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 MATSCHER (F.), PETZOLD (H.), *Protection des droits de l’homme : la dimension européenne*, Mélanges en l’honneur de G.J. Wiarda, Karl Heymanns Verlag K.G., Berlin, 1988.
- **GARIN (A.)**, « La perte de chance, un préjudice indemnisable : contribution à une problématique de l’indemnisation du dommage par la Cour européenne des droits de l’homme », in FLAUSS (J.-F.), LAMBERT-ABDELGAWAD (E.), *La pratique d’indemnisation par la Cour Européenne des Droits de l’Homme*, Bruylant, Bruxelles, 2011.
- **GUILLAUME (G.)**, « La juridictionnalisation et l’administration de la justice internationale », in *La juridictionnalisation du droit international*, Colloque S.F.D.I., Pedone, Paris, 2003.
- **JOUANNET (E.)**, « La motivation ou le mystère de la boîte noire », in RUIZ FABRI (H.), SOREL (J.-M.), *La motivation des décisions des juridictions internationales, Collection Contentieux International*, Pedone, Paris, 2008.

- **KRUGER (H. C.)**, “Reflections of some aspects of Just Satisfaction under the European Convention of Human Rights”, in *Liber Amicorum Marc André Eissen*, Bruylant, Bruxelles, 1995.
- **LAMBERT (P.)**, « Marge nationale d’appréciation et contrôle de proportionnalité », in SUDRE (F.) (dir.), *L’interprétation de la Convention européenne des droits de l’homme*, Actes du Colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé par l’Institut de droit européen des droits de l’homme, Bruylant, Bruxelles, 1998.
- **LOUP (M.)**, “The content of State Responsibility under the European Convention on Human Rights – Some Reflections on the Court’s Approach to General International Law on State Responsibility”, in BESSON (S.), *International responsibility, essays in law, history and philosophy*, Schulthess, Genève, 2017.
- **MACDONALD (R. St. J.)**, “The Margin of Appreciation in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, in ARANGIO-RUIZ (G.), *Le droit international à l’heure de sa codification – Etudes en l’honneur de Roberto Ago*, Giuffrè, Milan, 1987.
- **MACDONALD (R.St.J.)**, “The Margin of Appreciation”, in MACDONALD (R.St.J.), MATSCHER (F.), PETZOLD (H.) (dir.), *The European System for the Protection of Human Rights*, M. Nijhoff, Dordrecht, 1993.
- **MACDONALD (R.St.J.)**, “Derogations under Article 15 of the ECHR”, in CHARNEY (J. I). ANTON (D. K.) et O’DONNEEL (M. E.) (dir.), *Politics, Values and Functions: International Law in the 21st Century*, Essays in Honor of Prof. L. Henkin, Dordrecht, Kluwer, 1997.
- **MALINVERNI (G.)**, « Les fonctions des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Commission et la Cour européenne des droits de l’homme », *Im Dienst an der Gemeinschaft, Helbing et Lichtenhahn*, 1989.
- **MATSCHER (F.)**, “Methods of Interpretation of the Convention”, in MACDONALD (R.St.J.), MATSCHER (F.), PETZOLD (H.) (dir.), *The European System for the Protection of Human Rights*, M. Nijhoff, Dordrecht, 1993.

- **MATSCHER (F.)**, « Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle, les méthodes d'interprétation de la Convention européenne », in SUDRE (F.) (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du Colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme, Bruylant, Bruxelles, 1998.
- **PETTITI (L.-E.)**, « Réflexions sur les principes et les mécanismes de la Convention, de l'idéal de 1950 à l'humble réalité d'aujourd'hui », in DECAUX (E.), IMBERT (P.-H.), PETTITI (L.-E.), *La Convention européenne des droits de l'Homme, Commentaire article par article*, 2^{ème} éd., Economica, Paris, 1999.
- **RANJEVA (R.)**, « The Post-Adjudicative Phase-Introduction » in PECK (C.), LEE (R.), *Increasing The Effectiveness Of The International Court Of Justice*, M. Nijhoff, Boston, 1997.
- **RESS (G.)**, « Article 54 (actuel article 46 §2) », in DECAUX (E.), IMBERT (P.-H.), PETTITI (L.-E.), *La Convention européenne des droits de l'Homme, Commentaire article par article*, 2^{ème} éd., Economica, Paris, 1999.
- **RIGAUX (F.)**, « Interprétation consensuelle et interprétation évolutive », in SUDRE (F.) (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du Colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme, Bruylant, Bruxelles, 1998.
- **RIGAUX (F.)**, « Logique et droits de l'homme », in MAHONEY (P.), MATSCHER (F.), PETZOLD (H.), WILDHABER (L.) (dir.), *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne*, Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal, Heymanns, Cologne, 2000.
- **SALVIA (M.)**, « Obligation des Etats et pouvoirs du comité des ministres », in *Les mutations de l'activité du comité des Ministres, La surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme par cet organe du conseil de l'Europe: actes du séminaire de l'Institut international des droits de l'homme René Cassin*, Nemesis, Bruxelles, 2012.
- **SHARPE (J.-L.)**, « Ancien article 50 » in DECAUX (E.), IMBERT (P.-H.), PETTITI (L.-E.) (dir.), *La Convention européenne des droits de l'Homme, Commentaire article par article*, 2^{ème} éd., Economica, Paris, 1999.

- **SMET (S.)**, “When human Rights Clash in the Age of Subsidiarity : What Role for the Margin of Appreciation ?”, in AGHA (P.), *Human Rights between law and politics, The margin of appreciation in post-national Contexts*, Modern Studies in European Law, vol. 67, Hart, Oxford, 2017.
- **SPIELMANN (D.)**, « La reconnaissance et l’exécution des décisions judiciaires étrangères et les exigences de la Cour européenne des droits de l’homme. Un essai de synthèse », in AKANDJI-KOMBE (J.-F.) (dir.), *L’homme dans la société internationale*, Mélanges en hommage au Professeur Paul Tavernier, Bruylant, Bruxelles, 2013.
- **SUDRE (F.)**, « Les conflits de droit ? Cadre général d’approche dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme » in POTVIN-SOLIS (L.) (dir.), *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, Dixièmes journées d’études du Pôle européen Jean Monnet, Collection Colloques Jean Monnet, Bruylant, Bruxelles, 2012.
- **SUNDBERG (F.)**, « Le contrôle de l’exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme », in *Libertés, justice, tolérance*, Mélanges en hommage au Doyen Cohen-Jonathan, Bruylant, Bruxelles, 2004.
- **TOUZE (S.)**, « Les limites de l’indemnisation devant la Cour européenne des droits de l’homme : le constat de violation comme satisfaction équitable suffisante » in FLAUSS (J.-F.), LAMBERT-ABDELGAWAD (E.), *La pratique d’indemnisation par la Cour Européenne des Droits de l’Homme*, Bruylant, Bruxelles, 2011.
- **TULKENS (F.)**, « L’ombre de Marckx : pour un débat renouvelé sur les effets dans le temps des arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme », in AKANDJI-KOMBE (J.-F.) (dir.), *L’homme dans la société internationale*, Mélanges en hommage au Professeur Paul Tavernier, Bruylant, Bruxelles, 2013.

V. Thèses

- **AUDOUY (L.)**, *Le principe de subsidiarité au sens de la Convention européenne des droits de l’homme*, thèse de droit public soutenue à l’Université de Montpellier 1, 2015.
- **FORTAS (A.-C.)**, *La surveillance de l’exécution des arrêts et décisions des Cours européenne et interaméricaine des droits de l’Homme*, Paris, Pedone, 2015.

- **MADLAINE (C.)**, *Les obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, thèse de droit public soutenue à l'Université de Montpellier 1, 2012.
- **PALANCO (A.)**, *Le précédent dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, thèse de droit public soutenue à l'Université de Montpellier 1, 2017.
- **RUEDIN (X.-B.)**, *Exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme – Procédure, obligations des États, pratique et réforme*, Bruylant, Bruxelles, 2009.
- **SCHACHMANECHE (A.)**, *La motivation des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, thèse de droit public soutenue à l'Université de Montpellier 1, 2012.

VI. Mélanges

- **AKANDJI-KOMBE (J.-F.) (dir.)**, *L'homme dans la société internationale*, Mélanges en hommage au Professeur Paul Tavernier, Bruylant, Bruxelles, 2013.
- **ARANGIO-RUIZ (G.)**, *Le droit international à l'heure de sa codification – Études en l'honneur de Roberto Ago*, Giuffrè, Milan, 1987.
- **D'ARGENT (P.)**, **BONAFÉ (B.)**, **COMBACAU (J.)**, **VERHOEVEN (J.)**, *Les limites du droit international*, essais en l'honneur de Joe Verhoeven, Bruylant, Bruxelles, 2014.
- **MAHONEY (P.)**, **MATSCHER (F.)**, **PETZOLD (H.)**, **WILDHABER (L.) (dir.)**, *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne*, Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal, Heymanns, Cologne, 2000.
- **MATSCHER (F.)**, **PETZOLD (H.)**, *Protection des droits de l'homme : la dimension européenne*, Mélanges en l'honneur de G.J. Wiarda, Karl Heymanns Verlag K.G., Berlin, 1988.
- **SPIELMANN (D.)**, **TSIRLI (M.)**, **PANAYOTIS (V.)**, *La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant*, Mélanges en l'honneur de Christos L. Rozakis, Bruylant, Bruxelles, 2011.
- *Libertés, justice, tolérance*, Mélanges en hommage au Doyen Cohen-Jonathan, Bruylant, Bruxelles, 2004.

VII. Chroniques

- **ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.)**, « Chronique droits de l'homme. L'élaboration progressive d'un ordre public européen. Réflexions à propos de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme de 1988 à 1995 », *C.D.E.*, n° 5-6, 1997.
- **BURGORGUE-LARSEN (L.)**, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *A.J.D.A.*, chronique bi-annuelle, depuis septembre 2010.
- **DE BOULOIS (X.)**, « Le juge, la loi et la Convention européenne des droits de l'homme », *R.D.L.F.*, chron. n° 08, 2015.
- **FLAUSS (J.-F.)**, « Chronique Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme », *A.J.D.A.*, 2010.

VIII. Cours de l'Académie de droit international de La Haye

- **KAMTO (M.)**, « La volonté de l'Etat en droit international », *R.C.A.D.I.*, 2004.
- **GIARDINA (A.)**, « La mise en œuvre au niveau national des arrêts et des décisions internationaux », *R.C.A.D.I.*, 1979.

IX. Actes de colloques, conférences et séminaires

- *La juridiction internationale permanente*, colloque S.F.D.I., Pedone, Paris, 1987.
- *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes du Colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme, Bruylant, Bruxelles, 1998.
- *Les mutations de l'activité du comité des Ministres, La surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme par cet organe du Conseil de l'Europe : actes du séminaire de l'Institut international des droits de l'homme René Cassin*, Nemesis, Bruxelles, 2012.
- *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, Dixièmes journées d'études du Pôle européen Jean Monnet, Collection Colloques Jean Monnet, Bruylant, Bruxelles, 2012.
- *L'exécution des décisions juridictionnelles internationales*, Conférence organisée à l'Université Panthéon-Assas les 20 et 21 octobre 2016.

INSTRUMENTS CONVENTIONNELS ET DOCUMENTS DU CONSEIL DE L'EUROPE

I. Instruments conventionnels

- Statut de la Cour internationale de Justice annexé à la Charte des Nations-Unies, adopté à San Francisco le 24 octobre 1945.
- Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme, signée le 4 novembre 1950, entrée en vigueur le 03 septembre 1953, *S.T.C.E.* n°005.
- Règlement de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, adopté à Strasbourg le 18 septembre 1959.
- Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, *R.T.N.U.*, vol. 1155, p. 331.
- Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, M. Nijhoff, La Haye, 8 volumes de 1975 à 1985.
- Projet d'articles de la Commission du Droit International sur la responsabilité de l'État, *Annuaire de la Commission du droit international*, vol. II(2), 2001.
- 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.
- Protocole n° 15 portant amendement à la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, adopté le 24 juin 2013 à Strasbourg, *S.T.C.E.* n° 123.
- Protocole n° 16 à la Convention, entré en vigueur le 1^{er} août 2018 à l'égard des Etats l'ayant signé et ratifié, *S.T.C.E.* n° 214.

II. Documents du Conseil de l'Europe

A. Comité Directeur pour les Droits de l'Homme (CDDH) et ses sous-comités

- CDDH, [Rapport sur les mesures prises par les Etats membres pour mettre en œuvre les parties pertinentes des Déclarations d'Interlaken et d'Izmir](#), CDDH(2012)R7, Strasbourg, 30 novembre 2012.

- CDDH, [Rapport sur l'avenir à plus long terme du système de la Convention européenne des droits de l'homme](#), CDDH(2015)R84, Strasbourg, 11 décembre 2015.
- Comité d'experts de la réforme de la Cour (DH-GDR), [Compilation de contributions écrites sur les possibilités dans l'ordre juridique interne pour le réexamen ou la réouverture d'affaires à la suite d'arrêts de la Cour](#), DH-GDR(2015)002Rev, Strasbourg, 31 mars 2016.
- Comité d'experts de la réforme de la Cour (DH-GDR), [Aperçu de l'échange de vues sur les possibilités dans l'ordre juridique interne pour le réexamen ou la réouverture d'affaires à la suite d'arrêts de la Cour](#), DH-GDR(2015)008Rev, Strasbourg, 12 février 2016.
- Comité d'experts sur le système de la Convention européenne des droits de l'homme (DH-SYSC), [Aperçu de l'échange de vues sur la vérification de la compatibilité de la législation avec la Convention \(modalités, avantages, obstacles\)](#), DH-SYSC(2016)013REV, Strasbourg, 05 juillet 2017.
- Comité d'experts sur le système de la Convention européenne des droits de l'homme (DH-SYSC), [\[Projet de\] Structure du futur rapport du CDDH sur la place de la Convention dans l'ordre juridique européen et international](#), DH-SYSC-II(2017)001, Strasbourg, 31 juillet 2017.

B. Assemblée parlementaire

- Résolution 1856 (2012) et Recommandation 1991 (2012) « Garantir l'autorité et l'efficacité de la Convention européenne des droits de l'homme », adoptées le 21 janvier 2012.
- Rapport « Garantir l'autorité et l'efficacité de la Convention européenne des droits de l'homme », présenté par la rapporteure Mme Marie-Louise BEMELMANS-VIDEC, Doc. 12811, 03 janvier 2012.
- Rapport sur la mise en œuvre des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, présenté par le rapporteur M. Pierre-Yves LE BORGNE, Doc. 14340, 12 juin 2017.
- Rapport sur la Déclaration de Copenhague : évaluation et suivi, présenté par la rapporteure Mme Thorhildur Sunna ÆVARSDÓTTIR, Doc. 14539, 24 avril 2018.

C. Comité des Ministres

1. Recommandations

- Le réexamen ou la réouverture de certaines affaires au niveau interne suite à des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, Recommandation n° R (2000)2 adoptée le 19 janvier 2000.
- Recommandation Rec(2004)6 sur l'amélioration des recours internes, adoptée le 12 mai 2004, lors de sa 114^{ème} session.
- Recommandation Rec(2004)5 sur la vérification de la compatibilité des projets de lois, des lois en vigueur et des pratiques administratives avec les standards fixés par la Convention européenne des Droits de l'Homme, adoptée le 12 mai 2004, lors de sa 114^{ème} session.
- Note de suivi sur la mise en œuvre de la Recommandation (2000) sur le réexamen ou la réouverture de certaines affaires au niveau interne suite à des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme, présenté par le Rapporteur M. Adrian SCHEIDEGGER, Document de travail AS/Jur (2007) 35 rev, disponible au <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168066b42b>, consulté le 25 février 2019.
- [Des moyens efficaces à mettre en œuvre au niveau interne pour l'exécution rapide des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme](#), Recommandation CM/Rec(2008)2 adoptée lors de la 1017^{ème} réunion des Délégués des Ministres, 06 février 2008.
- Recommandation Rec(2002)13 sur la publication et la diffusion dans les Etats membres du texte de la Convention européenne des Droits de l'Homme et de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme.

2. Résolutions et annexes aux résolutions

- Résolution DH(83)13 relative à l'affaire *Dudgeon c. Royaume-Uni* (n° 7525/76), adoptée par le Comité des Ministres le 27 octobre 1983, lors de la 363^{ème} réunion des Délégués des Ministres.

Annexe à la Résolution DH(83)13 sur les informations fournies par le Gouvernement du Royaume-Uni.

- Résolution finale ResDH (2001)4 relative à l'affaire *Hakkar c. France* (n° 19033/91), adoptée par le Comité des Ministres le 14 février 2001, lors de la 741^{ème} réunion des Délégués des Ministres.
- Résolution Res(2002)58 sur la publication et la diffusion de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme, adoptée par le Comité des Ministres le 18 décembre 2002, lors de la 822^{ème} réunion des Délégués des Ministres.
- Résolution Res(2004)3 sur les arrêts qui révèlent un problème structurel sous-jacent, adoptée par le Comité des Ministres le 12 mai 2004, lors de sa 114^{ème} session.
- Résolution CM/ResDH(2007)37 relative à l'affaire *Annoni di Gussola c. France* (n° 31819/96), adoptée par le Comité des Ministres le 03 avril 2007, lors de la 992^{ème} réunion des Délégués des Ministres.

Annexe à la Résolution CM/ResDH(2007)37, Informations sur les mesures prises afin de se conformer à l'arrêt.

- Résolution intérimaire CM/ResDH(2007)107 relative à l'affaire *Velikova c. Bulgarie* (n° 41488/98), adoptée par le Comité des Ministres le 17 octobre 2007, lors de la 1007^{ème} réunion des Délégués des Ministres.

Annexe II à la Résolution Intérimaire CM/ResDH(2007)107, Informations fournies au Comité des Ministres par le Gouvernement de la Bulgarie concernant les mesures individuelles et générales prises à ce jour ou envisagées afin de se conformer aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme.

- Résolution finale CM/ResDH (2008)30 relative à l'affaire *Lyashko c. Ukraine* (n° 21040/02), adoptée par le Comité des Ministres le 06 mars 2008, lors de la 1020^{ème} réunion des Délégués des Ministres.
- Résolution intérimaire CM/ResDH(2009)160 relative à l'affaire *Hirst c. Royaume-Uni (n°2)* (n° 74025/01), adoptée par le Comité des Ministres le 03 décembre 2009, lors de la 1072^{ème} réunion des Délégués des Ministres.
- Résolution CM/ResDH(2010)187 relative à l'affaire *B. et L. c. Royaume-Uni* (n° 36536/02), adoptée par le Comité des Ministres le 02 décembre 2010, lors de la 1100^{ème} réunion des Délégués des Ministres.

Annexe à la Résolution CM/ResDH(2010)187, Informations sur les mesures prises afin de se conformer à l'arrêt.

- Résolution CM/ResDH(2011)173 relative à l'affaire *Grant c. Royaume-Uni* (n° 32570/03), adoptée par le Comité des Ministres le 14 septembre 2011, lors de la 1120^{ème} réunion des Délégués des Ministres.

Annexe à la Résolution CM/ResDH(2011)173, Informations sur les mesures prises afin de se conformer à l'arrêt.

- Résolution CM/ResDH(2011)112 relative à l'affaire *Van Kück c. Allemagne* (n° 35968/97), adoptée par le Comité des Ministres le 14 septembre 2011, lors de la 1120^{ème} réunion des Délégués des Ministres.

Annexe à la Résolution CM/ResDH(2011)112, Informations sur les mesures prises afin de se conformer à l'arrêt.

- Résolution CM/ResDH(2012)139 relative à l'affaire *Emre c. Suisse (n° 2)* (n° 5056/10), adoptée par le Comité des Ministres le 26 septembre 2012, lors de la 1150^{ème} réunion des Délégués des Ministres.

Annexe à la Résolution CM/ResDH(2012)139 du Comité des Ministres, Rapport d'action couvrant l'exécution de l'arrêt du 22 mai 2008 (*Emre c. Suisse*, n° 42034/04) et du 11 octobre 2011 (*Emre c. Suisse (n° 2)*, n° 5056/10).

- Résolution CM/ResDH(2013)151 relative à l'affaire *Dodov c. Bulgarie* (n° 59548/00), adoptée par le Comité des Ministres le 11 septembre 2013, lors de la 1177^{ème} réunion des Délégués des Ministres.
- Résolution intérimaire CM/ResDH(2015)43 relative à l'affaire *Ilgar Mammadov c. Azerbaïdjan* (n° 15172/13), adoptée par le Comité des Ministres le 12 mars 2015, lors de la 1222^{ème} réunion des Délégués des Ministres.
- Résolution intérimaire CM/ResDH(2015)157 relative à l'affaire *Catan et autres c. Moldavie et Russie* (n° 43370/04), adoptée par le Comité des Ministres le 24 septembre 2015, lors de la 1236^{ème} réunion des Délégués des Ministres.
- Résolution intérimaire CM/ResDH(2015)156 relative à l'affaire *Ilgar Mammadov c. Azerbaïdjan* (n° 15172/13), adoptée par le Comité des Ministres le 24 septembre 2015, lors de la 1236^{ème} réunion des Délégués des Ministres.
- Résolution intérimaire CM/ResDH(2015)251 relative à l'affaire *Hirst c. Royaume-Uni (n°2)* (n° 74025/01), adoptée par le Comité des Ministres le 09 décembre 2015, lors de la 1243^{ème} réunion des Délégués des Ministres.

- Résolution intérimaire CM/ResDH(2016)144 relative à l'affaire *Ilgar Mammadov c. Azerbaïdjan* (n° 15172/13), adoptée par le Comité des Ministres le 8 juin 2016, lors de la 1259^{ème} réunion des Délégués des Ministres.
- Résolution CM/ResDH(2016)196 relative à l'affaire *Brincat et autres c. Malte* (n° 60908/11), adoptée par le Comité des Ministres le 06 septembre 2016, lors de la 1263^{ème} réunion des Délégués des Ministres.
Bilan d'action de Malte, 1265^{ème} Réunion du 20-22 septembre 2016, DH-DD(2016)765.
- Résolution CM/ResDH(2017)182 relative à l'affaire *Oliari et autres c. Italie* (n° 18766/11), adoptée par le Comité des Ministres le 07 juin 2017, lors de la 1288^{ème} réunion des Délégués des Ministres.
Communication de l'Italie concernant l'affaire *Oliari* (n° 18766/11), bilan d'action du 16 janvier 2017 examiné à la 1280^{ème} réunion des Délégués des Ministres, document DH-DD(2017)67.
- Résolution CM/ResDH(2017)286 relative à l'affaire *Menesson c. France* (n° 65192/11), adoptée par le Comité des Ministres le 21 septembre 2017, lors de la 1294^{ème} réunion des Délégués des Ministres.
Communication de la France concernant les affaires *Laborie, Mennesson et Labassée c. France*, n° 44024/13, 65192/11 et 65941/11, bilan d'action du 18 juillet 2017, document DH-DD(2017)462.
- Résolution intérimaire CM/ResDH(2017)379 relative à l'affaire *Ilgar Mammadov c. Azerbaïdjan* (n° 15172/13), adoptée par le Comité des Ministres le 25 octobre 2017, lors de la 1298^{ème} réunion des Délégués des Ministres.
- Résolution intérimaire CM/ResDH(2017)429 relative à l'affaire *Ilgar Mammadov c. Azerbaïdjan* (n° 15172/13), adoptée par le Comité des Ministres le 5 décembre 2017, lors de la 1302^{ème} réunion des Délégués des Ministres.

3. Documents annexes : guides de bonnes pratiques, analyses, décisions et déclarations

- Garantir l'efficacité à long terme de la Cour européenne des Droits de l'Homme, Déclaration adoptée le 15 mai 2003, lors de sa 112^{ème} session, CM(2003)62.
- Assurer l'efficacité de la mise en œuvre de la Convention européenne des Droits de l'Homme aux niveaux national et européen, Déclaration du Comité des Ministres, adoptée le 12 mai 2004, lors de sa 114^{ème} session.

- [Règles du Comité des Ministres pour la surveillance de l'exécution des arrêts et des termes des règlements amiables](#), adoptées lors de la 964^{ème} réunion des Délégués des Ministres et amendées le 18 janvier 2017, lors de la 1275^{ème} réunion des Délégués des Ministres, 10 mai 2006.
- Mémorandum du Secrétariat, "Monitoring of the Payment of Sums Awarded by way of Just Satisfaction: an Overview of the Committee of Ministers' Present Practice", CM/Inf/DH(2008)7, 15 janvier 2009.
- [Guide de bonnes pratiques sur la mise en œuvre de la Recommandation \(2008\)2 du Comité des Ministres sur des moyens efficaces à mettre en œuvre au niveau interne pour l'exécution rapide des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme](#), CM(2017)92-add3final, 1293^{ème} réunion des Délégués des Ministres, 13 septembre 2017.
- [Analyse sur l'impact de la législation, les politiques et les pratiques nationales en vigueur sur les activités des organisations de la société civile, les défenseurs des droits de l'homme et les institutions nationales pour la promotion et la protection des droits de l'homme](#), CM(2017)92-add5final, 1293^{ème} réunion des Délégués des Ministres, 13 septembre 2017.
- [Analyse de la jurisprudence pertinente de la Cour européenne des droits de l'homme et d'autres instruments du Conseil de l'Europe en vue de fournir des orientations complémentaires sur la manière de concilier la liberté d'expression avec d'autres droits et libertés, notamment dans les sociétés culturellement diverses](#), CM(2017)92-add3final, 1293^{ème} réunion des Délégués des Ministres, 13 septembre 2017.

D. La Cour

- **The Right Honourable the Lord Woolf**, « Étude des méthodes de travail de la Cour Européenne des droits de l'Homme », décembre 2005, <https://www.echr.coe.int/Documents/2005_Lord_Woolf_working_methods_FRA.pdf>, consulté le 02 janvier 2019.
- Dialogue entre juges, « L'exécution et les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : le rôle du judiciaire », Séminaire marquant l'ouverture officielle de l'année judiciaire 2006.

- Dialogue entre juges, « Le rôle du consensus dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme », Séminaire marquant l'ouverture officielle de l'année judiciaire 2008.
- Dialogue entre juges, « Quelles sont les limites à l'interprétation évolutive de la Convention », Séminaire marquant l'ouverture officielle de l'année judiciaire 2011.
- Dialogue entre juges, « Comment assurer une plus grande implication des juridictions nationales dans le système de la Convention », Séminaire marquant l'ouverture officielle de l'année judiciaire 2012.
- Dialogue entre juges, « La mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme en période de crise économique », Séminaire marquant l'ouverture officielle de l'année judiciaire 2013.
- Dialogue entre juges, « La mise en œuvre des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : une responsabilité judiciaire partagée ? », Séminaire marquant l'ouverture officielle de l'année judiciaire 2014.
- « Guide sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, Droit à un procès équitable (volet pénal) », édition du Conseil de l'Europe, 2013, <https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_FRA.pdf>, consulté le 02 janvier 2019.
- Avis de la Cour sur le projet de protocole n° 15 à la Convention européenne des droits de l'homme, 06 février 2013.
- Table-ronde sur « la Réouverture des procédures suite à un arrêt de la Cour européenne des Droits de l'homme », Strasbourg, 5-6 octobre 2015, documents y relatifs disponibles au <<https://www.coe.int/fr/web/execution/reopening-of-proceedings>>, consulté le 25 février 2019.
- Dialogue entre juges, « Subsidiarité : une médaille à deux faces ? », Séminaire marquant l'ouverture officielle de l'année judiciaire 2015.
- [Rapport sur le processus d'Interlaken et la Cour](#), 1^{er} septembre 2016.
- [Observations de la Cour sur le rapport du CDDH sur l'avenir à long terme du système de la Convention](#), février 2016.
- Dialogue entre juges, « L'autorité du pouvoir judiciaire », Séminaire marquant l'ouverture officielle de l'année judiciaire 2018.
- [Note d'information du greffier sur la procédure d'arrêt pilote.](#)

E. Conférences

- Conférence d'Interlaken, 18 et 19 février 2010.
- Conférence d'Izmir, 26 au 27 avril 2011.
- Conférence de Brighton, 18 au 20 avril 2012.
- Conférence de Bruxelles, 26 et 27 mars 2015.
- Conférence de Copenhague, 12 et 13 avril 2018.
- Direction Générale Droits de l'Homme et Etat de droit, [Poursuite de la réforme du système de la Convention européenne des droits de l'homme – Un meilleur équilibre et une protection améliorée](#), Conférence de haut niveau à Copenhague, Danemark, 11-13 avril 2018, organisé par la présidence danoise du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe.

TABLE DE JURISPRUDENCE

I. Cour européenne des droits de l'homme

(Les opinions séparées des Juges sont également référencées)

- *Grèce c. Royaume-Uni*, 12 octobre 1957, n° 299/57.
- *Grèce c. Royaume-Uni*, 26 septembre 1958, n° 176/56.
- *Wemhoff c. Allemagne*, 27 juin 1968, n° 2122/64.
- *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique*, 23 juillet 1968, n° 1474/62.
- *Matznetter c. Autriche*, 10 novembre 1969, n° 2178/64.
- *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique (fond)*, 18 juin 1971, n° 2832/66.
- *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique (satisfaction équitable)*, 10 mars 1972, n° 2832/66, 2835/66, 2899/66.
 - Opinion séparée de M. le Juge Mosler.
 - Opinion séparée de M. le Juge Verdross.
 - Opinion séparée de MM. les Juges Holmback, Ross et Wold.
- *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, n° 4451/70.
- *Syndicat national de la police belge c. Belgique*, 27 octobre 1975, n° 4464/70.
- *Engel et autres c. Pays-Bas*, 08 juin 1976, n° 5100/71.
- *Ringeisen c. Autriche (satisfaction équitable)*, 22 juin 1976, n° 2614/65.
- *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, 7 décembre 1976, n° 5095/71.
- *Handyside c. Royaume-Uni*, 07 décembre 1976, n° 5493/72.
- *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, n° 5310/71.
- *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, n° 5856/72.
- *Klass c. Allemagne*, 06 septembre 1978, n° 5029/71.
- *Sunday Times c. Royaume-Uni (n°1)*, 26 avril 1979, n° 6538/74.
- *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, n° 6833/74.
 - Opinion dissidente de M. le Juge Sir Gerald Fitzmaurice.
- *Airey c. Irlande*, 09 octobre 1979, n° 6289/73.
- *Artico c. Italie*, 13 mai 1980, n° 6694/74.
- *Johnston et autres c. Irlande*, 18 octobre 1980, n° 9697/82.
- *Guzzardi c. Italie*, 06 novembre 1980, n° 7367/76.

- *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, 13 août 1981, n° 7601/76.
- *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, n° 7525/76.
 - Opinion dissidente de M. le Juge Matscher.
- *Winterwerp c. Pays-Bas*, 27 novembre 1981, n° 6301/73.
- *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, 23 septembre 1982, n° 7151/75.
- *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique (satisfaction équitable)*, 18 octobre 1982, n° 6878/75, 7238/75.
- *Dudgeon c. Royaume-Uni (satisfaction équitable)*, 24 février 1983, n° 7525/76.
- *Malone c. Royaume-Uni*, 02 août 1984, n° 8691/79.
- *Piersack c. Belgique (satisfaction équitable)*, 26 octobre 1984, n° 8692/79.
- *Rasmussen c. Danemark*, 28 novembre 1984, n° 8777/79.
- *X et Y c. Pays-Bas*, 26 mars 1985, n° 21830/93.
- *Ashingdane c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, n° 8225/78.
- *Abdulaziz, Cabales et Balkandi c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, n° 9214/80.
- *James et autres c. Royaume-Uni*, 21 février 1986, n° 8793/79.
- *Lithgow et autres c. Royaume-Uni*, 08 juillet 1986, n° 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81, 9405/81.
- *Lingens c. Autriche*, 08 juillet 1986, n° 9815/82.
- *Rees c. Royaume-Uni*, 17 octobre 1986, n° 9532/81.
- *Bozano c. France*, 18 décembre 1986, n° 9990/82.
- *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, 2 mars 1987, n° 9267/81.
- *Leander c. Suède*, 26 mars 1987, n° 9248/81.
- *W. c. Royaume-Uni*, 08 juillet 1987, n° 9749/82.
- *Inze c. Autriche*, 28 octobre 1987, n° 8695/79.
- *F. c. Suisse*, 18 décembre 1987, n° 11329/85.
- *Belilos c. Suisse*, 29 avril 1988, n° 10328/83.
- *Olsson c. Suède (n° 1)*, 24 mars 1988, n° 10465/83.
- *Müller et autres c. Suisse*, 24 mai 1988, n° 10737/84.
- *B. c. Royaume-Uni (satisfaction équitable)*, 09 juin 1988, n° 9840/82.
- *Plattform « Ärzte für das Leben » c. Autriche*, 21 juin 1988, n° 10126/82.
- *Norris c. Irlande*, 26 octobre 1988, n° 10581/83.
- *Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne*, 06 décembre 1988, n° 10590/83.

- Opinion partiellement dissidente commune à MM. les Juges Matscher et Pettiti.
- *Hauschildt c. Danemark*, 24 mai 1989, n° 10486/83.
- *Gaskin c. Royaume-Uni*, 07 juillet 1989, n° 10454/83.
- *Soering c. Royaume-Uni*, 07 juillet 1989, n° 14038/88.
- *Kostovski c. Pays-Bas*, 20 novembre 1989, n° 11454/85.
- *Powell et Rayner c. Royaume-Uni*, 21 février 1990, n° 9310/81.
- *Kostovski c. Pays-Bas (satisfaction équitable)*, 29 mars 1990, n° 11454/85.
- *Autronic AG c. Suisse*, 22 mai 1990, n° 12726/87.
- *Cossey c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1990, n° 10843/84.
 - Opinion dissidente de M. le Juge Martens.
- *Brigandi c. Italie*, 19 février 1991, n° 11460/85.
- *Zanghi c. Italie*, 19 février 1991, fond, n° 11491/85.
- *Oberschlick c. Autriche*, 23 mai 1991, n° 11662/85.
- *Philis c. Grèce (n° 1)*, 27 août 1991, n° 12753/87.
- *Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, 26 novembre 1991, n° 13585/88.
 - Opinion partiellement dissidente de M. le Juge Martens.
- *Vermeire c. Belgique*, 29 novembre 1991, n° 12849/87.
- *Pfeifer et Plankl c. Autriche*, 25 février 1992, n° 10802/84.
- *B. c. France*, 25 mars 1992, n° 13343/87.
- *Tomasi c. France*, 27 août 1992, n° 12850/97.
- *Informationsverein Lentia c. Autriche*, 9 septembre 1992, n° 17207/90.
- *Geouffre de La Pradelle c. France*, 16 décembre 1992, n° 12964/87.
- *Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993, n° 14307/88.
- *Branningan et McBride c. Royaume-Uni*, 26 mai 1993, n° 14553/89 et 14554/89.
- *Saïdi c. France*, 20 septembre 1993, n° 14647/89.
- *Dombo Beheer B.V. c. Pays-Bas*, 27 octobre 1993, n° 14448/88.
- *Otto-Preminger c. Autriche*, 20 septembre 1994, n° 13470/87.
- *Fayed c. Royaume-Uni*, 21 septembre 1994, n° 17101/90.
- *Pelladoah c. Pays-Bas*, 22 septembre 1994, n° 16737/90.
- *Jersild c. Allemagne*, 23 septembre 1994, n° 15890/89.
- *Hokkanen c. Finlande*, 23 septembre 1994, n° 19823/92.

- *Stjerna c. Finlande*, 25 novembre 1994, n° 18131/91.
- *Lopez Ostra c. Espagne*, 09 décembre 1994, n° 16798/90.
- *Schuler-Zgraggen c. Suisse (satisfaction équitable)*, 31 janvier 1995, n°14518/89.
- *Allenet de Ribemont c. France*, 10 février 1995, n° 15175/89.
- *Hakkar c. France*, 27 juin 1995, n° 19033/91.
- *Hentrich c. France*, 3 juillet 1995 (*satisfaction équitable*), n° 13616/88.
 - Opinion dissidente de M. le Juge Martens.
- *Tolstoy Miloslavsky c. Royaume-Uni*, 13 juillet 1995, n° 18139/91.
- *Vogt c. Allemagne*, 26 septembre 1995, n° 17851/91.
- *McCann et autres c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1995, n° 18984/91.
- *Papamichalopoulos c. Grèce (satisfaction équitable)*, 31 octobre 1995, n° 14556/89.
- *Hakkar c. France (déc.)*, 15 décembre 1995, n° 19033/91.
- *Benham c. Royaume-Uni*, 10 juin 1996, n° 19380/92.
- *Amuur c. France*, 27 juin 1996, n° 19776/92.
- *Allenet de Ribemont c. France (interprétation)*, 07 août 1996, n° 15175/89.
 - Opinion dissidente de M. le Juge De Meyer.
- *Gaygusuz c. Autriche*, 16 septembre 1996, n° 17371/90.
- *Buckley c. Royaume-Uni*, 25 septembre 1996, n° 20348/92.
- *Levages Prestations Services c. France*, 23 octobre 1996, n° 21920/93.
- *Cantoni c. France*, 15 novembre 1996, n° 17862/91.
- *Ahmut c. Pays-Bas*, 18 novembre 1996, n° 21702/93.
- *Wingrove c. Royaume-Uni*, 25 novembre 1996, n° 17419/90.
- *Scott c. Espagne*, 18 décembre 1996, n° 21335/93.
- *Aksoy c. Turquie*, 18 décembre 1996, n° 21987/93.
- *Niderost-Hubert c. Suisse*, 18 février 1997, n° 18990/91.
- *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, 19 février 1997, n° 21974/93.
- *Findlay c. Royaume-Uni*, 25 février 1997, n° 22107/93.
- *Hornsby c. Grèce*, 19 mars 1997, n° 18357/91.
- *Van Mechelen et autres c. Pays-Bas*, 23 avril 1997, n° 21306/93, 21364/93, 21427/93 et 22056/93.
- *Giulia Manzoni c. Italie*, 1^{er} juillet 1997, n° 12918/91.

- *Gustafson c. Suède*, 1^{er} juillet 1997, n° 23196/94.
- *Pressos Compania Naviera SA et autres c. Belgique (satisfaction équitable)*, 03 juillet 1997, n° 17849/91.
- *Boujlifa c. France*, 21 octobre 1997, n° 25404/94.
- *Église catholique de La Canée c. Grèce*, 16 décembre 1997, n° 25528/94.
- *Akdivar et autres c. Turquie (satisfaction équitable)*, 1^{er} avril 1998, n° 21893/93.
- *Estima Jorge c. Portugal*, 21 avril 1998, n° 24550/94.
- *Pailot c. France*, 22 avril 1998, n° 32217/96.
- *Selçük et Asker c. Turquie*, 24 avril 1998, n° 23184/94.
- *Leterme c. France*, 29 avril 1998, n° 36317/97.
- *Vasilescu c. Roumanie*, 22 mai 1998, n° 27053/95.
- *Mentes et autres c. Turquie (satisfaction équitable)*, 24 juillet 1998, n° 23186/94.
- *Loizidou c. Turquie (satisfaction équitable)*, 28 juillet 1998, n° 15315/89.
- *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, 30 juillet 1998, n° 22985/93.
 - Opinion dissidente commune à M. Bernhardt, M. Vilhjamsson, M. Spielmann, Mme Palm, M. Wildhaber, M. Makarczyk et M. Voicu, Juges.
 - Opinion dissidente de M. le Juge Van Dijk.
- *Aka c. Turquie*, 23 septembre 1998, n° 196392/92.
- *Çiraklar c. Turquie*, 28 octobre 1998, n° 19601/92.
- *Osman c. Royaume-Uni*, 28 octobre 1998, n° 23452/94.
- *Assenov et autres c. Bulgarie*, 28 Octobre 1998, n° 24760/94.
- *Yasa c. Turquie*, 2 septembre 1998, n° 22495/93.
- *Cable et autres c. Royaume-Uni*, 18 février 1999, n° 24436/94.
 - Opinion en partie dissidente de M. le Juge Zupanžić.
- *Hood c. Royaume-Uni*, 18 février 1999, n° 27267/95.
- *Chassagnou et autres c. France*, 29 avril 1999, n° 25088/94.
- *Aquilina c. Malte*, 29 avril 1999, n° 25642/94.
 - Opinion en partie dissidente de M. le Juge Bonello.
 - Opinion en partie dissidente de Mme la Juge Grève.
- *Oğur c. Turquie*, 20 mai 1999, n° 21594/93.
 - Opinion en partie dissidente de M. le Juge Bonello.
- *Dankevich c. Ukraine (déc.)*, 25 mai 1999, n° 40679/98.
- *Çakıcı c. Turquie*, 08 juillet 1999, n° 23657/94.

- *Tanrikulu c. Turquie*, 08 juillet 1999, n° 23763/94.
- *Selmouni c. France*, 28 juillet 1999, n° 25803/94.
- *Dalban c. Roumanie*, 28 septembre 1999, n° 28114/95.
- *Brumarescu c. Roumanie*, 28 octobre 1999, n° 28342/95.
- *V. c. Royaume-Uni*, 16 décembre 1999, n° 24888/94.
- *Sonnleitner c. Autriche (déc.)*, 6 janvier 2000, n° 34813/97.
- *Caballero c. Royaume-Uni*, 08 février 2000, n° 32819/96.
 - Opinion concordante de Mme la Juge Palm, à laquelle se rallient M. Bonello, Mme Tulkens et Sir Robert Carnwath, Juges.
- *Fuentes Bobo c. Espagne*, 29 février 2000, n° 39293/98.
- *Kiliç c. Turquie*, 28 mars 2000, n° 22492/93.
- *Mahmut Kaya c. Turquie*, 28 mars 2000, n° 22535/93.
- *Labita c. Italie*, 06 avril 2000, n° 26772/95.
- *Comingersoll S.A. c. Portugal*, 06 avril 2000, n° 35382/97.
- *Velikova c. Bulgarie*, 18 mai 2000, n° 41488/98.
- *Magee c. Royaume-Uni*, 06 juin 2000, n° 28135/95.
- *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France*, 27 juin 2000, n° 21417/95.
- *Salman c. Turquie*, 27 juin 2000, n° 21986/93.
- *Ciliz c. Pays-Bas*, 11 juillet 2000, n° 29192/95.
- *Scozzari et Giunta c. Italie*, 13 juillet 2000, n° 39221/98.
- *Lustig, Prean, Beckert c. Royaume-Uni (satisfaction équitable)*, 25 juillet 2000, n° 31417/96 et 32377/96.
- *Iatridis c. Grèce (satisfaction équitable)*, 19 octobre 2000, n° 31107/96 et 31107/96.
- *Annoni di Gussola c. France*, 14 novembre 2000, n° 31819/96.
- *Ex-roi de Grèce et autres c. Grèce*, 23 novembre 2000, n° 25701/94.
- *Gül c. Turquie*, 14 décembre 2000, n° 22676/93.
- *Egmez c. Chypre*, 21 décembre 2000, n° 30873/96.
- *Chapman c. Royaume-Uni*, 18 janvier 2001, n° 27138/95.
- *Kucera c. Autriche (déc.)*, 20 mars 2001, n° 40072/98.
- *Keenan c. Royaume-Uni*, 03 avril 2001, n° 27229/95.
- *Z. et autres c. Royaume-Uni*, 10 mai 2001, n° 29392/95.

- *Avsar c. Turquie*, 10 juillet 2001, n° 25657/94.
- *Feldek c. Slovaquie*, 12 juillet 2001, n° 29032/95.
- *Ilijkov c. Bulgarie*, 15 juillet 2001, n° 33977/96.
- *Denizci et autres c. Chypre*, 23 juillet 2001, n° 25316/94 et autres.
- *Rongoni c. Italie*, 25 octobre 2001, n° 44531/98.
- *Calvelli et Ciglio*, 17 janvier 2002, n° 32967/96.
- *Hertel c. Suisse (déc.)*, 17 janvier 2002, n° 53440/99.
- *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002, n° 2346/02.
- *Beleyer c. Italie (satisfaction équitable)*, 28 mai 2002, n° 33202/96.
- *Kingsley c. Royaume-Uni*, 28 mai 2002, n° 35605/97.
 - Opinion partiellement dissidente de M. le Juge Loucaïdes.
- *Angelova c. Bulgarie*, 13 juin 2002, n° 38361/97.
 - Opinion en partie dissidente de M. le Juge Bonello.
- *I. c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, n° 25680/94.
- *Sovtransavto Holding c. Ukraine*, 25 juillet 2002, n° 48553/99.
- *Mastromatteo c. Italie*, 24 octobre 2002, n° 37703/97.
- *Lavents c. Lettonie*, 28 novembre 2002, n° 58442/00.
- *Odièvre c. France*, 13 février 2003, n° 42326/98.
- *Paul et Audrey Edwards c. Royaume-Uni*, 14 mars 2003, n° 46477/99.
- *Aktas c. Turquie*, 24 mars 2003, n° 24351/94.
- *Mehemi c. France (n° 2)*, 10 avril 2003, n° 53470/99.
- *Van Kück c. Allemagne*, 12 juin 2003, n° 35968/97.
- *Lyons et autres c. Royaume-Uni (déc.)*, 08 juillet 2003, n° 15227/03.
- *Hatton et autres c. Royaume-Uni*, 08 juillet 2003, n° 36022/97.
 - Opinion dissidente commune à M. Costa, M. Ress, M. Türmen, M. Zupancic et Mme Steiner, Juges.
- *Murphy c. Irlande*, 10 juillet 2003, n° 44179/98.
- *Ezeh et Connors c. Royaume-Uni*, 9 octobre 2003, n° 39665/98.
- *Gencel c. Turquie*, 23 octobre 2003, n° 53431/99.
- *Gündüz c. Turquie*, 4 décembre 2003, n° 35071/97.
- *Maestri c. Italie*, 17 février 2004, n° 39748/98.
- *Gorzelik et autres c. Pologne*, 17 février 2004, n° 44158/98.

- *Gorgulu c. Allemagne*, 26 février 2004, n° 74969/01.
- *Assanidzé c. Géorgie*, 08 avril 2004, n° 71503/01.
 - Opinion en partie concordante de M. le Juge Costa.
- *Somogyi c. Italie*, 18 mai 2004, n° 6792/01.
- *Metaxas c. Grèce*, 27 mai 2004, n° 8415/02.
- *Zdanoka c. Lettonie*, 17 juin 2004, n° 58278/00.
- *Chauvy et autres c. France*, 29 juin 2004, n° 64915/01.
- *Ilaşcu et autres c. Moldavie et Russie*, 8 juillet 2004, n° 48787/99.
- *Vo c. France*, 08 juillet 2004, n° 53924/00.
- *Kopecký c. Slovaquie*, 28 septembre 2004, n° 44912/98.
- *Karhuvaara et Iltalehti c. Finlande*, 16 novembre 2004, n° 53678/00.
- *Oneryildiz c. Turquie*, 30 novembre 2004, n° 48939/99.
- *Fenech c. France*, 30 novembre 2004, n° 71445/01.
- *Cumpănă et Mazăre c. Roumanie*, 17 décembre 2004, n° 33348/96.
- *Halis c. Turquie*, 11 janvier 2005, n° 30007/96.
 - Opinion dissidente de M. le Juge Pavloschi.
- *Suku Phull c. France*, 11 janvier 2005, n° 35753/03.
- *Komanický c. Slovaquie (déc.)*, 1er mars 2005, n° 13677/03.
- *Lo Tufo c. Italie*, 21 avril 2005, n° 64663/01.
 - Opinion concordante de M. le Juge Spielmann à laquelle se rallie M. le Juge Loucaides.
- *Öcalan c. Turquie*, 12 mai 2005, n° 46221/99.
 - Opinion partiellement dissidente commune à MM. les juges Wildhaber, Costa, Caflisch, Türmen, Garlicki et Borrego Borrego.
- *Claes et autres c. Belgique*, 02 juin 2005, n° 46825/99.
- *Fuklev c. Ukraine*, 07 juin 2005, n° 71186/01.
- *B. et L. c. Royaume-Uni*, 13 septembre 2005, n° 36536/02.
- *Han c. Turquie*, 13 septembre 2005, n° 50997/99.
- « *Iza* » Ltd et *Makrakhidze c. Géorgie*, 27 septembre 2005, n° 28537/02.
- *Broniowski c. Pologne*, radiation du rôle, 28 septembre 2005, n° 31443/96.
- *Lukenda c. Slovénie*, 06 octobre 2005, n° 23032/02.
- *Hirst c. Royaume-Uni (n°2)*, 06 octobre 2005, n° 74025/01.

- Opinion dissidente commune à MM. les Juges Wildhaber, Costa, Lorenzen, Kovler et Jebens.
- *Pichon et Sajous c. France (déc.)*, 10 octobre 2005, n° 49853/99.
- *Ouranio Toxo c. Grèce*, 20 octobre 2005, n° 74989/01.
 - Opinion en partie dissidente des MM. les Juges Lorenzen et Vajic.
- *Tekin Yildiz c. Turquie*, 10 novembre 2005, n° 22913/04.
- *Gurbuz c. Turquie*, 10 novembre 2005, n° 26050/04.
 - Opinion partiellement dissidente de MM. les Juges Caflisch et Türmen.
- *Leyla Sahin c. Turquie*, 10 novembre 2005, n° 44774/98.
 - Opinion dissidente de Mme la Juge Tulkens.
- *Celik et Yildiz c. Turquie*, 10 novembre 2005, n° 51479/99.
 - Opinion concordante de M. le Juge Türmen.
- *Swierzko c. Pologne*, 10 janvier 2006, n° 9013/02.
 - Opinion de M. le Juge Casadevall.
- *Rasmussen c. Danemark*, 11 janvier 2006, n° 52620/99.
- *Lungoci c. Roumanie*, 26 janvier 2006, n° 62710/00.
- *Duran Sekin c. Turquie*, 02 février 2006, requête n° 41968/98.
- *Ognyanova et Choban c. Bulgarie*, 23 février 2006, n° 46317/99.
- *Sejdovic c. Italie*, 1^{er} mars 2006, n° 56581/00.
- *Musci c. Italie*, 29 mars 2006, n° 64699/01.
- *Coacchiarella c. Italie*, 29 mars 2006, n° 64886/01.
- *Sabri Tas c. Turquie*, 25 avril 2006, n° 27396/06.
- *Grant c. Royaume-Uni*, 23 mai 2006, n° 32570/03.
- *Hutten-Czapska c. Pologne*, 19 juin 2006, n° 35014/97.
 - Opinion dissidente de M. le Juge Zagrebelsky.
- *A.S. c. Pologne*, 20 juin 2006, n° 39510/98.
 - Opinion partiellement dissidente de M. le Juge Cabral Baretto, rejoint par M. le Juge Costa.
- *Popov c. Russie*, 13 juillet 2006, n° 26853/04.
- *Hostein c. France*, 18 juillet 2006, n° 76450/01.
- *Lyashko c. Ukraine*, 10 août 2006, n° 21040/02.
- *Raicu c. Roumanie*, 19 octobre 2006, n° 28104/03.
- *Stenka c. Pologne*, 31 octobre 2006, n° 3675/03.

- Opinion dissidente de M. le Juge Garlicki.
- *Szula c. Royaume-Uni (déc.)*, 04 janvier 2007, n° 18727/06.
- *Zavrel c. République Tchèque*, 18 janvier 2007, n° 14044/05.
- *Evans c. Royaume-Uni*, 10 avril 2007, n° 633905.
- *Svyato-Mykhaylivska Parafiya c. Ukraine*, 14 juin 2007, n° 77703/01.
- *Bukta et autres c. Hongrie*, 17 juillet 2007, n° 25691/04.
- *Angelova et Iliev c. Bulgarie*, 26 juillet 2007, n° 55523/00.
- *De Clerck c. Belgique*, 25 septembre 2007, n° 34316/02.
- *Driza c. Albanie*, 13 novembre 2007, n° 33771/02.
- *Nikolova et Velichkova c. Bulgarie*, 20 décembre 2007, n° 7888/03.
- *Dodov c. Bulgarie*, 17 janvier 2008, n° 59548/00.
- *Riad et Idiab c. Belgique*, 24 janvier 2008, n° 29787/03 et 29810/03.
- *Mansuroglu c. Turquie*, 26 février 2008, n° 43443/98.
- *Wasserman c. Russie (n° 2)*, 10 avril 2008, n° 21071/05.
- *Hutten-Czapska c. Pologne (radiation du rôle)*, 28 avril 2008, n° 35014/97.
- *Emre c. Suisse*, 22 mai 2008, n° 42034.
- *Matache et autres c. Roumanie (satisfaction équitable)*, 17 juin 2008, n° 38113/02.
- *Petrina c. Roumanie*, 14 octobre 2008, n° 78060/01.
- *Nolan et K. c. Russie*, 12 février 2009, n° 2512/04.
- *Hakkar c. France (déc.)*, 07 avril 2009, n° 43580/04.
- *Silih c. Slovénie*, 09 avril 2009, n° 71463/01.
- *Verein Gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse (n° 2)*, 30 juin 2009, n° 32772/02.
- *Zavoloka c. Lettonie*, 07 juillet 2009, n° 58447/00.
- *Miroļubovs et autres c. Lettonie*, 15 septembre 2009, n° 798/05.
- *Varnava et autres c. Turquie*, 18 septembre 2009, n° 16064/90.
- *Lombardi Vallauri c. Italie*, 20 octobre 2009, n° 39128/05.
- *Suljagić c. Bosnie-Herzégovine*, 03 novembre 2009, n° 27912/02.
- *Kolevi c. Bulgarie*, 05 novembre 2009, n° 1108/02.
- *Guiso-Gallisay c. Italie*, 22 décembre 2009, n° 58858/00.
- *Wasilewska et Kalucka c. Pologne*, 23 février 2010, n° 28975/04.
- *Rumpf c. Allemagne*, 02 septembre 2010, n° 46344/06.

- *Obst c. Allemagne*, 23 septembre 2010, n° 425/03.
- *Schüth c. Allemagne*, 23 septembre 2010, n° 1620/03.
- *Seidova et autres c. Bulgarie*, 18 novembre 2010, n° 310/04.
- *Greens et M.T. c. Royaume-Uni*, 23 novembre 2010, n° 60041/08 et 60054/08.
- *Jasinskis c. Lettonie*, 21 décembre 2010, n° 45744/08.
- *Dowsett c. Royaume-Uni (n° 2) (déc.)*, 04 janvier 2011, n° 8559/08.
- *Siebenhaar c. Allemagne*, 03 février 2011, n° 18136/02.
- *Moldovan et autres c. Moldova (déc.)*, 15 février 2011, n° 8229/04.
- *Lautsi c. Italie*, 18 mars 2011, n° 30814/06.
 - Opinion dissidente de M. le Juge Malinverni à laquelle se rallie Mme. la Juge Kalaydjieva.
- *Giuliani et Gaggio c. Italie*, 24 mars 2011, n° 23458/02.
- *Association « 21 décembre 1989 » et autres c. Roumanie*, 24 mai 2011, n° 33810/07.
- *Liou c. Russie (n° 2)*, 26 juillet 2011, n° 29157/09.
- *Palomo Sánchez et autres c. Espagne*, 12 septembre 2011, n° 28955/06.
- *Zafranias c. Grèce*, 04 octobre 2011, n° 4056/08.
- *Organisation macédonienne unie Ilinden – PIRIN et autres c. Bulgarie (n° 2)*, 18 octobre 2011, n° 41561/07 et 20972/08.
- *Ivanțoc et autres c. Moldova et Russie*, 15 novembre 2011, n° 23687/05.
- *Krone Verlag Gmbh et Krone Multimedia Gmbh c. Autriche*, 17 janvier 2012, n° 33497/07.
- *Stanev c. Bulgarie*, 17 janvier 2012, n° 36760/06.
- *Axel Springer AG c. Allemagne*, 07 février 2012, n° 39954/08.
- *Konstantin Markin c. Russie*, 22 mars 2012, n° 30078/06.
- *Lagardière c. France*, 12 avril 2012, n° 18851/07.
- *S.C Granitul SA c. Roumanie*, 24 avril 2012, n° 22022/03.
- *Association Les Témoins de Jehovah c. France*, 05 juillet 2012, n° 8916/05.
- *Catan et autres c. Moldavie et Russie*, 19 octobre 2012, n° 43370/04.
- *Vistins et Perepjolkins c. Lettonie*, 25 octobre 2012, n° 71243/01.
- *Aslakhanova et autres c. Russie*, 18 décembre 2012, n° 2944/06, 8300/07, 50184/07, 332/08 et 4259/10.

- *Mohammed Hussein et autres c. Pays-Bas et Italie (déc.)*, 02 avril 2013, n° 27725/10.
- *Daybegova et Magomedova c. Autriche (déc.)*, 04 juin 2013, n° 6198/12.
- *Halimi c. Autriche et Italie (déc.)*, 18 juin 2013, n° 53852/11.
- *Abubeker c. Autriche et Italie (déc.)*, 18 juin 2013, n° 73874/11.
- *Vinter et autres c. Royaume-Uni*, 09 juillet 2013, n° 66069/09 et autres.
- *Demades c. Turquie*, 31 juillet 2013, n° 16219/90.
- *Miruts Hagos c. Pays-Bas et Italie (déc.)*, 27 août 2013, n° 9053/10.
- *Hussein Diirshi et autres c. Pays-Bas et Italie (déc.)*, 10 septembre 2013, n° 2314/10.
- *Vlad et autres c. Roumanie*, 26 novembre 2013, n° 40756/06, 41508/07 et 50806/07.
- *Gürtekin et autres c. Chypre (déc.)*, 11 mars 2014, n° 60441/13.
- *Harrison et autres c. Royaume-Uni (déc.)*, 25 mars 2014, n° 44301/13, 44379/13, 44384/13.
- *Marro et autres c. Italie (déc.)*, 08 avril 2014, n° 29100/07.
- *Hämäläinen c. Finlande*, 16 avril 2014, n° 37359/09.
- *Svinarenko et Slyadnev c. Russie*, 17 avril 2014, n° 32541/08.
- *Chypre c. Turquie*, 12 mai 2014, n° 25781/94.
- *Ilgar Mammadov c. Azerbaïdjan*, 22 mai 2014, n° 15172/13.
- *Mennesson c. France*, 26 juin 2014, n° 65192/11.
- *SAS c. France*, 1^{er} juillet 2014, n° 43835/11.
- *Alisic et autres c. Bosnie-Herzégovine, Croatie, Serbie, Slovénie et l'Ex-République Yougoslave de Macédoine*, 16 juillet 2014, n° 60642/08.
 - Opinion concordante de Mme la Juge Ziemele.
 - Opinion partiellement dissidente de Mme la Juge Nußberger à laquelle se rallie M. le Juge Popovic.
- *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie*, 17 juillet 2014, n° 4784/08.
 - Opinion concordante de M. le Juge Pinto de Albuquerque.
- *Brincat et autres c. Maltes*, 24 juillet 2014, n° 60908/11, 62110/11, 62312/11 et 62338/11.

- *OAQ Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Fédération de Russie*, 31 juillet 2014, n° 14902/04.
- *Trabelsi c. Belgique*, 04 septembre 2014, n° 140/10.
- *Tarakhel c. Suisse*, 04 novembre 2014, n° 29217/12.
 - Opinion en partie dissidente commune à M. Casadevall, Mme Berro-Lefèvre et Mme Jäderblom, Juges.
- *Bochan c. Ukraine (n°2)*, 05 février 2015, n° 22251/08.
 - Opinion concordante de M. le Juge Wojtyczek.
 - Opinion concordante commune à Mme Yudkivska et M. Lemmens, Juges.
- *Lambert et autres c. France*, 05 juin 2015, n° 46043/14.
- *Jahn et autres c. Allemagne*, 30 juin 2015, n° 46720/99.
- *Oliari et autres c. Italie*, 21 juillet 2015, n° 18766/11 et 36030/11.
- *Unal Akpinar Insaat, Sanayi Turizm, Madelencilik Ve Ticaret S.A. c. Turquie*, 08 septembre 2015, n° 41246/98.
- *Couderc et Hachette Filipacchi associés c. France*, 10 novembre 2015, n° 40454/07.
- *Xanthis Turkish Union et autres c. Grèce (déc.)*, 17 novembre 2015, n° 55557/12, 73646/13.
- *Armani Da Silva c. Royaume-Uni*, 31 mars 2016, n° 5878/08.
- *Jensen c. Danemark*, 13 décembre 2016, n° 8693/11.
- *Sociedad Anonima Dell Ucieza c. Espagne*, 20 décembre 2016, n° 38963/08.
- *Hutchinson c. Royaume-Uni*, 17 janvier 2017, n° 57592/08.
- *Khamtokhu et Akshenchik c. Russie*, 21 janvier 2017, n° 60367/08 et 961/11.
- *Boldea c. Roumanie*, 15 février 2017, n° 19997/02.
- *A.P., Garçon et Nicot c. France*, 06 avril 2017, n° 79885/12.
- *Davydov et autres c. Russie*, 30 mai 2017, n° 75947/11.
- *Stefanetti et autres c. Italie*, 1^{er} juin 2017, n° 21838/10 et autres.
- *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande*, 27 juin 2017, n° 931/12.
- *Moreira Ferreira c. Portugal (n°2)*, 11 juillet 2017, n° 19867/12.
- *Burmych et autres c. Ukraine*, 12 octobre 2017, n° 46852/13 et autres.
- *Fábián c. Hongrie*, 05 septembre 2017, n° 78117/13.
- *Nait-Liman c. Suisse*, 15 mars 2018, n° 51357/07.

- *Calmanovici c. Roumanie*, 1^{er} juillet 2018, n° 42250/02.

II. Cour internationale de Justice et Cour permanente de Justice internationale

- C.P.J.I., *Affaire du vapeur « Wimbledon »*, arrêt du 17 août 1923, série A, n° 1.
- C.P.J.I., *Service postal polonais à Dantzig*, avis consultatif du 16 mai 1925, Série B, n° 11.
- C.P.J.I., *Interprétation de l'article 3 paragraphe 2 du traité de Lausanne*, avis consultatif, 21 novembre 1925, série B, n° 12.
- C.P.J.I., *Affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (fond)*, arrêt du 25 mai 1926, Série A n° 7.
- C.P.J.I., *Affaire du « Lotus »*, arrêt du 7 septembre 1927, Série A, n° 10.
- C.I.J., *Affaire du Détroit de Corfou*, arrêt du 9 avril 1949, C.I.J. Rec. 1949, p. 4.
- C.I.J., *Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile*, arrêt du 20 novembre 1950, C.I.J. Rec. 1950, p. 266.
- C.I.J., *Haya de la Torre*, arrêt du 13 juin 1951, C.I.J. Rec. 1951, p. 71.
- C.I.J., *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis d'Amérique*, arrêt, C.I.J. Rec. 1980, p. 3.
- C.I.J., *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Rec. 1984, p. 392.
- C.I.J., *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Rec. 1986, p. 14.
- C.I.J., *Lagrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Rec. 2001, p. 466.
- C.I.J., *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie/Malaisie)*, requête à fin d'intervention, arrêt, C.I.J. Rec. 2001, p. 575.
- C.I.J., *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, mesures conservatoires, ordonnance du 10 juillet 2002, C.I.J. Rec. 2002, p. 219.
- C.I.J., *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2004, p. 12.

- C.I.J., *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif*, C.I.J. Rec. 2004, p. 136.
- C.I.J., *Demande en interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique) (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Rec. 2009, p. 3.
- C.I.J., *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant))*, arrêt, C.I.J. Rec. 2012, p. 99.

INDEX ALPHABETIQUE

(Les nombres correspondent aux numéros de pages)

A

Arrêt pilote ---- 308, 309, 310, 311, 314, 315, 316, 325, 336, 337, 338, 339, 340, 342, 343,
345, 346, 350, 351, 353, 355, 356, 357, 359, 360, 364, 365

B

Balance des intérêts ----- 55, 86, 120, 125, 128, 129, 130, 131, 135, 139

But légitime --- 4, 39, 44, 47, 49, 50, 52, 54, 55, 66, 83, 86, 87, 96, 133, 136, 141, 212, 289,
297, 317

C

Causalité (lien de) -----42, 191, 192, 240, 241, 243, 244

Comité des Ministres (travaux) 16, 24, 58, 59, 63, 92, 105, 122, 124, 140, 171, 173, 179,
218, 219, 222, 226, 233, 238, 246, 247, 248, 261, 262, 267, 269, 275, 279, 284, 287,
288, 300, 301, 316, 317, 318, 324, 325, 328, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 339,
354, 355, 356, 357, 358, 364, 365, 369, 370

Consensus européen ----- 31, 48, 55, 57, 58, 65, 78, 79, 80, 96, 101, 102, 103, 104, 105,
106, 108, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 141, 220

Constat de violation ---- 10, 14, 20, 23, 25, 69, 73, 88, 91, 101, 115, 157, 167, 176, 177,
179, 183, 189, 202, 203, 204, 206, 209, 210, 211, 212, 214, 217, 218, 219, 233, 235,
245, 246, 251, 258, 259, 262, 264, 271, 272, 273, 274, 278, 287, 289, 291, 292, 293,
298, 299, 319, 323, 327, 333, 338, 353, 362, 363

D

Dispositif (de l'arrêt) ---- 14, 18, 114, 252, 253, 259, 260, 261, 262, 273, 291, 293, 294,
295, 298, 299, 317, 319, 320, 327, 342, 346, 351, 355, 357, 360, 365

Droits dérogeables -----41, 237, 243, 265

Droits indérogeables ----- 34, 38, 235

I

Ingérence --- 4, 30, 39, 43, 44, 45, 46, 47, 50, 51, 52, 54, 55, 56, 57, 62, 64, 65, 66, 67,
73, 75, 83, 85, 86, 91, 95, 96, 97, 98, 99, 116, 117, 129, 130, 131, 133, 134, 135, 137,
138, 141, 145, 192, 289

M

Marge de manœuvre----- 3, 23, 67, 70, 120, 320, 327, 328, 346, 362, 363
Marge d'erreur ----- 25, 29, 53, 70, 103, 247
Marge d'interprétation -----76, 219
Mesure(s) générale(s)-----68, 123, 142, 170, 172, 238, 319, 320, 350
Mesure(s) individuelle(s) ----- 122, 142, 158, 171, 172, 202, 234, 244, 323, 335
Motifs (de l'arrêt) ---- 11, 38, 52, 56, 86, 92, 97, 182, 214, 219, 249, 252, 253, 256, 257,
260, 264, 273, 274, 278, 292, 294, 299, 302, 303, 304, 324, 327, 333, 341, 345, 346,
365, 366
Motivation (obligation de, défaut de) ----- 66, 111, 112, 142, 144, 145, 174, 175, 176,
181, 182, 183, 185, 188, 190, 192, 193, 194, 197, 199, 209, 214, 215, 218, 223, 246,
252, 253, 340, 365, 366, 367

O

Obligation de moyen-----77, 81, 83, 84, 85, 88, 89, 105, 145, 238, 245, 247, 248, 250
Obligation de résultat --- 13, 15, 77, 81, 82, 85, 89, 90, 91, 105, 117, 145, 155, 173,
183, 185, 194, 237, 245, 247, 301, 315
Obligations positives ---- 7, 9, 72, 73, 74, 75, 77, 78, 79, 81, 84, 85, 86, 87, 91, 95, 113,
228, 244, 290

P

Proportionnalité (contrôle de) --- 4, 5, 6, 7, 10, 11, 18, 19, 20, 22, 23, 24, 25, 26, 29,
30, 31, 32, 34, 35, 37, 38, 39, 41, 43, 45, 48, 49, 50, 53, 54, 55, 57, 60, 62, 64, 66, 67,
73, 79, 83, 86, 90, 96, 97, 98, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 111, 112, 113, 117, 121,
122, 123, 124, 125, 127, 128, 129, 130, 131, 134, 135, 137, 138, 139, 142, 143, 144,
145, 147, 174, 175, 178, 194, 196, 198, 199, 219, 220, 229, 286, 322, 326

S

- Satisfaction équitable** ---- 1, 10, 13, 20, 24, 25, 26, 59, 63, 67, 69, 72, 89, 90, 91, 92, 122, 140, 141, 145, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 184, 185, 186, 187, 188, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 209, 210, 211, 212, 214, 215, 217, 219, 220, 236, 237, 238, 240, 241, 242, 243, 244, 249, 250, 251, 259, 260, 261, 268, 269, 271, 272, 273, 274, 277, 279, 280, 286, 287, 289, 291, 292, 293, 299, 300, 301, 302, 303, 305, 317, 336, 350, 353, 359, 362, 363, 366, 367, 368
- Souveraineté**----- 5, 70, 106, 107, 108, 142, 220, 230, 349
- Subsidiarité (principe de)** ----- 6, 7, 8, 9, 11, 17, 19, 43, 69, 77, 106, 149, 150, 151, 152, 153, 155, 159, 161, 162, 164,

INDEX DES PRINCIPALES JURISPRUDENCES CITEES

(Les nombres correspondent aux numéros de pages)

A

<i>Abdulaziz, Cabales et Balkandi c. Royaume-Uni</i>	73, 74, 77, 78, 89, 302
<i>Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique c. Belgique</i>	6, 49, 77, 81, 121, 143
<i>Airey c. Irlande</i>	1, 38, 80, 84
<i>Aksoy c. Turquie</i>	220, 283
<i>Alisic c. Bosnie Herzégovine</i>	278, 316, 329, 330, 345, 346
<i>Assanidzé c. Géorgie</i> .	144, 173, 209, 212, 235, 249, 259, 295, 299, 305, 306, 307, 336, 339

B

<i>B. c. France</i>	45, 50
<i>Bochan c. Ukraine</i>	119, 263, 265, 266, 268, 296, 310, 311
<i>Broniowski c. Pologne</i>	91, 278, 289, 317, 319, 322, 324, 328, 331
<i>Brumarescu c. Roumanie</i>	280
<i>Burmych c. Ukraine</i>	289, 302, 316, 328, 329, 330, 331, 332, 333

C

<i>Calmanovici c. Roumanie</i>	144, 251, 261, 262
<i>Chassagnou c. France</i>	118, 120, 121, 122, 269
<i>Claes c. Belgique</i>	258, 261
<i>Cocchiarella c. Italie</i>	153, 161, 173, 177, 180, 182, 186, 187, 310
<i>Cossey c. Royaume-Uni</i>	10, 28, 29, 96, 104, 106, 107, 108, 109
<i>Couderc et Hachette Filipacchi associés c. France</i>	126, 127

D

<i>De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique</i> .	22, 49, 140, 141, 143, 144, 145, 147, 148, 150, 151, 152, 155, 156, 157, 175, 177, 256, 262
<i>Driza c. Albanie</i>	247, 291, 299, 300, 321, 335
<i>Dudgeon c. Royaume-Uni</i>	29, 37, 42, 44, 45, 49, 51, 52, 53, 58, 59, 61, 66, 68, 78, 105, 109

E

<i>Emre c. Suisse</i>	302, 303, 304, 311, 312
<i>Engel c. Pays-Bas</i>	22, 69
<i>Evans c. Royaume-Uni</i>	95, 118, 122, 269

G

<i>Golder c. Royaume-Uni</i>	22, 37, 38
<i>Grant c. Royaume-Uni</i>	106, 112, 115
<i>Guiso-Gallisay c. Italie</i>	150, 177, 178
<i>Gündüz c. Turquie</i>	40, 46, 51, 59, 60, 64

H

<i>Hakkar c. France</i>	164, 262, 311
<i>Halis c. Turquie</i>	185, 187
<i>Handyside c. Royaume-Uni</i>	6, 18, 21, 22, 23, 24, 44, 45, 47, 69, 94, 143, 208
<i>Hatton c. Royaume-Uni</i>	72, 74, 79, 80, 81, 91, 124
<i>Hokkanen c. Finlande</i>	4, 69, 70
<i>Hutten-Czapska c. Pologne</i>	278, 308, 317, 320, 321, 323, 324, 328, 329, 331, 336

I

<i>Ilgar Mammadov c. Azerbaïdjan</i>	314, 315
<i>Inze c. Autriche</i>	104, 168

J

<i>Jahn et autres c. Allemagne</i>	129, 278
<i>Johnston c. Irlande</i>	75, 105

K

<i>Klass c. Allemagne</i>	50, 79
<i>Kostovski c. Pays-Bas</i>	144, 152, 155, 158

L

<i>Lambert c. France</i>	75, 214, 216
<i>Lautsi c. Italie</i>	31, 52, 99, 140, 141, 144
<i>Leyla Sahin c. Turquie</i>	51, 128, 129, 130
<i>Lingens c. Autriche</i>	47, 48, 51, 59
<i>Lithgow c. Royaume-Uni</i>	38, 158

M

<i>Marckx c. Belgique</i>	1, 77, 81, 84, 86, 209, 261, 271, 338
<i>McCann c. Royaume-Uni</i>	215, 218, 229
<i>Menesson c. France</i>	54, 55, 90
<i>Moreira Ferreira c. Portugal</i>	259, 264, 311
<i>Murphy c. Irlande</i>	60, 128, 129

N

<i>Nait-Liman c. Suisse</i>	105, 250
<i>Norris c. Irlande</i>	52, 104

O

<i>Observer et Guardian c. Royaume-Uni</i>	50, 79, 125, 126
<i>Öcalan c. Turquie</i>	19, 209, 212, 235, 239, 240, 241, 247, 249, 251, 261, 266, 267, 302, 311, 314, 321
<i>Oliari et autres c. Italie</i>	116, 117
<i>Osman c. Royaume-Uni</i>	77, 78, 91, 220, 229

P

<i>Papamichalopoulos c. Grèce</i>	6, 144, 161, 168, 273, 276, 277, 306, 338
---	---

<i>Paul et Audrey Edwards c. Royaume-Uni</i>	218, 220, 229, 231
<i>Popov c. Russie</i>	209, 235
<i>Powell et Rayner c. Royaume-Uni</i>	4, 70
<i>Pretty c. Royaume-Uni</i>	45, 75, 114, 213

R

<i>Rasmussen c. Danemark</i>	16, 77, 99, 168
<i>Rees c. Royaume-Uni</i>	78, 81, 106, 107, 108, 109
<i>Ringeisen c. Autriche</i>	151, 156, 285, 336

S

<i>Saïdi c. France</i>	195, 253, 264
<i>Scozzari et Giunta c. Italie</i>	2, 140, 212
<i>Sejdovic c. Italie</i>	135, 261, 326
<i>Selmouni c. France</i>	214, 284, 285
<i>Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni</i>	45, 106, 108, 109, 110, 111
<i>Sorensen et Rasmussen c. Danemark</i>	89, 90, 91
<i>Sunday Times c. Royaume-Uni</i>	4, 16, 24, 31, 33, 34, 41, 44, 46, 47, 49, 98

T

<i>Tarakhel c. Suisse</i>	221, 235, 245, 246
<i>Trabelsi c. Belgique</i>	216, 221
<i>Tyrer c. Royaume-Uni</i>	71, 101, 104, 105

U

<i>Unal Akpinar Insaat, Sanayi Turizm, Madelencilik Ve Ticaret S.A. c. Turquie</i>	60, 150, 178, 194
--	-------------------

V

<i>Varnava c. Turquie</i>	179, 326
<i>Velikova c. Bulgarie</i>	231, 232, 284, 285
<i>Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse</i>	252, 254, 255, 257, 260, 311, 312
<i>Vinter et autres c. Royaume-Uni</i>	18, 116, 286
<i>Vistins et Perepjolkins c. Lettonie</i>	273, 275, 278
<i>Vo c. France</i>	75, 101, 102, 214, 229
<i>Vogt c. Allemagne</i>	40, 49

W

<i>Wasilewska et Kalucka c. Pologne</i>	215, 218, 219, 224, 232
<i>Winterwerp c. Pays-Bas</i>	38, 72, 104, 144, 146, 155, 264

X

<i>X et Y c. Pays-Bas</i>	87, 209
---------------------------------	---------

Z

<i>Zafranias c. Grèce</i>	280, 281
---------------------------------	----------

TABLE DES MATIERES

Remerciements	vi
Sommaire	viii
Table des principaux sigles et abréviations	xii
Introduction	1
Première Partie - Le principe : une large marge d'appréciation de l'État dans l'exécution des décisions de la Cour	21
Titre 1 - L'influence du contrôle de proportionnalité de la mesure litigieuse sur l'étendue de la marge d'appréciation étatique	28
Chapitre 1 - Une marge d'appréciation plus large en fonction de la nature du droit en cause	32
Section 1 : L'interprétation des exceptions explicites aux droits de nature relative impliquant des obligations négatives pour l'État.....	40
Paragraphe 1 : Le contrôle de la justification de l'ingérence étatique dans l'exercice du droit en cause	41
A. Les critères de justification d'une ingérence pris isolément : effets distincts sur l'étendue de la marge d'appréciation de l'État	42
1. L'exigence relative aux buts légitimes poursuivis par l'ingérence étatique	42
2. L'exigence relative à la nécessité de l'ingérence étatique dans une société démocratique.....	48
B. Les critères de justification d'une ingérence pris ensemble : détermination concrète de l'étendue de la marge d'appréciation de l'État	51
Paragraphe 2 : Une interdépendance entre la nature de la violation et la nature de la réparation requise	55
A. La prise en compte des indices apportés par le contrôle de proportionnalité de l'ingérence pour le choix des mesures de réparation.....	58
1. Choix des mesures de réparation en fonction du paramètre ayant conduit au constat de disproportionnalité de l'ingérence	58
2. Mêmes indicateurs de l'étendue de la marge d'appréciation en amont et en aval.....	61
B. La possibilité de choisir une mesure de réparation moins idéale : une large marge d'appréciation de l'État	63
1. Le choix d'une réparation moins idéale : la <i>restitutio in integrum</i> comme alternative	63
2. Le choix de la manière d'adopter les mesures de réparation : une distinction cruciale entre marge d'appréciation et marge de manœuvre	64

Section 2 : L'interprétation des exceptions implicites aux droits de nature relative impliquant des obligations positives pour l'État.....	68
Paragraphe 1 : Le contrôle de la suffisance d'une mesure étatique	70
A. Examen casuistique de l'étendue de la marge d'appréciation selon la nature de l'obligation	71
1. L'imprécision délibérée de certains termes de la Convention : place à une interprétation évolutive du droit	73
2. L'exécution de la décision : une obligation de moyen ou de résultat ?.....	76
B. Indistinction entre la nature des deux obligations aux fins de l'examen de l'étendue de la marge d'appréciation	80
Paragraphe 2 : Une interdépendance entre la marge d'appréciation de l'état en amont et celle en aval.....	83
A. Une obligation de même nature dans l'application du droit et dans l'exécution de la décision ?	83
B. Le raisonnement dans l'arrêt sur l'atteinte du « juste équilibre » comme indice de l'étendue de la marge étatique dans l'exécution.....	85
Conclusion du Chapitre 1	88
Chapitre 2 - Une marge d'appréciation plus large en fonction de l'importance du droit en cause pour la victime	94
Section 1 : L'existence ou l'absence d'un consensus européen comme indicateur de l'étendue de la marge d'appréciation de l'État	96
Paragraphe 1 : Le consensus européen dans la détermination de l'étendue de la marge d'appréciation de l'état dans l'application du droit	99
A. Absence de consensus européen dans l'application du droit en cause : largesse de la marge d'appréciation étatique	100
1. La souveraineté de l'État comme fondement de sa large marge d'appréciation ?... ..	100
2. Le degré d'(in)existence de consensus européen comme outil de mesure de la marge d'appréciation de l'État.....	103
B. Largesse de la marge d'appréciation de l'État selon le poids accordé à l'(in)existence du consensus européen dans l'application du droit en cause.....	106
Paragraphe 2 : Le consensus européen dans la détermination de l'étendue de la marge étatique dans l'exécution de la décision de la cour.....	114
Section 2 : La présence d'intérêts en concurrence avec ceux du requérant : indicateur de l'étendue de la marge d'appréciation de l'État	118
Paragraphe 1 : La présence d'intérêts en concurrence avec ceux du requérant dans l'application du droit : outil de mesure de la proportionnalité de l'action ou de l'omission de l'état	119

A. Le choix de la méthode à utiliser pour le contrôle de proportionnalité comme premier indice de l'étendue de la marge d'appréciation	120
B. La mise en balance concrète des intérêts en cause effectuée par la Cour.....	125
Paragraphe 2 : La présence d'intérêts en concurrence avec ceux du requérant dans la phase d'exécution de l'arrêt : une large marge d'appréciation de l'état.....	130
Conclusion du Chapitre 2	133
Conclusion du Titre 1	136
Titre 2 - L'influence de l'application de l'article 41 de la convention sur l'étendue de la marge d'appréciation étatique	139
Chapitre 1 - La condition relative au droit interne de l'État pour l'octroi d'une satisfaction équitable : l'application du principe de subsidiarité.....	143
Section 1 : La <i>restitutio in integrum</i> entre alternative ou priorité face à l'indemnisation pécuniaire selon l'interprétation de la condition.....	146
Paragraphe 1 : L'impossibilité de <i>restitutio in integrum</i> en raison de l'insuffisance du droit interne.....	148
Paragraphe 2 : L'impossibilité de <i>restitutio in integrum</i> en raison de la nature de la lésion : extension du principe de subsidiarité ?.....	151
Section 2 : La place de la <i>restitutio in integrum</i> en fonction du choix d'une procédure en deux temps ou de l'examen de la satisfaction équitable dans la procédure au principal	154
Paragraphe 1 : Réserve de la question de la satisfaction équitable dans un nouvel arrêt : une méthode fructueuse pour une meilleure exécution de l'arrêt.....	155
Paragraphe 2 : L'examen de la demande de satisfaction équitable dans l'arrêt au principal : la <i>restitutio in integrum</i> comme alternative	158
Conclusion du Chapitre 1	164
Chapitre 2 - La condition relative à l'expression « s'il y a lieu » pour l'octroi d'une satisfaction équitable : la concrétisation de la réparation	168
Section 1 : L'étendue de la marge d'appréciation étatique variable en fonction de la détermination d'une indemnisation pécuniaire	170
Paragraphe 1 : La motivation de la satisfaction équitable : données et méthodologie de calcul	172
A. Le calcul du dommage matériel : cas particulier de l'expropriation	176
B. Le calcul du dommage moral et celui des autres dommages matériels hors expropriation	179
1. La prise en compte croisée du comportement étatique et de la situation du requérant	180

2. Les conditions d’octroi d’une somme au titre de réparation du préjudice moral et matériel	182
Paragraphe 2 : La nécessité du respect du principe de proportionnalité dans la détermination de la satisfaction équitable	183
A. Insuffisance de la somme attribuée au titre de satisfaction équitable : quelle conséquence sur l’étendue de la marge d’appréciation étatique ?.....	185
B. Montant excessif au titre de satisfaction équitable : quelle conséquence sur l’étendue de la marge d’appréciation étatique ?.....	188
Section 2 : L’étendue de la marge d’appréciation étatique variable en fonction de l’absence de réparation pécuniaire : la méthode du constat de violation suffisant au titre de la satisfaction équitable	191
Paragraphe 1 : Le dédommagement matériel : jeu de spéculation	193
Paragraphe 2 : Le constat de violation suffisant pour réparer le dommage moral	197
A. Les fondements juridiques de la méthode du constat de violation suffisant au titre de la satisfaction équitable	197
B. Absence d’indication de réparation pécuniaire pour privilégier l’adoption de mesure de réparation en nature : l’importance de la motivation de la Cour	201
Conclusion du Chapitre 2	203
Conclusion du Titre 2	205
Conclusion de la Première Partie.....	205
Deuxième Partie - L’exception : une étroite marge d’appréciation de l’État dans l’exécution des décisions de la Cour.....	208
Titre 1- Une marge d’appréciation étatique plus étroite dans l’exécution de la décision en raison de la nature du droit violé	212
Chapitre 1- La violation d’un droit absolu : y a-t-il une marge d’appréciation de l’État dans l’exécution de la réparation ?.....	213
Section 1 : L’impossibilité de restitutio in integrum en cas de violation des articles 2 et 3 de la Convention	218
Paragraphe 1 : La réparation des conséquences irréversibles des violations des droits indérogeables : que reste-t-il à l’état ?.....	220
A. L’impossible réparation des conséquences primaires de la violation substantielle couverte par une réparation au titre du dommage moral	221
B. La réparation des conséquences secondaires de la violation substantielle au titre du dommage matériel	225
Paragraphe 2 : La réparation des violations procédurales des droits indérogeables	229
A. Mesure de réparation non pécuniaire : l’obligation de reprendre l’enquête	231
B. Mesures de réparation pécuniaire : le dédommagement moral	233

Section 2 : Indication de mesures de réparation par la Cour sans constat préalable de violation de la Convention : une limitation exceptionnelle de la marge d’appréciation étatique.....	235
Paragraphe 1 : Cas de l’indication de mesures dans les motifs de la décision	236
A. Simple réaffirmation des obligations étatiques en vertu de la Convention : absence d’effet sur la limitation de la marge d’appréciation de l’État.....	237
B. Indication plus contraignante : limitation considérable de la marge d’appréciation de l’État	239
Paragraphe 2 : Cas de l’indication de mesures dans le dispositif de la décision	243
Conclusion du Chapitre 1	247
Chapitre 2 - La violation de certains droits dérogeables : marge d’appréciation étatique existante mais limitée	249
Section 1 : Cas particulier des violations de l’article 6 de la Convention	250
Paragraphe 1 : Réouverture de la procédure interne comme moyen de réparation le plus efficace.....	255
A. La méthode du constat de violation suffisant au titre de la satisfaction équitable pour privilégier la réouverture de la procédure interne	256
B. Les exigences requises pour la nouvelle procédure interne rouverte : davantage de limitations de la marge d’appréciation étatique.....	260
Paragraphe 2 : Les exceptions à la réouverture de la procédure interne : regain de marge d’appréciation de l’état	263
A. L’autorité de la chose jugée comme obstacle à la réouverture d’une procédure interne....	265
B. L’effet de la réouverture de la procédure interne à l’égard des tiers comme obstacle à sa réalisation	268
Section 2 : Cas particulier des violations du droit de propriété	271
Paragraphe 1 : La marge d’appréciation de l’état dans l’exécution des décisions constatant violation de l’article 1 ^{er} du protocole 1	272
A. L’abandon de la technique du constat de violation suffisant au titre de la satisfaction équitable	274
B. Indication de la mesure de réparation dans le dispositif de la décision	276
1. La <i>restitutio in integrum</i> de nouveau entre alternative et priorité	276
2. Les problèmes liés à la réalisation de la <i>restitutio in integrum</i>	278
Paragraphe 2: La satisfaction équitable de nature pécuniaire comme “bien” insaisissable du requérant	281
A. L’absence d’alternative étatique dans le paiement de la satisfaction équitable.....	282
B. L’insaisissabilité des sommes allouées au titre de satisfaction équitable	283

Conclusion du Chapitre 2	286
Conclusion du Titre 1	287
Titre 2 - Une marge d'appréciation étatique plus étroite dans l'exécution de la décision en raison de la gravité des conséquences de la violation du droit en cause	289
Chapitre 1 - Les indications de mesures à titre exceptionnel par la Cour dans le cadre de l'application de l'article 46 hors arrêt pilote	291
Section 1 : Entre procédure « normale » et procédure pilote : une procédure appliquant l'article 46 de la Convention.....	292
Paragraphe 1 : Critère de gravité de la situation : une seule mesure de réparation possible	292
A. La particularité des procédures pénales	292
1. L'adoption de mesures individuelles et générales : même échelle d'importance.....	294
2. Les mesures générales relevant de la marge d'appréciation de l'État	296
B. Absence d'alternative pour certaines procédures civiles	297
Paragraphe 2 : Critère de répétition ou risques de répétition de la même violation : indication de mesures générales	299
A. Le risque de problème systémique	299
B. Cas d'un second arrêt de violation concernant les mêmes Parties.....	301
Section 2 : Nécessaire requalification de la notion de marge d'appréciation : causes et effets.....	305
Paragraphe 1 : Le terme « marge d'appréciation » tel qu'utilisé par la cour signifiant « marge de manœuvre »	305
Paragraphe 2 : Un empiètement de la cour sur les compétences du comité des ministres ?	308
A. La requalification de la marge d'appréciation comme facteur de non confusion sur les rôles de la Cour et du Comité des Ministres.....	309
B. La recevabilité des secondes affaires concernant les mêmes Parties : la considération de « l'élément nouveau ».....	310
Conclusion du Chapitre 1	313
Chapitre 2 - La procédure de l'arrêt pilote : limitation expresse de la marge d'appréciation de l'État dans l'exécution de la décision de la Cour.....	316
Section 1 : L'identification du problème accompagné de l'indication des mesures de réparation à adopter	318
Paragraphe 1 : Le mode d'identification du problème	319
Paragraphe 2 : Les effets de l'identification du problème	320

Section 2 : Indications de mesures précises dans le dispositif de l'arrêt : absence de choix de l'État	321
Paragraphe 1 : Des mesures générales avant les mesures individuelles	322
A. Indications de mesures générales : limitation de la marge d'appréciation de l'État	322
1. Indications poussant à l'adoption de réformes législatives	323
2. Indications pour les procédures d'enquête pour violation du droit à la vie : véritables directives	325
B. Indications de mesures individuelles	328
Paragraphe 2 : L'effet de la combinaison de l'identification du problème et de l'indication des mesures de réparation	329
A. La non-exécution des arrêts pilotes : vers une sévérité accrue de la Cour	330
B. Un plus clair partage des rôles entre la Cour et le Comité des Ministres	331
Conclusion du Chapitre 2	334
Conclusion du Titre 2	335
Conclusion de la Partie 2.....	335
Conclusion générale.....	338
BIBLIOGRAPHIE.....	348
I. Dictionnaires.....	348
II. Ouvrages généraux.....	348
III. Ouvrages spéciaux et ouvrages collectifs	349
IV. Articles et contributions	353
A. Articles de revues	353
B. Contributions dans des ouvrages collectifs, mélanges et actes de colloques	357
V. Thèses.....	361
VI. Mélanges.....	362
VII. Chroniques	363
VIII. Cours de l'Académie de droit international de La Haye.....	363
IX. Actes de colloques, conférences et séminaires	363
INSTRUMENTS CONVENTIONNELS ET DOCUMENTS DU CONSEIL DE L'EUROPE	364
I. Instruments conventionnels	364
II. Documents du Conseil de l'Europe.....	364
A. Comité Directeur pour les Droits de l'Homme (CDDH) et ses sous-comités	364
B. Assemblée parlementaire	365
C. Comité des Ministres	366

1. Recommandations	366
2. Résolutions et annexes aux résolutions	366
3. Documents annexes : guides de bonnes pratiques, analyses, décisions et déclarations	369
D. La Cour	370
E. Conférences	372
TABLE DE JURISPRUDENCE	373
I. Cour européenne des droits de l'homme	373
II. Cour internationale de Justice et Cour permanente de Justice internationale	386
Index Alphabétique	388
Index des principales jurisprudences citées	391
Table des matières	394