



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*

Jean-François Akandji-Kombe

Précis sur les droits de l'homme, n° 7

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*

Jean-François Akandji-Kombe

Précis sur les droits de l'homme, n° 7

Série « Précis sur les droits de l'homme »

N° 1 : **Le droit au respect de la vie privée et familiale.** Un guide sur la mise en œuvre de l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme (2003)

N° 2 : **La liberté d'expression.** Un guide sur la mise en œuvre de l'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'Homme (2003)

N° 3 : **Le droit à un procès équitable.** Un guide sur la mise en œuvre de l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme (2003)

N° 4 : **Le droit à la propriété.** Un guide sur la mise en œuvre de l'article 1 du Protocole n° 1 à la Convention européenne des Droits de l'Homme (2003)

N° 5 : **Le droit à la liberté et la sûreté de la personne.** Un guide sur la mise en œuvre de l'article 5 de la Convention européenne des Droits de l'Homme (2003)

N° 6 : **La prohibition de la torture.** Un guide sur la mise en œuvre de l'article 3 de la Convention européenne des Droits de l'Homme (2003)

N° 7 : **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 (2006)

Direction générale des droits de l'homme
Conseil de l'Europe
F-67075 Strasbourg Cedex

© Conseil de l'Europe, 2006

1^{re} impression, juillet 2006

Imprimé en Belgique

Les opinions qui sont exprimées dans cet ouvrage ne donnent, des instruments juridiques qu'il mentionne, aucune interprétation officielle pouvant lier les gouvernements des États membres, les organes statutaires du Conseil de l'Europe ou tout organe institué en vertu de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

Table des matières

Introduction	5	Les obligations procédurales	34	La liberté de pensée, de conscience et de religion.	53
I. Problématique générale	7	III. La protection de la vie privée et familiale	38	La liberté de réunion et d'association . . .	53
Les contours généraux des obligations positives	7	Problématique générale	38	V. Le respect des droits économiques, sociaux et culturels	56
Obligations positives et obligations négatives	10	La dimension positive du respect de la vie privée	39	Le droit au bien	56
Obligations positives et effet horizontal de la Convention	14	La dimension positive du respect de la vie familiale	43	Le droit à l'instruction.	59
Typologie des obligations positives : le substantiel et le procédural	16	La dimension positive du respect du domicile et de la correspondance	47	VI. La promotion de l'égalité	60
Contrôle du respect des obligations positives	18	Le droit à un environnement sain.	49	VII. Les obligations positives en matière de garantie procédurale	61
II. La protection de la vie et de l'intégrité des personnes	21	IV. La protection du pluralisme	50	Les garanties générales	62
Les obligations substantielles	21	L'organisation d'élections libres	51	Les garanties spécifiques	67
		La liberté d'expression	52		

Avertissement

Le présent ouvrage est destiné aux praticiens du droit qui ont soit à appliquer la Convention européenne des Droits de l'Homme (la Convention) soit à l'invoquer, soit à former d'autres personnes à le faire. A la différence des autres ouvrages de la collection, celui-ci ne traite pas d'un droit ou d'un article déterminé. Son objet est de décrire une catégorie spécifique

d'obligations qui découlent de l'instrument européen, pris dans son ensemble, en tous ses articles normatifs. Il s'agit des obligations positives. Celles-ci, tout comme les obligations négatives, font corps avec les droits garantis. Partant, leur respect conditionne celui de la Convention. Aussi importe-t-il de les connaître et d'en connaître les exigences.

Introduction

Si la vocation des instruments internationaux de protection de la personne humaine est avant tout d'énoncer des droits, cette protection est fonction, outre des mécanismes de garantie mises en place, des obligations incombant aux Etats parties. Il n'est dès lors pas surprenant que les organes internationaux de contrôle portent une attention particulière à leur identification, à leur délimitation et leur portée. On peut même soutenir que cette attention est plus vive dans le domaine des droits de l'homme, eu égard aux principes qui prévalent ici, au premier rang desquels figure le principe d'effectivité. Celui-ci commande en effet d'interpréter les engagements pris dans le sens le plus protecteur de la personne. Il impose aussi, s'agissant des obligations, d'interpréter les conventions pertinentes à la lumière des évolutions sociales. D'où le caractère progressiste de la jurisprudence en la matière.

Pour définir l'étendue et la portée des engagements des Etats, diverses voies sont empruntées par les organes de contrôle. L'une des plus intéressantes consiste à considérer que chaque droit peut impliquer trois sortes d'obligations : « l'obligation de respecter » qui impose aux organes et agents de l'Etat de ne pas commettre eux-mêmes de violation ; « l'obligation de protéger » qui exige de l'Etat qu'il protège les titulaires des droits contre les atteintes émanant des tiers et qu'il en réprime les auteurs ; « l'obligation de mettre en œuvre », enfin, qui appelle l'adoption de mesures positives propres à donner pleine concrétisation et plein effet au droit. Cette approche est, il est vrai, privilégiée plutôt par les organes

chargés de veiller à la correcte application des instruments dédiés aux droits économiques, sociaux et culturels, ce que n'est pas la Cour européenne des Droits de l'Homme dont on sait qu'elle est consacrée aux droits civils et politiques.

La Cour européenne des Droits de l'Homme a, quant à elle, opté pour une approche binaire, plus simple, classant les obligations des Etats en deux catégories : obligations négatives d'un côté, obligations positives de l'autre. Comme on le verra, cette approche, tout en étant différente, rejoint très largement la précédente. Sur cette base, la Haute juridiction assure aujourd'hui une protection élargie des droits garantis par la Convention dont elle est la gardienne ultime¹.

Si les obligations négatives, qui exigent essentiellement des Etats qu'ils s'abstiennent de s'ingérer dans l'exercice des droits, ont toujours été regardées comme inhérentes à l'instrument européen, il n'en va pas de même des obligations positives. Sans doute un certain nombre d'entre ces dernières – un petit nombre en vérité – sont-elles consacrées dès l'origine, par le texte lui-même. Mais la notion en tant que telle, et la « mécanique » des obligations de cette nature, ne sont apparues qu'à la fin des années 60, propulsées

1. A signaler, deux écrits importants sur le sujet : Frédéric Sudre : « Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *Revue trimestrielle des Droits de l'homme*, 1995, p. 363 et s.; A.R. Mowbray, *The development of positive obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon, 2004.

par l'arrêt relatif à *l'Affaire linguistique belge*². A partir de cette remarquable décision, le juge européen n'a cessé d'étendre la catégorie en lui ajoutant des éléments nouveaux. Au point 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. On est donc ici en face d'une œuvre, voire d'une construction essentiellement prétorienne. Il s'agit aussi d'une œuvre majeure dans laquelle on a vu, à juste titre, une « arme décisive »³ au service de l'effectivité des droits de la Convention. De fait, le recours à la notion d'obligation positive a permis à la Cour de renforcer et, parfois, d'étendre les exigences substantielles du texte européen ainsi que de les associer à des obligations procédurales autonomes par rapport aux articles 6 et 13 et qui s'ajoutent à celles que prévoient ces articles. Le but visé est de garantir aux personnes une jouissance effective des droits reconnus.

Le présent guide s'attachera, dans l'esprit de la série des « Précis des droits de l'homme », à répertorier ces obligations. On le fera sinon disposition par disposition, du moins en regroupant celles-ci en fonction de leur finalité. C'est ainsi que l'on envisagera suc-

cessivement⁴ la protection de la vie et de l'intégrité physique (II), de la vie privée et familiale (III), du pluralisme (IV), la garantie des droits économiques, sociaux et culturels (V), la promotion de l'égalité (VI) et, enfin, les obligations positives qui se dégagent des garanties procédurales (VII).

Il importe cependant, avant toute chose, de cerner la notion et d'en dégager la problématique générale (I). Cela implique non seulement de définir et de préciser les enjeux des obligations positives, mais aussi d'éclairer le rapport qu'elles entretiennent avec les obligations négatives, ainsi que le lien qu'elles peuvent avoir avec l'effet dit horizontal de la Convention. On s'attachera également, dans cette partie, à dresser une typologie de ces obligations et à examiner les modalités de contrôle du juge européen. L'objectif est, à travers ces développements, de permettre une compréhension globale de l'objet qui nous occupe, de rendre compte de manière systématique de la fonction de cette sorte d'obligations dans le système conventionnel et de leur jeu contentieux. On espère ainsi fournir les clés indispensables à la compréhension de la jurisprudence pertinente et à son application interne.

2. Arrêt du 23 juillet 1968.

3. L'expression est du Professeur J.-P. Marguénaud : *La Cour européenne des Droits de l'Homme*, Dalloz, Paris, coll. connaissance du droit, 2^e éd., p. 36.

4. La classification retenue ici est dans une large mesure inspirée de celle élaborée par le Professeur F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, Presses universitaires de France, coll. Droit fondamental, 7^e édition, 2005.

I. Problématique générale

Les contours généraux des obligations positives

Définition

Si on peut trouver dans les arrêts de la Cour, tel celui rendu récemment dans l'affaire *Siliadin c. France*⁵ une systématisation de la jurisprudence en la matière, ces décisions n'offrent pas pour autant une définition générale de la notion d'obligation positive. Une telle définition peut néanmoins être aisément reconstituée à partir des espèces. Dans *l'affaire linguistique belge*⁶, les requérants, en plaçant leurs griefs sur ce terrain, proposaient de reconnaître de telles obligations en tant qu'« obligations de faire ». La Cour a évité de reprendre à son compte cette appréciation juridique et a préféré juger que la disposition invoquée – l'article 2 du Protocole n° 1 – appelait « de par sa nature même une réglementation par l'Etat ». Cette position a été maintenue par la suite. Pour le juge européen, les obligations positives se caractérisent avant tout par ce qu'elles exigent concrètement des autorités nationales : « prendre les mesures nécessaires » à la sauvegarde d'un droit⁷ ou, plus précisément encore, « adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits de l'individu »⁸. Ces mesures peuvent être

juridiques⁹. C'est le cas lorsque ce qu'il est attendu de l'Etat est qu'il édicte des sanctions frappant les particuliers ayant violé la Convention, qu'il établisse un régime juridique pour une sorte d'activités ou une catégorie de personnes. Mais elles peuvent aussi consister en des mesures pratiques. Selon une formule générale de la Cour, qui s'applique aux obligations tant négatives que positives, un « obstacle de fait peut enfreindre la Convention à l'égal d'un obstacle juridique »¹⁰. On songe par exemple aux mesures que sont tenues dans certains cas de prendre les autorités pénitentiaires pour prévenir le suicide d'un détenu ou pour empêcher que des détenus infligent à un autre des traitements contraires à l'instrument européen. Les deux sortes de mesures – juridiques et pratiques – peuvent même s'avérer nécessaires en même temps. C'est là une question de circonstances.

Fondements

Eu égard au fait que les obligations positives ont, dans la plupart des cas, pour effet d'étendre les exigences à satisfaire par les Etats, la question de leur base juridique revêt une grande importance. Conséquence du principe général d'attribution, dont il résulte que la Cour n'a pas compétence pour protéger des droits qui ne trou-

5. Arrêt du 26 juin 2005.

6. Arrêt précité.

7. *Hokkanen c. Finlande*, 24 août 1994.

8. *López-Ostra*, 9 décembre 1994.

9. Notamment *Vgt Verein Gegen Tierfabriken c. Suisse*, 28 septembre 2001. La Cour y évoque « l'obligation d'édicter une législation interne ».

10. *Airey c. Irlande*, 11 septembre 1979.

vent pas leur fondement dans la Convention¹¹, les juges européens se sont évertués à rattacher chaque obligation positive à une clause conventionnelle. La jurisprudence a évolué à cet égard.

Dans un premier temps, on pouvait distinguer selon que l'obligation dont il s'agit a un caractère substantiel ou procédural. Dans le premier cas, les obligations positives étaient censées découler de la disposition même qui énonce le droit substantiel. Il en est ainsi très certainement lorsque l'obligation en cause est, en tant que telle, inscrite dans une disposition précise. Ainsi de l'article 2, paragraphe 1, première phrase, qui prévoit une intervention juridique positive de l'Etat en vue de protéger le droit à la vie (« le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi »)¹². A ce cas-type il convient de rattacher la situation – de loin la plus fréquente – dans laquelle, alors même qu'elle n'est pas explicite, une disposition donnée de la Convention va être interprétée comme imposant une obligation positive. C'est le cas notamment de l'article 8, le juge européen tirant principalement argument du fait que celui-ci prescrit le « respect » de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance¹³. Plus largement, il en sera logiquement ainsi pour toutes les autres dispositions de la Convention dès lors qu'est en jeu une obligation substantielle, inhérente par définition à la norme conventionnelle dont il s'agit d'assurer le respect¹⁴. La

perspective paraissait différente pour les obligations positives procédurales, celles précisément que la Cour a déduites des articles 2 (droit à la vie), 3 (interdiction des mauvais traitements), ou 4 (interdiction de l'esclavage, de la servitude et du travail forcé). Ainsi qu'il est souligné itérativement en jurisprudence, c'est combiné avec l'article 1^{er} de la Convention que ces dispositions peuvent générer de telles obligations¹⁵. Celles-ci découlent ainsi d'une mise en contexte du devoir général qui incombe aux Etats de « reconnaître à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis », devoir qui implique « que les Etats parties répondent de toute violation des droits et libertés protégés que peuvent subir les individus placés sous leur « juridiction » – c'est-à-dire leur compétence – au moment de la violation »¹⁶. Ainsi s'est opérée une généralisation de la théorie des obligations positives : celle-ci pouvait s'appliquer, dans son versant procédural, à toute disposition – spécialement à toute disposition normative – de la Convention.

La jurisprudence récente exprime une tendance nouvelle, où la Cour semble fonder systématiquement les obligations positives qu'elle énonce, qu'elles soient substantielles ou procédurales, sur une combinaison des dispositions normatives du texte européen avec son article 1^{er}. Ainsi, l'obligation de prendre les mesures nécessaires pour protéger la liberté d'expression est-elle tirée de l'article 10 combiné avec ce dernier¹⁷, celle de protéger la propriété

11. Pour exemple, *Johnston et autres c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1986.

12. Voir *infra* pour plus de détails concernant cette disposition et les autres participant de la même logique.

13. La jurisprudence est ici constante. Voir *infra*.

14. Par exemple, *Marckx c. Belgique*, 27 avril 1979.

15. Par exemple, en ce qui concerne l'article 3 : *Assenov c. Bulgarie*, 28 octobre 1998.

16. *Assanidzé c. Géorgie*, 8 avr. 2004.

17. Par exemple, *Vgt Verein Gegen Tierfabriken c. Suisse*, 28 septembre 2001.

du jeu combiné du même article 1^{er} avec l'article 1^{er} du Protocole n° 1¹⁸.¹⁹ Il y a là à l'évidence un changement de cap, qui n'est pas sans rapport avec la réévaluation de l'économie générale de la Convention telle qu'on peut l'observer dans certaines décisions récentes. On songe notamment aux arrêts *Assanidzé c. Géorgie*²⁰ et *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie*²¹. Avec ces décisions, l'article 1^{er} de la Convention apparaît, plus que jamais, comme la clef de voûte du système conventionnel. Au point de constituer pour les Etats une source autonome d'obligations générales – qui sont aussi des obligations positives. Ainsi, dans l'arrêt *Assanidzé*, la Cour a jugé que l'article 1^{er} « implique et exige la mise en œuvre d'un système étatique de nature à garantir le système de la Convention sur tout son territoire et à l'égard de chaque individu » ; et dans l'arrêt *Ilaşcu*, elle a considéré que dans les cas où une portion de son territoire, du fait d'un régime séparatiste, échappe à son contrôle et à son autorité, l'Etat continue néanmoins à assumer, à l'égard de la population de ce territoire, les obligations positives que l'article 1^{er} met à sa charge : il est tenu de prendre les mesures nécessaires, d'une part, pour rétablir son contrôle sur cet espace et, d'autre part, pour protéger les personnes qui s'y trouvent. Ces obligations générales peuvent être qualifiées de quasi-autonomes. Elles sont autonomes dans la mesure où elles s'imposent en vertu

18. Par exemple, *Broniowski c. Pologne*, 22 juin 2004.

19. A noter, en sens inverse, que l'obligation de protéger contre les mauvais traitements continue à être fondée uniquement sur l'article 3 : *Farbutis c. Lettonie*, 2 décembre 2004.

20. Arrêt du 8 avril 2004.

21. Arrêt du 8 juillet 2004.

du seul article 1^{er} de la Convention. Mais elles ne le sont pas totalement car le contrôle de leur respect ne pourra s'effectuer qu'à l'occasion d'une requête alléguant de la violation de l'un des droits substantiels reconnus par le texte européen. Elles se présentent ainsi comme contextualisées, vu qu'elles devront nécessairement être appréciées à travers le prisme d'une norme particulière²². C'est dire que, dans cette optique, l'article 1^{er} devrait être systématiquement associé aux dispositions normatives.

On doit signaler une tendance plus récente encore de la jurisprudence, qui est de déduire des obligations positives de la combinaison des dispositions normatives avec le principe général de « prééminence du droit » ou de « l'Etat de droit », que la Cour considère comme « l'un des principes fondamentaux d'une société démocratique » et comme « inhérente à l'ensemble des articles de la Convention »²³. Compte tenu de cette affirmation de l'inhérence, posée spécifiquement à propos d'obligations procédurales, on peut se demander si on ne s'achemine pas vers une autonomie de chaque disposition pour ce qui concerne les conditions de sa garantie interne.

Enjeux

Quelles soient fondées sur une disposition normative particulière, sur une association de cette disposition avec l'article 1^{er} de la

22. Voir la démarche de la Cour dans l'arrêt *Broniowski*, précité.

23. *Matheus c. France*, 31 mars 2005, spéc. § 70 ; et, pour l'émergence de la démarche l'arrêt *Broniowski* précité, § 184.

Convention ou avec des principes généraux de droit européen, les obligations positives poursuivent toutes la même finalité, qui est l'application effective de l'instrument européen et l'effectivité des droits que celui-ci consacre. L'arrêt *Airey*²⁴ en est encore aujourd'hui la parfaite illustration. La requérante, qui souhaitait obtenir une séparation de corps, avait choisi pour ce faire la voie judiciaire que la loi irlandaise lui offrait. Compte tenu de ses faibles revenus et étant donné que l'Irlande ne connaissait pas à l'époque des faits le système de l'aide juridictionnelle, l'intéressée a finalement dû renoncer à exercer ce recours. Elle a en effet estimé qu'elle ne pouvait pas, compte tenu de la complexité de la procédure, se défendre seule, sans l'assistance d'un conseil juridique. Devant la Cour européenne des Droits de l'Homme, elle alléguait notamment que l'Etat avait violé l'article 6, paragraphe 1, en ne mettant pas à sa disposition un recours effectif. La juridiction européenne a finalement accueilli ses griefs. Mais ce qu'il importe surtout ici de mettre en lumière, ce sont les considérations sur la base desquelles elle a ainsi statué. Elle a d'abord relevé, dans une formule qui est restée célèbre, que « la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs ». Il ne suffit donc pas qu'il existe des recours judiciaires. Encore faut-il que ceux-ci puissent être exercés réellement et utilement. Selon la Cour, cela peut impliquer de reconnaître à tel justiciable un droit économique et social, en l'occurrence le droit à une aide juridictionnelle gratuite²⁵ car, « si (la Convention) énonce

pour l'essentiel des droits civils et politiques, nombre d'entre eux ont des prolongements d'ordre économique ou social ». « Nulle cloison étanche » ne sépare par conséquent la sphère des droits économiques et sociaux du domaine de la Convention.

Cet enjeu des obligations positives apparaît d'une remarquable stabilité. La Cour ne cesse en effet de le souligner dans les arrêts pertinents²⁶. Il suit de là que les obligations positives tendent essentiellement à assurer les conditions matérielles et juridiques concrètes d'une jouissance réelle des droits que protège la Convention.

Obligations positives et obligations négatives

Obligations positives et négatives sont-elles exclusives ?

Telles qu'elles sont conçues, les obligations positives s'ajoutent aux obligations négatives. Mais peut-on dire qu'à elles deux elles occupent tout le champ conventionnel ? La réponse à cette question devrait être négative si l'on se réfère à l'arrêt *Pla et Puncernau c. Andorre*²⁷. Celui-ci donne en effet à penser qu'il y aurait une troisième voie. Dans cette affaire, la responsabilité de l'Etat andorran était mise en jeu sur le terrain de l'article 8 à raison d'une interprétation juridictionnelle, le droit appliqué par la juridiction

24. Arrêt précité, p. 7, note 10.

25. Ce droit est, dans la jurisprudence européenne, loin d'être absolu. Voir *infra*, p. 64 et s.

26. Pour des exemples récents, voir notamment *Öneriyıldız c. Turquie*, 18 juin 2002 ; *Ouranio et autres c. Grèce*, 20 octobre 2005.

27. Arrêt du 13 juillet 2004.

nationale ayant été jugé en tous points conforme avec les exigences dudit article. Pour la Cour, « on ne saurait reprocher aux autorités andorranes une quelconque ingérence dans la vie privée et familiale des requérants, pas plus qu'un manquement à d'éventuelles obligations positives de la part de l'Etat andorran afin de rendre effectif le respect de la vie familiale ». « Les requérants », poursuit-elle, « se limitent à contester une décision judiciaire ... ». La solution est curieuse²⁸, même si elle est à mettre sur le compte de l'attachement de la Cour à l'indépendance des tribunaux (principe inscrit au demeurant dans la Convention, en son article 6). En tout cas elle semble établir un type générique de violation de la Convention qui ne s'analyserait pas en la méconnaissance de l'une des formes d'obligation connues. Cette analyse ne convainc toutefois pas et on ne la suivra pas ici²⁹. Toute violation de la Convention ne peut résulter que du manquement par l'Etat à une obligation assumée qui ne peut être que, soit positive, soit négative³⁰.

28. On peut en effet s'interroger sur le lien d'imputabilité à l'Etat. En l'absence de manquement de celui-ci on ne voit pas très bien ce qui pourrait justifier la mise en jeu de sa responsabilité internationale. Il est clair dans cette affaire que la condamnation de l'Etat est fondée implicitement sur le fait que la violation a été commise par un de ses organes. La Cour aurait dès lors pu, sans méconnaître l'indépendance des juges, apprécier cette violation au regard du paragraphe 2 de l'article 8. On a ici sans doute l'un des effets pervers de l'extension, décrite plus loin, de la théorie des obligations positives aux relations entre les émanations de l'Etat et les particuliers (voir p. 15 et s.).
29. Sauf à considérer que la distinction obligation positive / obligation négative se retrouve à nouveau dans cette hypothèse selon que la violation de la Convention résulte d'une abstention du juge, voire d'un déni de justice, ou d'un acte juridictionnel.
30. Voir *infra*, p. 15.

En revenant donc à cette dichotomie fondamentale, la question est alors de savoir comment chaque élément se positionne par rapport à l'autre. A partir de la jurisprudence on peut avancer deux propositions : 1) les deux sortes d'obligations sont différentes par leur nature ; 2) elles se rejoignent néanmoins parfois quant à leurs implications.

Des obligations différentes par leur nature

Ce qui distingue les obligations positives des obligations négatives, c'est que les premières exigent une intervention positive de l'Etat tandis que les secondes requièrent de lui qu'il s'abstienne de commettre des ingérences. La violation de la Convention résultera dans le premier cas de ce que les autorités nationales n'ont pas agi, sont restées passives et, dans le deuxième, du fait qu'elles ont empêché ou limité l'exercice du droit par le moyen d'un acte positif.

Dans la pratique, cette différence est parfois évidente. On peut l'illustrer de la manière suivante. Supposons que M. X participe à un rassemblement non autorisé sur la voie publique et qu'il y trouve la mort. Supposons que cette mort ait résulté de coups et blessures infligés par des policiers chargés de disperser la manifestation. La question du respect de la Convention se posera, que ce soit sur le terrain de l'article 11 (liberté de réunion) ou sur celui de l'article 2 (droit à la vie) en termes de respect de l'obligation de non-ingérence dans l'exercice de ces droits. Et si la responsabilité de l'Etat est retenue pour ce décès, ce sera à raison d'un *acte positif*,

parce que, par le truchement de ses agents, il est intervenu (de manière disproportionnée) là où la Convention lui commandait de s'abstenir. Mais supposons que le même M. X ait été battu à mort par des contre-manifestants et ceci devant des forces de police qui sont restées passives. Si on admettait que les articles 2 et 11 n'imposent que des obligations négatives, il n'y aurait en toute hypothèse pas violation de la Convention, les policiers n'étant pas intervenus. En revanche si, comme il convient au regard de la jurisprudence, on estime que la Convention obligeait de protéger la vie de M. X par une intervention positive, *la passivité* des policiers sera susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat. Pour reprendre les mots de la Cour, en s'élevant contre la mort de M. X, ses proches « ne se plaindraient pas d'un acte, mais de l'inaction de l'Etat »³¹.

Cela étant, il est des situations où cette différence ne va pas de soi, où la frontière entre les deux sortes d'obligations s'efface sensiblement, même si elle ne disparaît jamais totalement.

Des obligations imbriquées en pratique

Il n'est pas rare que le débat devant la Cour porte d'abord sur la qualification de l'obligation dont le requérant allègue de la mécon-

31. *Gaskin c. Royaume-Uni*, 23 juin 1989, § 41. On retrouve le même type de formulation dans l'arrêt *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, 30 juin 1998 : « la thèse formulée par les requérantes devant la Cour n'est pas que l'Etat défendeur doit s'abstenir d'agir à leur détriment mais qu'il est resté à défaut d'adopter les mesures positives pour modifier un système dont le fonctionnement leur porterait préjudice » (§ 31).

naissance et que le juge européen soit amené à requalifier. Ainsi, par exemple, dans l'affaire *Cossey c. Royaume-Uni*³², où la requérante estimait que le refus de modifier son état civil à la suite d'une opération de conversion sexuelle s'analysait en une ingérence dans sa vie privée dans la mesure où il l'obligeait à révéler des détails de sa vie intime à chaque fois qu'elle devrait produire un document d'identité. La Cour fut d'un autre avis. Elle estima que « l'intéressée prétend non pas que l'Etat doit s'abstenir d'agir, mais plutôt qu'il doit adopter des mesures pour changer le système existant. La question consiste donc à savoir si un respect effectif de la vie privée de M^{lle} Cossey crée pour le Royaume-Uni une obligation positive en la matière ». Si de telles situations ne signalent pas nécessairement de sérieuses difficultés de qualification, elles sont à tout le moins la preuve qu'il n'est pas toujours évident de faire la part entre les deux sortes d'obligations. La Cour l'a elle-même admis, soulignant à plusieurs reprises que « la frontière entre les obligations positives et négatives de l'Etat au titre d'une disposition [donnée] ne se prête pas à une définition précise »³³. La jurisprudence montre bien combien les deux peuvent être mêlées en pratique.

Il y a d'abord le cas dans lequel des éléments d'abstention et d'action coexistent dans le comportement de l'Etat, voire s'imbriquent. Ainsi par exemple lorsqu'il est reproché à celui-ci la rupture d'une relation familiale du fait d'une adoption qui n'a pu se réaliser

32. Arrêt du 29 août 1990.

33. Voir par exemple *Keegan c. Irlande*, 19 avril 1994, § 49 ; et *Hokkanen c. Finlande*, 24 août 1994, § 55.

que parce que, d'une part, le droit national assurait une protection insuffisante du père biologique et que, d'autre part, l'Etat a été lui-même, par le truchement des organismes compétents, partie prenante à la procédure d'adoption³⁴. Ainsi encore lorsqu'il est allégué que l'Etat a empêché un propriétaire de jouir de son bien, et ceci à la fois de manière active, par des manœuvres d'obstruction et des pratiques contournant la loi, et passive par un défaut de diligence³⁵.

Il y a ensuite les cas où la question se pose de la qualification d'un même fait imputable à l'Etat. On le voit par exemple à travers le contentieux des décisions en matière de droit des étrangers sous l'angle de l'article 8, lorsque le requérant fait valoir que le refus d'entrée ou le refus de délivrance d'une autorisation de séjour, dans la mesure où il l'empêche de vivre avec les siens sur le territoire de cet Etat, constitue un manquement au paragraphe 1^{er} de cet article. Il est intéressant de noter que dans ces affaires, le grief est examiné par la Cour tantôt sous l'angle des obligations positives³⁶, tantôt sous celui des obligations négatives³⁷. C'est qu'ici tout dépend du point de vue que l'on adopte. Soit l'on considère que la rupture ou l'empêchement de vie familiale est la conséquence de la mesure de refus, il y a alors ingérence à apprécier au regard du paragraphe 2 de l'article 8. Soit l'on estime qu'il résulte du fait que les autorités

n'ont pas pris un acte d'autorisation de l'entrée ou du séjour, le contrôle portera alors sur le bien-fondé de cette carence. Une autre illustration est fournie par l'arrêt *Powell et Rayner c. Royaume-Uni*³⁸. Les requérants, résidant à proximité de l'aéroport international de London-Heathrow, se plaignaient de nuisances sonores inacceptables qu'ils estimaient constitutives d'une violation de leur droit à la vie privée garanti par l'article 8, et mettaient en cause la responsabilité de l'Etat de ce fait. La Cour choisit dans cette affaire de ne pas trancher la question de savoir si les requérants se plaignaient de la violation d'une obligation négative ou de celle d'une obligation positive, et recourut à cette formule désormais classique : « Que l'on aborde l'affaire sous l'angle d'une obligation positive, à la charge de l'Etat, d'adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits que les requérants puisent dans le paragraphe 1 de l'article 8, ou sous celui d'une « ingérence d'une autorité publique », à justifier sous l'angle du paragraphe 2, les principes applicables sont assez voisins ». Qu'était-il donc reproché à l'Etat ? D'avoir permis par sa réglementation – notamment les mesures visant à contrôler et à réduire le bruit et fixant la norme en la matière – que puissent être engendrés de tels troubles mais aussi, concomitamment, de ne pas avoir pris des mesures suffisantes. Ceci doit être souligné. Pour qu'il y ait violation d'une obligation positive, il ne faut pas nécessairement que l'Etat soit totalement resté passif. Il peut être intervenu, mais sans prendre toutes les mesures nécessaires³⁹, ce qui sera analysé comme une

34. *Keegan* précité.

35. *Broniowski c. Pologne*, 22 juin 2004.

36. Par exemple, *Ciliz c. Pays-Bas*, 11 juillet 2000 ; et *Sisojeva et autres c. Lettonie*, 16 juin 2005.

37. Par exemple, *Ahmut c. Pays-Bas*, 26 octobre 1996 ; et *Sen c. Pays-Bas*, 21 décembre 2001.

38. Arrêt du 24 janvier 1990.

39. En ce sens, *Hatton et autres c. Royaume-Uni*, 8 juillet 2003.

« omission partielle »⁴⁰, engageant sa responsabilité au titre des obligations positives.

Autre hypothèse, où obligations négatives et positives se mêlent tout en restant distinctes. C'est celle où l'Etat en cause a incontestablement commis une ingérence, mais où l'appréciation de la proportionnalité de cette ingérence fait intervenir des obligations positives. Il en va ainsi tout particulièrement sous l'angle des articles 2, 3 et 5. En effet, confrontée aux circonstances où la mort est infligée par des agents de l'Etat – appartenant généralement aux forces de police ou de sécurité – le juge européen s'attachera à vérifier au titre de la première disposition si, en amont, à l'occasion de la préparation et dans le contrôle des opérations, les autorités compétentes ont pris toutes les mesures appropriées, autrement dit, si le décès n'est pas dû à un défaut de préparation ou de contrôle rigoureux d'exécution⁴¹. Par ailleurs, on voit parfois la Cour, statuant sur un placement en garde à vue, en détention ou sur des mauvais traitements prétendument infligés par des policiers ou des gardiens, c'est-à-dire sur des ingérences⁴² alléguées dans les droits garantis par les articles 5 et 3, énoncer les obligations positives qui incombent aux autorités publiques dans de telles circonstances avant d'examiner si elles ont bien été respectées⁴³. Cette hypothèse, on doit le souligner, est un indicateur inté-

ressant du niveau du contrôle européen. Elle en dénote le caractère approfondi. Approfondi au point que la Cour peut s'affranchir de sa position de principe, consistant à laisser aux Etats le choix des mesures propres à satisfaire aux exigences de la Convention. On ne doit toutefois pas exagérer la portée. Dans les arrêts où la Cour condamne l'Etat pour ingérence, on peut toujours lire en creux l'idée qu'elle se faisait en l'espèce des mesures positives à prendre.

Obligations positives et effet horizontal de la Convention

Il ressort des développements précédents que les obligations positives découlent du devoir de protection des personnes placées sous la juridiction de l'Etat. Or, ce devoir, l'Etat l'assumera principalement en assurant la garantie du respect de la Convention dans les rapports entre particuliers. La théorie des obligations positives vient ainsi soutenir le mouvement très net d'extension du jeu de la Convention aux relations privées que l'on désigne par le concept d'« effet horizontal »⁴⁴. Elle permet aussi, et c'est là son intérêt, d'activer le mécanisme international de responsabilité en établis-

40. La formule est employée par la Cour dans l'arrêt *Ilaşcu*, précité, § 334.

41. Voir, pour l'arrêt de principe en la matière, *McCann et autres c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1995. Pour plus de détails, v. *infra*, p. 23 et s.

42. Ce raisonnement vaut sous réserve de préciser que l'article 3 ne souffre en principe aucune dérogation, de sorte que toute ingérence devrait être regardée comme une violation de cette disposition, et ce contrairement à l'article 5.

43. Voir par exemple l'arrêt *Algür c. Turquie*, 22 octobre 2002, qui pose quelques obligations procédurales positives en ce qui concerne les personnes placées en garde à vue : « Une application stricte, dès le tout début de la privation de liberté, des garanties fondamentales, telles que le droit de demander un examen par un médecin de son choix en sus de tout examen par un médecin appelé par les autorités de police, ainsi que l'accès à un avocat et à un membre de la famille, renforcées par une prompt intervention judiciaire peut effectivement conduire à la détection et la prévention de mauvais traitements qui risquent, comme en l'espèce, d'être infligés aux personnes détenues, notamment pour leur extorquer des aveux » (§ 44).

sant un rapport d'imputation à l'Etat. Autrement dit, le seul fait qu'un particulier ait violé une disposition de la Convention ne saurait entraîner condamnation de l'Etat. Il est nécessaire que le comportement de la personne privée apparaisse comme trouvant son origine dans un manquement de l'Etat lui-même ou comme toléré par lui. Concrètement, c'est parce que l'Etat n'aura pas su prévenir, juridiquement ou matériellement, la violation du droit par des particuliers et, à défaut, parce qu'il n'aura pas permis de sanctionner les auteurs qu'il encourra la mise en jeu de sa responsabilité devant la Haute juridiction européenne.

Cette mise en jeu se justifie donc en règle générale par une carence de l'Etat ; ce qui lui est reproché sera de n'avoir pas pris de mesure. Qu'en est-il alors lorsque la violation de la Convention a été rendue possible, non pas par l'absence de mesures dans l'ordre interne, mais par des dispositions existantes manifestement contraires au texte européen ? La Cour a été confrontée à cette question dans certaines espèces⁴⁵. La motivation de ses décisions a pu faire penser qu'on était là en dehors de la problématique des obligations positives et que, par conséquent, l'effet horizontal de la Convention était pour partie autonome de ces dernières. Dans ces

44. Cette extension s'est poursuivie bien que la Cour ait estimé « qu'il (n'était) pas souhaitable, encore moins nécessaire, d'élaborer une théorie générale concernant la mesure dans laquelle les garanties de la Convention doivent être étendues aux relations entre les personnes privées » (arrêt *Vgt Verein Gegen Tierfabriken c. Suisse*, 28 septembre 2001, § 46).

45. Notamment *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, 13 août 1981 ; *Sigurður A. Sigurjónsson c. Islande*, 30 juin 1993 ; *Vgt Verein Gegen Tierfabriken c. Suisse*, 28 juin 2001.

affaires en effet, la violation avait été retenue du fait du maintien dans l'ordre juridique interne de dispositions incompatibles avec le texte européen, sans que la Cour se réfère expressément à la notion d'obligation positive. Elle a cependant fini par le faire ultérieurement, dans l'arrêt *Odièvre c. France*⁴⁶.

En l'état actuel du droit, on peut donc affirmer que la consécration et le développement de l'effet horizontal de la Convention par le juge européen est, dans toute son ampleur, une conséquence de la théorie des obligations positives. L'Etat engage sa responsabilité pour des violations commises entre particuliers parce qu'il y aura eu une carence de l'ordre juridique s'analysant tantôt en une absence pure et simple d'intervention juridique, tantôt en une intervention insuffisante, tantôt encore en l'absence de mesures tendant à modifier un état du droit contraire à la Convention. Comme on le voit à nouveau avec ces deux dernières hypothèses, la frontière avec les obligations négatives devient très ténue.

Mais si les obligations positives couvrent bien tout le champ de la théorie de l'effet horizontal de la Convention, elles ne s'y cantonnent pas. L'obligation de protection, l'Etat l'assume aussi dans le cadre de ses propres relations avec les personnes relevant de sa juridiction. Autrement dit, il est tenu par une sorte de « devoir de schizophrénie », celui de prendre les mesures nécessaires pour prévenir ou pour réprimer les actes attentatoires dont seraient auteurs ses propres agents, ses représentants ou ses émanations.

46. Arrêt du 13 février 2003.

On peut, à juste titre, douter que, d'un point de vue strictement juridique, il y ait nécessité de recourir à la théorie des obligations positives pour mettre en jeu la responsabilité des Etats parties dans de telles hypothèses. Commise par des dépositaires de la puissance publique, la violation de la Convention résultera à l'évidence d'une ingérence de l'Etat. Rechercher si un autre dépositaire de cette même puissance, le législateur ou le pouvoir exécutif par exemple, n'a pas agi pour empêcher la commission de l'infraction apparaît objectivement comme superfétatoire, car il n'est pas besoin d'une telle recherche pour constater le manquement au texte européen.

La Cour a cependant jugé nécessaire d'en passer par là et a énoncé une série d'obligations d'action à la charge de l'Etat, et ce sur la base d'un principe dont on trouve l'un des plus clairs énoncés dans l'arrêt *Assanidzé c. Géorgie*⁴⁷ : « La Convention », souligne la Haute juridiction, « ne se contente pas d'astreindre les autorités suprêmes des Etats contractants à respecter elles-mêmes les droits et libertés qu'elle consacre ; elle implique aussi qu'il leur faut, pour en assurer la jouissance, empêcher ou corriger la violation aux niveaux inférieurs. Les autorités supérieures d'un Etat ont le devoir d'imposer à leurs subordonnés le respect de la Convention et ne sauraient se retrancher derrière leur impuissance à la faire respecter ».

47. Arrêt du 8 avril 2004.

Typologie des obligations positives : le substantiel et le procédural

Une autre distinction fondamentale opérée par le juge européen est celle qu'il établit entre obligations « procédurales » et obligations « substantielles »⁴⁸.

Le critère de différenciation paraît résider ici plutôt dans le contenu de l'action qui est attendue de l'Etat⁴⁹. Les obligations substantielles sont alors celles qui commandent les mesures de fond nécessaires à la pleine jouissance des droits garantis : par exemple fixer les règles adéquates d'encadrement des interventions de la police, interdire les mauvais traitements ou le travail forcé, aménager les prisons, reconnaître juridiquement l'état de transsexuel, intégrer les normes de la Convention dans les procédures d'adoption ou plus largement dans le droit de la famille, etc.⁵⁰ Quant aux obligations procédurales, ce sont celles qui appellent l'organisation des procédures internes en vue d'assurer une meilleure protection des personnes, celles qui commandent finalement l'aménagement de remèdes adéquats aux violations des droits. C'est dans cette perspective que se trouvent consacrés le

48. On la retrouve explicitement dans l'arrêt, *Öneriyıldız c. Turquie*, GC, 30 novembre 2004, §§ 97 et s.

49. Même si, il est vrai, la Cour insiste tout particulièrement sur le fait que l'obligation positive vise à « prévenir » et à « réprimer », à « empêcher » et à « corriger » (*Assanidzé c. Géorgie*, § 146) les violations de la Convention, on ne peut faire de cette distinction – qui tient essentiellement au but poursuivi – la clef de compréhension de la distinction entre obligations substantielles et procédurales. Les premières ne poursuivent pas nécessairement, dans tous les cas, un objectif de prévention et les secondes ne se cantonnent pas aux mesures de répression.

50. Voir *infra*, p. 46, pour plus de détails.

droit des personnes (alléguant d'une violation de leurs droits) à une enquête effective, mais aussi, plus largement, le devoir de l'Etat de se doter d'une législation pénale à la fois dissuasive et efficace, ou encore, dans le contexte particulier de l'article 8, l'exigence de participation des parents aux procédures pouvant affecter leur vie familiale (procédures d'adoption, de placement d'enfants, de détermination des droits de garde ou de visite, etc.)⁵¹.

En pratique, le jeu des obligations dont il s'agit apparaît plutôt comme complexe. On observera que leur combinaison a permis d'élargir considérablement le spectre du contrôle européen. Les cas-types suivants permettent de donner une idée de la richesse des interactions entre obligations substantielles et procédurales, et d'illustrer – sans l'épuiser – la formidable ressource que celles-ci constituent pour le juge européen.

Le cas le plus fréquent est celui dans lequel le respect d'une disposition donnée de la Convention va s'apprécier successivement sur les deux plans, c'est-à-dire se prêter à un double contrôle. Ici, le juge, pour autant que les parties lui en donnent les moyens à travers la formulation de leurs griefs, ne se contentera pas de rechercher s'il y a méconnaissance du droit substantiel (par exemple le droit au bien) ; il vérifiera aussi si les autorités nationales ont procédé à une enquête effective sur les faits dénoncés comme attentatoires au droit ou s'ils offraient des recours internes utiles à la ou aux victime(s) présumée(s). Et il pourra retenir la

violation de la disposition invoquée – ici l'article 1 du Protocole n° 1, première phrase – sur un seul plan ou sur les deux.

Mais le respect ou non de l'exigence procédurale pourra aussi jouer un certain rôle dans l'appréciation des allégations de violation du droit substantiel. Un exemple en est fourni par l'arrêt *Tanis et autres c. Turquie*⁵², dans lequel la Cour a tiré argument notamment des carences de la procédure judiciaire interne et du manque de diligence des autorités dans la conduite d'une enquête pour conclure qu'il avait été porté atteinte à la vie d'une personne disparue.

Le défaut d'une action procédurale requise de l'Etat – diligenter une enquête effective par exemple – pourra par ailleurs conduire la Cour à retenir la responsabilité de l'Etat à la fois pour violation du droit substantiel et pour manquement à son obligation procédurale. C'est là une hypothèse particulière que l'on rencontre dans le cadre de l'application de l'article 3 depuis l'arrêt *Kurt c. Turquie*⁵³. Ici, l'absence d'enquête effective constitue déjà *en soi* un manquement. Mais lorsqu'elle est subie par les proches d'une personne disparue, elle pourra, *en plus*, s'analyser en un traitement inhumain et/ou dégradant.

On doit enfin ajouter que la démultiplication des motifs de contrôle résulte également de la conception de plus en plus exigeante des obligations positives procédurales que développe le juge européen ; conception qui aboutit à transposer dans le cadre

51. Voir aussi *infra*, p. 46, pour plus de détails.

52. Arrêt du 2 août 2005.

53. Arrêt du 25 mai 1998.

des dispositions substantielles de la Convention les exigences des articles 6 § 1 et 13, mais sans que ces derniers deviennent inapplicables pour autant. Ceci conduit souvent à ce qu'un seul et même grief soit successivement examiné des deux points de vue et que la violation de la Convention soit relevée dans les deux cas. Ce jeu en cascade des obligations procédurales est parfaitement illustré par l'arrêt *Tanis* précité. Dans cet arrêt, le respect ou non de ces obligations a été, comme il a été déjà relevé, examiné dans le cadre de l'appréciation du bien-fondé du grief d'atteinte au droit à la vie, mais aussi et successivement au titre des obligations procédurales (obligation d'enquête pour l'essentiel) découlant de l'article 2, au titre des mauvais traitements (à l'égard des proches) prohibés par l'article 3 et, enfin, sur le terrain de l'article 13. Et il est intéressant de noter que la Cour a prononcé un constat de violation dans tous les cas.

Contrôle du respect des obligations positives

Si l'on en croit la Cour, le contrôle des obligations positives ne présente guère de spécificité. Cela a été affirmé d'abord dans le contexte de l'article 8, en ces termes tirés de l'arrêt *Powell et Rainer c. Royaume-Uni*⁵⁴ :

Que l'on aborde l'affaire sous l'angle d'une obligation positive, à la charge de l'Etat, d'adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits que les requérants puisent dans

54. Arrêt du 24 janvier 1990, § 41. Cet arrêt vient systématiser les acquis des arrêts *Rees c. Royaume-Uni* (25 septembre 1985), *Leander c. Finlande* (26 mars 1987), *Gaskin c. Royaume-Uni* (23 juin 1989).

*le paragraphe 1 de l'article 8, ou sous celui d'une « ingérence d'une autorité publique », à justifier sous l'angle du paragraphe 2, les principes applicables sont assez voisins. Dans les deux cas, il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble; de même, dans les deux hypothèses l'Etat jouit d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer les dispositions à prendre afin d'assurer le respect de la Convention. En outre, même pour les obligations positives résultant du paragraphe 1, les objectifs énumérés au paragraphe 2 (...) peuvent jouer un certain rôle dans la recherche de l'équilibre voulu ». On observera que le principe ainsi énoncé de l'unité du contrôle européen fait figure désormais de principe général, applicable quelle que soit la disposition considérée. Cela est confirmé de manière éclatante par l'arrêt *Broniowski c. Pologne*⁵⁵, dans lequel la juridiction européenne se livre à l'examen global, au regard de l'article 1^{er} du Protocole n° 1, d'une situation interne qui relevait selon elle autant de la problématique de l'ingérence dans l'exercice d'un droit (le droit au bien en l'occurrence) que de celle de l'abstention préjudiciable.*

Mais si tel est bien le principe, la pratique est plus nuancée. Tout d'abord, l'esprit qui préside au contrôle n'est pas tout à fait le même, en raison de la nature même des obligations dont il s'agit, du fait qu'elles amènent la Cour à prescrire des mesures à prendre par l'Etat, et non seulement à examiner la licéité d'une abstention.

55. Arrêt précité, note 35.

Or l'on sait que la Cour juge habituellement que le caractère subsidiaire du mécanisme européen commande de laisser aux Etats parties le choix des moyens propres à assurer sur leur territoire le respect de la Convention⁵⁶ et, partant, le pouvoir d'arbitrer entre les « besoins et ressources de la communauté et des individus »⁵⁷. Obligée d'intervenir dans ce « domaine réservé » des autorités nationales lorsqu'il s'agit d'obligations positives, elle procédera donc avec une circonspection que l'on ne retrouve que rarement dans le cadre du contrôle des obligations négatives, et veillera en particulier « à ne pas imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif »⁵⁸. Il en résulte que, par la force des choses, les Etats disposent ici d'une marge d'appréciation qui, bien que variable en fonction des espèces, est plus étendue.

56. Voir à cet égard l'arrêt *Stjerna c. Finlande* (24 octobre 1994) dans lequel la Cour indique qu'elle « n'a point pour tâche de se substituer aux autorités finlandaises compétentes pour définir la politique la plus opportune en matière de réglementation de changement des patronymes en Finlande » (§ 39) ; ou encore l'arrêt *Powell et Rayner* (précité) où elle souligne qu'il ne lui appartient pas « de se substituer aux autorités nationales pour apprécier en quoi pourrait consister la politique optimale en ce domaine social et technique difficile » (§ 44). Systématisant ses différentes prises de position en la matière, la Grande Chambre énonçait dans le récent arrêt *Hatton et autres c. Royaume-Uni* (8 juillet 2003) : « La Cour rappelle le rôle fondamentalement subsidiaire du mécanisme de la Convention. Les autorités nationales jouissent d'une légitimité démocratique directe et (...) se trouvent mieux placées que le juge international pour se prononcer sur les besoins et contextes locaux. Lorsque des questions de politique générale sont en jeu, dans lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans un Etat démocratique, il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national » (§ 97).

57. Par exemple, *Johnston et autres c. Royaume-Uni*, 27 novembre 1986, § 55.

58. Par exemple, *Osman c. Royaume-Uni*, 28 octobre 1998, § 116 ; *Kilic c. Turquie*, 28 mars 2000, § 63 ; *Denizci et autres c. Chypre*, 23 juillet 2001, § 375.

Quoiqu'il en soit, le juge européen a dû se forger une méthode spécifique pour le contrôle du respect des obligations positives, faute de pouvoir appliquer intégralement celles prévues par la Convention pour le contrôle des ingérences⁵⁹. Pour élaborer la première, elle s'est, il est vrai, fortement inspirée des secondes, mais cela ne va finalement pas plus loin que l'inspiration. Cette méthode, c'est celle du « juste équilibre ». Comme la Cour le rappelle itérativement, depuis l'arrêt *Affaire linguistique belge*⁶⁰, il lui faut rechercher « le juste équilibre à ménager entre la sauvegarde de l'intérêt général de la communauté et le respect des droits fondamentaux de l'homme ».

Cette méthode va conduire le juge européen à s'intéresser principalement aux justifications de l'abstention des autorités nationales, à l'intérêt public qui la sous-tend. Le premier palier du contrôle consistera en l'appréciation du caractère pertinent des motifs invoqués par l'Etat, c'est-à-dire de leur caractère d'intérêt général légitime. Cet examen n'est pas fait dans tous les cas mais il est sous-jacent. Preuve en est que dans certaines affaires, la Cour juge utile de se prononcer sur ce point. Ainsi par exemple dans l'affaire *Gaskin c. Royaume-Uni*, où elle a considéré que le motif invoqué par l'Etat à l'appui de son inaction, à savoir le caractère confiden-

59. Celle qui s'opère principalement – mais pas seulement – sur la base des paragraphes 2 des articles 8 à 11 qui conduisent la Cour à examiner successivement si, (1) l'ingérence est prévue par la loi, (2) si elle poursuit un des buts légitimes énoncés par ces dispositions, telle la sûreté publique (à noter que ces buts varient suivant la disposition considérée), (3) si l'ingérence est proportionnée au but poursuivi.

60. Précité.

tiel des pièces du dossier auxquels le requérant souhaitait accéder, « contribuait à la bonne marche du système d'assistance à l'enfance et, dans cette mesure, tendait à une fin légitime: il protégeait les droits non seulement des personnes à l'origine de ces pièces (« informateurs »), mais aussi des enfants ayant besoin d'aide »⁶¹. Plus récemment, dans l'arrêt *Odièvre c. France*, elle a jugé que la législation nationale dont l'application avait empêché le requérant d'avoir accès aux informations relatives à ses origines poursuivait un but légitime d'intérêt général⁶².

La seconde étape du contrôle, qui est sans conteste la plus importante, va amener la Cour à apprécier le caractère adéquat de l'attitude de l'Etat. Cette appréciation présente une analogie certaine avec le contrôle de la nécessité et de la proportionnalité des mesures restrictives. C'est en tout cas ici que se joue le sort du « juste équilibre ». Celui-ci résultera de l'examen combiné par la Cour de différents facteurs : l'importance de l'intérêt public en cause et la marge d'appréciation de l'Etat, l'état du droit et de la pratique des Etats parties sur la question en considération – par exemple en matière de reconnaissance juridique du transsexualisme⁶³ ou encore en matière de répression du viol⁶⁴ –, l'importance du droit en cause, l'exigence de protection des droits des tiers, le comportement de la victime, etc. On observera que cet

61. Arrêt du 23 juin 1989, § 43.

62. Arrêt du 17 février 2003, spéc. § 45.

63. Sont particulièrement topiques à cet égard les arrêts *Rees*, *Cossey*, *X, Y et Z* (précités), *B c. France* (24 janvier 1992), *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni* (30 juillet 1998) et *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* (11 juillet 2002).

64. Très significatif à cet égard : *M.C. c. Bulgarie*, 4 décembre 2003.

examen comporte une large part de mystère qui explique la variabilité des décisions de la juridiction européenne, naviguant en permanence entre audace et retenue. Il est en tout cas loin d'être aussi rigoureux que celui fondé sur les paragraphes 2 des articles 8 à 11. Néanmoins, il importe de souligner que cette appréciation est nécessairement évolutive, non seulement parce qu'elle prend en compte les évolutions sociales, mais aussi et surtout parce que, comme le rappelle la Cour dans l'arrêt *Siliadin c. France* (précité) en paraphrasant son arrêt *Selmouni c. France*⁶⁵ :

*le niveau d'exigence croissant en matière de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales implique, parallèlement et inéluctablement, une plus grande fermeté dans l'appréciation des atteintes aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques*⁶⁶.

Bien entendu, la démarche qui vient d'être présentée ne vaut que pour autant que nous avons affaire aux droits auxquels des restrictions sont permises par la Convention. Il en ira nécessairement autrement des autres, en particulier des articles 2, 3 et 4. Il n'en demeure pas moins que l'essentiel n'est pas affecté : ce sont les modalités qui seront différentes, pas le principe d'un contrôle analogue dans son esprit à celui des manquements par ingérence. Pour en prendre la mesure, on renvoie aux développements qui vont suivre.

65. Arrêt du 28 juillet 1999. Dans le même sens, *Hénaf c. France*, 27 novembre 2003, § 56.

66. § 148 de l'arrêt *Siliadin* (précité, p. 7).

De la même manière on doit signaler que le principe du « juste équilibre » ne gouverne que de très loin, voire pas du tout, l'examen des manquements allégués à certaines obligations procédurales, spécialement à celles qui ont trait à la conduite des procédures internes⁶⁷. En la matière, aucune justification ne paraît

avoir grâce aux yeux de la Cour et celle-ci ne semble laisser aucune marge d'appréciation aux Etats.

67. Obligation d'aménager une procédure civile ou pénale, et donc de légiférer, relève quant à elle de la problématique exposée plus haut.

II. La protection de la vie et de l'intégrité des personnes

Assurément, le droit à la vie et à l'intégrité personnelle constitue, ainsi que le droit à la vie privée et familiale, un terrain privilégié de développement des obligations positives. La place éminente de ce droit, droit intangible comme on sait, s'en trouve incontestablement confortée.

Si le droit à la vie fait l'objet d'un article déterminé de la Convention (l'article 2), le droit à l'intégrité s'inscrit dans des dispositions multiples. L'article 3 protège contre la torture, les traitements ou peines inhumains ou dégradants. Elle est, en la matière, la principale disposition, ne serait-ce qu'en regard au contentieux généré. On ne saurait pour autant négliger l'article 4. Celui-ci énonce l'interdiction de l'esclavage, de la servitude et du travail forcé, qui est une forme particulière d'atteinte à l'intégrité de la personne. On doit par ailleurs mentionner l'article 8 qui, bien qu'il protège le droit à la vie privée et familiale, a été interprété par la Cour, en particulier dans la dimension « vie privée », comme protégeant contre certaines formes d'atteintes à l'intégrité physique, tel le viol.

Ces trois articles sont, pour les Etats parties, le support d'obligations positives, tant substantielles que procédurales.

Les obligations substantielles

S'il est un élément qui distingue l'article 2 des autres articles cités précédemment, c'est bien le fait qu'il mette expressément à la charge des parties une obligation positive substantielle. Son paragraphe 1^{er} énonce en effet que « le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi »⁶⁸. On en rapprochera l'article 8 dans la mesure où il prescrit le « respect » de la vie privée, terme qui est interprété par l'instance juridictionnelle européenne comme impliquant le devoir de prendre des mesures positives. Pour les articles 3 et 4, qui formulent avant tout des interdictions, l'affirmation d'un tel devoir est exclusivement d'origine prétorienne.

68. Souligné par nous.

La protection de la vie par la loi

Selon une jurisprudence constante, « la première phrase de l'article 2 § 1 astreint l'Etat non seulement à s'abstenir de provoquer la mort de manière volontaire et irrégulière, mais aussi à prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction »⁶⁹. Il incombe dans ces conditions aux autorités nationales le « devoir primordial d'assurer le droit à la vie en mettant en place une législation pénale concrète dissuadant de commettre des atteintes contre la personne », mais aussi celui « de prendre préventivement des mesures d'ordre pratique pour protéger l'individu dont la vie est menacée par les agissements criminels d'autrui »⁷⁰. Ce devoir n'est toutefois pas absolu. La Cour estime devoir prendre en compte à la fois les difficultés propres à l'accomplissement des fonctions de la police, les choix opérationnels effectués par les autorités nationales et l'imprévisibilité du comportement humain. Aussi, comme elle l'a établi dès l'arrêt *Osman c. Royaume-Uni*, « toute menace présumée contre la vie n'oblige pas les autorités, au regard de la Convention, à prendre des mesures concrètes pour en prévenir la réalisation »⁷¹.

Cette obligation de protection est assumée par l'Etat dans diverses hypothèses : lorsque la mort est infligée par des agents de l'Etat, lorsqu'elle résulte de la réalisation de risques nés de l'activité des autorités publiques, lorsqu'elle est infligée par des tiers, ou encore

69. En premier lieu, l'arrêt *LCB c. Royaume-Uni*, 9 juin 1998, § 36.

70. *Osman c. Royaume-Uni*, 28 octobre 1998, § 115.

71. § 116 de l'arrêt.

par la victime à elle-même. Avant d'examiner ces cas, il convient de noter que certains éléments sont exclus du champ d'application de l'article 2 § 1.

Les éléments exclus de l'obligation positive de protection de la vie

Le droit de mourir

S'il est entendu que le droit à la vie est essentiellement positif en ce sens qu'il astreint l'Etat à protéger les personnes contre l'infliction de la mort, peut-on considérer qu'il comporte aussi un aspect négatif, qui obligerait les autorités nationales à prendre des mesures positives pour aider une personne à mettre fin à sa vie ? Telle était la question posée dans l'affaire *Pretty c. Royaume-Uni*⁷². La Cour y a résolument répondu par la négative.

M^{me} Pretty était une personne atteinte d'une maladie neurodégénérative progressive – une sclérose latérale amyotrophique – qui avait évolué très rapidement au point que l'intéressée était totalement paralysée et incapable de s'alimenter par elle-même. Dans la mesure où il n'existait pas de traitement spécifique, elle était certaine de mourir au bout de quelques mois. Il était acquis aussi que cette mort surviendrait après d'horribles souffrances et la perte de sa dignité par M^{me} Pretty. Aussi avait-elle décidé d'un commun accord avec son époux que celui-ci lui donnerait la mort avant cette échéance. Le droit anglais punissant un tel acte, M^{me} Pretty avait alors souhaité obtenir de son vivant l'impunité pour son mari

72. Arrêt du 29 juillet 2002.

et avait sollicité des autorités judiciaires compétentes l'engagement de ne pas poursuivre ce dernier. Il lui fut opposé un refus qui fut confirmé par les juridictions anglaises.

Devant la Cour, M^{me} Pretty arguait pour l'essentiel, sur le terrain de l'article 2, que ce refus enfreignait l'obligation positive de protéger le droit de choisir de cesser de vivre, droit qui, selon elle, imposait dans les circonstances de la cause de l'autoriser à mettre fin à ses jours par le moyen qu'elle voudrait. Cette argumentation a été rejetée par la juridiction européenne. Celle-ci a en effet jugé que le droit à la vie garanti par l'article 2 ne saurait « s'interpréter comme comportant un aspect négatif » et « qu'il n'est pas possible (d'en) déduire un droit à mourir, que ce soit de la main d'un tiers ou avec l'assistance d'une autorité publique »⁷³. Partant, l'article 2 n'a pas été, du point de vue de la Cour, violé. Il suit de là que le droit à la vie ne comporte pas de dimension négative et que l'Etat n'assume pas d'obligation positive à cet égard.

Le droit à la vie du fœtus

S'est posée également devant la Cour la question de savoir à partir de quand la vie était protégée par la Convention et si l'article 2, en ce compris les obligations positives qui s'y rattachent, était applicable au fœtus. Cette question a été examinée, et évacuée, successivement dans les arrêts *Boso c. Italie*⁷⁴ et *Vo c. France*⁷⁵. La première affaire soulevait le problème de l'interruption volontaire

73. §§ 39 et 40 de l'arrêt.

74. Arrêt du 5 septembre 2002.

75. Arrêt du 8 juillet 2004.

de grossesse au regard de l'article 2. La seconde était plus complexe. Il s'agissait de savoir si les dispositions du droit pénal français s'appliquant en cas d'erreur médicale entraînant un avortement non désiré étaient conformes aux exigences de la Convention, question procédurale sur laquelle on reviendra plus loin. Mais, au final, la Cour était aussi appelée à dire si l'avortement – forcé en l'occurrence – pouvait s'analyser en une atteinte au droit à la vie du fœtus. Dans les deux cas, elle s'est refusée à trancher, estimant que la détermination du début de la vie doit, compte tenu de la diversité des conceptions et des cultures juridiques qui prévalent en Europe, relever d'une marge d'appréciation des Etats qu'elle qualifie par ailleurs de « large pouvoir discrétionnaire »⁷⁶. Autrement dit, en l'état actuel du droit, le fœtus ne saurait, du point de vue de la Convention, être considéré comme une personne juridique protégée et à l'égard de laquelle l'Etat assumerait des obligations. Mais, assez curieusement, ce constat n'a pas empêché le juge européen d'examiner les griefs de manquement aux obligations procédurales découlant de l'article 2. Il y a là assurément une incohérence de la jurisprudence. Mais tel est l'état du droit.

La protection s'imposant dans le cadre de l'action des forces publiques

En principe, lorsqu'une personne est tuée par des agents de l'Etat, notamment lors d'opérations de police ou des forces de sécurité, la

76. Arrêt *Vo c. France*, § 125.

responsabilité de l'Etat est engagée pour manquement à son devoir de non-ingérence. A ce devoir négatif, la jurisprudence est venue ajouter une obligation positive qui tient essentiellement à l'encadrement des opérations de ce type. On notera que cette obligation ne joue pas de manière autonome, mais qu'elle intervient dans le cadre du contrôle de nécessité que met en œuvre le juge européen dans de telles circonstances. Elle présente deux implications majeures.

La première est que l'Etat se doit d'aménager son ordre juridique de manière à encadrer strictement l'action des forces de l'ordre et d'en permettre le contrôle efficace.

Si l'absence d'un tel aménagement est un argument récurrent des requérants depuis l'affaire *McCann c. Royaume-Uni*⁷⁷, on doit constater qu'il n'a pu prospérer que récemment. Dans l'affaire *McCann*, la Cour avait estimé que « la Convention [n'obligeait] pas les Parties contractantes à incorporer ses dispositions dans leur système national », et que « le rôle des institutions de la Convention ne [consistait] pas à examiner dans l'abstrait la compatibilité des dispositions législatives ou constitutionnelles internes avec les exigences de la Convention »⁷⁸. Cette réticence fut partiellement surmontée dans l'arrêt de Chambre *Nachova et autres c. Bulgarie*⁷⁹, mais c'est surtout avec l'arrêt *Makaratzis c. Grèce*⁸⁰ que la Cour s'en est totalement affranchie. En l'espèce, le conducteur d'une voiture

avait été tué par balles par les forces de police au cours d'une course-poursuite pendant laquelle celles-ci avaient usé à profusion d'armes automatiques (revolvers, pistolets, mitraillettes). Tout en convenant, vu les circonstances, de la légitimité du recours à l'usage de la force meurtrière, la juridiction européenne n'en a pas moins considéré que cet usage avait été, dans le cas d'espèce, excessif et que cet excès était, au-delà des facteurs liés à l'opération elle-même, dû à la carence du cadre juridique, lequel ne réglementait pas l'usage des armes à feu par les forces de l'ordre. Pour la Cour, en effet, « le non-encadrement par des règles et l'abandon à l'arbitraire de l'action des agents de l'Etat sont incompatibles avec un respect effectif des droits de l'homme. Cela signifie que les opérations de police, en plus d'être autorisées par le droit national, doivent être suffisamment bornées par ce droit, dans le cadre d'un système de garanties adéquates et effectives contre l'arbitraire et l'abus de la force, et même contre les accidents inévitables »⁸¹.

Ces principes ont été, par la suite, intégralement confirmés par la Grande Chambre, statuant dans l'affaire *Nachova*⁸². Les juges européens sont même allés plus loin et ont énoncé une obligation de formation adéquate des membres des services de police et de sécurité : ceux-ci « doivent être formés pour être à même d'apprécier s'il est ou non absolument nécessaire d'utiliser les armes à feu, non seulement en suivant la lettre des règlements pertinents mais

77. Arrêt du 5 septembre 1995

78. § 153 de l'arrêt.

79. Arrêt du 26 février 2004.

80. Arrêt du 20 décembre 2004.

81. § 58 de l'arrêt.

82. Arrêt du 6 juillet 2005.

aussi en tenant dûment compte de la prééminence du respect de la vie humaine en tant que valeur fondamentale »⁸³.

L'encadrement des opérations de police implique, en second lieu, que de telles opérations soient préparées et contrôlées, « de façon à réduire au minimum, autant que faire se peut, le recours à la force meurtrière »⁸⁴. Cette exigence conduit généralement la Cour à examiner « de façon extrêmement attentive » le contexte général de l'opération, le dispositif mis en place et les mesures prises, les ordres donnés et les informations fournies aux agents sur le terrain et plus largement les liens entre ceux-ci et la hiérarchie, la conduite des opérations, etc. Si des lacunes sont constatées, elle conclura inévitablement qu'il n'y avait pas « nécessité absolue » du recours à la force au sens du paragraphe 2 de l'article 2 de la Convention et, partant, qu'il y a violation de cette disposition⁸⁵.

La protection vis-à-vis des risques nés de l'action des pouvoirs publics

La responsabilité de l'Etat peut également se trouver engagée pour défaut de prévention en cas de réalisation d'un risque de mort lié aux activités des pouvoirs publics ou s'inscrivant dans le cadre d'une politique publique. La Cour a eu à en connaître dans plusieurs hypothèses.

83. § 97 de l'arrêt.

84. *McCann*, précité, p. 24, § 194.

85. En ce sens, *Ergi c. Turquie*, 28 juillet 1998 ; *Nachova et Makaratzis*, précités, p. 24. En sens inverse, pour un constat de non violation, *McCann*, précité, p. 24.

Les arrêts *L.C.B. c. Royaume-Uni*⁸⁶ et *Öneryıldız c. Turquie*⁸⁷ illustrent l'hypothèse où l'activité dangereuse est gérée directement par la puissance publique. La première affaire concernait des essais nucléaires pratiqués par le gouvernement britannique. La requérante, fille d'un soldat ayant servi sur l'île de Christmas à la période des essais, reprochait au Royaume-Uni d'avoir omis d'informer son père sur les doses de radiation subies par lui à cette époque et sur les conséquences prévisibles, ce qui eut permis de diagnostiquer sa maladie plus tôt et de la traiter. Dans la seconde espèce, la Cour était saisie des suites mortelles d'une explosion dans une décharge publique gérée par une municipalité. Pour la Haute juridiction, dans de telles circonstances – où les autorités publiques se livrent elles-mêmes à des activités dangereuses –, elles sont tenues à certains devoirs pour sauvegarder la vie des personnes. Le premier est d'adopter une réglementation adaptée, qui régisse l'autorisation de l'activité, sa mise en place, son exploitation, la sécurité et le contrôle de ladite activité, et qui impose à toute personne concernée d'adopter les mesures pratiques nécessaires⁸⁸. Le second est d'informer le public sur les risques encourus⁸⁹. Pour autant, la responsabilité de l'Etat ne sera retenue dans les deux cas, et en particulier s'agissant de l'obligation d'information, que s'il apparaît que les autorités connaissaient ou auraient dû connaître les risques et qu'elles n'ont pas agi⁹⁰. Dans l'affaire

86. Arrêt du 9 juin 1998.

87. Arrêt du 9 juin 1998 ; l'arrêt de la Grande Chambre a été rendu le 6 juillet 2005.

88. Arrêt *Öneryıldız c. Turquie*, GC, § 90.

89. *Ibid.*

90. A cet égard voir en particulier l'arrêt *L.C.B.*

II. La protection de la vie et de l'intégrité des personnes

Öneryıldız cette condition était indubitablement remplie. Dès lors, le juge européen a estimé que le gouvernement turc n'était pas fondé à invoquer la faute de la victime, et encore moins un intérêt légitime qui aurait consisté à respecter le domicile et la vie des personnes.

Dans l'affaire *Mastromatteo c. Italie*⁹¹, c'est la politique de réinsertion des personnes détenues qui était en cause. Le requérant faisait en effet valoir qu'elle était à l'origine de la mort de son fils. Celui-ci avait en effet été abattu par des personnes condamnées à la détention pour crime, et ce lors d'une permission de sortie décidée par le juge d'application des peines. Ce recours posait d'abord la question de savoir si une politique de réinsertion sociale des personnes condamnées à une peine d'emprisonnement pouvait, en soi, engager la responsabilité d'un Etat partie. La réponse de la Cour est implicitement positive. Elle a en effet examiné attentivement la législation italienne en la matière, avant de conclure qu'elle ne méconnaissait pas les exigences de la Convention. Toutefois, même si le juge européen ne le dit pas explicitement, il semble bien qu'en la matière les Etats disposent d'une large marge d'appréciation. La seconde question était de savoir si des négligences commises ou un manque de précaution dans la mise en œuvre des décisions de sortie ou d'application d'un régime de semi-liberté pouvait constituer un manquement à l'article 2. Ici aussi, la réponse est à l'évidence affirmative. Les autorités nationales

91. Arrêt du 24 octobre 2002.

doivent, dans un cas comme celui-ci, « faire tout ce que l'on [peut] raisonnablement attendre d'elles pour empêcher la matérialisation d'un risque certain et immédiat pour la vie, dont elles ont ou devraient avoir connaissance »⁹². Elles sont tenues à un devoir de diligence qui n'était pas, de l'avis de la Cour, enfreint en ce cas précis et ce, parce que rien ne laissait prévoir qu'une fois sortis, les détenus en cause commettraient les crimes qu'ils ont commis et, en particulier, porteraient atteinte à la vie du fils du requérant.

La dernière hypothèse – connue par la Cour – a trait à la politique de santé. La Cour a souligné, notamment dans les affaires *Calvelli et Ciglio c. Italie*⁹³ et *Vo c. France*⁹⁴, que les principes dégagés dans l'arrêt *L.C.B.* s'appliquaient aussi au domaine de la santé publique, et qu'ici, ils impliquaient principalement une intervention juridique de l'Etat, pour « la mise en place d'un cadre réglementaire imposant aux hôpitaux, qu'ils soient publics ou privés, l'adoption de mesures propres à assurer la vie et la protection de leurs malades »⁹⁵.

Avec ces derniers arrêts, on le voit bien, on glisse progressivement de la responsabilité pour risque généré vers une responsabilité plus large pour le fait de tiers.

92. § 74 de l'arrêt.

93. Arrêt du 17 janvier 2002

94. Arrêt du 8 juillet 2004.

95. Respectivement, §§ 49 et 89 des arrêts.

La protection à l'égard des tiers

L'obligation pour l'Etat de protéger l'individu dans ses relations avec autrui a été consacrée par la Cour dès l'arrêt *Osman c. Royaume-Uni*⁹⁶. Cette affaire lui a d'ailleurs permis de fixer les critères applicables. Ils sont au nombre de trois et amènent à se poser les questions suivantes : la victime était-elle menacée de manière réelle et immédiate ? Les autorités le savaient-elles ou auraient-elles dû le savoir ? Ont-elles pris des mesures raisonnables pour faire face à ce risque ? La responsabilité de l'Etat sera retenue s'il peut être répondu affirmativement à ces trois questions. Mais, qu'une seule des réponses soit négative, et la juridiction européenne conclura à l'absence de violation de l'article 2.

Ce fut le cas précisément dans l'affaire *Osman*. Les requérants se plaignaient de ce que leur mari et père avait été tué par le professeur du fils de celui-ci. Compte tenu de « l'affection particulière », et exclusive que nourrissait l'enseignant pour son élève et des nombreux démêlés qu'il avait eus avec la famille Osman⁹⁷ et dont la police avait été informée⁹⁸, ils estimaient que la famille aurait dû bénéficier d'une protection particulière de la part des autorités. La

96. Arrêt du 28 octobre 1998.

97. Cet enseignant avait notamment menacé un collègue de l'élève Osman qu'il soupçonnait de vouloir entraver sa relation avec celui-ci, avait volé le dossier scolaire de M. Osman, était vraisemblablement l'auteur de graffitis obscènes découverts sur un mur près du domicile de la famille, et de dégradations commises contre les biens de celle-ci, avait changé de nom pour prendre celui d'Osman, etc.

98. Le meurtrier lui-même, au moment de son arrestation, s'était écrié : « Pourquoi ne m'avez-vous pas arrêté avant que je ne passe à l'acte ? Je vous ai donné tous les signes avant-coureurs nécessaires » (§ 57).

Cour a relevé que les différents indices fournis par le comportement de l'intéressé ne pouvaient pas laisser présager qu'il attenterait à la vie d'un membre de la famille Osman. Et, même si les autorités avaient bien été informées, le risque de mort n'apparaissait pas à l'époque des faits comme suffisamment réel et immédiat. Partant, elle a conclu à l'absence de violation de l'article 2. Elle est parvenue à la même conclusion dans d'autres affaires, telle l'affaire *Denizci c. Chypre*⁹⁹, mais en raison du fait que la police n'avait pas été informée et que, dans les circonstances de l'affaire, en l'absence d'une telle information, les autorités ne pouvaient pas être réputées savoir.

Dans une série d'affaires turques¹⁰⁰, en revanche, la Cour a retenu la responsabilité de l'Etat. Mais les circonstances étaient ici tout à fait singulières. Dans toutes ces affaires, des personnes avaient été tuées par des individus non identifiés dans le Sud-Est de la Turquie, région particulièrement troublée à l'époque et dans laquelle sévissait une contre-guérilla anti-PKK agissant avec l'assentiment des forces de l'ordre au moyen d'assassinats perpétrés contre les personnes soupçonnées d'appartenir à ce parti. Ces pratiques étaient connues de tous même si on n'en connaissait pas précisément les auteurs. La Cour n'a donc pu que constater, d'une part, que le danger était réel et imminent pour les personnes qui apparaissaient comme des activistes ou des sympathisants du PKK et,

99. Arrêt du 23 juillet 2001.

100. *Kaya*, 19 février 1998 ; *Ergi*, 28 juillet 1998 ; *Yasa*, 2 septembre 1998 ; *Cakici*, 8 juillet 1999 ; *Tanrikulu*, 8 juillet 1999 ; *Kiliç*, 28 mars 2000 ; *Mahmut Kaya*, 28 mars 2000 ; *Akkoç*, 10 octobre 2000.

d'autre part, que les autorités devaient avoir connaissance de ce risque. Quant à la réaction de ces dernières, elle a été inexistante. Non seulement aucune mesure positive de protection des personnes n'a été prise dans les zones concernées, mais il était de pratique généralisée que le Procureur n'instruise pas les plaintes portant sur de tels faits.

La prévention du suicide

Se pose également la question de l'applicabilité de l'article 2, paragraphe 1, première phrase de la Convention, au suicide. Sur le principe, on l'a vu, la Cour a jugé que cette disposition n'impliquait pas la reconnaissance d'un droit de mettre fin à sa vie¹⁰¹. Mais en même temps, il ne semble pas, en l'état actuel de la jurisprudence, qu'on puisse l'interpréter comme mettant à la charge de l'Etat l'obligation générale d'empêcher tout suicide dans la société¹⁰². La question ne se posera de manière différente que si la personne considérée se trouve placée sous la surveillance ou sous l'autorité de la puissance publique. Tel est le cas des personnes gardées à vue et des personnes détenues¹⁰³. Tel est le cas aussi, depuis une affaire récente, des personnes effectuant leur service militaire¹⁰⁴. Dans tous ces cas, des individus se trouvent placés par

101. *Pretty*, précité, p. 22.

102. Pour l'analyse de l'empêchement du suicide en termes d'ingérence dans la vie privée, voir le même arrêt, §§ 68 et s.

103. *Tanribilir c. Turquie*, 16 novembre 2000 ; *Keenan c. Royaume-Uni*, 3 avril 2001 ; *Akdogdu c. Turquie*, 18 octobre 2005.

104. *Kilinç c. Turquie*, 7 juin 2005.

l'Etat dans une situation susceptible de les fragiliser ou d'accentuer leur fragilité. C'est dans ces conditions que l'article 2 peut être regardé comme imposant un devoir particulier de vigilance.

S'agissant des personnes détenues, la Cour a jusqu'à présent conclu à l'absence de violation de l'article 2, soit qu'elle ait considéré que les autorités, sachant le risque que la personne attente à sa vie, avaient pris toutes les mesures raisonnables qui s'imposaient (notamment des mesures de surveillance étroite)¹⁰⁵, soit qu'elle ait estimé que rien ne leur permettait de prévoir une telle issue¹⁰⁶. Dans ce dernier cas, elle s'assure néanmoins qu'il n'y a pas eu négligence de la part de ces autorités ou des gardiens¹⁰⁷. Elle se demandera par exemple s'il a été procédé normalement aux formalités de routine (fouille du détenu, enlèvement des objets coupants ou des outils pouvant faire office de corde...), s'il y a eu au minimum surveillance normale, etc.

Le seul cas dont la Cour ait connu à ce jour, s'agissant du suicide d'un appelé (*Kilinç c. Turquie*), a quant à lui conduit à un constat de violation. La Cour a également saisi cette occasion pour compléter sa jurisprudence et la préciser sous l'angle des mesures à prendre par l'Etat. *Primo*, celui-ci doit, non seulement « mettre en place un cadre législatif et administratif visant une prévention efficace », mais aussi adopter « une réglementation adaptée au niveau du risque qui pourrait en résulter pour la vie non seulement du fait de la nature de certaines activités et missions mili-

105. *Keenan*, précité.

106. *Tanribilir et Akdogdu*, précités.

107. *Ibid.*

taires mais également en raison de l'élément humain qui entre en jeu lorsqu'un Etat décide d'appeler sous les drapeaux de simples citoyens ». *Secundo*, il doit prescrire aux autorités militaires d'adopter les « mesures d'ordre pratique visant la protection effective des appelés qui pourraient se voir exposés aux dangers inhérents à la vie militaire et prévoir des procédures adéquates permettant de déterminer les défaillances ainsi que les fautes qui pourraient être commises en la matière par les responsables à différents échelons ». Parmi ces mesures pratiques, doit figurer une réglementation adéquate par les établissements sanitaires chargés du suivi médical des appelés.¹⁰⁸ Le contrôle opéré par la Cour portera ici, pareillement, sur la mesure dans laquelle les autorités connaissaient le risque et, ensuite, sur les mesures de prévention prises. En l'espèce, c'est sur ce dernier terrain que la Turquie a été condamnée.

La prévention des mauvais traitements

La prévention des mauvais traitements est une implication que le juge européen a principalement tirée de l'interdiction de la torture et des traitements ou peines inhumains ou dégradants par l'article 3. Une autre base juridique est l'article 8, dans sa dimension de protection de la vie privée. Mais il s'agit là d'une base complémentaire, voire subsidiaire, qui tend à s'effacer devant l'article 3.

108. §§ 41 et 42 de l'arrêt *Kilinç*.

Le fondement de l'article 3

Il est de jurisprudence constante que,

*combinée avec l'article 3, l'obligation que l'article 1 de la Convention impose aux Hautes Parties contractantes de garantir à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés consacrés par la Convention leur commande de prendre des mesures propres à empêcher que lesdites personnes ne soient soumises à des tortures ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants, même administrés par des particuliers*¹⁰⁹.

Cette exigence comporte des implications tant au plan substantiel que procédural. Dans sa dimension substantielle, elle a été mise en avant pour protéger les personnes les plus vulnérables : pour l'essentiel, les enfants, les détenus et les proches parents des personnes disparues. Quant à la protection qui est assurée aux étrangers, en particulier contre les mesures d'éloignement, il n'en sera pas traité ici. Au demeurant, elle ne relève que marginalement de la problématique des obligations positives. Plus précisément, le contrôle mis en œuvre est un contrôle classique d'ingérence (celui de la mesure d'éloignement ou d'extradition). Et ce n'est qu'au moment de l'appréciation de la proportionnalité de la mesure constitutive de cette ingérence que la Cour sera amenée à indiquer positivement aux Etats ce que la Convention attend d'eux.

109. Notamment *A. c. Royaume-Uni*, 23 septembre 1998.

La protection des mineurs

L'obligation de protéger positivement les mineurs s'impose essentiellement dans la sphère privée, notamment au sein de la famille. Non pas que les violations commises dans la sphère publique n'engagent pas l'Etat. Elles l'engagent certes, mais à raison d'une méconnaissance active des exigences de l'article 3. C'est ce que l'on constate par exemple dans les arrêts *Campbell et Cosans* et *Costello-Roberts*¹¹⁰.

La question de la violation des obligations positives substantielles découlant de l'article 3 se posera en particulier :

- e lorsque la violation a été rendue possible par une législation défaillante, insuffisamment protectrice¹¹¹. C'était le cas dans l'affaire *A. c. Royaume-Uni*¹¹², où le beau-père de la victime, mineure à l'époque des faits, alors même qu'il était établi qu'il battait régulièrement celle-ci, a néanmoins, conformément à la loi anglaise qui prévoit l'excuse du « châtiment raisonnable », été acquitté par le juge.
- e lorsque, alors que la loi est suffisamment protectrice, les autorités ont été informées des mauvais traitements, mais sont restées passives, n'ont pas réagi de manière efficace ou n'ont

110. Arrêts du 29 janvier 1982 et du 23 février 1993. Les deux requêtes étaient dirigées contre le Royaume-Uni. A noter que la Cour souligne même, dans le second arrêt que « l'Etat ne saurait se soustraire à sa responsabilité en déléguant ses obligations à des organismes privés ou des particuliers », et donc que celle-ci pourrait être engagée sur la base de faits imputables aux responsables d'une école, qu'elle soit publique ou privée.

111. C'est une hypothèse qui, on s'en doute, intéresse aussi la problématique des obligations positives procédurales.

112. Arrêt du 23 septembre 1998.

réagi que tardivement. Ainsi par exemple dans l'affaire *Z. c. Royaume-Uni*¹¹³, où les services sociaux n'ont décidé du placement des enfants maltraités que 4 ans et demi après avoir eu connaissance des pratiques odieuses perpétrées dans le cadre familial.

La protection des personnes privées de liberté

La protection de l'article 3 vise par ailleurs les personnes privées de liberté *lato sensu* : gardés à vue, détenus, internés psychiatriques. On peut même penser que la jurisprudence qui leur est consacrée peut trouver à s'appliquer à d'autres personnes qui, sans être privées de liberté, se trouvent sous la responsabilité de l'Etat ou d'une autre personne publique : mineurs placés par exemple.

Cette protection implique d'abord que les autorités concernées veillent à ce qu'il ne soit pas porté atteinte à l'intégrité de ces personnes par autrui. Les principes applicables ici sont voisins de ceux mis en œuvre dans les arrêts *A.* et *Z.* précités. C'est ainsi que la Roumanie s'est trouvée condamnée par la Cour pour des blessures graves infligées à un détenu par un co-détenu, d'une part parce que toutes les précautions n'avaient pas été prises pour éviter un événement qui était prévisible et, d'autre part, parce qu'informés de l'agression en cours, les gardiens avaient tardé à intervenir¹¹⁴.

Mais, l'innovation jurisprudentielle la plus importante, du point de vue qui nous intéresse ici, est celle qui concerne les conditions

113. Arrêt du 10 mai 2001.

114. *Pantea c. Roumanie*, 3 juin 2003.

de détention¹¹⁵. Celles-ci peuvent entraîner une violation de l'article 3 en tant qu'elles constituent un traitement dégradant. Il convient de préciser d'emblée que l'action du juge européen en faveur de l'amélioration de ces conditions ne s'appuie pas exclusivement sur la théorie des obligations positives. En effet, lorsque la Cour examine une requête sous cet angle, elle prend en compte l'ensemble des faits reprochés, les abstentions mais aussi les interventions du personnel pénitentiaire. Elle procède alors, selon ses propres termes, à une « appréciation globale »¹¹⁶, et prend en compte « l'effet cumulatif de ces conditions, ainsi que les allégations particulières du requérant »¹¹⁷. Cette méthode n'est pas sans lien avec l'objectivation des critères du « traitement dégradant » que l'on constate dans la jurisprudence¹¹⁸. En effet, si traditionnellement la juridiction européenne définissait ce traitement comme celui qui atteint la personnalité de la victime en provoquant chez lui des sentiments de désespoir et d'infériorité et qui vise à l'humilier et à le rabaisser¹¹⁹, ce dernier critère – celui de l'intention –, qui ne peut être rempli la plupart du temps que par des atteintes actives au droit, a été progressivement marginalisé¹²⁰, jusqu'à devenir quasiment non pertinent lorsque sont en cause les conditions de détention.

115. Pour une synthèse de la jurisprudence en la matière, voir *Slimani c. France*, 27 juillet 2004.

116. *Matencio c. France*, 15 janvier 2004, § 89.

117. *Kalashnikov c. Russie*, 15 juillet 2002, § 95.

118. Ce lien est fait par la Cour elle-même dans l'arrêt *Farbutuhs c. Lettonie* du 2 décembre 2004 (§ 58).

119. Par exemple, *Raninen c. Finlande*, 16 décembre 1997.

120. Et ce depuis l'arrêt *Peers c. Grèce* du 19 avril 2001.

Le respect de l'article 8 suppose ici d'abord l'aménagement de conditions matérielles de détention respectueuses de la dignité humaine. La Cour n'a pas fixé elle-même de norme positive en la matière. Mais celles élaborées par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants du Conseil de l'Europe constituent à l'évidence sa référence. Ce que la jurisprudence offre en revanche, c'est une vue assez concrète des situations qui ne répondent pas aux exigences de l'article 3. Une sorte de litanie de l'innommable ! Exemples (parmi d'autres) :

- e situation dans laquelle un détenu est contraint pendant plusieurs mois (deux en l'espèce) de passer une grande partie de la journée sur son lit, dans une cellule dépourvue de fenêtres et de système d'aération, où la chaleur devenait quelquefois insupportable, et où il était obligé d'utiliser les toilettes en présence de son co-détenu¹²¹ ;
- e situation dans laquelle un détenu qui partage une cellule conçue pour huit personnes avec vingt-trois autres personnes, est contraint de partager un lit avec deux autres détenus ce qui implique de dormir à tour de rôle, ce à quoi il faut ajouter l'excès de bruit dans la cellule, la lumière constamment allumée, la présence de rats, l'absence de ventilation d'un local pour fumeurs ...¹²²

121. *Peers*, précité ; voir aussi *Dougoz c. Grèce*, 6 mars 2001.

122. *Kalashnikov c. Russie*, précité.

e situation de surpopulation carcérale (chaque détenu disposant d'un espace d'au plus 2,51 m²) à laquelle s'ajoutent l'insalubrité des cellules (cellule sale, infestée de cafards, poux et punaises, fenêtres obturées) et un confinement presque 24 heures sur 24.¹²³

Il est à observer que l'état du détenu peut entrer en ligne de compte dans l'appréciation des conditions matérielles de détention. La détérioration de son état de santé, la survenance et la fréquence de certaines maladies dues au manque d'hygiène, sont autant d'indicateurs négatifs¹²⁴.

L'aménagement de conditions matérielles de détention respectueuses de la dignité humaine reçoit une déclinaison particulière à travers le devoir pour les Etats d'adapter le milieu carcéral à l'état physique des personnes.

Cela vaut d'abord pour les personnes atteintes d'une maladie ou d'une infirmité graves. Dans l'affaire *Price c. Royaume-Uni*¹²⁵, la Cour a vu un traitement dégradant dans le fait d'avoir détenu une personne handicapée des quatre membres et ayant de graves problèmes rénaux dans des cellules inadaptées, où elle ne pouvait accéder au lit, ni utiliser les toilettes ou procéder aux actes d'hygiène ordinaires sans le secours d'autrui et où, de surcroît, il faisait froid, sachant par ailleurs que l'intéressée pouvait difficile-

ment boire. Dans cette affaire, la Cour a indiqué très clairement que la juridiction de condamnation, les agents du poste de police où M^{me} Price a été détenue dans un premier temps, et les autorités pénitentiaires auraient dû agir : la première en s'assurant de l'existence d'installations adaptées à son grave handicap¹²⁶, et les autres, en la transférant vers une structure adéquate ou en la libérant¹²⁷. S'agissant des obligations des autorités judiciaires, le juge européen a précisé dans l'affaire *Farbtuhs* précitée que lorsqu'elles « décident de placer et de maintenir une telle personne en prison, elles doivent veiller avec une rigueur particulière à ce que les conditions de sa détention répondent aux besoins spécifiques découlant de son infirmité ». La Cour a par ailleurs conclu à la violation de l'article 3 à propos des conditions de détention et de transfert d'une personne gravement malade du cancer¹²⁸, à propos des lacunes constatées dans le traitement d'un détenu malade¹²⁹.

L'âge du détenu est également à prendre en compte dans un tel contexte¹³⁰.

Dans tous les cas, l'article 3 ne fait pas, compte tenu de la jurisprudence actuelle, naître dans le chef de l'intéressé un droit à être libéré. Une telle libération ne s'impose qu'en dernier ressort, lorsqu'il n'existe pas d'autre possibilité. Il est à noter que parfois le

123. *Mayzit c. Russie*, 20 janvier 2005. Pour d'autres exemples, *Nezmerzhitsky c. Ukraine*, 5 avril 2005.

124. En ce sens, par exemple, *Farbtuhs* (précité, p. 31), et *Kehayov c. Bulgarie*, 18 janvier 2005.

125. Arrêt du 10 juillet 2001.

126. Dans l'affaire *Farbtuhs*, précité p. 31.

127. M^{me} Price avait été condamnée à une peine d'emprisonnement de sept jours pour outrage à magistrat commis au cours d'une procédure civile.

128. *Moussel c. France*, 14 novembre 2002.

129. *McGlinchey et autres c. Royaume-Uni*, 29 avril 2003.

130. A cet égard, la décision de la Commission, *Papon c. France* (7 juin 2001), et l'arrêt *Farbtuhs* (précité, p. 31).

juge européen fait appel à la sensibilité « humanitaire » de l'Etat. Mais il faut bien voir que ce faisant, il ne décide pas, mais soumet plutôt une supplique à laquelle celui-ci est libre d'accéder ou pas.

La protection des proches des personnes disparues

Les membres de la famille d'une personne disparue – que cette disparition soit examinée sous l'angle de l'article 2 ou de l'article 3 – peuvent aussi prétendre, depuis l'arrêt *Kurt c. Turquie*¹³¹, à la protection de l'article 3. Cette protection se joue exclusivement sur le terrain des obligations positives. Le moyen utilisé par le juge européen pour parvenir à cette fin est l'obligation d'enquête. Habituellement et en principe, il s'agit là d'une obligation procédurale dont la fonction est d'offrir un remède à la violation d'un droit. De ce point de vue, son application est autonome de la violation de la norme substantielle. Sauf précisément à l'égard du cercle familial dans la seule hypothèse présente. Ici, le manquement à l'obligation d'enquête pourra s'analyser en une violation de la norme substantielle de l'article 3, c'est-à-dire en un traitement dégradant, en un traitement inhumain ou en une torture, selon l'intensité de la souffrance subie. Il faut noter que cette problématique n'a, jusqu'à présent, été mise en œuvre que dans les affaires mettant en cause la Turquie.

Pour établir la douleur du proche, et donc le degré de violation de l'article 3, la Cour prend en compte quatre ordres de facteurs¹³² :

131. Arrêt du 25 mai 1998.

- e le lien entre le requérant et la personne disparue : dans ce contexte la jurisprudence privilégie le lien parents – enfants ;
- e les circonstances de la disparition : les cas les plus défendables devant la juridiction européenne sont ceux où le requérant a assisté à l'arrestation de la personne qui a par la suite « disparue » ;
- e l'attitude du parent : il faut qu'il ait été à la fois diligent et pugnace dans ses démarches auprès des autorités pour obtenir des informations ;
- e et évidemment l'attitude non coopérative ou réfractaire des dites autorités.

Le jeu des articles 3 et 8

Comme déjà noté, l'article 3 n'est pas la seule disposition protégeant les personnes contre des mauvais traitements. La Cour a considéré, dans l'affaire *X. et Y.* d'abord, dans l'affaire *Stubbings* ensuite¹³³, que l'article 8 pouvait remplir le même office lorsque lesdits traitements portent une atteinte grave à l'intimité de la personne. C'est le cas des sévices sexuels et, singulièrement, du viol. Récemment cependant, dans l'affaire *M. C. c. Bulgarie*¹³⁴, la juri-

132. Pour le jeu de ces facteurs, on se reportera, en plus de l'arrêt *Kurt* (précité), notamment aux arrêts *Akdeniz*, 31 mai 2001 ; *Chypre c. Turquie*, 10 mai 2001 ; *Ohran*, 18 juin 2002 ; *Ülkü Ekinci*, 16 juillet 2002, et *Tahsin Acar*, 8 avril 2004 ; *Akdeniz*, 31 mai 2005 ; *Tanis*, 2 août 2005

133. Arrêts du 27 février 1985 et du 24 septembre 1996, sur des requêtes dirigées contre le Royaume-Uni.

134. Arrêt du 4 décembre 2003.

diction européenne a fondé sa décision de condamnation sur les articles 8 et 3 combinés.

Dans ces affaires, la responsabilité des Etats en cause a été retenue pour violation de l'obligation soit d'adoption d'une législation pénale, soit d'interprétation des dispositions pénales en conformité avec les exigences de la Convention. On y reviendra plus loin.

La protection contre la servitude, l'esclavage et le travail forcé

Pour compléter le tableau, on mentionnera l'article 4, lequel interdit la servitude, l'esclavage et le travail forcé. Ainsi que l'a souligné l'instance européenne dans l'arrêt *Siliadin c. France*, cet article, « avec les articles 2 et 3, consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe »¹³⁵. Si l'intérêt de cet arrêt, qui est le premier à délivrer une interprétation consistante de la disposition considérée, se situe surtout sur le terrain des obligations procédurales, la Cour n'en a pas moins consacré le principe de l'existence d'obligations substantielles sur ce fondement. L'espèce ne lui permettait pas d'en préciser la nature. Il faudra donc attendre les décisions ultérieures.

Les obligations procédurales

Dans le but d'assurer la jouissance effective des droits garantis par les articles 2 à 4, la jurisprudence les a assortis d'exigences procédurales. La plus sollicitée est indéniablement l'exigence d'enquête.

135. Arrêt du 26 juillet 2005, § 325.

On observera cependant qu'elle s'intègre dans un devoir plus large, énoncé récemment par la jurisprudence : celui de mettre en place un système judiciaire efficace.

L'obligation d'enquête

Importance et finalité de l'obligation

En imposant aux autorités nationales de diligenter une enquête sur les faits de mort violente ou sur les allégations de torture, le juge européen vise surtout à rendre possible l'engagement de poursuites ou la mise en mouvement de procédures judiciaires qui s'imposent en cas de violation de la Convention. Pour elle en effet, dans ces types d'affaires, ce sont souvent les organes de l'Etat ou ses agents qui détiennent les informations nécessaires au déclenchement utile de telles procédures¹³⁶. Cela ne signifie pas pour autant que cette obligation ne vaut que pour les cas où les faits reprochés sont imputables aux autorités publiques. Elle s'applique aussi lorsque les manquements présumés aux articles 2 et 3 émanent de particuliers¹³⁷. Le but de pareille enquête, ainsi que le souligne de manière récurrente la jurisprudence, est d'assurer la mise en œuvre effective des dispositions protectrices du droit interne et, « lorsque le comportement d'agents ou autorités de l'Etat pourrait être mis en cause, de veiller à ce que ceux-ci répondent » des faits survenus sous leur responsabilité¹³⁸.

136. Notamment *Makaratzis c. Grèce*, 20 décembre 2004.

137. En ce sens, *M.C. c. Bulgarie* précité (article 3).

Le déclenchement de l'enquête

La solution quant au déclenchement de l'enquête variera suivant que les faits litigieux relèvent de l'article 2 ou de l'article 3.

En cas de mort violente ou suspecte, les autorités sont tenues d'agir d'office dès que les faits sont portés à leur attention, sans attendre une plainte formelle des proches¹³⁹.

A l'inverse, sur le terrain de l'article 3, il est constant qu'elles ne sont obligées d'agir qu'à partir du moment où elles ont été saisies par la victime ou par ses proches d'allégations de mauvais traitement. Il est exigé de surcroît que ces allégations soient *défendables*. L'allégation sera considérée comme défendable si elle vise de manière plausible des mauvais traitements dont l'intéressé aurait été victime. Tel n'est pas le cas d'un détenu auquel les autorités pénitentiaires ont infligé une sanction disciplinaire et qui se borne à dénoncer les motifs de la sanction et un simple comportement déplacé des gardiens¹⁴⁰. En revanche, des griefs consignés dans une plainte auprès du Procureur de la République et corroborés par d'autres plaintes soulevant les mêmes griefs et par des mises en

causes par d'autres autorités de l'Etat remplissent assurément cette condition¹⁴¹. Mais la jurisprudence n'est pas si exigeante. La Cour admet parfaitement les dénonciations qui ne s'inscrivent pas dans une procédure strictement juridictionnelle. Dès lors que les reproches sont adressés aux autorités, ils peuvent en principe être présentés sous n'importe quelle forme. Un haut degré de probabilité des mauvais traitements au sens de l'article 3 n'est pas davantage requis. Il arrive que la Cour examine le grief de défaut d'enquête alors même qu'elle a déjà conclu à l'absence de violation substantielle de l'article 3¹⁴², voire même qu'elle retienne le grief dans ces conditions¹⁴³.

Les caractères de l'enquête

Les principes applicables sont ici communs. L'enquête exigée par les articles 2 et 3 – et potentiellement par l'article 4 – doit être « effective ». Tel est le cas si trois conditions sont remplies.

La première est que les personnes responsables de l'enquête et celles effectuant les investigations soient indépendantes de celles impliquées dans les événements, ce qui suppose « non seulement l'absence de tout lien hiérarchique ou institutionnel mais également une indépendance pratique »¹⁴⁴. Ne répond manifestement

138. En ce sens, notamment, *Mastromatteo c. Italie*, 24 octobre 2000, § 89 ; *Nachova et autres c. Bulgarie*, 26 février 2004, § 110.

139. Pour l'énoncé du principe, lequel est constant, voir par exemple, l'arrêt *Akdogdu c. Turquie*, 18 octobre 2005.

140. *Valasinas c. Lituanie*, 24 juillet 2001. Pour écarter le grief, la Cour a également tenu compte du fait que le requérant avait eu la possibilité d'introduire un recours auprès du Médiateur, qu'il l'a effectivement introduite et que les conclusions de celui-ci avaient été prises en compte par les autorités carcérales (raison pour laquelle la Cour a considéré que ce recours satisfaisait aux exigences de l'article 3 dans les circonstances de l'espèce)

141. *Indelicato c. Italie*, 18 octobre 2001

142. *Valasinas c. Lituanie*, précité.

143. Par exemple, *Poltoratski c. Ukraine*, 29 avril 2003 ; *Martínez Sala et autres c. Espagne*, 2 novembre 2004.

144. Notamment *Barbu Anghelescu c. Roumanie*, 5.10.2004 ; *Bursuc c. Roumanie*, 12.10.2004 ; *Nachova c. Bulgarie* (GC), 6 juillet 2005.

pas à ce critère une enquête conduite par des procureurs militaires lorsque, selon la loi, ceux-ci font partie de la structure militaire au même titre que les policiers qui font l'objet de l'enquête¹⁴⁵ et, *a fortiori*, une investigation dans laquelle les preuves sont recueillies et les témoins entendus par des policiers appartenant au même corps établi dans la même ville que les agents mis en cause¹⁴⁶. Ne satisfait pas davantage aux exigences des articles 2 et 3 la situation dans laquelle, lorsque sont en cause des agents de la force publique, la direction de l'enquête est confiée à des conseils administratifs placés sous l'autorité d'un Préfet qui est responsable par ailleurs des forces de l'ordre, et dans laquelle ces investigations sont conduites par des gendarmes relevant des unités impliquées dans l'incident¹⁴⁷. Une enquête menée par les autorités pénitentiaires sur les allégations d'un détenu méconnaît également les exigences de l'article 3 si elle n'a fait intervenir aucune personnalité ou aucun organisme extérieur¹⁴⁸.

La seconde condition veut que l'enquête soit prompte, rapide et approfondie. Sur ce point, même si elle a affirmé qu'il n'était « pas possible de réduire la variété des situations pouvant se produire à une simple liste d'actes d'enquête ou d'autres critères simplifiés », la Cour n'hésite pas à contrôler dans le détail les mesures prises par les enquêteurs, ce dont on peut aisément tirer, en creux, les opérations à réaliser selon les circonstances¹⁴⁹. On se bornera à

145. *Barbu Anghelescu*.

146. *Bursuc*.

147. Parmi de nombreux arrêts, voir par exemple, *Akkok c. Turquie*, 10 octobre 2000.

148. *Kuznetsov c. Ukraine*, 29 avril 2003.

relever que l'instance européenne exige que cette enquête obéisse aux normes européennes et, notamment, lorsque la mort a été infligée par des agents publics, qu'elle adopte le critère d'« absolue nécessité » qui conditionne, en vertu de l'article 2, la légitimité du recours à la force meurtrière¹⁵⁰.

Enfin – dernière condition – l'enquête doit conduire à l'identification et à la punition des personnes responsables. Il s'agit là, selon la Cour, « d'une obligation non pas de résultat, mais de moyens »¹⁵¹ : les autorités doivent avoir pris les mesures qui leur étaient raisonnablement accessibles pour que fussent recueillies les preuves, en ce compris selon l'instance européenne, s'agissant d'homicides, le recueil des déclarations des témoins oculaires, les relevés de police technique et scientifique et, si nécessaire, une autopsie permettant d'avoir un descriptif précis des lésions subies et d'établir de manière fiable les causes du décès¹⁵².

A ces conditions de base, que l'on pourrait qualifier de classiques, la jurisprudence récente est venue en ajouter une autre, tenant sinon à la publicité de l'enquête, du moins à sa transparence. Pour reprendre les mots de la Cour dans l'arrêt *Nachova* précité, « le public doit avoir un droit de regard suffisant sur l'enquête ou sur les conclusions de sorte qu'il puisse y avoir mise en cause de la responsabilité tant en pratique qu'en théorie, préservation de la confiance du public dans le respect par les autorités de la prééminence

149. Voir spécialement à cet égard l'arrêt *Nachova* (GC), 6 juillet 2005.

150. *Ibid.*

151. *Ibid.*

152. *Akdogdu c. Turquie*, précité (note 138).

du droit, et prévention de toute apparence de complicité ou de tolérance relativement à des actes illégaux »¹⁵³.

L'obligation de donner des suites judiciaires

On l'a dit, l'enquête est censée préparer la phase juridictionnelle, car pour la Cour, les atteintes à la vie et à l'intégrité physique doivent être sanctionnées juridictionnellement. Cette sanction doit être pénale dans les cas d'atteintes volontaires particulièrement graves. Ainsi la juridiction européenne estime-t-elle qu'en matière de viol, une telle réponse s'impose indépendamment de l'existence de voies de réparation¹⁵⁴. La même solution a été retenue s'agissant des atteintes à la vie¹⁵⁵, de la torture et des traitements inhumains et dégradants¹⁵⁶. Mais lorsque la violation des articles 2 et 3 résulte de négligences ou d'erreurs de jugement, la Cour estime que la Convention n'impose pas nécessairement de poursuite pénale. Une action civile peut suffire, par exemple en matière de négligences médicales¹⁵⁷. Mais tout est question d'espèces et, pour savoir si la solution pénale doit être écartée ou non, il faudra toujours prendre en compte la nature de l'activité, le nombre et la qualité des autorités dont le manquement a été cons-

153. Arrêt du 26 février 2004, § 119.

154. *X et Y c. Royaume-Uni, Stubbings, et M.C. c. Bulgarie*, précités.

155. Notamment *Öneriyıldız c. Turquie* (GC), 30 novembre 2004.

156. Notamment *Krastanov c. Bulgarie*, 30 septembre 2004.

157. *Calvelli et Ciglio*, 17 janvier 2002 ; *Vo c. France*, 8 juillet 2004.

taté et le nombre de personnes pour lesquelles le risque de mort s'est réalisé¹⁵⁸.

On notera qu'en ce qui concerne la procédure juridictionnelle elle-même, outre l'obligation de respecter les normes procédurales définies par les articles 6 et 13 de la Convention, les Etats doivent respecter aussi un devoir spécifique de diligence, de sérieux et d'efficacité. Sur ce terrain, la tendance est à un contrôle européen poussé, passant au crible aussi bien les actes d'enquête que de procédure, aussi bien la décision terminale, notamment l'interprétation des textes qui y est retenue, que son exécution.

En conclusion de ces développements, on peut constater que la jurisprudence de la Cour relative à la protection de la vie et de l'intégrité physique des personnes ne manque pas de cohérence ni, surtout, d'esprit d'équilibre. Dans l'ordre des choses, les obligations de l'Etat peuvent être énoncées comme suit :

- e prévenir les violations (autant que faire se peut) ;
- e rechercher activement les coupables (lorsque la prévention a échoué) ;
- e punir les coupables (de la manière la plus adaptée) ;
- e appliquer la peine avec humanité (en respectant la dignité des personnes concernées).

158. *Öneriyıldız* (GC), loc. cit.

III. La protection de la vie privée et familiale

Problématique générale

La protection (positive) de la vie privée et familiale dans le cadre de la Convention européenne des Droits de l'Homme s'opère, comme on sait, sous la bannière de deux articles, l'article 8 et l'article 12, qui énoncent respectivement que « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance » (paragraphe 1^{er}), et qu'« à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit ». En théorie comme en pratique, l'article 8 occupe cependant l'essentiel du terrain.

Dès l'arrêt *Marckx c. Belgique*¹⁵⁹, la Cour a déduit du terme « respect » employé dans le premier paragraphe de cet article, que celui-ci impose aux Etats, outre le devoir de non-immixtion dans la vie privée et familiale, des obligations positives. Mais il importe de noter d'emblée que la perspective diffère de celle des articles 2 à 4. Les spécificités de l'article 8 ont en effet conduit la Cour à reconnaître aux Etats une large marge d'appréciation. Il y a d'abord le fait que la Convention prévoit elle-même que le droit à la vie privée et familiale peut faire l'objet de restrictions (article 8, par.

2). Il y a ensuite le fait que, comme le souligne la jurisprudence, « la notion de « respect » manque de netteté, surtout pour les obligations positives qui lui sont inhérentes » et que « ses exigences varient beaucoup d'un cas à l'autre, vu la diversité des pratiques suivies et des conditions régnant dans les Etats contractants »¹⁶⁰. Cela tient, enfin, au fait que dans les affaires mettant en jeu l'article 8, les Etats parties, puis la Cour, sont conduits à arbitrer entre les droits du requérant et ceux d'autrui. Aussi, mais on n'en sera pas surpris, l'attitude du juge européen est ici, sinon moins offensive, du moins peu prescriptive. La plupart du temps, celui-ci se bornera à dire que telle carence de l'Etat est contraire à la Convention en tant qu'elle n'a pas ménagé un juste équilibre entre les intérêts en présence. Et ce n'est qu'exceptionnellement qu'elle ira jusqu'à indiquer les mesures positives adéquates.

Le domaine de la protection de l'article 8 s'est grandement complexifié au fil de la jurisprudence. Pour les besoins de cette présentation on en reviendra à des catégories simplifiées en distinguant vie privée, vie familiale, domicile et correspondance. Compte tenu de la jurisprudence, une place à part sera néanmoins faite au droit à un environnement sain.

159. Arrêt du 21 avril 1979.

160. *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, 30 juillet 1998, § 52.

La dimension positive du respect de la vie privée

Ainsi que la Cour le rappelle souvent, « la notion de vie privée est une notion large, non susceptible d'une définition exhaustive »¹⁶¹. Il ressort de l'état actuel de la jurisprudence qu'elle recouvre¹⁶² :

- e l'intégrité physique et morale de la personne ;
- e l'identité physique et sociale de l'individu, en ce compris son identité sexuelle ;
- e le droit au développement ou à l'épanouissement personnel ;
- e le droit d'entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur ;

La théorie des obligations positives se déploie dans chacune de ces directions. On a vu ce qu'il en était de leur application sous l'angle de la protection de l'intégrité physique et morale. Il reste ici à envisager la manière dont elle se développe à partir des autres aspects de la vie privée.

La reconnaissance de l'identité de la personne

La protection – positive – de l'identité des personnes a donné lieu à des développements particuliers en ce qui concerne principalement l'identité sexuelle, le droit de connaître ses origines et le droit à l'image. On notera que le juge européen a jusqu'à présent écarté l'hypothèse d'obligations positives pesant sur les Etats en matière de choix du nom¹⁶³.

161. Entre autres, *Van Kück c. Allemagne*, 12 septembre 2003, § 69.

162. Pour un récapitulatif de la jurisprudence, voir le même arrêt.

163. Voir notamment *Stjerna c. Finlande*, 24 octobre 1994, § 32.

L'identité sexuelle

S'il est vrai que la Cour s'est également occupée, sous cet angle, d'apporter la garantie de la Convention aux personnes se livrant à différentes pratiques de l'hétérosexualité, aux homosexuels et aux transsexuels, c'est surtout – voire exclusivement – pour la protection de cette dernière catégorie qu'elle a eu recours à la théorie des obligations positives.

La première affaire dans laquelle elle ait eu à connaître des prétentions des transsexuels à la protection de la Convention est l'arrêt *Rees c. Royaume-Uni*¹⁶⁴. Le requérant reprochait au gouvernement du Royaume-Uni de ne pas avoir pris de mesure pour reconnaître juridiquement son nouvel état (l'état d'homme) à la suite d'une opération de conversion sexuelle. Plus précisément, il considérait que l'article 8 imposait à ce gouvernement de modifier ou, à tout le moins, d'annoter le registre d'état civil pour y faire figurer sa transformation sexuelle. Il estimait aussi que celui-ci était tenu de lui délivrer un nouvel acte de naissance correspondant à son nouvel état. La Cour n'a pas fait droit à cette requête. S'appuyant sur les incertitudes de la science en la matière et sur la différence des législations et pratiques des Etats parties, elle a jugé qu'il convenait de laisser aux autorités nationales, « pour le moment », le soin « de déterminer jusqu'à quel point elles [pouvaient] répondre aux exigences des transsexuels » et, qu'en tout état de cause, l'article 8 ne pouvait être interprété comme imposant aux parties contractantes de remanier, même partiellement, leurs registres d'état civil. A vrai

164. Arrêt du 17 octobre 1986.

dire, cette position ne consistait pas à exclure totalement que les Etats puissent assumer des obligations positives vis-à-vis des transsexuels. L'attitude du gouvernement britannique, qui tout en excluant la reconnaissance juridique admettait l'autodétermination sexuelle et avait pris des mesures pour minimiser les inconvénients résultant de l'absence de reconnaissance en droit, avait pesé d'un certain poids¹⁶⁵. Cela est du reste confirmé par l'arrêt *B. c. France*¹⁶⁶. Si la Cour a, dans une hypothèse tout à fait similaire, conclu à la violation de la Convention, c'est parce qu'elle a estimé que les faits corroboraient les griefs du requérant suivant lesquels le système juridique français, contrairement à celui du Royaume-Uni, allait jusqu'à méconnaître l'apparence que les transsexuels se donnent.

Cette position a radicalement changé avec les arrêts *I.* et *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*¹⁶⁷. Prenant en compte l'évolution des données scientifiques et de la pratique internationale, l'exigence de cohérence des systèmes juridiques, mais aussi l'accroissement des désavantages pour les personnes considérées de la persistance de leur non-reconnaissance juridique, la Cour a franchi le pas. Elle estime dorénavant que, pour ce qui concerne cette reconnaissance, les Etats ne disposent plus d'aucune marge d'appréciation. Autrement dit, ils sont tenus d'y procéder. Ils ne recouvrent une certaine liberté de manœuvre que pour ce qui est des modalités de la

reconnaissance. L'obligation qui incombe ainsi aux Etats s'impose aussi à leurs juridictions. Elles doivent respecter « le droit à l'auto-détermination sexuelle » des transsexuels, et ne pas subordonner la reconnaissance du droit des intéressés au remboursement des frais médicaux liés à une opération de conversion sexuelle à la preuve de la nécessité thérapeutique de ladite opération¹⁶⁸.

Le droit de connaître ses origines

Les Etats parties se doivent par ailleurs d'agir pour permettre aux individus d'accéder aux informations concernant leurs origines, autrement dit, pour reprendre les termes mêmes de la Cour, pour permettre « que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain »¹⁶⁹.

Dans l'affaire *Gaskin c. Royaume-Uni*¹⁷⁰, le requérant, qui souffrait de maladies psychologiques dont l'origine remontait selon lui à l'époque où il était pris en charge par l'assistance publique, se plaignait de ce que l'Etat en cause, au motif de préserver la confidentialité des pièces du dossier, ne lui avait pas permis d'accéder à toutes les informations personnelles concernant cette période. Tout en reconnaissant la légitimité du but poursuivi par les pouvoirs publics, la Cour a estimé que « les personnes se trouvant dans la position du requérant ont un intérêt primordial, protégé par la Convention, à recevoir les renseignements qu'il leur faut

165. En ce sens, voir aussi *Cossey* (29 août 1990) *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni* (30 juillet 1998).

166. Arrêt du 24 janvier 1992.

167. Arrêts du 11 juillet 2002

168. *Van Kück*, précité.

169. *Gaskin c. Royaume-Uni*, 23 juin 1989.

170. *Ibid.*

pour connaître et comprendre leur enfance et leurs années de formation ». En l'espèce, dans la mesure où l'empêchement d'accès à des pièces tenait au fait que certains « informateurs » refusaient de renoncer à leur anonymat, le juge européen a jugé que le Royaume-Uni se devait de mettre en place un organe indépendant chargé de statuer sur les demandes d'accès.

Dans le même ordre d'idées, elle a jugé dans l'arrêt *Mikulic c. Croatie*¹⁷¹ que dans le cadre d'une procédure de recherche de paternité, le droit national devait prévoir la possibilité de contraindre un père présumé qui s'y refusait à se soumettre à un test ADN ou, à défaut, prévoir d'autres moyens permettant à l'intéressé de saisir une autorité indépendante pour qu'il soit statué sur son action.

Ce droit d'accès n'est toutefois pas absolu. Preuve en est que dans les affaires *Gaskin* et *Mikulic*, la Cour n'a admis sa méconnaissance qu'au terme d'une confrontation minutieuse avec les intérêts publics en jeu. Il en est d'autant plus ainsi lorsqu'en plus le droit à une vie privée du demandeur se heurte à celui de tiers. C'était précisément le cas dans l'affaire *Odièvre c. France*¹⁷², où l'intéressée, née sous X et adoptée dès sa naissance, demandait à obtenir des informations qui lui auraient permis de connaître sa famille naturelle¹⁷³. En effet, ainsi que la Cour l'a souligné, s'affrontaient ici dif-

férents intérêts concurrents. Outre ceux de la requérante, il y avait ceux de sa famille adoptive et, surtout, ceux des membres de sa famille naturelle. En l'espèce, l'instance européenne a finalement jugé que le fait pour les autorités françaises de ne pas avoir fourni les renseignements sollicités n'était pas contraire aux exigences de l'article 8. Cette conclusion découlait du constat qu'il avait été satisfait à l'obligation procédurale énoncée dans les arrêts précédemment cités : en effet, en France, une nouvelle loi (la loi du 22 janvier 2002), d'application immédiate, venait d'être adoptée qui permettait aux personnes dans la situation de l'intéressée de saisir un organe indépendant pour examiner leur demande et, le cas échéant, décider la levée du secret sur l'identité de la mère.

Le droit à l'image

Complétant sa jurisprudence relative à la protection – positive – de l'identité des personnes, les juges européens ont également jugé, en particulier dans l'affaire *Von Hannover c. Allemagne*¹⁷⁴, qu'il incombait aux Etats de prendre toutes mesures pour assurer le respect par les tiers, y compris des journalistes, du droit à l'image des personnes placées sous leur juridiction. Ce triomphe du droit à la vie privée sur la liberté d'expression, dont la Cour ne cesse de répéter qu'elle « constitue l'un des fondements essentiels de la société démocratique », est d'autant plus remarquable – et a été d'autant plus remarquée – qu'il concernait la Princesse Caroline, membre de la famille régnante de Monaco. Cette parenté n'est

171. Arrêt du 7 février 2002.

172. Arrêt du 17 février 2003.

173. On notera que pour la Cour, les demandes des requérantes dans les affaires *Mikulic* et *Odièvre* ne relevaient pas de la vie familiale mais plutôt de la vie privée de l'enfant sous l'angle du droit à l'identité et à l'épanouissement personnel.

174. Arrêt du 24 juin 2004.

cependant pas apparue déterminante à la juridiction européenne. Ont été décisifs à ses yeux le fait que l'intéressée n'exerce aucune fonction officielle au sein ou pour le compte de l'Etat monégasque, que les photos prises avaient surtout trait à des détails de sa vie privée même si l'intéressée se trouvait dans des lieux fréquentés par le public, et le fait qu'elles aient été prises par des paparazzi, à son insu et sans son consentement. Dans ces conditions, soulignant-elle, « la liberté d'expression doit recevoir une interprétation moins large »¹⁷⁵. Aussi conclut-elle que « la protection de la vie privée pour l'épanouissement de la personnalité de chacun, protection qui va au-delà du cercle familial intime et comporte également une dimension sociale, » revêt une « importance fondamentale », et que « toute personne, même connue du grand public, doit pouvoir bénéficier d'une « espérance légitime » de protection et de respect de sa vie privée »¹⁷⁶.

Mais en quoi consistait l'obligation de protection de l'Etat allemand en l'espèce ? D'abord en un devoir de clarifier sa législation s'agissant de la distinction qu'elle opère entre les « personnalités absolues de l'histoire contemporaines », dont la vie privée ne serait protégée que dans leur sphère intime, et les « personnalités relatives » qui auraient droit à une protection plus large. Les critères de cette distinction doivent être clairement énoncés. Les juridictions internes, fussent-elles constitutionnelles comme en

l'espèce, doivent quant à elles interpréter le droit national de sorte à l'accorder avec les exigences de la Convention.

La protection de la « vie privée sociale »

Si la jurisprudence est à la fois prolixe et « généreuse » pour ce qui est des obligations positives visant à assurer l'exercice effectif du droit à l'identité, elle est en revanche moins diserte et plus circonspecte lorsqu'on aborde la dimension sociale de la vie privée. On se bornera ici à signaler deux arrêts, dont l'apport est cependant des plus limités.

Le premier est le très connu, mais aussi très décevant, arrêt *Botta c. Italie*¹⁷⁷, dans lequel la Cour a jugé que ne relevait pas du champ d'application de l'article 8 les griefs d'une personne handicapée tirés de la carence des autorités nationales à aménager une passerelle adaptée lui permettant d'accéder à la plage. Elle a en effet estimé que le droit revendiqué concernait des relations interpersonnelles trop amples et trop indéterminées et qu'ils ne présentaient aucun lien direct avec les mesures exigées de l'Etat, à savoir suppléer à l'inaction d'établissements privés de bains chargés de la gestion des bords de mer.

Le second, l'arrêt *Sisojeva et autres c. Lettonie*¹⁷⁸, représente quant à lui un progrès certain de la jurisprudence, dans la mesure où il établit qu'une mesure d'expulsion prise à l'égard d'un étranger est susceptible de violer l'article 8 lorsqu'il apparaît que l'intéressé a

175. § 66 de l'arrêt.

176. § 69 de l'arrêt.

177. Arrêt du 14 février 1998.

178. Arrêt du 16 juin 2005.

noué dans l'Etat d'accueil des relations personnelles, sociales et économiques fortes. Mais, à certains égards, on se sait à quel point de vue se place la juridiction européenne pour statuer ainsi. D'un côté, certains éléments de l'arrêt pourraient laisser penser qu'on est là sur le terrain des obligations positives, en particulier lorsque la Cour indique « qu'il ne suffit pas que l'Etat d'accueil s'abstienne d'expulser l'intéressé ; encore faut-il qu'il lui assure, en prenant au besoin des mesures positives, la possibilité d'exercer sans entrave les droits » que garantit l'article 8¹⁷⁹. Mais, d'un autre côté, cette appréciation est contredite par la démarche générale du juge européen, qui en reste classiquement au contrôle de la mesure d'expulsion au regard du paragraphe 2 de l'article 8.

La dimension positive du respect de la vie familiale

Sous l'angle de la vie familiale, la jurisprudence a essentiellement établi deux obligations générales, qui reçoivent des applications particulières suivant le domaine considéré. Il s'agit de l'obligation d'assurer une reconnaissance juridique des liens familiaux et de celle d'agir en vue de maintenir la vie familiale.

La reconnaissance juridique des liens familiaux

La filiation

En la matière et d'une manière générale, il ressort de la jurisprudence que l'article 8 de la Convention impose à l'Etat, « là où l'exis-

tence d'un lien familial avec un enfant se trouve établie, d'agir de manière à permettre à ce lien de se développer ». Cela implique une protection juridique qui rende possible, « dès la naissance ou dès que réalisable par la suite, l'intégration de l'enfant dans sa famille »¹⁸⁰.

La reconnaissance juridique devra d'abord être assurée par la législation. Cette exigence a été affirmée par la Cour notamment face à une loi belge qui ne consacrait pas pleinement la maternité dès la naissance et obligeait les mères célibataires qui souhaitaient une telle consécration juridique à recourir à la solution de la reconnaissance qui, bien qu'elle permettait d'atteindre ce résultat, entraînait aussi un désavantage pour l'enfant reconnu dont la capacité de légataire se trouvait réduite¹⁸¹. Cette solution était logique dans la mesure où la Convention ne fait aucune distinction entre famille légitime et famille naturelle. La même solution a été par ailleurs appliquée dans un cas où la loi ne permettait la reconnaissance de la filiation d'un enfant adultérin par son père naturel qu'en l'absence d'opposition du mari de la mère¹⁸², père présumé, et, surtout, à la condition expresse que le père biologique épouse celle-ci¹⁸³.

Mais la seule adoption d'une loi conforme aux exigences de l'article 8 ne suffit pas. Encore faut-il qu'elle soit correctement appliquée et qu'elle soit correctement interprétée par les juridictions

180. En ce sens, notamment, l'arrêt *Kroon et autres c. Pays-Bas*, 20 septembre 1994, § 32.

181. *Marckx c. Belgique*, 27 avril 1979.

182. Les deux ayant entre-temps divorcé.

183. *Kroon*, précité.

179. § 104 de l'arrêt.

nationales¹⁸⁴. Sous ce rapport, la jurisprudence fait pratiquement naître à la charge des juges internes une obligation d'interprétation conforme des dispositions juridiques nationales. On doit cependant observer que la responsabilité de l'Etat dans le système conventionnel ne sera pas dans tous les cas engagée. Pour qu'elle le soit, il faut que les juges internes aient commis une erreur manifeste d'appréciation, autrement dit, que « l'appréciation par le juge national des éléments de fait ou de droit interne apparaisse manifestement déraisonnable ou arbitraire ou en flagrante contradiction avec les principes fondamentaux de la Convention »¹⁸⁵.

La question est aussi posée aujourd'hui de savoir si les exigences ci-dessus exposées s'appliqueraient aux enfants d'un couple dont au moins un des membres serait transsexuel. Tout en reconnaissant, dans une affaire impliquant un tel couple et leur enfant conçu par les méthodes de l'insémination artificielle, admis l'applicabilité de l'article 8, la Cour avait considéré en 1997 que l'absence de reconnaissance juridique des relations familiales entre le père présumé, transsexuel, et l'enfant ne violait pas cette disposition¹⁸⁶. Or cette solution doit être rapportée au contexte jurisprudentiel de l'époque où la Cour s'interrogeait encore sur le degré de conversion des personnes considérées. Ce contexte ayant désormais radicalement changé avec les arrêts *I. et Goodwin*¹⁸⁷, on peut

se demander si, confrontée aujourd'hui à une affaire du même type, la Cour retiendrait encore la même solution.

Le mariage ... et le divorce ?

Accorder par la loi la possibilité d'une reconnaissance juridique de la vie familiale vaut aussi pour le mariage. On sait que la question ou, à tout le moins le débat, a pris un tour plus vif ces dernières décennies avec les revendications des homosexuels et des transsexuels. S'agissant de ces derniers, la Cour s'est refusée jusqu'aux arrêts *I. et Goodwin* à admettre l'applicabilité de l'article 12 à l'union d'un transsexuel avec une personne du sexe opposé à son nouveau sexe. Un tel refus ne pouvait surprendre eu égard à la jurisprudence qui prévalait alors en matière de protection de la vie privée de cette catégorie de personnes. Avec les deux arrêts précités, elle est revenue sur sa position et considère dorénavant comme portant atteinte à la substance du droit de se marier le fait que la législation nationale ne retienne aux fins du mariage que le sexe « biologique » enregistré à la naissance.

Reste la question du divorce. La position de la Cour en la matière consiste à considérer que ni l'article 12, ni l'article 8, ne consacrent un droit au divorce, même dans la perspective d'un remariage. Les Etats n'assument donc aucune obligation positive à cet égard¹⁸⁸. Mais le respect du droit à la vie privée peut exiger dans certaines circonstances, notamment lorsque la vie à deux est devenue impossible, de reconnaître un droit à la séparation de corps. Dans

184. *Pla et Puncernau c. Andorre*, 13 juillet 2004.

185. § 46 de la l'arrêt précité.

186. *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, 20 mars 1997.

187. Arrêts précités, note 166.

188. *Johnston et autres c. Royaume-Uni*, 27 novembre 1986.

une telle hypothèse, que l'on retrouve dans l'affaire *Airey c. Irlande*¹⁸⁹, le droit national doit offrir aux personnes concernées un accès effectif au juge lorsque l'un des éléments du couple entend introduire une action en ce sens.

Et le regroupement familial ?

Qu'en est-il alors du regroupement familial ? Devant l'instance européenne, la question s'est posée, principalement, de savoir si des étrangers pouvaient prétendre, sur la base de l'article 8 de la Convention, à obtenir de l'Etat une autorisation d'entrée et/ou de séjour sur le territoire de celui-ci afin d'y rejoindre et d'y demeurer avec les leurs. La réponse qu'apporte la jurisprudence à cette question est pour l'essentiel négative¹⁹⁰. La Cour admet certes que l'article 8 est applicable dans sa branche vie familiale, mais elle a conclu, la plupart du temps, que le traitement réservé à ces personnes ne violait pas cette disposition, compte tenu de leur situation et de l'intérêt général. La considération dirimante ici est qu'il s'agit d'étrangers, c'est-à-dire d'une catégorie à l'égard de laquelle les Etats disposent en vertu du droit international, ainsi qu'il est souligné dans toutes les décisions pertinentes, d'un droit de contrôle quasi absolu de l'entrée sur leur territoire ainsi que d'un pouvoir discrétionnaire en matière d'admission au séjour. Concrètement, la juridiction européenne estime que l'Etat ne

pourrait être tenu en vertu de la Convention d'accueillir ces personnes et de les admettre à s'établir que dans les cas où la vie familiale ne peut être menée ailleurs que sur son sol. Or, dans la grande majorité des cas, elle a relevé que cette vie familiale pouvait s'épanouir dans un autre pays.

Dans deux affaires néanmoins, à savoir *Sen c. Pays-Bas*¹⁹¹ et *Tuquabo-tekle c. Pays-Bas*¹⁹², la juridiction européenne en a jugé autrement. Elle a pris en compte les données particulières des deux espèces pour considérer que l'admission de l'étranger sur le territoire de l'Etat en cause était le moyen le plus adéquat pour développer la vie familiale de l'intéressé et que, en ne prenant pas une telle mesure d'admission, les autorités nationales avaient manqué à l'obligation positive que l'article 8 leur impose. L'hypothèse est ici celle d'un parent qui quitte son pays d'origine en laissant derrière lui un enfant que par la suite il tente de faire venir dans le pays d'accueil. On remarquera toutefois que si la Cour a conclu à l'obligation pour l'Etat partie à la Convention d'admettre ledit enfant, c'est parce que, dans les circonstances des deux espèces :

- e la décision du parent de quitter son pays d'origine sans son enfant avait été motivée par des circonstances spéciales ou par des motifs dirimants : rejoindre son mari installé dans l'Etat partie (*Sen*) ; chercher, dans un contexte de conflits

189. Arrêt du 11 septembre 1979.

190. Voir, entre autres : *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 24 avril 1985 ; *Gül c. Suisse*, 22 janvier 1996 ; *Almut c. Pays-Bas*, 26 octobre 1996 ; *Ciliz c. Pays-Bas*, 11 juillet 2000 ; *Sen c. Pays-Bas*, 21 décembre 2001.

191. Arrêt du 21 décembre 2001.

192. Arrêt du 1^{er} décembre 2005.

armés internes au cours desquels son mari a trouvé la mort, refuge dans un autre pays (*Tuquabo-Tekle*) ;

- e le parent a créé des liens forts, y compris des liens familiaux dans le pays d'accueil : il y a été autorisé à y résider, il y exerce une activité professionnelle stable et, surtout, il y a contracté une union maritale (ou a retrouvé son mari) dont il est né des enfants qui ont toujours vécu dans l'Etat d'accueil, y sont scolarisés et n'ont, par conséquent, que peu de liens avec le pays d'origine ;
- e l'intégration des enfants intéressés dans la cellule familiale pouvait apparaître comme nécessaire pour leur développement compte tenu de leur jeune âge, soit 9 ans (*Sen*) et 15 ans (*Tuquabo-Tekle*), et ce indépendamment de la circonstance qu'un tel enfant a toujours vécu dans l'environnement linguistique et culturel du pays d'origine et qu'il y compte des membres de sa famille (oncles et tantes, grands-parents, etc.).

Au total, l'obligation positive pour l'Etat de permettre le regroupement familial sur son sol ne prévaut que de manière exceptionnelle et elle paraît limitée, en l'état actuel de la jurisprudence, à la seule hypothèse qui vient d'être décrite.

L'action en faveur du maintien des liens familiaux

Dans les affaires précédentes relatives aux étrangers, la juridiction européenne a retenu le principe que de par sa seule naissance, l'enfant a droit au maintien des relations avec ses parents et que seuls des événements exceptionnels devraient pouvoir briser ce

lien¹⁹³. Bien entendu, cela ne signifie en aucune manière que la Convention interdit la séparation ou le divorce. Elle s'oppose seulement à ce que ces événements entraînent une rupture du lien parents/enfants. La jurisprudence a, en la matière, énoncé les différentes obligations, dont des obligations positives, incombant aux Etats dans ce contexte. Elles sont pour l'essentiel de nature procédurale et ont trait, d'une part, aux procédures pouvant déboucher sur une séparation des membres de la famille et, d'autre part, à l'exécution des décisions relatives à la garde et au droit de visite.

L'aménagement des procédures susceptibles d'affecter la vie familiale

Les décisions de retrait d'enfants à leurs parents, de placement et d'adoption, de détermination des droits de garde et de visite constituent, on le sait, du point de vue de la jurisprudence européenne, une ingérence grave dans l'exercice du droit à une vie familiale au sens de l'article 8, d'autant qu'elles peuvent créer des situations irréversibles. Ce trait explique sans doute l'attention particulière que la Cour porte à la procédure préalable, alors même qu'elle reconnaît elle-même que « la Convention ne renferme aucune condition explicite de procédure »¹⁹⁴. Il est désormais de jurisprudence constante que les parents doivent être associés à ce type de procédure, et qu'ils doivent y jouer un rôle suffisamment important pour que soient dûment pris en compte leurs intérêts. Les

193. Notamment *Gül*, § 32.

194. *B. c. Royaume-Uni*, § 63.

procédures concernées peuvent être aussi bien juridictionnelles¹⁹⁵ qu'administratives¹⁹⁶. Le degré d'implication requis peut varier selon les cas ; il dépendra principalement de la gravité de la mesure à prendre. Enfin, on notera que la Cour ne précise pas les modalités de participation des parents, faisant relever cette question de la marge d'appréciation des Etats.

L'exécution des décisions relatives au droit de garde et de visite

La responsabilité internationale de l'Etat peut également être engagée en cas de non-exécution des décisions de justice attribuant un droit de garde ou un droit de visite. L'hypothèse est celle dans laquelle l'un des parents, voire les grands-parents, s'oppose(nt) à l'exercice d'un tel droit par l'autre parent. Ce qui est alors reproché à l'Etat, c'est de ne pas avoir ordonné et réalisé l'exécution forcée de la décision judiciaire. D'une manière générale, la position du juge européen est, en la matière, des plus mesurées. Celui-ci admet certes qu'il incombe à l'Etat une obligation, tirée de l'article 8, à cet égard. Mais il considère aussi que cette obligation n'est pas absolue et, en particulier, qu'elle doit être mise en balance avec « l'intérêt supérieur de l'enfant » et ses droits en vertu de l'article 8. Cela l'a conduit dans l'ensemble des cas, pour peu que les autorités nationales aient fait le minimum nécessaire pour obtenir la collaboration des parents à l'exécution des décisions

195. Par exemple, *Ignoccolo-Zenide c. Roumanie*, 25 janvier 2000.

196. Voir particulièrement la série d'arrêts concernant le Royaume-Uni : *B.*, 26 mai 1987 ; *W.*, 8 juillet 1987 ; *McMichael*, 24 février 1995 ; *P.*, *C. et S.*, 16 octobre 2002.

judiciaires, à conclure à l'absence de violation de l'article 8¹⁹⁷. Les seules décisions qui dérogent à cette conclusion ont trait au rapt international d'enfants. Le constat de violation est ici fondé, à la fois, sur les carences du droit national et sur le défaut d'utilisation par les autorités nationales des mécanismes de la Convention de la Haye du 25 octobre 1980¹⁹⁸ en vue d'obtenir le rapatriement de l'enfant illicitement retenu par un des parents¹⁹⁹.

La dimension positive du respect du domicile et de la correspondance

La protection positive du domicile et de la correspondance n'a pas, contrairement à la vie privée et à la vie familiale, suscité une jurisprudence importante quantitativement. Celle-ci n'en est pas moins importante au fond.

Le domicile

Les (rares) questions auxquelles la Cour européenne a été confrontée à ce jour concernent des atteintes portées au droit au domicile par un tiers ou par des dépositaires de l'autorité publique.

S'agissant des atteintes par la puissance publique, la Cour avait déjà indiqué qu'il ne lui incombait pas d'examiner dans l'abstrait

197. Entre autres, *Hokkanen c. Finlande*, 24 août 1994 ; *Nuutinen c. Finlande*, 27 juin 2000 ; *Pini et Bertani et Manera et Atripaldi c. Roumanie*, 22 juin 2004 ; *Voleski c. République tchèque*, 29 juin 2004 ; *Bove c. Italie*, 30 juin 2005.

198. Convention relative aux aspects civils de l'enlèvement international d'enfants.

199. En ce sens, *Iglesias Gil et A.U.I. c. Espagne*, 29 avril 2003 et *Maire c. Portugal*, 29 avril 2003.

les législations et politiques nationales quand bien même elles auraient des incidences sur le logement d'une catégorie déterminée de personnes, en l'occurrence les Tziganes²⁰⁰. Ce dont il résulte à tout le moins est que l'Etat ne saurait être tenu de mener une politique déterminée en matière de logement.

Deux affaires – *Surugiu c. Roumanie*²⁰¹ et *Novoseletsky c. Ukraine*²⁰² – relatives à des atteintes privées au domicile lui ont donné l'occasion de développer des aspects intéressants de sa jurisprudence. Dans les deux cas, les faits dénoncés – ils consistent en des violations et en des privations de domicile – avaient été rendus possibles par l'inapplication de la loi par l'administration, le manque de diligence et de rigueur des juridictions internes et par l'inexécution de certaines décisions judiciaires. Pour la Cour, le respect du domicile appelle des mesures positives de la part de l'Etat et notamment :

- *une application diligente et rigoureuse de la loi par les juges internes (l'arrêt Novoletsky est à cet égard révélateur de la détermination du juge européen à exercer en ce domaine un contrôle approfondi ; un contrôle qui passe au crible tant la phase d'instruction que celle de jugement et qui porte également sur les solutions interprétatives retenues) ;*
- *une exécution prompte des décisions judiciaires définitives confirmant le droit de propriété ou le droit d'occupation (à ce*

propos il est souligné dans l'arrêt « que l'administration constitue un élément de l'Etat de droit, dont l'intérêt s'identifie avec celui d'une bonne administration de la justice, et que, si l'administration refuse ou omet de s'exécuter, ou encore tarde à le faire, les garanties dont a bénéficié le justiciable pendant la phase judiciaire de la procédure perdent toute raison d'être »)²⁰³.

Dans le même registre, on doit signaler l'arrêt *Moreno c. Espagne*²⁰⁴ relatif à des nuisances sonores subies à raison de la proximité de nombreuses boîtes de nuit. Cet arrêt est remarquable d'abord en ce que, à la différence des affaires *López Ostra* et *Hatton*, les griefs du requérant et les appréciations de la Cour portent exclusivement sur le droit au respect du domicile²⁰⁵. Il l'est ensuite par les indications de principe apportées par la juridiction européenne. Celles-ci concernent d'abord le droit au respect du domicile tel que garanti par l'article 8 : il doit être entendu « non seulement comme le droit à un simple espace physique mais aussi comme celui à la jouissance, en toute tranquillité, dudit espace ». S'agissant ensuite des atteintes à ce droit, elles doivent être conçues largement, comme « ne visant pas seulement les atteintes matérielles ou corporelles, telles que l'entrée dans le domicile d'une personne non autorisée, mais aussi les atteintes immatérielles ou incorporelles, telles que les bruits, les émissions, les odeurs et autres ingérences »²⁰⁶.

200. *Chapman c. Royaume-Uni*, 18 janvier 2001.

201. Arrêt du 20 avril 2004.

202. Arrêt du 22 février 2005.

203. § 65 de l'arrêt *Surugiu*.

204. Arrêt du 16 novembre 2004.

205. Voir *infra*, p. 49 et s.

Dans cette affaire, le requérant reprochait aux autorités internes, non pas une ingérence directe dans l'exercice de son droit, mais plutôt leur passivité face aux fortes nuisances causées par les boîtes de nuit. Il était en effet établi que l'installation de ces établissements avait été autorisée par la municipalité, qu'une expertise commandée par celle-ci avait conclu à une situation de « saturation acoustique » générée par un niveau sonore dépassant largement les normes légales, et que malgré ces conclusions la municipalité n'avait pas agi, et ce pendant plusieurs années. Dans ces conditions, la Cour a logiquement conclu à la violation de l'article 8.

La correspondance

Il résulte de l'arrêt *Cotley c. Roumanie*²⁰⁷ que l'article 8 engendre, dans certaines circonstances, pour les autorités pénitentiaires, une obligation positive « de fournir (à un détenu) le nécessaire pour sa correspondance avec la Cour ». Compte tenu de la motivation de l'arrêt, cette obligation doit être considérée comme relative. La juridiction européenne a bien pris soin en effet de rappeler que la Convention n'astreint pas les Etats à supporter les frais d'affranchissement de toute la correspondance des détenus ni ne leur garantit le choix du matériel à écrire. Ce n'est donc que dans des circonstances particulières comme en l'espèce, où les conditions de la correspondance ne sont pas précisées par le règlement inté-

206. § 53 de l'arrêt.

207. Arrêt du 3 septembre 2003.

rieur, le papier et les enveloppes fournies en quantité notoirement insuffisante (deux enveloppes par mois) et les demandes réitérées non satisfaites, qu'il pourra être conclu à la violation de l'article 8.

Le droit à un environnement sain

On le sait, le droit à un environnement sain occupe une place à part dans l'économie générale de l'article 8. Cela tient d'abord à ce qu'il n'est pas consacré comme droit autonome. Cela résulte ensuite du fait qu'il se rattache à plusieurs éléments garantis par cette disposition. Ainsi qu'on peut le lire dans l'arrêt *López Ostra c. Espagne*²⁰⁸, « des atteintes graves à l'environnement peuvent affecter le bien-être d'une personne et la priver de son domicile de manière à nuire à sa vie privée et familiale »²⁰⁹.

Dans la jurisprudence, les situations d'atteinte à l'environnement susceptibles de poser des questions au regard de l'article 8 sont variées : activités dangereuses menées par l'Etat (essais nucléaires par exemple)²¹⁰, susceptibles d'affecter la santé des personnes ; activités de personnes privées autorisées par l'Etat, provoquant une pollution préjudiciable à la santé et au bien-être des habitants²¹¹ ; activités de personnes privées créant des nuisances pour les riverains²¹².

208. Arrêt du 23 novembre 1994.

209. § 51 de l'arrêt ; souligné par nous.

210. *McGinley c. Royaume-Uni*, 9 juin 1998.

211. *López Ostra c. Espagne ; Guerra et autres c. Italie*, 19 avril 1998 (station d'épuration provoquant des nuisances préjudiciables à la santé des proches ; usine de produits chimiques produisant les mêmes effets dans son environnement).

Les obligations positives incombant aux Etats – et les droits correspondants des individus – dans de telles situations sont de plusieurs ordres.

- e tout d'abord, lorsque l'activité méconnaît les dispositions internes, les autorités se doivent de prendre les mesures nécessaires pour y mettre fin ou pour assurer la conformité aux normes en vigueur ;
- e dans tous les cas, les personnes concernées ont le droit, sous réserve de l'existence d'un intérêt public impérieux, d'accéder aux informations leur permettant de prendre la mesure du risque encouru et l'Etat doit « mettre en place une procédure permettant à de semblables personnes de demander la communication de l'ensemble des informations pertinentes et appropriées »²¹³ ;

212. *Hatton et autres c. Royaume-Uni* (GC), 8 juillet 2003 : nuisances provoquées par un aéroport. Noter un arrêt précédent portant sur des faits similaires : *Powell et Rayner c. Royaume-Uni*, 24 janvier 1990. Voir aussi *Moreno*, précité, à propos de nuisances sonores générées par des boîtes de nuit (*supra*, p. 48).

IV. La protection du pluralisme

Différents droits consacrés par le système de la Cour européenne des Droits de l'Homme participent de la problématique du pluralisme qui caractérise la société démocratique européenne : il s'agit du droit à des élections libres (article 3 du Protocole n° 1), de la liberté d'expression (article 10), de la liberté de pensée, de cons-

- e lorsque l'Etat définit une politique économique et sociale susceptible, en portant atteinte à l'environnement, d'affecter le droit d'un groupe de personnes au respect de leur domicile, mais aussi de leur vie privée et familiale, il doit préalablement procéder aux enquêtes et études appropriées, afin que soient pris en compte les intérêts des personnes concernées²¹⁴ ; et pour celles de ces personnes qui souhaiteraient échapper aux effets néfastes de cette politique en déménageant, elles doivent pouvoir le faire sans perte financière. Il s'agit là de la contrepartie de la large marge d'appréciation reconnue aux autorités internes en matière économique et sociale²¹⁵.

213. *McGinley*, § 101.

214. Il ressort de l'arrêt *Buckley c. Royaume-Uni* (25 septembre 1996) relatif au refus d'un permis d'aménagement foncier qu'une telle obligation procédurale existe à chaque fois que les autorités nationales se voient reconnaître une marge d'appréciation pour prendre une décision susceptible de constituer une ingérence dans l'exercice d'un droit protégé (voir spécialement le § 76 de l'arrêt).

215. *Hatton*, précité.

science et de religion (article 9), de la liberté de réunion et d'association (article 11). Ils sont d'ailleurs intimement liés dans la jurisprudence européenne.

Le contrôle européen du respect de ces droits fait en réalité peu de place aux obligations positives. Compte tenu de la structure même

des droits en cause, et abstraction faite pour l'instant du droit à des élections libres, le contentieux de leur violation est essentiellement un contentieux des restrictions imposées par les Etats à leur exercice. Et si de telles obligations existent – parce que tel est néanmoins le cas – elles demeurent exceptionnelles et ne connaissent pas le degré de systématisation que l'on retrouve dans le cadre des articles précédemment étudiés (articles 2, 3, 4 et 8).

L'organisation d'élections libres

Aux termes de l'article 3 du Protocole n° 1, « les Hautes Parties contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans des conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif ». Appelée pour la première fois, dans l'affaire *Mathieu Mohin et Clerfayt c. Belgique*, à interpréter cette disposition, la Cour a souligné que « dans le domaine considéré se trouve au premier plan, non une obligation d'abstention ou de non-ingérence, comme pour la majorité des droits civils et politiques, mais celle, à la charge de l'Etat, d'adopter des mesures positives pour « organiser » des élections libres »²¹⁶. On peut alors être tenté de considérer l'ensemble de la « matière » de l'article 3 comme relevant de la problématique qui nous intéresse ici.

Il n'en est ainsi à vrai dire qu'en ce qui concerne la dimension institutionnelle du droit à des élections libres. Ici, la Cour sera amenée à constater la nécessité d'une intervention positive de l'Etat pour

organiser des élections en vue de la formation de telle ou telle Assemblée. Le levier utilisé est en l'occurrence la notion de « corps législatif », qu'elle interprète de manière extensive. Outre les Parlements nationaux, la Cour a ainsi jugé que l'article 3 du Protocole n° 1 trouvait aussi à s'appliquer à certaines instances délibératives régionales – Conseils communautaires et Conseil régional wallon en Belgique²¹⁷, Congrès de Nouvelle-Calédonie en France²¹⁸ – mais aussi au Parlement européen²¹⁹.

Le développement des obligations positives sur la base de l'article 3 du Protocole n° 1 ne va cependant pas plus loin. En premier lieu, s'agissant des modalités de l'élection, la Haute juridiction estime que cette disposition n'impose pas aux Etats de mettre en œuvre un système déterminé. Ils disposent ainsi d'une large marge d'appréciation pour adapter leurs situations internes aux exigences exprimées par les termes « libres », « à intervalles raisonnables », « scrutin secret », et « dans des conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple »²²⁰, termes qui conditionnent pourtant le caractère démocratique des élections. Cette appréciation n'est certes pas soustraite au contrôle européen, mais il faut bien voir que celui-ci ne débouche pas sur la détermination d'un contenu positif européen qui lierait les Etats. On notera également, en second lieu, que la jurisprudence européenne s'est réso-

217. *Mathieu-Mohin et Clerfayt*, précité. A signaler également, pour la systématisation de la démarche de la Cour, l'arrêt *Zdanoka c. Lettonie*, 16 mars 2006.

218. *Py c. France*, 11 janvier 2005.

219. *Mathews c. Royaume-Uni*, 18 février 1999.

220. *Mathieu-Mohin et Clerfayt*, précité.

216. Arrêt du 28 janvier 1987, § 50.

lument orientée vers la protection de droits individuels sous le couvert de cette disposition de la Convention. Or, cette construction prétorienne s'est faite pour l'essentiel sur le modèle classique dans lequel il est exigé avant tout des autorités publiques qu'elles s'abstiennent de commettre des ingérences. De fait, le contrôle européen tend principalement à sanctionner de telles ingérences dans l'exercice du droit de vote et du droit d'éligibilité ; ingérences qui peuvent être constituées par des dispositions ou mesures tendant à exclure certaines personnes de l'exercice de ces droits : celles par exemple qui fixent des critères d'âge et de résidence²²¹, qui prévoient la déchéance d'une catégorie de personnes (les prisonniers condamnés par exemple²²²), qui établissent des inéligibilités (à raison, par exemple, de la méconnaissance de la langue officielle de l'Etat²²³ ou du passé politique de l'intéressé²²⁴), etc.

Au total, si l'article 3 du Protocole n° 1 est bien, dans sa conception originelle, un commandement d'action adressé aux pouvoirs publics, cette caractéristique s'est très largement atténuée dans la pratique jurisprudentielle.

221. Pour un cas où la Cour conclut à la légitimité de telles conditions, voir *Hilbe c. Liechtenstein*, 7 septembre 1999 (décision sur la recevabilité) ; pour un cas où de telles restrictions sont jugées incompatibles avec la Convention, voir *Melitchenko c. Ukraine*, 19 octobre 2004.

222. *Hirst c. Royaume-Uni (n° 2)*, 6 octobre 2005.

223. *Podkolzina c. Lettonie*, 9 av. 2002.

224. *Zdanoka c. Lettonie*, 16 mars 2006.

La liberté d'expression

Le champ d'application des obligations positives découlant de l'article 10 de la Convention, tel qu'il se dégage de la jurisprudence, est à ce jour cantonné aux relations inter-individuelles. Dans l'affaire *Guerra*²²⁵, le requérant avait tenté de faire accréditer la thèse selon laquelle le droit du public de recevoir des informations, déduit de l'article 10 et consacré par ailleurs par le juge européen²²⁶, impliquerait un devoir, à la charge des autorités nationales, de collecter et de diffuser des informations, notamment lorsqu'une activité dangereuse menace la santé et la vie privée et familiale des individus. La Cour a toutefois estimé qu'un tel droit ne pouvait être tiré de cette disposition du texte européen.

Les atteintes à la liberté d'expression dans les rapports privés peuvent prendre différentes formes. La jurisprudence en fournit quelques exemples : licenciement d'un journaliste par son employeur pour propos offensant²²⁷ ; agressions perpétrées contre des journalistes, des distributeurs et des lieux de distribution d'un journal²²⁸ ; refus d'une société privée de radio-télévision de diffuser la publicité d'une association²²⁹.

Les principes applicables n'en restent pas moins les mêmes. *Primo*, la protection de la liberté d'expression à l'égard des agissements des particuliers passe d'abord par l'aménagement du cadre juridique.

225. Arrêt du 19 février 1998.

226. *Gaskin c. Royaume-Uni*, 22 juin 1989.

227. *Fuentes Bobo c. Espagne*, 29 février 2000.

228. *Özgür Gündem c. Turquie*, 16 mai 2000.

229. *Vgt Verein Gegen Tierfabriken c. Suisse*, 28 septembre 2001.

Un Etat aura manqué à cette obligation si l'atteinte à la liberté a été rendue possible par les dispositions légales en vigueur²³⁰. *Secundo*, en cas de menaces connues sur l'exercice de cette liberté, les autorités internes doivent prendre les mesures nécessaires, y compris des mesures d'ordre pratique, pour protéger les personnes et les biens²³¹. Cela étant, l'Etat a-t-il l'obligation positive de garantir l'exercice de la liberté d'expression dans des locaux privés ouverts au public ? C'est la question que posait l'affaire *Appleby et autres c. Royaume-Uni*²³², concernant le refus d'une société d'accueillir un stand de distribution de tracts dans un centre commercial lui appartenant. La Cour y a répondu par la négative, faisant ici prévaloir le droit au bien (article 1 du Protocole n° 1).

La liberté de pensée, de conscience et de religion

A ce jour, la Haute juridiction européenne ne s'est pas encore prononcée sur le point de savoir si l'article 9 de la Convention, qui protège la liberté de pensée, de conscience et de religion contre les immixtions de l'Etat, emporte aussi des obligations positives à sa charge. Elle en a pourtant eu l'occasion. Ainsi, par exemple, dans l'affaire *Vergos c. Grèce*²³³, où il était principalement reproché aux autorités nationales de ne pas avoir délimité un espace pour la

230. Voir en particulier l'arrêt *Vgt Verein Gegen Tierfabriken*. Dans l'affaire *Fuentes Bobo*, la Cour a conclu à la non-violation, notamment parce qu'elle considérait comme satisfaisant l'état du droit interne et l'application qui en avait été faite par les juges internes.

231. Voir en particulier *Özgür Gündem*.

232. Arrêt du 24 septembre 2003.

233. Arrêt du 24 juin 2004.

construction d'une maison de prière. Mais elle a, à chaque fois, préféré qualifier d'ingérence ce qui pouvait passer pour une carence.

Logiquement cependant, on devrait admettre que la problématique développée à propos de l'article 10 est transposable ici, pour ce qui concerne particulièrement les atteintes à la liberté de pensée, de conscience et de religion par une personne privée, dans le cadre professionnel par exemple.

La liberté de réunion et d'association

Si la liberté de réunion et la liberté d'association sont associées dans le paragraphe 1^{er} de l'article 11, lequel dispose que « toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association », elles le sont aussi dans la jurisprudence, notamment par le fait qu'elles requièrent toutes deux la même protection à l'égard des agissements violents de particuliers qui tendraient à en limiter ou à en empêcher l'exercice. Tout comme l'article 11, la jurisprudence fait par ailleurs une place particulière, s'agissant des obligations des Etats, à la liberté syndicale dont on sait qu'elle est une manifestation spécifique de la liberté d'association.

La protection contre les manifestations violentes

Le principe selon lequel l'Etat doit non seulement éviter les ingérences mais aussi apporter sa protection a été affirmé dans un premier temps à propos de la liberté de réunion²³⁴. Il a reçu une

234. *Plattform „Ärzte für das Leben“ c. Autriche*, 25 mai 1988.

confirmation éclatante récemment, sur le terrain cette fois-ci de la liberté d'association²³⁵. Dans les deux cas, le but visé est d'assurer que ces libertés puissent être exercées sans entraves résultant de l'action violente de personnes privées. Dans l'affaire *Plattform „Ärzte für das Leben“*, le requérant se plaignait de l'action violente de contre-manifestants ; et dans l'affaire *Ouranio Toxo*, de différents actes dont l'attaque par un groupe d'individus du siège du parti politique à l'origine de la requête.

La principale obligation des autorités est de prendre les mesures pratiques de protection que requiert la situation. Il ne s'agit pas là d'une obligation de résultat mais de moyen, et la Convention ne requiert que des mesures « raisonnables et appropriées »²³⁶. Le choix de ces moyens et de la tactique à suivre incombe aux États. Constatant dans la première espèce que les autorités avaient agi, d'abord en interdisant les deux manifestations qui allaient dégénérer et en postant des policiers tout le long des parcours, la Cour a conclu à l'absence de violation de l'article 11 ; et si la conclusion est opposée dans la seconde, c'est parce qu'aucune mesure préventive n'avait précisément été prise.

A cette exigence principale, il faut en ajouter deux autres qui résultent de la jurisprudence récente. La première pourrait être présentée comme une obligation de neutralité, voire d'apaisement des tensions. Dans l'affaire *Ouranio Toxo*, en effet, où les principaux élus de la majorité municipale avaient appelé publiquement à

protester contre le parti en question, la Cour a indiqué que « les autorités de l'Etat sont censées défendre et promouvoir les valeurs intrinsèques à un système démocratique, telles que le pluralisme, la tolérance et la cohésion sociale » et, partant, qu'elles se doivent de « prôner une attitude d'apaisement »²³⁷. La seconde exigence est de mettre en œuvre une enquête efficace. Une telle enquête doit être décidée d'office²³⁸.

La concrétisation de la liberté syndicale

En matière de liberté syndicale, l'attitude du juge européen a depuis toujours été moins audacieuse que dans d'autres domaines. Cet excès de précaution se retrouve aussi au point de vue de la consécration et du développement des obligations positives. Dans l'affaire *Schmidt et Dahlström c. Suède*, elle estimait ainsi que

l'article 11 par. 1 (...) n'assure pas aux membres des syndicats un traitement précis de la part de l'Etat, et notamment le droit au bénéfice de la rétroactivité d'avantages, par exemple des augmentations de salaire, découlant d'une nouvelle convention collective.

Et elle concluait en ces termes :

pareil droit, qui ne se trouve pas énoncé à l'article 11 par. 1 ni même dans la Charte sociale du 18 octobre 1961, n'est pas indispensable à l'exercice efficace de la liberté syndicale et ne

235. *Ouranio Toxo et autres c. Grèce*, 20 octobre 2005.

236. *Plattform „Ärzte für das Leben“ c. Autriche*, 25 mai 1988, § 34.

237. § 64 de l'arrêt.

238. *Ibid.*

*constitue point un élément nécessairement inhérent à un droit garanti par la Convention*²³⁹.

Il a écarté pareillement, dans un premier temps, l'hypothèse d'une obligation tirée de l'article 11 qui contraindrait les Etats à consulter les syndicats²⁴⁰ ou à organiser des négociations collectives²⁴¹.

La jurisprudence a toutefois évolué sur ces différents points, et la Cour, tirant partie notamment des dispositions de la Charte sociale européenne et des décisions du Comité européen des droits sociaux²⁴², a élargi la protection de l'article 11 à la liberté syndicale négative²⁴³ – droit de ne pas adhérer à un syndicat – et à une certaine protection du droit de négociation collective²⁴⁴.

Parallèlement à cette évolution, le juge européen a consacré l'existence d'obligations positives tirées de l'article 11 et consistant en une protection de la liberté syndicale *lato sensu* dans les rapports

239. Arrêt du 19 janvier 1976, § 34.

240. *Syndicat national de la police belge c. Belgique*, 1^{er} octobre 1975.

241. *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives c. Suède*, 19 janvier 1976.

242. La démarche de la Cour incite, aussi bien d'un point de vue pratique que théorique, à lire cette jurisprudence en parallèle avec celle de la Charte sociale européenne, à la fois pour mieux comprendre les solutions adoptées, et pour en mesurer les virtualités.

243. *Sigurður A. Sigurjónsson c. Islande*, 30 juin 1993 ; *Gustafsson c. Suède*, 25 avril 1996.

244. *Wilson, National Union of Journalists et autres c. Royaume-Uni*, 2 juillet 2002.

entre personnes privées. L'arrêt *Wilson* est à cet égard très éclairant. Une entreprise de presse avait, à l'échéance de la convention collective qui régissait ses relations avec ses salariés, décidé de ne pas renouveler ladite convention et avait adopté unilatéralement des dispositions de remplacement. Parallèlement, les employés avaient été informés que ceux qui souscriraient à ces nouvelles dispositions, et eux seuls, bénéficieraient d'une augmentation substantielle de leurs salaires, ce qui était permis par le droit anglais. La Cour a vu dans cette pratique une « dissuasion ou une restriction de l'usage par les salariés du recours à l'affiliation syndicale pour protéger leurs intérêts », contraire à la Convention. Surtout, elle a jugé « qu'en permettant aux employeurs d'avoir recours à des incitants financiers pour amener les salariés à renoncer à des droits syndicaux importants, l'Etat défendeur a manqué à son obligation positive de garantir la jouissance des droits consacrés par l'article 11 de la Convention ».

Le même raisonnement est applicable aux pratiques, telles les clauses de *closed shop*, tendant à contraindre des travailleurs à s'affilier à un syndicat déterminé²⁴⁵.

245. Voir, *mutatis mutandis*, les arrêts *Sigurjónsson* et *Gustafsson* précités.

V. Le respect des droits économiques, sociaux et culturels

La Convention, la Cour l'a souvent rappelé, a pour objet de protéger des droits civils et politiques. Il n'en consacre pas moins directement quelques droits qui sont de nature plutôt économique, sociale et culturelle. L'interdiction du travail forcé et la liberté syndicale sont de ceux-là, bien qu'ils relèvent de la problématique de la liberté. On doit leur ajouter ceux qui font l'objet des articles 1 et 2 du Protocole n° 1, à savoir le droit au bien et le droit à l'instruction. Chacun de ces deux articles consacre le droit et précise les conditions de son aménagement interne. Dans la présente perspective, ce qui importe surtout, c'est la formulation du droit. Aux termes de l'article 1, paragraphe 1, première phrase, « toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens » ; quant à l'article 2, 1^{re} phrase, il énonce que « nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction ». C'est précisément en s'appuyant sur les notions de « respect » et de « droit à » que la Cour va, de manière croissante, dégager des obligations positives de ces dispositions.

Le droit au bien

L'indemnisation en cas d'expropriation

La première exigence positive à avoir été « découverte » par le juge européen dans le cadre de l'article 1 du Protocole n° 1, est l'obligation d'indemnisation des victimes d'une privation de bien pour cause d'utilité publique (expropriation ou autre). Sa consécration

procède du souci du juge européen de garantir l'effectivité du droit en cause. Ainsi qu'il le souligne dans l'arrêt *James c. Royaume-Uni*,

*en l'absence d'un principe analogue [à celui retenu par les systèmes juridiques des Etats parties], l'article 1 du Protocole n° 1 n'assurerait qu'une protection illusoire et inefficace du droit de propriété*²⁴⁶.

Pour être conforme aux exigences de la Convention, l'indemnisation doit satisfaire à deux conditions. Elle doit d'une part être en rapport avec la valeur du bien, sans pour autant correspondre nécessairement à une compensation intégrale. Elle doit ensuite intervenir dans un délai raisonnable²⁴⁷.

Il est à noter que l'obligation d'indemnisation ne joue pas de manière autonome et que, si elle constitue une condition de la licéité des opérations de privation de bien, elle n'est pas la seule. En pratique, elle intervient dans le contrôle de proportionnalité de telles opérations, en tant qu'un critère parmi d'autres.

La protection de la propriété

A l'obligation de compensation, la jurisprudence est venue en ajouter d'autres qui tiennent à la protection substantielle et procéd-

246. Arrêt du 21 février 1986, § 54.

247. Pour plus de détails, voir Précis n° 4, *Le droit à la propriété. Un guide sur la mise en œuvre de l'article 1 du Protocole n° 1 à la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2003.

durale de la propriété, considérée comme « question d'intérêt général ». Formuland cela de manière générale, la Cour estime que lorsqu'une telle question se pose, « les pouvoirs publics sont tenus de réagir en temps utile, de façon correcte et avec la plus grande cohérence »²⁴⁸.

L'obligation de prendre des mesures juridiques et pratiques de protection

Comme on l'a déjà vu dans d'autres hypothèses, l'Etat est ici aussi tenu de prendre les mesures adéquates pour prévenir les atteintes au droit au bien. Ces mesures peuvent être d'ordre pratique, en particulier en matière d'activités dangereuses²⁴⁹. Là encore, il s'agit pour lui avant tout d'adopter les règles juridiques adéquates. Deux décisions récentes permettent de rendre compte de l'état de la jurisprudence en la matière.

La première est l'arrêt rendu dans l'affaire *Broniowski c. Pologne*²⁵⁰. On se souvient (Grande Chambre du 28 septembre 2005) que le requérant se plaignait dans cette espèce passablement compliquée à la fois d'obstructions actives et d'une certaine inertie des autorités publiques qui l'auraient empêché de jouir de son bien, puis d'en disposer. Concrètement, en tant qu'héritier, celui-ci s'était vu reconnaître par la loi, et confirmé par décision judiciaire, un droit à compensation pour une propriété perdue par sa famille à la fin

248. *Novoseletskiy c. Ukraine*, 22 février 2005, § 102.

249. *Öneryıldız c. Turquie*, 30 novembre 2004.

250. Arrêt du 22 juin 2004.

de la seconde guerre mondiale. Au gré des péripéties législatives, d'autres textes rendirent successivement impossible puis possible cette compensation, sans qu'à la suite des lois favorables l'administration ne s'exécute, et ce jusqu'à l'adoption d'un ultime texte légal éteignant la créance de l'intéressé à l'égard de l'Etat polonais. Pour la Cour, les faits ainsi exposés ne s'analysaient ni en une privation de bien au sens de la seconde phrase du paragraphe 1 de l'article 1 du Protocole n° 1, ni en une réglementation des biens au sens du second paragraphe de cet article, mais relevaient plutôt de la première norme constituée par la première phrase du paragraphe 1. Ils relevaient par ailleurs pour elle autant de l'ingérence que de la violation présumée d'une obligation positive. Elle s'est alors livrée sur ce dernier plan au contrôle du respect du « juste équilibre », profitant de l'occasion pour énoncer ce que sont les exigences de la Convention dans une telle hypothèse. On en reproduit ci-après la substance :

Le principe de l'Etat de droit, qui sous-tend la Convention, ainsi que le principe de légalité consacré par l'article 1 du Protocole n° 1 exigent des Etats non seulement qu'ils respectent et appliquent, de manière prévisible et cohérente, les lois qu'ils ont adoptées, mais aussi, corrélativement à cette obligation, qu'ils garantissent les conditions légales et pratiques de leur mise en œuvre. (...) Il incombait aux autorités polonaises de supprimer l'incompatibilité existante entre la lettre de la loi et la pratique adoptée par l'Etat qui faisait obstacle à l'exercice effectif du droit patrimonial du requérant. Ces principes exigeaient également de l'Etat polonais l'accomplissement en temps utile, de

façon correcte et avec cohérence, des promesses législatives qu'il avait formulées quant au règlement des demandes concernant des biens situés au-delà du Boug. Il s'agissait d'une cause générale et importante d'intérêt public. Comme la Cour constitutionnelle polonaise l'a souligné à juste titre, la nécessité de maintenir la confiance légitime des citoyens en l'Etat et en ses lois, inhérente à l'Etat de droit, exigeait que les autorités éliminent de l'ordre juridique les dispositions entraînant des dysfonctionnements et corrigent les pratiques contraires à la loi²⁵¹.

La seconde décision est l'arrêt *Parudaru c. Roumanie*²⁵², relatif à un cas de non-restitution de bien favorisé par l'état d'incertitude juridique généré par le flou législatif et les contradictions jurisprudentielles en la matière. La Cour a, là aussi, décidé d'examiner les griefs du requérant sous l'angle des obligations positives. Elle observe d'abord que, eu égard à la complexité des questions se rapportant à la restitution des biens, les Etats disposent d'une large latitude pour décider des conditions dans lesquelles une telle opération peut être menée et de ses modalités, *a fortiori* dans un contexte de transition d'un système totalitaire à un régime démocratique. Elle n'en juge pas moins qu'« une fois une solution adoptée par l'Etat, celle-ci doit être mise en œuvre avec une clarté et une cohérence raisonnables afin d'éviter autant que possible l'insécurité juridique et l'incertitude pour les sujets de droit concernés par les mesures d'application de cette solution

251. § 184 de l'arrêt.

252. Arrêt du 1^{er} décembre 2005.

(...) ». De plus, ajoute-t-elle, « il appartient à chaque État contractant de se doter d'un arsenal juridique adéquat et suffisant pour assurer le respect des obligations positives qui lui incombent. La Cour a uniquement pour tâche d'examiner si en l'espèce les mesures adoptées par les autorités roumaines ont été adéquates et suffisantes ».

L'obligation de diligence procédurale

Parallèlement à l'obligation d'assurer la conformité du droit national aux exigences de l'article 1 du Protocole n° 1, la jurisprudence européenne s'est orientée ces dernières années vers l'affirmation, sur la base de la première phrase du paragraphe 1 de cet article, d'obligations de procédure, lesquelles ont ainsi tendance à se généraliser dans le système conventionnel.

On retrouve ici encore l'obligation d'enquête, énoncée par exemple dans l'affaire *Novoseletskiy c. Ukraine*²⁵³. Elle incombe aux autorités nationales lorsqu'elles sont saisies d'allégations d'atteinte aux biens. On observera que la jurisprudence relative à l'article 1 du Protocole n° 1 ne précise pas (encore) dans quelles conditions le déclenchement de cette enquête est nécessaire, et quelle peut en être la nature. En revanche, elle précise bien les caractères qu'elle doit présenter : elle « doit être approfondie, prompte, impartiale et attentive »²⁵⁴. On retrouve là, exprimée en d'autres mots, les exi-

253. Arrêt précité, p. 57.

254. *Ibid.*, § 103.

gences qui s'appliquent dans le cadre des autres dispositions de la Convention.

Dans le même contexte se trouve affirmé le droit à un tribunal. Celui-ci implique, ainsi que le souligne la juridiction européenne dans l'arrêt *Sovtransavto c. Ukraine*, « l'obligation de prévoir une procédure judiciaire qui soit entourée des garanties de procédure nécessaires et qui permette ainsi aux tribunaux nationaux de trancher efficacement et équitablement tout litige éventuel entre particuliers »²⁵⁵. Cette obligation s'impose aussi bien pour les litiges inter-individuels que pour ceux opposant les particuliers à l'Etat. On remarquera que se trouvent ainsi transposées des exigences majeures de l'article 6 de la Convention.

Et pour parfaire cette transposition, la Cour a, enfin, déduit de l'article 1 du Protocole n° 1 un droit à l'exécution des décisions judiciaires définitives établissant la propriété²⁵⁶.

Le droit à l'instruction

Que de l'article 2 du Protocole n° 1 découlent des obligations positives, cela a été établi dès la décision de la Cour dans *l'Affaire linguistique belge*²⁵⁷ à travers une analyse largement confirmée par l'arrêt *Leyla Sahin c. Turquie*²⁵⁸ à propos de l'obligation du port du voile pour les jeunes filles dans les universités. Il importe de rap-

pelez la teneur de la disposition avant de s'intéresser à l'interprétation qu'en a donné le juge européen. Outre qu'il énonce que « nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction » (1^{re} phrase), l'article 2 prévoit aussi que « l'Etat, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques » (2^e phrase).

La première phrase, en dépit de sa formulation négative, n'exclut pas, de l'avis de la Cour, que l'Etat ait l'obligation positive « d'assurer le droit » en question. Mais alors, en quoi consiste cette obligation ? D'abord à garantir, la garantie incombant à l'Etat, un droit d'accès aux établissements scolaires existant à un moment donné. Il consiste ensuite à assurer « que l'individu qui en est titulaire ait la possibilité de tirer un bénéfice de l'enseignement suivi, c'est-à-dire le droit d'obtenir, conformément aux règles en vigueur dans chaque Etat et sous une forme ou une autre, la reconnaissance officielle des études accomplies ». En revanche, il n'impose ni des moyens d'instruction déterminés, ni une organisation particulière, et encore moins un droit au subventionnement des établissements d'enseignement.

Quant à la deuxième phrase, elle « n'impose pas », selon la juridiction européenne, « aux Etats le respect dans le domaine de l'éducation ou de l'enseignement, des préférences linguistiques des parents, mais uniquement celui de leurs convictions religieuses et philosophiques ». Plus explicitement, il est précisé dans l'arrêt *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*²⁵⁹ que le respect

255. Arrêt du 25 juillet 2002, § 96.

256. En ce sens, voir notamment *Burdov c. Russie*, 7 mai 2002 ; *Jasiūnienė c. Lituanie*, 6 mars 2003 ; *Sabin Popescu c. Roumanie*, 2 mars 2004 ; ou encore *Matteus c. France*, 31 mars 2005.

257. Arrêt du 23 juillet 1968.

258. Arrêt du 10 novembre 2005.

de ces convictions suppose essentiellement que soit respecté le choix des parents entre enseignement public et privé, mais aussi que l'enseignement public soit neutre. Le devoir de neutralité n'est pas enfreint par le fait que le programme comporte des enseignements ou la diffusion de connaissances ayant un caractère reli-

259. Arrêt du 5 novembre 1976.

VI. La promotion de l'égalité

Si la jouissance des droits pris individuellement appelle, pour être effective, le respect d'obligations positives, peut-on considérer que leur jouissance par chacun appelle la mise en œuvre d'un interventionnisme étatique allant jusqu'à la discrimination positive ? La réponse à cette question paraît incertaine, que l'on se réfère à l'article 14 de la Convention ou au Protocole n° 12.

L'article 14 énonce que

la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou tout autre situation.

L'importance de cette disposition dans le système conventionnel n'a plus à être démontrée. En la combinant avec les autres clauses de la Convention, le juge européen a pu élargir son contrôle et,

gieux. Elle ne le serait que si les informations et connaissances sont diffusées dans un but d'endoctrinement. Autrement dit, ce devoir commande seulement que ces informations et connaissances, quel qu'en soit le contenu, soient communiquées de manière objective, critique et pluraliste.

parfois, découvrir des droits nouveaux, souvent à caractère social, tel le droit à la sécurité sociale.

Il n'est certes pas douteux que la norme de l'article 14 recèle des obligations négatives. La définition qu'en donne la Cour dans l'arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*²⁶⁰, à savoir qu'il y a une discrimination lorsqu'« un individu ou un groupe se voit, sans justification adéquate, moins bien traité qu'un autre », semble mettre l'accent plutôt sur le caractère actif du comportement incompatible avec l'article 14. Autrement dit, l'Etat ne doit pas, dans ses interventions, commettre de discrimination, ni en droit ni en fait, dans la jouissance des droits énoncés par l'instrument européen. Toute violation devrait donc s'analyser, de ce point de vue, en une entrave active (et illicite) au droit du requérant à la non-discrimination.

260. Arrêt du 28 mai 1985.

La problématique des obligations positives n'est pas pour autant étrangère à cette clause. D'abord, il est acquis, et la Cour l'a expressément jugé dans *l'Affaire linguistique belge* (précitée, p. 7), que le principe de non-discrimination s'applique à tous les droits conventionnels ainsi qu'à toutes les obligations qui en découlent, y compris aux obligations positives. Ensuite, si l'on admet que ce principe s'impose non seulement aux autorités publiques mais aussi aux personnes privées, il paraît à peu près évident, autant qu'en cohérence avec la jurisprudence, que l'Etat devrait jouer ici aussi son rôle de garant : il devrait veiller à ce que son système juridique ne permette pas la discrimination dans les rapports inter-individuels, et à ce que toute violation soit dûment et efficacement sanctionnée.

Reste à savoir si l'article 14 oblige aussi l'Etat à adopter des mesures de discrimination positive. On a pu le penser à partir de l'arrêt *Thlimmenos c. Grèce*, dans lequel la Haute juridiction avait indiqué que l'article 14 serait également violé si, « sans justification objective et raisonnable, les Etats n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes »²⁶¹. Une telle solution commandait en

effet potentiellement que l'Etat agisse face aux différences. Mais cette jurisprudence audacieuse n'a pas eu de suite. Elle semble même abandonnée depuis que le juge européen, confronté, dans l'affaire *Chapman c. Royaume-Uni*²⁶², à une situation concrète où se posait cette question du traitement des différences, a jugé que la requérante ne pouvait pas, sur le fondement de la Convention, exiger de l'Etat défendeur un traitement spécifique la favorisant en tant que minoritaire (tsigane).

Le Protocole n° 12 est-il susceptible de modifier les données du droit européen sur ce point ? On peut en douter. Son apport consiste *a priori* exclusivement à étendre le domaine d'application du principe de non-discrimination en y englobant « tout droit prévu par la loi » d'un Etat partie. Pour le reste, la formulation qu'elle retient étant quasiment la même que celle de l'article 14, il est à peu près évident qu'elle n'entraînera pas d'innovation jurisprudentielle majeure.

261. Arrêt du 6 avril 2000, § 44.

262. Arrêt du 18 janvier 2001.

VII. Les obligations positives en matière de garantie procédurale

On a vu avec les développements qui précèdent que les éléments de procédure occupent une place centrale dans la catégorie des obligations positives. Il n'est pas exagéré de dire qu'elles consti-

tuent l'un des apports les plus importants de la jurisprudence de ces dernières décennies. Cette évolution, il faut le souligner, n'a pas eu pour effet de neutraliser les clauses procédurales de la

Convention. Finalement, celles-ci se combinent plutôt avec les obligations de même nature tirées des clauses normatives pour obtenir une effectivité maximale des droits.

Les dispositions que l'on s'accorde à qualifier de procédurales sont réparties entre plusieurs articles de la Convention. Les principaux sont assurément l'article 6 qui garantit le droit à un procès équitable, et l'article 13 qui protège le droit à un recours effectif. A ces deux articles, il convient néanmoins d'ajouter l'article 5. Certes, ce dernier est en principe consacré à un droit substantiel : le droit à la liberté et à la sûreté. Il reste que ses dispositions qui relèvent clairement de la problématique des obligations positives sont précisément celles qui énoncent des garanties procédurales applicables spécifiquement aux personnes subissant une privation de liberté. On mentionnera aussi certaines dispositions particulières, telles celles qui figurent à l'article 46 de la Convention, ou celles que comporte le Protocole n° 7.

Les garanties procédurales dont il s'agit se traduisent en général pour les Etats parties par des obligations de faire. Examiner toutes celles-ci n'est pas envisageable dans le cadre réduit du présent ouvrage. On se bornera donc souvent à les évoquer, renvoyant pour le surplus aux ouvrages dédiés aux différents droits en cause. Seuls certains aspects caractéristiques feront l'objet d'un examen plus poussé.

Sous le bénéfice de ces observations, on envisagera successivement les garanties générales et les garanties particulières, c'est-à-

dire celles spécifiques à certaines procédures ou à certaines situations.

Les garanties générales

Elles consistent dans le droit au recours et dans le droit à un procès équitable, protégés respectivement par l'article 13 et par l'article 6, paragraphe 1.

L'article 13 : le droit à un recours effectif

L'article 13 est ainsi libellé :

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

Contenu du droit et exigences positives

L'article 13 peut être vu comme la garantie d'une subsidiarité utile à la protection des droits. La constatation et la sanction des violations des droits protégés par la Convention incombant au premier chef aux Etats parties, il importe que ces derniers se donnent les moyens de remplir efficacement cette fonction. Tel est l'objet de cette disposition : permettre au système national de jouer pleinement son rôle en obligeant les Etats à prévoir les recours nécessaires pour le redressement des situations contraires à la Convention. L'article 13, pour reprendre une formule jurispruden-

VII. Les obligations positives en matière de garantie procédurale

tielle récurrente, « garantit l'existence en droit interne d'un recours permettant de se prévaloir des droits et libertés de la Convention, tels qu'ils peuvent s'y trouver consacrés. Cette disposition a donc pour conséquence d'exiger un recours interne habilitant à examiner le contenu du grief fondé sur la Convention et à offrir le redressement approprié »²⁶³. Comme à chaque fois qu'il est imposé une obligation positive, la Cour considère que les Parties jouissent d'une certaine marge d'appréciation quant aux moyens propres à assurer la conformité du droit national avec les exigences européennes. Mais, conformément aussi à une tendance jurisprudentielle constante, s'agissant de garantie procédurale, cette marge est plus étroite qu'ailleurs.

Pour l'essentiel²⁶⁴, l'article 13 exige d'abord des Etats qu'ils mettent en place des « instances nationales » chargées de statuer sur les allégations de violation des droits garantis, y compris sur des griefs d'atteinte au droit au délai raisonnable de la procédure consacré par l'article 6 § 1²⁶⁵. L'idéal est que l'instance en question soit juridictionnelle, et on peut dire qu'il y a une forte incitation jurisprudentielle à ce qu'il en soit ainsi. Mais une instance non juridictionnelle sera également acceptable du point de vue de cette disposition si elle présente des garanties certaines d'indépendance et d'impartialité²⁶⁶. Il est à noter que l'opposabilité de l'obligation

est conditionnée par le caractère défendable de l'allégation, c'est-à-dire par le fait qu'elle « pose *a priori* un problème sérieux quant au respect des droits »²⁶⁷ protégés par la Convention.

Il impose, en second lieu, de prévoir des recours « effectifs ». Cette exigence comporte différentes implications. On mentionnera, à titre principal :

- e l'obligation de conduire une enquête qui soit, à l'instar de celles que commande le respect de certains droits substantiels, diligente, approfondie et efficace. Cette obligation, conçue comme indépendante des possibilités de recours juridictionnels, n'est pas absolue et sa portée variera selon l'importance du droit en cause. En tout état de cause, elle s'impose lorsqu'il y a allégation d'atteinte à un droit intangible (droit à la vie, interdiction de la torture et des mauvais traitements...) ²⁶⁸ ;
- e le caractère utile et efficace de la procédure, laquelle doit permettre à l'instance compétente de statuer sur le fond du grief de violation de la Convention²⁶⁹ et de sanctionner toute violation constatée, mais aussi garantir à la victime l'exécution des décisions acquises²⁷⁰.

263. *Kaya c. Turquie*, 19 février 1998, § 106.

264. Voir à cet égard l'arrêt *Silver et autres c. Royaume-Uni* (25 février 1983), qui résume bien les exigences jurisprudentielles en la matière.

265. Notamment *Kudla c. Pologne* (Grande Chambre), 26 octobre 2000 ; *Slovak c. Slovaquie*, 8 avril 2003 ; *Broca et Texier-Micault c. France*, 21 octobre 2003.

266. *Klass c. Allemagne*, 6 septembre 1978.

267. *Gennadi Naoumenko c. Ukraine*, 10 février 2004, § 135.

268. Notamment *Kaya c. Turquie* (droit à la vie) ; *Bati et autres c. Turquie*, 3 juin 2004 (mauvais traitements).

269. Notamment *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1999 ; et *Conka c. Belgique*, 5 février 2002.

270. *Iatridis c. Grèce*, 25 mars 1999.

Le rapport avec les exigences procédurales inhérentes aux droits substantiels

Compte tenu du contenu du droit au recours effectif, une des questions qui se posent est celle des relations entre l'article 13 et les dispositions substantielles de la Convention, dont on a vu qu'elles comportaient aussi des implications au plan procédural. Concrètement, il s'agit de savoir quand un grief de manquement à une obligation procédurale est susceptible de prospérer à la fois, par exemple, sur le terrain de l'article 2 et de l'article 13, et quand est-ce qu'il devra être cantonné plutôt à l'un ou l'autre cadre ?

Dans certaines espèces, telle que l'affaire *Kaya c. Turquie*, la Cour a affirmé que « les exigences de l'article 13 vont plus loin que l'obligation procédurale que l'article 2 fait aux Etats contractants de mener une enquête effective »²⁷¹. La différence est cependant limitée en l'occurrence. Elle tient principalement au fait que l'enquête commandée par la première disposition doit être accessible à la famille de la personne décédée. Mais cette différence s'estompe si l'on songe que le même résultat peut être atteint en combinant les exigences procédurales de l'article 2 et de l'article 3, voire, dans le cadre du seul article 3, en articuland les griefs formulés à cet égard successivement sous l'angle substantiel (mauvais traitements à l'égard des proches d'une personne disparue) et sous l'angle procédural (manquement à l'obligation d'enquête *stricto sensu*)²⁷². En somme, si différence il y a, elle est à ce point infime

271. § 107 de l'arrêt.

272. Voir *supra*, p. 34 et s.

qu'elle ne mérite pas qu'on s'y arrête. Les implications des deux sortes de dispositions doivent donc être tenues pour quasiment identiques.

Mais qu'est-ce qui justifie alors que dans un cas un grief relatif à un défaut d'enquête par exemple sera examiné au regard des deux types de dispositions concomitamment ou au regard d'un seul ? A vrai dire, on ne trouve pas dans la jurisprudence de critère objectif certain. La Cour insiste plutôt sur le fait que son choix dépend avant tout des faits de l'espèce et, pour éviter toute discussion, elle ajoute même qu'elle est « maîtresse de la qualification juridique des faits de la cause »²⁷³. Dans ces conditions il n'est pas surprenant que les requérants multiplient les griefs, et il est évident que les gouvernements doivent pour leur part organiser leur défense sur tous les terrains.

L'article 6 § 1 : les garanties générales du procès équitable

Généralités

D'autres obligations positives sont imposées aux Etats en tant que garanties générales du procès équitable en vertu de l'article 6 § 1, libellé comme suit :

Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un

273. *Bati*, précité.

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. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice.

Il est certain que, pour la satisfaction des différentes exigences du procès équitable, l'Etat doit agir, légiférer. Il en va ainsi notamment des qualités que doit présenter le tribunal. Sur ce point la Cour a clairement indiqué que « l'expression « tribunal indépendant et impartial établi par la loi », évoque l'idée d'organisation plutôt que de fonctionnement, d'institution plutôt que de procédure »²⁷⁴. Il en va ainsi nécessairement des autres éléments retenus par le texte, à savoir le caractère équitable et public de la procédure ou encore le délai raisonnable. A l'action législative de l'Etat, il conviendrait d'ailleurs en la matière d'ajouter celle des juges. L'ampleur de la tâche pour en rendre compte dépasse le cadre limité de cet exposé et dans la mesure où la matière du

274. *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, § 32.

procès équitable fait déjà l'objet d'un ouvrage spécifique dans la collection, il suffit d'y renvoyer²⁷⁵.

L'apport de la jurisprudence est néanmoins loin de se limiter à la clarification de chacun des termes de l'article 6 § 1. Le juge européen s'est aussi attaché à préciser l'économie générale de ses dispositions. Surtout, il en a tiré des implications nouvelles sur lesquelles il est utile de s'attarder quelque peu²⁷⁶. Il s'agit, d'une part, du droit au juge entendu comme droit d'accès à la justice et, d'autre part, du droit à l'exécution des décisions de justice.

Le droit d'accès à la justice : l'aide juridictionnelle en matière « civile »

L'article 6 § 1 ne l'évoque pas expressément. Le droit d'accès au juge ne constitue pas moins un élément qui, selon la jurisprudence²⁷⁷, est inhérent à cet article. Pour la Cour en effet, « on ne comprendrait pas que [cette disposition] décrive en détail les garanties de procédure accordées aux parties à une action civile en cours et qu'il ne protège pas d'abord ce qui seul permet d'en bénéficier en réalité: l'accès au juge »²⁷⁸.

Le droit d'accès au juge interdit essentiellement les entraves de droit et de fait à l'action judiciaire. De telles entraves peuvent résulter d'une action de l'Etat, par le truchement des règles de pro-

275. Pour l'essentiel, on renvoie au *Précis sur les droits de l'homme*, n° 3.

276. Et ce d'autant plus que ces aspects ne sont qu'évoqués dans l'ouvrage précité.

277. *Golder* précité.

278. § 35 du même arrêt.

cédure. Il en va ainsi par exemple, pour ne citer que le principal cas dont la juridiction européenne ait eu à connaître²⁷⁹, des règles relatives aux délais de recours²⁸⁰. On est alors face à la méconnaissance d'une violation négative. Mais, et c'est ce qui intéresse ici, l'entrave peut aussi résulter d'une carence. C'est dans ce contexte qu'il faut situer la jurisprudence européenne en matière d'aide juridictionnelle, fondée sur l'article 6 § 1. Précisons d'emblée que cette jurisprudence concerne essentiellement la matière non pénale, car l'aide juridictionnelle en matière pénale est expressément prévue par l'article 6 § 2-c.

L'obligation d'octroyer une aide juridictionnelle a été énoncée dans l'affaire *Airey c. Irlande*²⁸¹, dont on a vu qu'elle se rapportait à une procédure de divorce, à laquelle la requérante avait dû renoncer faute de disposer de ressources suffisantes pour s'attacher les services d'un avocat. La Cour a conclu en l'espèce à la violation de l'article 6 § 1. La même conclusion a prévalu dans une autre affaire dans laquelle l'appel du requérant avait été rejeté au plan interne pour non-consignation du montant de la condamnation en premier ressort, alors même que l'intéressé avait formé une

279. La Cour a connu aussi d'espèces dans lesquelles étaient en cause une *cautio judicatum solvi* (*Tolstoy Miloslavsky c. Royaume-Uni*, 13 juillet 1997), les conditions de recevabilité des recours en cassation (*de Virgilis c. Italie*, 20 avril 1999 ; *Mohr c. Luxembourg*, 20 avril 1999 ; *Maillet c. France*, 12 novembre 2002), ou encore l'obligation de recourir à un avocat (*Gillow c. Royaume-Uni*, 24 novembre 1986). A noter que dans toutes ces affaires, elle a jugé comme étant légitimes et justifiées les restrictions au droit d'accès.

280. Voir sur cette question, notamment *Geouffre de la Pradelle c. France*, 16 décembre 1992 ; *Zvolský et Zvolská c. République tchèque*, 12 novembre 2002.

281. Arrêt du 9 octobre 1979. Voir aussi *supra*, p. 9.

demande d'aide juridictionnelle qui n'avait même pas été examinée²⁸².

Le droit à l'aide ainsi consacré n'a cependant pas un caractère absolu. On a pu le constater par exemple avec l'affaire *Gnahoré c. France*²⁸³. La Cour a jugé en l'espèce que le rejet d'une demande d'aide juridictionnelle pour l'introduction d'un pourvoi, fondé sur l'absence de moyens sérieux de cassation, n'était pas contraire à l'article 6, dès lors que les requérants n'étaient pas obligés de recourir à un avocat dans la matière en question. D'une manière générale, la juridiction européenne considère que ce droit « appelle de par sa nature même une réglementation par l'Etat, réglementation qui peut varier dans le temps et dans l'espace suivant les ressources de la communauté et les besoins des individus »²⁸⁴, ce qui autorise des restrictions de l'aide juridictionnelle fondées sur différents motifs, et pas seulement sur ceux invoqués dans l'affaire *Gnahoré*.

L'obligation d'exécution des décisions de justice

La portée positive de l'article 6 § 1 a été également étendue en aval avec l'arrêt *Hornsby c. Grèce*, dans laquelle la Cour, au nom de l'effectivité des droits garantis par le Convention, a jugé que « l'exécution d'un jugement ou arrêt, de quelque juridiction que ce soit, doit être considérée comme faisant partie intégrante du procès au sens de l'article 6 »²⁸⁵. L'inexécution d'un jugement cons-

282. *García Manibardo c. Espagne*, 15 février 2000.

283. Arrêt du 19 septembre 2000.

284. *Ashingdane c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, § 57.

285. Arrêt du 19 mars 1997, § 40.

tituera alors un manquement à cette disposition. Un tel manquement peut, dans des cas réellement exceptionnels, ne pas engager la responsabilité internationale de l'Etat. Il en sera ainsi lorsque l'exécution se heurte à un intérêt supérieur, comme par exemple l'intérêt supérieur de l'enfant dans le contexte de l'article 8, s'agissant des décisions relatives à la garde ou au droit de visite consécutives au divorce²⁸⁶. En tout état de cause, des difficultés économiques ne sauraient exonérer l'Etat de sa responsabilité en cas d'inexécution d'une dette judiciaire²⁸⁷. De même, et dans le même cas, celui-ci ne saurait mettre à la charge de l'autre partie une obligation de rechercher elle-même l'exécution du jugement auprès des autorités²⁸⁸.

L'article 46 : l'exécution des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme

La logique de la jurisprudence précédente bénéficie également aux arrêts de la Cour elle-même. Celle-ci juge en effet, depuis peu, que l'article 46 de la Convention²⁸⁹ fait obligation aux Etats d'exécuter ses arrêts. La teneur de cette obligation a été précisée dans toute

286. Voir *supra*, p. 46.

287. Notamment *Burdov c. Russie*, 7 mai 2002, et plus récemment « *Amat-G* » *Ltd et Mebaghishvili c. Géorgie*, 27 septembre 2005.

288. Par exemple, *Tunç c. Turquie*, 24 mai 2005. Pour d'autres illustrations récentes d'une jurisprudence désormais foisonnante, voir *Fedotov c. Russie*, 25 octobre 2005 ; *Androsov c. Russie*, 6 octobre 2005 ; *H.N. c. Pologne*, 13 septembre 2005 ; *Horvatova c. Slovaquie*, 17 mai 2005 ; *Sokur c. Ukraine*, 26 avril 2005 ; *Uzkureliene et autres c. Lituanie*, 26 avril 2005.

son ampleur pour la première fois dans l'arrêt *Scozzari et Giunta c. Italie*, dans les termes suivants :

Il découle [de l'article 46] notamment que l'Etat défendeur, reconnu responsable d'une violation de la Convention ou de ses Protocoles, est appelé non seulement à verser aux intéressés les sommes allouées au titre de la satisfaction équitable, mais aussi de choisir, sous le contrôle du Comité des Ministres, les mesures générales et/ou, le cas échéant, individuelles, à adopter dans son ordre juridique interne afin de mettre un terme à la violation constatée par la Cour et d'en effacer autant que possible les conséquences »²⁹⁰.

Versement de la satisfaction légitime, mesures individuelles et mesures générales sont ainsi les trois exigences qu'il incombe aux Etats d'observer.

Les garanties spécifiques

Il s'agit de celles prévues par les articles 5 et 6 de la Convention et par le Protocole n° 7, et qui tendent à la protection des personnes privées de liberté, de celles qui sont poursuivies au pénal et des étrangers faisant l'objet d'une mesure d'expulsion.

289. Cet article est ainsi rédigé : « 1. Les Hautes Parties Contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties.
2. L'arrêt définitif de la Cour est transmis au Comité des Ministres qui en surveille l'exécution. »

290. Arrêt du 13 juillet 2000, § 249.

Les garanties qui s'imposent en cas de privation de liberté (article 5)

Economie générale de l'article 5

L'objet de l'article 5 est de protéger les personnes contre les arrestations et détentions arbitraires et abusives. Dans ce but il prévoit, en son premier paragraphe, que « toute personne a droit à la liberté et à la sûreté », et que « nul ne peut être privé de sa liberté ». Le même paragraphe énonce cependant des exceptions à la règle, énumérées de manière limitative et qui sont en principe d'interprétation stricte. Il autorise ainsi :

- e les détentions régulières après condamnation par un tribunal compétent (article 5 § 1.a) ;
- e les arrestations et détentions régulières pour insoumission à une ordonnance rendue, à condition qu'elle l'ait été conformément à la loi, qu'elle émane d'un tribunal ou qu'elle vise à garantir l'exécution d'une obligation légale (article 5 § 1.b) ;
- e les arrestations et détentions des personnes dont on peut raisonnablement croire qu'elles ont commis ou sont sur le point de commettre une infraction, pour les conduire devant l'autorité judiciaire compétente (article 5 § 1-c) ;
- e les détentions régulières de mineurs soit aux fins d'éducation surveillée, soit dans le but de les traduire en justice (article 5 § 1.d) ;

- e les détentions régulières de malades contagieux, d'aliénés, d'alcooliques, de toxicomanes ou de vagabonds (article 5 § 1.e) ;
- e les arrestations et détentions régulières des personnes tentant de pénétrer irrégulièrement sur le territoire de l'Etat ou des personnes faisant l'objet d'une procédure d'expulsion ou d'extradition (article 5 § 1.f).

La portée tant de la règle que de ces exceptions est précisée par une jurisprudence abondante qui fait l'objet d'un ouvrage particulier de cette collection et auquel on renvoie²⁹¹. En tout état de cause, les dispositions du paragraphe 1^{er} de l'article 5 n'entraînent aucune obligation positive pour les Etats. De telles obligations n'apparaissent que dans les autres paragraphes de l'article 5, qui énoncent les garanties dont doivent bénéficier les personnes arrêtées ou détenues.

Les obligations positives

Obligations en cas d'arrestation et de détention reconnues

Les garanties auxquelles peuvent prétendre les personnes privées de liberté sont énoncées aux paragraphes 2 à 5 de l'article 5. Pour la plupart, elles impliquent de la part de l'Etat une intervention positive dont la nature varie d'un paragraphe à l'autre. On se bornera ici à en rappeler la teneur²⁹².

291. *Précis des droits de l'homme*, n° 5.

292. Pour un exposé plus détaillé, on renvoie au Précis n° 5, *Le droit à la liberté et la sûreté de la personne. Un guide sur la mise en œuvre de l'article 5 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2003.

Obligation d'information. Aux termes de l'article 5 § 2, « toute personne arrêtée doit être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle ». Il ressort d'abord de la jurisprudence que la notion « d'arrestation » a une signification autonome ; elle dépasse le cadre des mesures à caractère strictement pénal et peut par conséquent s'appliquer à une ordonnance d'internement psychiatrique²⁹³. S'agissant de l'occurrence de l'information, le juge européen s'est jusqu'à présent refusé à fixer un délai précis, et statue au cas par cas. Il a jugé qu'un délai de dix jours entre la décision d'internement psychiatrique et l'information de l'intéressée était contraire au paragraphe 2, mais qu'il n'en allait pas de même d'un délai de quelques heures (4h 45mn) dans le cas de personnes arrêtées pour terrorisme²⁹⁴. Quant à l'information elle-même, elle doit comprendre « les raisons juridiques et factuelles de la privation de liberté » et être délivrée, non seulement dans une langue comprise de l'intéressé, mais encore « dans un langage simple accessible » à celui-ci²⁹⁵. L'idéal est qu'elle soit faite directement, mais la jurisprudence admet aussi une information indirecte distillée dans le cadre d'interrogatoires²⁹⁶.

Obligation de présentation à un juge. Elle ne concerne que les personnes arrêtées dans les conditions précisées par l'article 5 § 1.c. Celles-ci doivent, ainsi que l'énonce l'article 5 § 3, être « aussitôt »

293. *Van Der Leer c. Pays-Bas*, 25 octobre 1990.

294. *Fox, Campbell et Hartley c. Royaume-Uni*, 27 mars 1991.

295. *Fox, Campbell et Hartley*, § 40.

296. *Ibid.*

traduites « devant un juge ou un magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires », et elles ont « le droit d'être jugées dans un délai raisonnable, ou libérées pendant la procédure ». La Cour se montre normalement plus exigeante dans l'appréciation du délai de présentation au juge, y compris dans les affaires de terrorisme²⁹⁷, considérant que le terme « aussitôt » impose que cette présentation se fasse dans de brefs délais. Sur la base de la jurisprudence, on estime généralement ce délai entre un et deux jours au plus²⁹⁸. Par ailleurs, s'agissant du magistrat appelé à statuer sur la nécessité du maintien en détention, l'expression « magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires » est interprétée comme excluant les juges du parquet ou les Procureurs²⁹⁹, et cela dans un souci évident d'impartialité. Enfin, le juge saisi doit l'être aux fins de se prononcer sur la légalité mais aussi sur la nécessité du maintien en détention. Il doit disposer des pouvoirs nécessaires pour ce faire, et ses décisions doivent être obligatoires³⁰⁰. L'absence de motifs justifiant la détention doit, évidemment, conduire à la libération de l'intéressé.

Obligation de célérité de la justice. L'objet de l'article 5 § 4 est avant tout de garantir à la personne détenue un droit au recours, contre la mesure de détention, devant un « tribunal ». En cela elle n'est pas porteuse d'obligation positive pour l'Etat, sauf pour ce qui est de la prévision d'un tel recours et de l'institution du tribunal en

297. Par exemple, *Brogan c. Royaume-Uni*, 28 octobre 1988.

298. Précis n° 5 (a été considérée comme excessive une période de 4 jours et 6 heures).

299. En ce sens, *Huber c. Suisse*, 23 octobre 1990 ; et *Brincat c. Italie*, 26 novembre 1992.

300. Notamment *Letellier c. France*, 26 juin 1991 ; et *Tomasi c. France*, 27 août 1992.

question. En revanche, il prévoit que celui-ci doit statuer « à bref délai », ce qui oblige dans une certaine mesure le juge saisi. L'appréciation de ce « bref délai » s'avère, dans la jurisprudence européenne, moins stricte que dans les cas précédents. La Cour prend en compte, ce qui est normal, la complexité de l'affaire. C'est là une question d'espèces, mais on considère habituellement que ce délai ne peut excéder quelques semaines³⁰¹.

Obligation d'indemnisation. Enfin, l'article 5 § 5 oblige les Etats à indemniser toute personne victime d'une arrestation ou d'une détention arbitraire. Cette obligation est absolue. Elle n'est subordonnée qu'au constat du caractère irrégulier de la détention.

Obligations liées aux cas d'arrestation et de détention non reconnues

Les paragraphes 2 à 5 de l'article 5 suffisent en principe à la protection des personnes privées de liberté contre l'arbitraire étatique. Comme on l'a vu, cette protection tient avant tout au contrôle que doit exercer le juge. Mais pour qu'un tel contrôle soit possible, encore faut-il que l'arrestation et la détention soient avérées, qu'elles soient reconnues par l'Etat. Dans le cas contraire, les garanties de l'article 5 deviennent proprement inutiles. C'est pour éviter un tel contournement de la Convention que la Cour a été amenée à énoncer des obligations supplémentaires, dont celle « d'officialisation », qui valent pour les hypothèses dites de « détention non reconnue ». La jurisprudence en la matière a été établie à partir de l'arrêt *Kurt c. Turquie*³⁰². Comme il est souligné

301. Précis n° 5.

dans cet arrêt, « il faut considérer que l'article 5 fait obligation [aux Parties contractantes] de prendre des mesures effectives pour pallier le risque d'une disparition et mener une enquête rapide et efficace dans l'hypothèse d'une plainte plausible selon laquelle une personne a été appréhendée et n'a pas été revue depuis ». Concrètement, cela signifie que, lorsqu'une personne est appréhendée par les autorités, celles-ci doivent impérativement consigner la date et l'heure de l'arrestation, le lieu de détention, le nom du détenu, les raisons de la détention ainsi que l'identité de la personne qui y a procédé. Ces exigences ne valent pas seulement pour les détentions non reconnues durablement mais pour toute détention de ce type, y compris celles qui sont finalement déclarées après un court laps de temps³⁰³.

Les garanties bénéficiant à l'accusé dans le cadre du procès pénal (article 6 et Protocole n° 7)

Elles sont réparties entre l'article 6 et le Protocole n° 7.

Les garanties de l'article 6

On ne les évoquera ici que pour mémoire³⁰⁴. Ces garanties figurent au paragraphe 3 de l'article 6. On observera que trois seulement d'entre elles créent pour les Etats des obligations posi-

302. Arrêt du 25 mai 1998.

303. En ce sens, *Anguelova c. Bulgarie*, 13 juin 2002.

304. Pour plus de détails, voir Précis n° 3, *Le droit à un procès équitable. Un guide sur la mise en œuvre de l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2003.

tives. Il s'agit du droit de tout accusé « d'être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui » (*littera a*), du droit à l'assistance gratuite d'un avocat commis d'office et, par conséquent, du droit à une aide juridictionnelle rémunérant ce service (*littera c*) et, enfin, du droit à l'assistance gratuite d'un interprète en cas de besoin (*littera f*).

Les garanties du Protocole n° 7

Le Protocole n° 7 à la Convention ajoute essentiellement deux garanties.

La première consiste dans le *droit à un double degré de juridiction en matière pénale* (article 2)³⁰⁵. D'après la jurisprudence, le libellé même de l'article 2 amène à reconnaître un large pouvoir d'appréciation aux Etats pour ce qui concerne les modalités d'exercice de ce droit. En particulier, le droit national peut limiter la compétence de la juridiction supérieure à l'examen des seules questions de droit. Compte tenu de cela, la Cour européenne a jugé que le

système français applicable en matière criminelle, dans lequel les arrêts de la Cour d'assises peuvent faire l'objet d'un pourvoi devant la Cour de cassation, ne méconnaît pas, d'une manière générale, les exigences de cet article³⁰⁶. Cela étant, la France a néanmoins été condamnée, à raison d'une particularité de la procédure en question : celle qui voulait³⁰⁷ qu'un tel pourvoi ne soit pas ouvert aux personnes jugées par contumace par la Cour d'assises³⁰⁸. Il ne faut toutefois pas croire que le seul fait qu'une décision de condamnation ou de constat de culpabilité puisse être connue par une juridiction supérieure suffise. Il faut au surplus que ladite juridiction supérieure puisse être saisie par la personne même du condamné. Il en a été jugé ainsi dans une affaire où la possibilité d'exercer le recours était réservée au Procureur³⁰⁹.

La seconde garantie, prévue par l'article 3 du même Protocole, consiste dans le *droit d'indemnisation en cas d'erreur judiciaire*. L'obligation en résultant est évidente et se passe de commentaire, sauf à noter que pour le calcul du montant de l'indemnité, il peut être exigé de la personne concernée qu'elle fasse la preuve du préjudice subi à raison de l'erreur judiciaire³¹⁰.

305. L'article 2 est ainsi rédigé : « 1. Toute personne déclarée coupable d'une infraction pénale par un tribunal a le droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité ou la condamnation. L'exercice de ce droit, y compris les motifs pour lesquels il peut être exercés, sont régis par la loi. 2. Ce droit peut faire l'objet d'exceptions pour des infractions mineures telles qu'elles sont définies par la loi ou lorsque l'intéressé a été jugé en première instance par la plus haute juridiction ou a été déclaré coupable ou condamné à la suite d'un recours contre son acquittement. »

306. *Krombach c. France*, 13 février 2001.

307. Ce particularisme procédural a été abrogé par une loi de 2004.

308. *Ibid.* Cette solution a été confirmée par les arrêts *Papon c. France* (25 juillet 2002) et *Mariani c. France* (31 mars 2005).

309. *Gurepka c. Ukraine*, 6 septembre 2005.

310. *Shilyayev c. Russie*, 6 octobre 2005. A noter que la Cour transpose ici la solution consacrée à propos de l'article 5 § 5 de la Convention.

Les garanties bénéficiant aux étrangers faisant l'objet d'une mesure d'expulsion

L'article 1^{er} du Protocole n° 7 prévoit certaines garanties, qui jouent en cas d'expulsion et bénéficient à l'étranger faisant l'objet d'une telle mesure, pour autant qu'il réside « régulièrement » sur le territoire de l'Etat. La première, qui n'implique pas en tant que telle d'obligation positive au sens strict, est que la mesure d'expulsion doit être prise « conformément à la loi ». Une fois cette première condition remplie, l'étranger doit pouvoir : a) faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion ; b) faire examiner son cas, et c) se faire représenter à ces fins devant l'autorité compétente par une ou plusieurs personnes désignées par cette autorité.

Ces « droits » reconnus à l'étranger, appellent à l'évidence des mesures positives de la part de l'Etat. La Cour n'ayant à ce jour rendu aucun arrêt relatif à l'application de l'article 1 du Protocole n° 7³¹¹, il est difficile d'en identifier avec certitude les exigences. On peut penser qu'il requiert au minimum qu'une possibilité de recours soit prévue en droit national et que la procédure respecte

une certaine forme contradictoire. Des questions restent posées néanmoins :

e « l'autorité compétente » au sens de cette disposition est-elle l'autorité juridictionnelle ou une autorité administrative et, dans ce dernier cas, s'agit-il de celle qui a pris la décision litigieuse ou d'une autorité indépendante ?

e A quels principes obéit la procédure devant cette instance ?

Sans y répondre, on observera que ces garanties peuvent être écartées et la mesure d'expulsion exécutée immédiatement, si des nécessités tenant à la sauvegarde de l'ordre public et de la sécurité nationale le commandent. Sauf à ce que le juge européen contrôle le caractère fondé de ces motifs dans chaque cas, cette clause est de nature à amoindrir considérablement, voire à faire échec à la protection conventionnelle de ces personnes.

311. La Cour n'a, semble-t-il, été saisie que d'une seule affaire relative à l'application de cette disposition (*Szyszkowski c. Saint-Marin*, 29 mars 2005). L'intéressé s'étant vu, entre-temps, délivrer un titre de séjour (à la suite d'une décision judiciaire favorable), et la Cour ayant estimé que le respect des droits de l'homme n'exigeait pas qu'elle poursuive l'examen de la requête, l'affaire a été rayée du rôle.

**Direction générale
des droits de l'homme
Conseil de l'Europe
F-67075 Strasbourg Cedex**

http://www.coe.int/human_rights/

Cette série de précis sur les droits de l'homme a été créée afin de proposer des guides pratiques sur la manière dont la Cour européenne des Droits de l'Homme, à Strasbourg, met en œuvre et interprète les différents articles de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Ils ont été conçus pour les praticiens du droit, et plus particulièrement les juges, mais restent accessibles à tous ceux qui s'y intéressent.