

LES OBLIGATIONS POSITIVES DANS LES JURISPRUDENCES DES COURS EUROPÉENNE ET INTERAMÉRICAINES DES DROITS DE L'HOMME*

STÉPHANIE PAVAGEAU**

RÉSUMÉ

Concept commun aux jurisprudences des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme, les obligations positives se présentent pour les Etats comme un devoir d'agir afin de garantir l'effectivité des droits fondamentaux énoncés par les Conventions régionales. Création prétorienne, de telles obligations résultent de l'interprétation dynamique des textes de 1950 et de 1969. Il appartient aux juges d'en déterminer l'existence et d'en définir la portée, ce qui peut

*Fecha de recepción: 1° de noviembre de 2005
Fecha de aceptación: 8 de noviembre de 2005*

* Maître de conférences à l'Université de Poitiers (IPAG; Institut de droit public EA n° 2623).

** Les lecteurs nous pardonneront une approche trop européenne du sujet, même si à certains égards cela se justifie. Nous espérons également qu'ils seront indulgents s'agissant de l'interprétation que nous avons pu faire des arrêts en langue espagnole. La maîtrise limitée de cette langue pourrait être à l'origine d'appréciation parfois hâtives de la jurisprudence de la Cour interaméricaine.

dans certaines hypothèses aller au-delà de la seule dimension verticale des droits fondamentaux. Au regard des jurisprudences européenne et interaméricaine, les obligations positives imposent aux Etats de prévenir toutes violations des droits et des libertés, mais également de poursuivre et de sanctionner l'auteur ou les auteurs de ces violations. Cette dualité—obligations matérielles et obligations procédurales—semble conditionner, dans une certaine mesure, l'intensité du contrôle qu'exercent les juges sur des obligations qui demeurent pour les Etats des obligations de moyens.

Mots clés: Droits fondamentaux, obligations positives, effectivité des droits de l'homme, effet horizontal des droits de l'homme, marge d'appréciation.

ABSTRACT

Belonging both to the European and inter-American courts of human rights case-law, positive obligations are defined as a duty for states to effectively secure the rights and freedoms set out in regional conventions. As a judicial product, these obligations are the result of a dynamic interpretation of the 1950 and 1969 conventions. The judges have to determine their existence and their impact which might exceed the vertical dimension of human rights. According to the European and inter-American decisions, positive obligations impose on States the duty to prevent any violations of human rights but also to investigate and punish the perpetrator or perpetrators of those violations. This double content—material obligations and procedural obligations—seems to a certain extent to condition on the control exercised by judges on obligations which remain obligations of means for States.

Key words: Fundamental rights, positive obligations, effectiveness of human rights, horizontal dimension of fundamental rights, margin of appreciation.

RESUMEN

Como concepto común a las jurisprudencias de la Corte europea e interamericana de derechos del hombre, las obligaciones positivas se presentan ante los estados como un deber de actuar con el objeto de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales enunciados por las convenciones regionales. De creación pretoriana, tales obligaciones resultan de la interpretación dinámica de los de los textos de 1950 y de 1969 y corresponde a los jueces determinar su existencia y definir su alcance, lo que en ciertas hipótesis puede ir más allá de la simple dimensión vertical de los derechos fundamentales. De acuerdo con la jurisprudencia europea e interamericana, las obligaciones positivas imponen a los estados no sólo la obligación de prevenir todas las violaciones de los derechos y libertades sino igualmente, la obligación de procesar y sancionar el autor o los autores de estas violaciones. Esta dualidad —obligaciones materiales y obligaciones procedimentales— parece condicionar, en cierta medida, el control que ejercen los jueces sobre unas obligaciones que para los estados, continúan siendo obligaciones de medio.

Palabras clave: derechos fundamentales, obligaciones positivas, efectividad de los derechos del hombre, dimensión horizontal de los derechos fundamentales, margen de apreciación.

SOMMAIRE

- I. Les obligations positives : instrument prétorien d'effectivité des droits
 1. L'interprétation dynamique de l'article 1§1 de la Cadh
 2. L'interprétation dynamique de la Cedh et le recours à la théorie de l'inhérence
 - A. La détermination juridictionnelle des obligations positives
 1. L'identification des obligations positives
 2. La portée des obligations positives
- II. Les obligations positives : un double devoir à la portée modulée
 - A. Le contenu dual des obligations positives
 1. Les obligations matérielles
 2. Les obligations procédurales
 - B. Le contrôle des obligations positives en question
 1. La méthode des juges
 2. L'intensité du contrôle

Bibliographie

Outre les différences qui les caractérisent¹, les systèmes régionaux de protection des droits de l'homme, européen et interaméricain

“(…) trouvent le fondement de leur existence dans la nécessaire organisation démocratique des Etats membres”².

-
- 1 Voir notamment pour une analyse comparative générale H. GROS ESPIELL, “ La Convention américaine et la Convention européenne des droits de l'homme, analyse comparative ”, *RCADI* 1989, vol. 218 (p. 167-411).
 - 2 H. GROS ESPIELL, “ La commission et la Cour interaméricaines des droits de l'homme. Situation actuelle et perspectives d'avenir ”, *Mélanges, L. E. Pettiti*, Bruylant, 1998, p. 441.

Au-delà d'un mécanisme juridictionnel efficace et effectif, les deux systèmes visent à garantir, sur la base des Conventions de 1950 et de 1969, les droits et libertés civils et politiques³. Dans cette perspective, les Etats liés par ces instruments internationaux, sont tenus par des obligations qui se traduisent, conformément à la conception classique de protection des droits fondamentaux, par un devoir d'abstention. Cette abstention implique que l'Etat ne puisse s'ingérer dans la sphère des droits et libertés dits de la première génération. Or une telle approche est aujourd'hui trop restrictive pour en garantir l'effectivité. Celle-ci implique, en effet, de prendre en considération non seulement l'abstention, mais également l'action des Etats. Les Cours européenne et interaméricaine ont pris conscience de la nécessité qu'il y avait à redéfinir les obligations des Etats parties en leur imposant, de façon diverse, des comportements actifs.

La mise en conformité des lois répond à une exigence d'action de la part de l'Etat. De telles exigences ne sont toutefois pas assimilables aux obligations positives au sens où nous le concevons ici. L'intervention active de l'Etat ne s'entend pas de la seule exigence qui lui incombe de mettre en conformité sa législation avec le texte de la Convention. Une telle exigence est explicitement prescrite dans la Convention interaméricaine au titre des obligations particulières à la charge de l'Etat. A côté de l'article 1 Cadh, l'article 2 Cadh dispose en effet que,

“[s]i l'exercice des droits et libertés visés à l'article 1 n'est pas déjà garanti par des dispositions législatives ou autres, les Etats parties s'engagent à adopter en accord avec leurs prescriptions constitutionnelles et les dispositions de la présente Convention les mesures législatives ou autres nécessaires pour donner effet aux-dits droits et libertés”.

3 Dans le cadre du Conseil de l'Europe, c'est la Charte sociale européenne adoptée à Turin le 18 octobre 1961 qui vise à garantir les droits économiques et sociaux. Dans le cadre du système interaméricain, un protocole relatif aux droits économiques, sociaux et culturelles a été adopté le 17 novembre 1988 par l'Assemblée générale des Etats américains, entré en vigueur le 16 novembre 1999.

L'interprétation donnée par la Cour de l'article 1 Cadh montre que les obligations positives vont au-delà de la seule nécessité qu'il y a à mettre la législation en conformité avec les exigences de la Convention⁴. Bien qu'il n'existe pas de disposition équivalente dans la Convention européenne des droits de l'homme, l'ensemble du système de protection européen milite pour que les Etats mettent en conformité leur législation avec la Convention et dans une certaine mesure avec la jurisprudence de la Cour⁵.

La jurisprudence européenne⁶ ainsi que celle de la Cour interaméricaine⁷ révèlent l'existence d'obligations positives. Concept commun aux deux juridictions régionales, les obligations positives traduisent toutefois des différences dans les décisions des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme. Cela tient naturellement au fait que, au-delà même des approches et méthodes de travail qui sont propres à chacun des juges, la Cour européenne et la Cour interaméricaine sont confrontées à des contentieux dont les circonstances de faits et de droits diffèrent⁸. Ainsi, le contentieux

4 CADH, *Velásquez Rodríguez c./ Honduras*, 29 juillet 1988, Série C, n° 7; § 168: “*The obligation of the States is, thus, much more direct than that contained in Article 2 (...)*”.

5 Art 46 de la Cedh: “ Les Hautes Parties Contractantes s’engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans lesquels elles ont été parties ”. Voir notamment sur la portée de la chose jugée J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français, LGDJ 1998, bibl. de droit public, t. 192.

6 La notion d'obligations positives est apparue dans la jurisprudence de la Cour dès 1968 dans l'affaire *linguistique belge* (CEDH, 23 juillet 1986 Série A, n° 6), reprise dans les arrêts *Marckx c./ Belgique* (CEDH, 13 juin 1979, Série A, n° 31) et *Airey c./ Irlande* (CEDH, 9 octobre 1979, Série A, n° 32). Elle s'est depuis lors généralisée cf. *infra*.

7 CADH, *Velásquez Rodríguez*, *op. cit.*

8 H. GROS ESPIELL, “ La Convention américaine et la Convention européenne des DH, analyse comparative ”, *op. cit.*, p. 201: “ Des réalités politiques qui sont aujourd’hui démocratiques et stables, des réalités de développement économique, des réalités sociales évoluées et sans extrême pauvreté, dans le cas des Etats membres du conseil de l’Europe, conditionnent une différence d’application de la CEDH et de celle qui, en Amérique latine, s’applique aux réalités politiques instables, avec de graves problèmes de sous-développement économique et avec une situation sociale, dans beaucoup de

interaméricain a longtemps été constitué de questions relatives à des violations massives des droits de l'homme. Comme le note A.A. CANÇADO TRINDADE, une certaine diversification apparaît toutefois dans la source des violations des droits de l'homme. L'auteur vise notamment

“celles qui sont le fait de groupes clandestins, celles perpétrées dans les relations entre individus, celles qui résultent de la corruption et de l'impunité”⁹.

Cela étant, une telle diversification n'est pas équivalente à celle que nous rencontrons aujourd'hui dans le contentieux européen.

“D'une manière générale, à partir de textes au contenu très comparable, la jurisprudence [interaméricaine] ainsi développée paraît, non seulement beaucoup moins abondante, mais surtout moins variée que celle de la Cour européenne”¹⁰.

Il ne faut pas nier, loin s'en faut, que les violations graves des droits de l'homme n'aient plus cours sur le continent européen, mais dans l'ensemble les “*réalités politiques et démocratiques sont plus stables en Europe*”¹¹. Cela se traduit en terme de contentieux par des violations mettant en jeu les divers droits garantis par la Convention.

cas, caractérisée par la misère, par l'exploitation et par l'injustice. Dans de telles conditions, sans préjudice des analogies et des équivalences des deux systèmes juridiques régionaux de protection des droits de l'homme, leur application et surtout leur efficacité respectives ne peuvent être que très différentes”.

- 9 A. A. CANÇADO TRINDADE, “ Le système interaméricain de protection des droits de l'homme: Etat actuel et perspectives d'évolution à l'aube du XXIème siècle ”, AFDI 2000, p. 568.
- 10 J. BENZIMRA-HAZAN, “ Disparitions forcées de personnes et protection du droit à l'intégrité: la méthodologie de la Cour interaméricaine des droits de l'homme ”, RTDH, 2001, p. 769.
- 11 H. GROS ESPIELL, “La Convention américaine et la Convention européenne des droits de l'homme, analyse comparative ”, *op. cit.*, p. 201.

Les méthodes de travail des deux Cours demeurent en tout état de cause très proches. A partir de principes souvent communs avec le droit européen, la Cour interaméricaine a su en particulier tirer tous les prolongements de la notion d'obligation active, dans un contexte difficile, cherchant avant tout l'effectivité des dispositions de la Convention.

En outre, des influences existent entre les deux systèmes de protection et entre les deux juges. Dans le cadre des obligations positives, celles-ci ne sont pas contestables. Cela étant, si les Cours ont su réceptionner les méthodes de leur homologue, il reste que, comme le souligne H. TIGROUDJA¹², la Cour européenne se référera moins facilement aux sources normatives extérieures à la Convention. "*Instrument autoréférentiel*", le texte de 1950 est appliqué par la Cour de Strasbourg dans la perspective d'une création d'un ordre juridique propre. La Cour de Costa Rica est, pour sa part, plus réceptive aux dispositifs normatifs extérieurs et donc plus largement ouverte aux influences européennes comme l'illustrent les nombreux renvois qu'elle fait à la jurisprudence européenne y compris s'agissant des obligations positives.

Concept commun aux Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme, celles-là se présentent essentiellement comme une création prétorienne, instrument de l'effectivité des droits et libertés (I). Résultat d'une interprétation dynamique des Conventions, les obligations positives présentent un contenu dual sur lequel les juges semblent exercer un contrôle modulé (II).

I. LES OBLIGATIONS POSITIVES: INSTRUMENT PRÉTORIEN D'EFFECTIVITÉ DES DROITS

Les droits et libertés garantis dans les Conventions européenne ou interaméricaine ne doivent pas être entendus comme étant figés. Il

12 H. TIGROUDJA, "L'autonomie du droit applicable par la Cour interaméricaine des droits de l'homme: en marge d'arrêts et avis consultatifs récents", *RTDH* 2002, p. 85 et 86.

appartient aux juges, et ils l'ont clairement énoncés, d'interpréter les textes institutifs des systèmes de protection à la lumière des circonstances actuelles¹³. Cette exigence vise à garantir des droits réels et effectifs comme le rappelle régulièrement la Cour européenne des droits de l'homme depuis l'arrêt *Airey*¹⁴ de 1979. Selon la haute juridiction européenne, la Convention vise à protéger des “*droits concrets et effectifs*”, et non “*théoriques ou illusoirs*”. De son côté, la Cour interaméricaine, dans l'arrêt *Velásquez Rodríguez*, a adopté une conception identique¹⁵.

Ce faisant, le juge, tant européen qu'interaméricain, recherche l'effectivité des droits et libertés garantis dans les deux instruments internationaux. Dans cette perspective, ils sont venus dégager des obligations positives pour les Etats parties à la Convention de 1950 et de 1969. Résultat d'une interprétation dynamique des textes (A),

13 CADH, Affaire dite “*des enfants des rues*” (*Villagrán Morales et autres*) c./ *Guatemala*, 19 novembre 1999, Série C, n°63: § 193 “*The Court has previously indicated that this focus is particularly important for international human rights law, which has advanced substantially by the evolutive interpretation of international protection instruments. On this point, this Court has understood that[t]his evolutive interpretation is consequent with the general rules of the interpretation of treaties embodied in the 1969 Vienna Convention. Both this Court [...] and the European Court [...] have indicated that human rights treaties are living instruments, the interpretation of which must evolve over time in view of existing circumstances.*”

CADH, *The Mayagna (Sumo) awas tingni community c./ Nicaragua*, 31 août 2001, Série C, n° 79: § 146 “*Furthermore, such human rights treaties are live instruments whose interpretation must adapt to the evolution of the times and, specifically, to current living conditions.*”

14 CEDH, *Airey*, *op. cit.*, § 24.

15 CADH, *Velásquez Rodríguez*, *op. cit.*: §§ 167 et 171 “*The obligation to ensure the free and full exercise of human rights is not fulfilled by the existence of a legal system designed to make it possible to comply with this obligation - it also requires the government to conduct itself so as to effectively ensure the free and full exercise of human rights. This principle suits perfectly the nature of the Convention, which is violated whenever public power is used to infringe the rights recognized therein. If acts of public power that exceed the State's authority or are illegal under its own laws were not considered to compromise that State's obligations under the treaty, the system of protection provided for in the Convention would be illusory*”.

de telles obligations se présentent essentiellement comme une création prétorienne dans la mesure où il appartient au juge d'en déterminer l'existence (B).

A. LE RÉSULTAT D'UNE INTERPRÉTATION DYNAMIQUE DES TEXTES EUROPÉEN ET INTERAMÉRICAIN

La lecture des Conventions, européenne et interaméricaine, ne permet pas d'affirmer l'existence d'obligations positives. C'est aux juges qu'est revenu le soin, mus par le souci de rechercher l'effectivité des droits, de dégager de telles obligations. La démarche suivie est toutefois différente, nonobstant une convergence récente, selon que l'on se tourne vers la jurisprudence interaméricaine (1) ou européenne (2).

1. L'INTERPRÉTATION DYNAMIQUE DE L'ARTICLE 1§1 DE LA CADH

L'article 1§1 de la Cadh dispose que les Etats parties s'engagent "à respecter les droits et libertés reconnus par la Convention et à en garantir le libre et plein exercice à toute personne relevant de leur compétence, sans aucune distinction fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la situation économique, la naissance ou toute autre condition sociale". S'appuyant sur cette disposition, la Cour de Costa Rica a dégagé deux types d'obligations pour les Etats parties. C'est dans l'arrêt *Velásquez Rodríguez c. Honduras* du 29 juillet 1988¹⁶, que le juge interaméricain a explicitement mis en exergue la distinction qu'il convenait de faire entre le devoir de protéger les droits et les libertés inscrits dans la Convention et celui de garantir de tels droits. Selon la Cour, l'article 1§1 Cadh se présente comme

16 CADH, *Velásquez Rodríguez*, *op. cit.*

“le fondement générique de la protection des droits reconnus par la Convention”¹⁷.

L’importance d’une telle disposition se traduit par la combinaison quasi-systématique de l’article 1§1 et d’autres articles, que ces derniers soient relatifs à un droit substantiel ou procédural¹⁸.

Le devoir de protéger les droits et libertés consacrés dans la Convention vise l’obligation classique à laquelle les Etats souscrivent en devenant parties à des traités relatifs à la protection des droits de l’homme. Ils doivent s’abstenir de s’immiscer dans les droits et libertés sous réserve des limitations conventionnelles. Une telle approche demeure toutefois incomplète pour rendre pleinement effectif l’exercice des droits et libertés. A l’obligation de respecter s’ajoute, selon la Cour, une obligation de garantie.

Cette dernière doit s’entendre comme impliquant

“(…) le devoir des Etats parties d’organiser tout l’appareil de l’Etat et, en général, les diverses structures à travers lesquelles le pouvoir public se manifeste aux fins d’assurer, au sens juridique du terme, le libre et plein exercice des droits de l’homme. A partir de cette obligation positive, les Etats doivent prévenir, examiner et sanctionner toute violation des droits reconnus par la Convention et essayer, dans la mesure du possible, de rétablir le droit enfreint, en réparant, selon les cas, les dommages produits par la violation des droits de l’homme”¹⁹.

Il s’agit donc d’une obligation de due diligence visant à prévenir la survenance de violations

17 *Ibid.* § 163.

18 La lecture des arrêts de la Cour interaméricaine des droits de l’homme montre en effet que s’agissant pour le moins des dispositions relatives aux exigences procédurales (art 8 et 25 CADH), la Cour examine le respect de celles-ci en liaison avec l’article 1§1.

19 CADH, *Velásquez Rodríguez*, *op. cit.*, § 166.

La Cour s'est montrée encore plus "exigeante"²⁰ dans son arrêt *Bamaca Velásquez* du 25 novembre 2000. Elle y a défini l'obligation positive qui pèse sur l'Etat comme celle de

"prendre toutes les mesures nécessaires pour lever les obstacles qui empêchent tout individu de jouir des droits reconnus par la Convention"²¹.

Ainsi interprétée, l'obligation de garantir les droits et libertés inscrite à l'article 1 Cadh, induit deux types d'obligations. Certaines obligations, dites générales, seraient situées, pour reprendre la classification adoptée par H. TIRGOUDJA et I.K. PANOUSSIS, en amont d'une violation et viseraient à en prévenir la réalisation. D'autres, situées cette fois en aval de la violation, impliqueraient la nécessité qu'il y a de mener une enquête effective afin d'identifier le ou les auteurs de ces violations, les traduire devant la justice et ainsi sanctionner leurs actions²².

Les obligations positives résultent dans le cadre de la jurisprudence interaméricaine d'une interprétation dynamique de l'article 1§1 Cadh. Une telle disposition ne se retrouve pas explicitement dans la Convention européenne des droits de l'homme. Cela étant, la Cour de Strasbourg est parvenue à dégager des obligations positives à la charge de l'Etat.

2. L'INTERPRÉTATION DYNAMIQUE DE LA CEDH ET LE RECOURS À LA THÉORIE DE L'INHÉRENCE

A la lecture de la jurisprudence européenne des droits de l'homme, il ressort que les obligations positives ne s'appuient originellement

20 F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 7ème éd., PUF 2005, § 166.

21 CADH, *Bamaca Velásquez*, 25 novembre 2000, Série C 70, § 194.

22 H. TIRGOUDJA, I. K. PANOUSSIS, *La Cour interaméricaine des droits de l'homme, Analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse*, Droit et justice n°41, Bruylant, 2003, p. 162.

sur aucune disposition précise de la Convention. Ce n'est que récemment que le juge de Strasbourg s'est tourné vers l'article 1 Cdh.

C'est en recherchant l'effectivité de ces droits que la Cour est parvenue à mettre en lumière des obligations nouvelles à la charge des Etats. La démarche suivie par la haute juridiction est à cet égard distincte de celle de son homologue interaméricain. Le juge s'est appuyé sur la théorie de l'inhérence. C'est ce que F. SUDRE a mis en lumière dans une étude consacrée aux obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme. Selon l'auteur,

“c'est par le recours en priorité à la théorie des “ éléments nécessairement inhérents à un droit ” que le juge européen enrichit sensiblement le contenu du droit dont il contrôle l'application et procède à la détermination d'obligations positives, substantielles ou procédurales, à la charge des Etats. Il ressort de ses analyses que les obligations positives sont inhérentes aux droits et libertés inscrits dans la Convention”²³.

Analysant la portée de chaque droit, la Cour détermine, au regard des circonstances de la cause, des “ devoirs d'action ” incombant aux Etats. Ainsi, la Cour est-elle parvenue à garantir l'effectivité des droits et libertés à l'image du droit au respect de la vie privée ²⁴, de la liberté d'expression²⁵ ou bien encore de la liberté d'association²⁶ et du droit de propriété²⁷.

23 *Ibid.*

24 Voir par exemple parmi de très nombreux arrêts CEDH, *Keegan c. Irlande*, 26 mai 1994, série A no 290, § 49.

25 Voir par exemple CEDH, *Özgür Gündem c. Turquie*, 16 mars 2000, req. n° 23144/93, § 43.

26 Voir par exemple CEDH, *Yesilgöz c. Turquie*, 20 septembre 2005, req. n° 45454/99, § 27 Voir également CEDH, *Plattform “ Ärzte für das Leben ” c. Autriche*, 21 juin 1988, série A no 139, § 32.

27 Voir par exemple CEDH, *Öneyrildis c. Turquie*, 18 juin 2002, req. n°48393/99.- *Broniowski c. Pologne*, 22 juin 2004, Req. no 31443/96.- *Sovtransavto Holding c. Ukraine*, 25 juillet 2002, req.no 48553/99.

Une telle méthode diffère de l'approche interaméricaine. Dans un premier temps, la Cour de Strasbourg ne s'est pas expressément référée à une disposition précise de la Convention. Elle a, de façon ponctuelle pour chaque droit garanti, déterminé une obligation positive estimant qu'elle était inhérente au droit en cause. Dans un second temps, la Cour européenne des droits de l'homme s'inspirant, nous semble-t-il, implicitement de la jurisprudence de la Cour de Costa Rica, a eu recours à l'article 1 Cedh afin de dégager des obligations positives à la charge des Etats. Contrairement à l'article 1§1 Cadh, la disposition européenne ne semblait guère exploitable en la matière. Elle stipule en effet que,

“les hautes parties contractantes reconnaissent à toutes personnes relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention”.

Or la Cour européenne des droits de l'homme s'est d'abord ponctuellement fondée sur l'article 1 Cedh pour dégager l'existence d'une obligation positive, avant d'y recourir de façon plus systématique. Le recours à l'article 1 Cedh se rencontre dans les premières décisions relatives à la violation du droit à la vie tel qu'il est garanti à l'article 2 Cedh²⁸ ou du droit à ne pas être soumis à la torture ou à des traitements inhumains ou dégradants conformément à l'article 3 Cedh. Ainsi, dans l'arrêt *Assenov* de 1998, la Cour examine le respect de l'article 3 de la Cedh au regard des mauvais traitements subis par le requérant et infligés par les membres de la

28 Voir également CEDH, *McCann et autres c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1995, série A no 324, § 161: “L'obligation de protéger le droit à la vie qu'impose cette disposition (art. 2), combinée avec le devoir général incombant à l'Etat en vertu de l'article 1 (art. 2+1) de la Convention de “reconna[ître] à toute personne relevant de [sa] juridiction les droits et libertés définis [dans] la (...) Convention “, implique et exige de mener une forme d'enquête efficace lorsque le recours à la force, notamment par des agents de l'Etat, a entraîné mort d'homme”. Voir également CEDH, *Natchova et autres c. Bulgarie*, 26 février 2004, req. n° 43577/98 et 43579/98; *Tahsin Acar c. Turquie*, 8 avril 2004, req. n° 26307/95.

police, ces derniers n'ayant faits l'objet d'aucune sanction. La Cour considère dès lors que,

“lorsqu'un individu affirme de manière défendable avoir subi, aux mains de la police ou d'autres services comparables de l'Etat, de graves sévices illicites et contraires à l'article 3, cette disposition, combinée avec *le devoir général imposé à l'Etat par l'article 1 de la Convention* de “reconnaître à toute personne relevant de [sa] juridiction, les droits et libertés définis (...) [dans la] Convention”, requiert, par implication, qu'il y ait une enquête officielle effective.”²⁹

Dès lors, l'article 1 Cedh sert de fondement à la détermination d'une obligation positive d'ordre procédural, à l'image de ce que l'on rencontre dans la jurisprudence interaméricaine. Le recours à l'article 1 Cedh a été systématisé par la Cour dans l'arrêt *Ilascu*. Dans cette affaire, le juge européen a été appelé à définir la notion de “juridiction” au sens de l'article 1 Cedh. Ce faisant, elle a précisé qu'

“il découle de cette disposition que les Etats parties doivent répondre de toute violation des droits et libertés protégés par la Convention commise à l'endroit d'individus placés sous leur “juridiction”³⁰.

Le recours à l'article 1 Cedh s'est ainsi généralisé. La Cour ne se limite plus à y faire référence dans les seules affaires relatives à l'article 2 ou à l'article 3. Elle s'est récemment appuyée sur cette disposition pour mettre en lumière les obligations positives qui incombent à l'Etat dans les hypothèses où les droits relatifs à la

29 CEDH, *Assenov et autres c. Bulgarie*, 28 octobre 1998, req. n° 90/1997/874/1086, § 102.- *MC c. Bulgarie*, 4 décembre 2003, req. n° 39272/98, § 149: “La Cour rappelle 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 mauvais traitements, même administrés par des particuliers”. C'est nous qui soulignons.

30 CEDH, *Ilascu et autres c. Moldova et Russie*, 8 juillet 2004, req. n° 48787/99, § 311.

liberté individuelle étaient mis en cause par une personne privée³¹ ou dans le cas de l'esclavage moderne contraire au droit reconnu à l'article 4³² ou au droit de propriété³³. Dans ces deux derniers cas, la Cour s'est explicitement référée à l'article 1 Cedh comme s'il lui était nécessaire de justifier ou de légitimer les obligations à la charge de l'Etat à l'égard ces droits. Ce sentiment est confirmé, *a contrario*, par l'analyse de décisions récentes mettant en cause des droits pour lesquels la Cour avait antérieurement dégagé des obligations positives. Ainsi dans l'arrêt *Kiliç et Moreno Gómez*, la Cour s'est " simplement " référée aux articles 2 et 8 Cedh pour mettre à la charge des Etats des obligations, sans pour autant se tourner vers l'article 1 Cedh comme si la légitimité de ces nouvelles exigences étaient acquises.

Il ressort de la jurisprudence européenne que la mise à jour des obligations positives

"se rattache (...), en substance à la théorie de l' " inhérence ". La détermination de l'obligation positive substantielle passe en effet par la simple affirmation que cette obligation est inhérente au droit conventionnel. Soit qu'elle est dite inhérente au droit précisément en cause (ex art 8), soit qu'elle est dite inhérente à l'engagement général qu'ont les Etats, au titre de l'article 1 de la CEDH, de reconnaître " à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés"³⁴.

-
- 31 CEDH, *Storck c. Allemagne*, 16 juin 2005, req. n° 61603/00, § 102: " Les Etats ont l'obligation positive, fondée sur l'article 1 de la Convention, de protéger la liberté des personnes placées sous leur juridiction. "
- 32 CEDH, *Siliadin c. France*, 26 Juillet 2005, req. n° 73316/01, § 77: " (...) concernant certaines dispositions de la Convention, le fait que l'Etat s'abstienne de porter atteinte aux droits garantis ne suffit pas pour conclure qu'il s'est conformé aux engagements découlant de l'article 1 de la Convention "
- 33 CEDH, *Broniowski c. Pologne*, 22 juin 2004, Req. no 31443/96, § 143: " (...) en vertu de l'article 1 de la Convention, chaque Etat contractant " reconna[ît] à toute personne relevant de [sa] juridiction les droits et libertés définis [dans] la (...) Convention ". Cette obligation générale de garantir l'exercice effectif des droits définis par cet instrument peut impliquer des obligations positives. En ce qui concerne l'article 1 du Protocole no 1, de telles obligations positives peuvent entraîner pour l'Etat certaines mesures nécessaires pour protéger le droit de propriété "
- 34 F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., § 164.

Cherchant à garantir une plus grande effectivité des droits et libertés, la Cour européenne et la Cour interaméricaine ont interprété de façon dynamique les Conventions et ont déterminé de façon prétorienne de nouveaux devoirs pour les Etats.

A. LA DÉTERMINATION JURIDICTIONNELLE DES OBLIGATIONS POSITIVES

Il appartient aux juges d'identifier les obligations positives qui incombent aux Etats (1). Une telle identification permettra alors de définir la portée de ces obligations, portée qui va au-delà de la seule dimension verticale des droits fondamentaux (2).

1. L'IDENTIFICATION DES OBLIGATIONS POSITIVES

La détermination des obligations positives peut susciter certaines interrogations. Création prétorienne, elles mettent à la charge des Etats des devoirs auxquels ils n'avaient pas explicitement consentis. Dans certains cas, l'importance première de certains droits est telle que l'obligation de prévenir toute violation, de poursuivre et de sanctionner leur auteur incombe de façon quasi-naturelle à chaque Etat. Dans d'autres hypothèses, toutefois l'identification des obligations positives sera un exercice moins aisé pour le juge.

La première hypothèse à trait au droit à la vie, au droit de ne pas subir de torture ou de traitements inhumains ou dégradant ainsi qu'à celui de ne pas être mis en esclavage. La Cour a rappelé que ces droits étaient des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe³⁵. S'interrogeant sur l'article 4 Cedh, elle estime que "(...) *limiter le respect de l'article 4 de la Convention aux seuls agissements directs des autorités de l'Etat irait à l'encontre des instruments internationaux spécifiquement consacrés à ce problème et reviendrait à vider celui-ci de sa*

35 CEDH, *Siliadin*, *op. cit.*, § 89.

*substance. Dès lors, il découle nécessairement de cette disposition des obligations positives pour les Gouvernements*³⁶. C'est au nom d'une telle nécessité, semble-t-il, que la Cour a récemment étendu l'exigence des obligations positives à l'article 5 Cedh garantissant la liberté individuelle et la sûreté.

“Cette extension du champ d'application (...) est faite au nom de la cohérence de la jurisprudence de la Cour, (...) et à la nécessité d'assurer une protection efficace et complète de la liberté personnelle dans une société démocratique”³⁷.

C'est cette même exigence de protection qui a permis au juge européen d'étendre les obligations positives découlant de l'article 2 garantissant le droit à la vie à des hypothèses de disparitions de personnes³⁸, à l'image de son homologue interaméricain³⁹. Ce dernier a également rappelé de façon explicite le caractère fondamental du droit à la vie et la nécessité de dégager en la matière des obligations positives. Selon la Cour en effet,

“the right to life plays a fundamental role *in the American Convention because it is a prior condition for realization of the other rights. When the right to life is not respected, all the other rights lack meaning. The States have the obligation to ensure the creation of such conditions as may be required to avoid violations to this inalienable right and, specifically, the duty of avoiding attempts against it by the agents of the State*”⁴⁰.

36 *Ibid.* c'est nous qui soulignons.

37 F. SUDRE, “ Chronique Droit de la Convention européenne des droits de l'homme ”, *JCP G* 2005, I 159, p. 1452.

38 CEDH, *Tahsin Acar, op. cit.*, § 226: “(...) les obligations procédurales (...) s'étendent aux affaires relatives à des homicides volontaires résultant du recours à la force par des agents de l'Etat mais ne se bornent pas à elles. La Cour estime que ces obligations valent aussi pour les cas où une personne a disparu dans des circonstances pouvant être considérées comme représentant une menace pour la vie. Il faut admettre à cet égard que plus le temps passe sans qu'on ait de nouvelles d'une personne portée disparue, plus il est probable qu'elle soit décédée.”

39 Voir notamment CADH, *Velásquez Rodríguez, op. cit.*- *Bamaca Velásquez, op. cit.*

40 Voir notamment CADH, *Juan Humberto Sánchez c. Honduras*, 7 juin 2003, Série C, n° 99, § 110.- “ *les enfants des rues* ” (*Villagrán Morales et al.*), *op. cit.*, § 144.-

Dans d'autres hypothèses, l'identification des obligations positives relève moins de l'évidence, et dans certains cas même, la distinction entre obligations positives et négatives ne "*se prête toutefois pas à une définition précise*"⁴¹. Afin de déterminer l'existence d'obligations positives la Cour européenne s'appuie sur la nécessité qu'il y a à ménager un juste équilibre entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu, sans toutefois "*imposer un fardeau insupportable ou excessif*"⁴² aux Etats. Elle s'attèle alors à l'examen systématique des circonstances de faits de l'affaire qui lui est soumise. Ainsi dans l'arrêt *Ilascu*, la Cour a considéré que les circonstances de faits de l'espèce militait pour que les seules obligations à la charge de l'Etat soit des obligations positives⁴³.

Il ressort de la jurisprudence européenne qu'*in fine* c'est au juge qu'il appartient de déterminer l'existence ou non d'une obligation positive; cette détermination demeure à la discrétion du juge⁴⁴. Afin de contrer toutes critiques, il semblerait que la Cour européenne des droits de l'homme se réfère aux principes communs aux Etats parties à la Convention. Cette interprétation "consensuelle" fait cependant dire à F. SUDRE que c'est de façon très opportune que la Cour se tourne vers ces principes communs⁴⁵. Ainsi dans l'affaire *Goodwin*, la Cour a-t-elle dégagé l'existence d'une obligation positive de reconnaître aux individus une nouvelle identité sexuelle⁴⁶. L'arrêt *MC c. Bulgarie* est également symptomatique de cette démarche.

Myrna Mack Chang c. Guatemala, 25 novembre 2003, Série C, n° 101, § 152. C'est nous qui soulignons.

41 Voir notamment CEDH, *Keegan*, *op. cit.*, § 49.

42 CEDH, *Özgür Gündem c. Turquie*, *op. cit.*, § 43.

43 CEDH, *Ilascu*, *op. cit.*, § 333.

44 F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, 7ème éd., PUF, 2005, § 166.

45 *Ibid.*, " L'absence de principe commun aux droits internes justifie en principe, fort commodément le refus d'ériger une obligation positive. (...) Néanmoins la Cour peut aussi considérer comme peu significatif l'absence de consensus européen et mettre à jour une obligation positive à la charge de l'Etat ".

46 CEDH, *Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, req. n°28957/95.

S'agissant du volet matériel de l'obligation, la Cour a clairement affirmé, relativement à la définition légale du viol, que,

“les différents Etats, législations, réglementations nationales et internationales avaient renoncé dans leur ensemble au critère de la force ou du recours à la violence pour qualifier les faits de viol”⁴⁷.

Il n'en demeure pas moins que la Cour, poursuivant la nécessité à qu'il y a à rendre les droits et libertés effectifs, n'a pas hésité à étendre les obligations positives pour l'ensemble des droits substantiels qu'il s'agisse du droit au respect de la vie privée⁴⁸, du droit de propriété⁴⁹, du droit à la vie⁵⁰ et de celui de ne pas subir de traitement inhumain et dégradant⁵¹ et plus récemment du droit à la liberté individuelle⁵² ou celui de ne pas être mis en esclavage⁵³. De la même façon, le juge européen des droits de l'homme a, dans l'affaire *Ilascu*, étendu le champ d'application des obligations positives à des hypothèses qui sont proches de ce que le droit français qualifie d'actes de gouvernement dans la mesure où étaient en cause les relations diplomatiques de la République de Moldavie⁵⁴.

De son côté, la Cour interaméricaine, s'appuyant sur l'article 1§1 Cadh, impose aux Etats le devoir d'agir afin de rendre effectif les droits et libertés garantis par la Convention. Le recours à l'article 1§1 tel qu'interprété par la Cour offre un fondement générique à la détermination des obligations positives, ce qui suscite, nous semble-t-il, moins de difficultés ou d'hésitations pour la Cour de Costa Rica. C'est ce qui ressort de l'arrêt *The Mayagna (Sumo) community* de

47 CEDH, *MC c. Bulgarie*, *op. cit.*, § 150.

48 CEDH, *Keegan*, *op. cit.*- *Powell et Rayner*, *op. cit.*- *Hatton et autres*, *op. cit.*- *Moreno Gómez c. Espagne*, 16 novembre 2004, req. n° 4143/02.

49 CEDH, *Broniowski*, *op. cit.*- *Öneyrildis c. Turquie*, 18 juin 2002, req. n°48393/99.

50 CEDH, *Mc Cann*, *op. cit.*, *Kiling*, *et autres c./Turquie*, 7 juin 2005, req. n° 40145/98.

51 CEDH, *Assenov*, *op. cit.*, *MC*, *op. cit.*

52 CEDH, *Storck*, *op. cit.*

53 CEDH, *Siliadin*, *op. cit.*

54 CEDH, *Ilascu*, *op. cit.*

2001 relatif au respect du droit de propriété des membres de la communauté indigène par le Nicaragua. En l'espèce, il était reproché à l'Etat de ne pas avoir délimité le territoire sur lequel la communauté Mayagna pouvait exercer ses droits ancestraux. En s'abstenant d'agir, le Nicaragua avait violé l'article 21 Cadh en liaison avec l'article 1§1 Cadh⁵⁵. Afin d'aboutir à une telle solution la Cour s'est référé aux travaux préparatoires pour déterminer l'existence d'un droit de propriété au bénéfice des membres de la communauté, mais elle a également fait référence à l'article 29 pour ne pas interpréter strictement la disposition lui permettant ainsi d'étendre la protection du droit de propriété y compris face à des absentions ou omissions de l'Etat.

Outre le fondement textuel de l'article 1 Cadh, il convient de noter que la Cour interaméricaine se réfère à de nombreux textes extérieurs à la Convention. Cela paraît faciliter, à notre sens, l'identification des obligations positives. Ainsi dans l'affaire *Los hermanos Gómez Paquiyauri*⁵⁶ et celle dite "*des enfants des rues*", la Cour interaméricaine a-t-elle considéré que,

55 CADH, *The Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community*, op. cit., §§ 154 et 155: "Together with the above, we must recall what has already been established by this court, based on article I(1) of the American Convention, regarding the obligation of the State to respect the rights and freedoms recognized by the Convention and to organize public power so as to ensure the full enjoyment of human rights by the persons under its jurisdiction. According to the rules of law pertaining to the international responsibility of the State and applicable under International Human Rights Law, actions or omissions by any public authority, whatever its hierarchic position, are chargeable to the State which is responsible under the terms set forth in the American Convention. (...) For all the above, the Court concludes that the State violated article 21 of the American Convention, to the detriment of the members of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community, in connection with articles I(1) and 2 of the Convention."

56 CADH, *Los hermanos Gómez Paquiyauri c. Perou*, 8 juillet 2004, Série C, n° 110, § 124: "El Estado debe respetar el derecho a la vida de toda persona bajo su jurisdicción, consagrado en el artículo 4 de la Convención americana. Esta obligación presenta modalidades especiales en el caso de los menores de edad, teniendo en cuenta las normas sobre protección a los niños establecidas en la Convención americana y en la Convención sobre los derechos del niño⁵⁶. La condición de garante del Estado con respecto a este derecho, le obliga a prevenir situaciones que pudieran conducir, por acción u omisión, a la afectación de aquél".

“both the American Convention and the Convention on the Rights of the Child form part of a very comprehensive international corpus juris for the protection of the child that should help this Court establish the content and scope of the general provision established in Article 19 of the American Convention. The Convention on the Rights of the Child contains various provisions that relate to the situation of the “street children” examined in this case and, in relation with Article 19 of the American Convention, it throws light on the behavior that the State should have observed towards them.”⁵⁷.

Ainsi en se tournant vers des instruments autres que la seule Convention interaméricaine, la Cour entend pallier la difficulté qu’il y a à mettre à la charge des Etats des obligations dont la portée peut parfois dépasser la seule dimension verticale des droits fondamentaux.

2. LA PORTÉE DES OBLIGATIONS POSITIVES

Avec les obligations positives, le juge, européen et interaméricain, vise l’abstention coupable de l’Etat. Coupable elle l’est, soit en raison de l’omission propre de l’Etat, soit parce que sa passivité a facilité l’action de personnes privées, action contraire aux exigences des Conventions.

Dans la première hypothèse, l’obligation d’agir de l’Etat implique l’adoption de réglementations ou d’actes matériels afin de garantir les droits consacrés dans les textes. Si l’essentiel d’entre eux sont des droits à caractère civils et politiques, le devoir de les garantir, y compris en agissant, induit parfois la prise en considération de leur dimension sociale. Via les obligations positives resurgit la question de la garantie des droits économiques et sociaux. S’agissant du droit à la vie, les juges A.A. CANCADO TRINDADE et A. ABREU-BURELLI, dans leur opinion concordante sous l’affaire dite “*des enfants des rues*”, ont clairement rappelé que,

57 CADH, “*Les enfants des rues*” (Villagan Morales et autres), *op. cit.*, §§ 194 et 195.

“the right to life as belonging, at the same time, to the domain of civil and political rights, as well as economic, social and cultural rights, thus illustrating the interrelation and indivisibility of all human rights”.

L’indivisibilité des droits a également été mis en lumière dès 1979 par la Cour européenne des droits de l’homme. Dans l’arrêt *Airey*, elle a précisé que si la Convention

“énonce pour l’essentiel des droits civils et politiques, nombre d’entre eux ont des prolongements d’ordre économique ou social. (...), la Cour n’estime donc pas devoir écarter telle ou telle interprétation pour le simple motif qu’à l’adopter on risquerait d’empiéter sur la sphère des droits économiques et sociaux; nulle cloison étanche ne sépare celle-ci du domaine de la Convention”⁵⁸.

Ce faisant, la Cour a toutefois admis que le développement des droits économiques et sociaux était conditionné par la situation notamment financière des Etats. C’est au nom des obligations positives que le juge de Strasbourg a condamné la Turquie pour violation du droit à la vie et du droit de propriété dans l’arrêt *Öneryildiz*⁵⁹. La tolérance des autorités, leur inaction a permis à des familles de vivre dans des bidonvilles aux abords d’une décharge qui, après l’explosion d’une conduite de gaz a enseveli les habitations de fortune entraînant avec elle la mort de leurs occupants. Les obligations positives peuvent cependant induire une logique perverse comme l’a mis en lumière J.-F. FLAUSS. Selon l’auteur,

“Prise à la lettre, la solution de l’arrêt *Öneryildiz* pouvait être comprise comme créant, à la charge de l’Etat, une obligation positive de protéger les habitations illégalement édifiées, alors même qu’elles ne s’apparenteraient aucunement à des habitats de fortune. Elle pourrait aussi être considérée comme un obstacle aux politiques d’élimination des bidonvilles ou de résorption de l’habitat insalubre illégal”⁶⁰.

58 CEDH, *Airey*, *op. cit.*, § 26.

59 CEDH, *Öneryildiz*, 18 juin 2002, req. n°48939/99.

60 J.-F. FLAUSS, “Chronique droits fondamentaux”, *AJDA* 2005, p. 550.

Ceci est évidemment contradictoire avec la prise en considération de la dimension sociale des droits et libertés.

Tenant également compte d'une telle dimension, la Cour interaméricaine a dégagé des obligations positives à la charge des Etats, alors même que leur contexte économique et social s'y prêtait mal et qu'il leur était peut-être difficile de garantir absolument ce type d'exigences. Ainsi, dans l'affaire dite "*des enfants des rues*", la Cour interaméricaine a estimé, relativement au respect du droit à la vie, que,

*"in essence, the fundamental right to life includes (...) the right that he will not be prevented from having access to the conditions that guarantee a dignified existence. States have the obligation to guarantee the creation of the conditions required in order that violations of this basic right do not occur and, in particular, the duty to prevent its agents from violating it"*⁶¹.

Elle a poursuivi en s'appuyant sur l'article 19 Cadh relatif aux droits de l'enfants. Selon le juge, les enfants feraient l'objet d'une double agression de la part de l'Etat. Outre les agressions physiques, les Etats, les laissant vivre dans la misère, les auraient privé des conditions minimum pour mener une vie digne ainsi que de la possibilité d'un développement personnel harmonieux. Ainsi,

*"even though every child has the right to harbor a project of life that should be tended and encouraged by the public authorities so that it may develop this project for its personal benefit and that of the society to which it belongs"*⁶².

La Cour poursuit en mettant l'accent sur les obligations positives précises qui incombent en l'espèce à l'Etat⁶³.

61 CADH, "*Les enfants des rues* " Villagan Morales et autres, *op. cit.*, § 144.

62 *Ibid.*, § 191.

63 *Ibid.*, § 196: "*These provisions allow us to define the scope of the "measures of protection" referred to in Article 19 of the American Convention, from different angles. Among them, we should emphasize those that refer to non-discrimination, special assistance for children deprived of their family environment, the guarantee of survival and development of the child, the right to an adequate standard of living, and the social rehabilitation of all children who are abandoned or exploited*".

Les obligations positives font peser sur l'Etat la charge de garantir les droits et libertés y compris lorsque ces derniers font l'objet d'atteinte de la part des particuliers. Cette dernière hypothèse pose la question du champ d'application précis des droits fondamentaux. Ainsi les Conventions telles qu'interprétées par les Cours s'étendent-elles aux relations interindividuelles. Cet effet horizontal ou *drittwirkung* n'est cependant qu'indirect. Les faits reprochés demeureront imputables au seul Etat qui sera alors responsable, du fait de sa passivité ou de son abstention, des violations de droits ou libertés, résultat direct du comportement de particuliers.

La Cour européenne des droits de l'homme a ainsi admis à de nombreuses reprises que l'Etat était responsable pour les actions des particuliers en raison de son abstention coupable. Afin de garantir les droits jusque dans les relations entre les individus⁶⁴, il appartient aux Etats d'adopter des mesures réglementaires, législatives ou de toute autre nature. A titre d'illustration, nous pouvons citer l'arrêt *Sovtransavto Holding*. Le juge européen des droits de l'homme élargit ici le champ d'application du droit de propriété aux relations interindividuelles par le biais du recours aux obligations positives. Il appartenait à l'Ukraine d'adopter une législation mettant en œuvre une procédure judiciaire visant à garantir le droit des actionnaires minoritaires contre les manœuvres des actionnaires majoritaires. De la même façon, dans les hypothèses des nuisances sonores, la Cour a, à de nombreuses reprises, rappelé que l'Etat devait non seulement adopter, mais également faire appliquer la réglementation relative à la pollution sonore⁶⁵.

64 Voir par exemple CEDH, *MC op. cit.*, § 150: " Les obligations positives de l'Etat sont inhérentes au droit au respect effectif de la vie privée au sens de l'article 8; ces obligations peuvent impliquer l'adoption de mesures même dans la sphère des relations des individus entre eux ".

65 Voir dernièrement CEDH, *Moreno Gómez op. cit.*; F. SUDRE, " Chronique " JCP, 2005, I 103, p. 81-82 " Encore faut-il que les nuisances atteignent un seuil minimum de gravité pour constituer une violation de l'article 8; l'intensité et la durée des nuisances sonores sont, en l'espèce, relevées. Faisant jouer classiquement l' " effet horizontal " de l'article 8, la Cour peut alors juger que l'Etat défendeur, du fait de la passivité de l'administration face au tapage nocturne causé par des établissements

La position de la Cour interaméricaine n'est pas, au regard de sa jurisprudence contentieuse aussi explicite que celle de son homologue européenne. Il est vrai que la Cour a admis que l'Etat puisse être responsable pour le comportement des particuliers comme elle l'a rappelé dans l'affaire *Panigua Morales et autres* en notant que,

“[o]n the basis of Article 1(1) of the American Convention, the Court considers that Guatemala is obliged to organize the public authorities to guarantee persons subject to its jurisdiction the free and full exercise of human rights, (...). The foregoing applies whether those responsible for the violations of those rights are members of the public authorities, private individuals, or groups”⁶⁶.

Cela étant, l'essentiel des affaires contentieuses qu'elle a eu à examiner mettaient en cause, plus ou moins directement, les forces de l'ordre.

La question des effets horizontaux de la Convention s'est toutefois expressément posée à la Cour dans le cadre de sa fonction consultative⁶⁷ comme l'illustrent l'avis de 1985 relatif à la liberté d'expression⁶⁸ et celui de 2003 relatif aux droits des travailleurs immigrés illégaux. Dans ce dernier avis, la Cour a rappelé que,

privés, a manqué à son obligation positive de garantir le droit de la requérante au respect de son domicile et de sa vie privée”. Voir également les CEDH, *Powell et Rayner c. Royaume-Uni*, 21 février 1990, série A n° 172.- *Hatton et autres c. Royaume-Uni*, 8 juillet 2003, req. n° 36022/97

66 CADH, *Paniagua Morales et autres*, 8 mars 1998, Série C, n°, § 171. C'est nous qui soulignons.

67 L. HENNEBEL, “L' “humanisation” du droit international des droits de l'homme”, Commentaire sur l'avis consultatif n°18 de la Cour interaméricaine relatif aux droits de travailleurs migrants”, *RTDH*, 2004, n° 59, p. 751.

68 CADH, Avis consultatif du 13 novembre 1985, (OC 5/85), § 48: “Article 13(3) does not only deal with indirect governmental restrictions, it also expressly prohibits “private controls” producing the same result. This provision must be read together with the language of Article 1 of the Convention wherein the States Parties “undertake to respect the rights and freedoms recognized (in the Convention)... and to ensure to all persons subject to their jurisdiction the free and full exercise of those rights and freedoms...” Hence, a violation of the Convention in this area can be the product not

“(...) States have the general obligation to respect and ensure the fundamental rights. (...) In addition, States are obliged to take affirmative action to reverse or change discriminatory situations that exist in their societies to the detriment of a specific group of persons. This implies the special obligation to protect that the State must exercise with regard to acts and practices of third parties who, with its tolerance or acquiescence, create, maintain or promote discriminatory situations”⁶⁹.

La portée des obligations positives répond à l'exigence d'effectivité mise en avant par les juges européen et interaméricain. Cette effectivité se traduit en outre au regard du contenu de ces obligations. Elles visent à la fois le volet matériel ou substantiel des droits mais également le volet procédural. Si une telle dualité milite en faveur de l'effectivité des droits et libertés, il convient cependant de replacer une telle affirmation dans le contexte du contrôle qui, à certains égards, présente une portée modulée.

II. LES OBLIGATIONS POSITIVES : UN DOUBLE DEVOIR À LA PORTÉE MODULÉE

L'analyse des diverses décisions jurisprudentielles permet de classer les obligations selon leur contenu (A). Une telle classification est d'autant plus importante qu'elle conditionne les devoirs précis de l'Etat, mais également, à notre sens, l'étendue du contrôle que les juridictions vont exercer sur le respect de telles obligations (B).

only of the fact that the State itself imposes restrictions of an indirect character which tend to impede “the communication and circulation of ideas and opinions,” but the State also has an obligation to ensure that the violation does not result from the “private controls” referred to in paragraph 3 of Article 13.” C'est nous qui soulignons.

69 CADH, Avis 17 septembre 2003 (OC, 18/03), §81 et 104.

A. LE CONTENU DUAL DES OBLIGATIONS POSITIVES

Les jurisprudences européenne et interaméricaine mettent en évidence le contenu double des obligations positives. Il convient en effet de distinguer d'une part les obligations matérielles (1), d'autre part celles qualifiées de procédurales (2). A cet égard, il sera symptomatique de noter que la Cour européenne s'est fortement inspirée de la jurisprudence interaméricaine afin de dégager des obligations procédurales aux côtés des obligations matérielles.

1) LES OBLIGATIONS MATÉRIELLES

Les obligations matérielles visent la nécessité qui s'impose aux Etats de prévenir la violation des droits en adoptant des réglementations ou en adoptant un comportement propre à garantir l'effectivité des droits énoncés dans les Conventions. Sur ce point, il convient de noter que la jurisprudence européenne est plus substantielle que celle de la Cour interaméricaine.

Les obligations matérielles visent d'une part les situations dans lesquelles la réglementation a été édictée sans être effectivement appliquée, les autorités nationales ayant fait preuve d'une tolérance ou d'une réelle passivité telle que cela a aboutie à la violation des droits garantis par la Cedh. Ainsi dans l'arrêt *Moreno Gómez*, alors que la municipalité de Valence avait réglementé les nuisances sonores émises par les établissements nocturnes, la Cour a considéré que la passivité des autorités et la tolérance dont elles ont fait preuve n'ont pas permis de faire cesser la violation des droits de la requérante⁷⁰. C'est une telle abstention ou tolérance qui a été à l'origine de la mise en cause de la Turquie dans l'affaire *Oneryildiz*. L'inaction des autorités turques a eu pour conséquence de violer le droit à la vie et le droit de propriété du requérant.

70 CEDH, *Moreno Gómez*, *op. cit.*, § 9.

Les obligations matérielles impliquent également d'adopter des réglementations propre à garantir les droits et à les faire appliquer. Ainsi, la Cour européenne a-t-elle formulé des obligations relatives à la mise en place d'une procédure judiciaire pour garantir les droits des actionnaires minoritaires⁷¹, la nécessité de prendre des mesures permettant la réunion d'un père et de sa fille⁷². Une telle exigence ressort également de l'article 2 garantissant le droit à la vie. Dans l'arrêt *Kilinç*, la Cour a reconnu une violation de cette disposition, dans son volet matériel, dans la mesure où les autorités turques n'ont pas su ou pu prévenir le suicide d'un jeune appelé souffrant de troubles psychologiques patents "*du fait de la défaillance de la réglementation*"⁷³. S'agissant des opérations de police contraire à l'article 2 relatif au droit à la vie, la Cour européenne est venue préciser, sous l'angle matériel, le contenu des obligations positives en la matière. Elle a ainsi estimé que l'article 2 :

"impose aux Etats l'adoption d'un " cadre juridique propre à dissuader de commettre des actes contre la personne et s'appuyant sur un mécanisme d'application conçu pour en prévenir, supprimer et sanctionner les violations"⁷⁴.

De la même façon, à l'égard de l'article 4, la Cour s'est interrogée sur la question de savoir si la législation française et son application ont été défailtantes au point d'entraîner une violation du droit à ne pas être mis en esclavage. Après une analyse de la réglementation, le juge européen est arrivé à la conclusion que la législation n'avait pas permis de sanctionner effectivement les agissements dont la requérante a été victime.

71 CEDH, *Sovtransavto Holding c. Ukraine*, 25 juillet 2002, req.no 48553/99, § 96.

72 CEDH, *Hokkannen c. Finlande*, 23 septembre 1994, Série A, n° 299-A.

73 CEDH, *Kilinç et a., op. cit.*, § 41.

74 CEDH, *Makaratzis c. Grèce* 20 décembre 2004, req. n° 50385/99, § 57.

“Dans ces conditions, la Cour est d’avis que les dispositions pénales en vigueur à l’époque n’ont pas assuré à la requérante, qui était mineure, une protection concrète et effective contre les actes dont elle a été victime.”⁷⁵

Les obligations qui visent à prévenir la violation des droits passe également par l’adoption de mesures législatives. Ainsi dans l’arrêt *MC c. Bulgarie*, la Cour a dégagé une obligation visant l’adoption une législation pénale⁷⁶ condamnant le viol, y compris en l’absence d’exercice de la violence. Le recours à la législation pénale ne doit toutefois pas être considéré systématiquement comme la seule mesure possible pour répondre aux exigences des obligations positives, comme le rappelle la juge belge, F. TULKENS, dans son opinion concordante⁷⁷.

75 CEDH, *Siliadin, op. cit.*, §§ 146 et 147: “ La Cour constate qu’en l’espèce, la requérante, soumise à des traitements contraires à l’article 4 et maintenue en servitude, n’a pas vu les auteurs des actes condamnés au plan pénal. Elle note sur ce point que le procureur général ne s’étant pas pourvu en cassation contre l’arrêt de la Cour d’appel du 19 octobre 2000, la Cour de cassation n’était saisie que du volet civil de l’affaire et qu’ainsi la relaxe des époux B. est devenue définitive. Par ailleurs, comme l’a relevé la mission d’information commune sur les diverses formes de l’esclavage moderne de l’Assemblée Nationale française dans son rapport du 12 décembre 2001, les articles 225-13 et 225-14 du code pénal en vigueur à l’époque étaient susceptibles d’interprétations variant largement d’un tribunal à l’autre, comme l’a démontré le cas d’espèce, qui a d’ailleurs été cité par la mission comme exemple d’un cas où une Cour d’appel a refusé de manière surprenante d’appliquer les articles 225-13 et 225-14. ”

76 CEDH, *MC c. Bulgarie, op. cit.*, § 166: “ La Cour est dès lors convaincue que toute approche rigide de la répression des infractions à caractère sexuel, qui consisterait par exemple à exiger dans tous les cas la preuve qu’il y a eu résistance physique, risque d’aboutir à l’impunité des auteurs de certains types de viol et par conséquent de compromettre la protection effective de l’autonomie sexuelle de l’individu. Conformément aux normes et aux tendances contemporaines en la matière, il y a lieu de considérer que les *obligations positives* qui pèsent sur les Etats membres en vertu des articles 3 et 8 de la Convention commandent la criminalisation et la répression effective de tout acte sexuel non consensuel, y compris lorsque la victime n’a pas opposé de résistance physique ”.

77 Opinion concordante de FRANÇOISE TULKENS sous l’arrêt CEDH, *MC c. Bulgarie*: “ Toutefois, il importe aussi de rappeler, sur un plan plus général, (...) que “ le recours à la loi pénale ne constitue pas nécessairement l’unique solution ”. Je pense que l’intervention pénale doit rester, en théorie comme en pratique, un remède ultime, une intervention subsidiaire et que son usage, même dans le champ des obligations

Il semblerait que les classifications puissent parfois atterrir dans la mesure où la sanction —obligation procédurale— induit l'adoption de mesure visant au titre des obligations matérielles. Ainsi, dans l'arrêt *MC c. Bulgarie*, la Cour, tout en rappelant les obligations qui incombaient aux Etats, en l'occurrence l'adoption d'une législation pénale effective, n'est pas parvenue à mettre en lumière une violation du volet matériel. Elle a toutefois conclu à la violation des articles 3 et 8 dans la mesure où l'enquête menée n'avait pas été effective, ce dernier point relevant des obligations dites procédurales⁷⁸.

De son côté, la Cour interaméricaine a rappelé que le droit à la vie garanti par l'article 4 Cadh mettaient à la charge des Etats des obligations positives. Ils leur incombent de prévenir toute atteinte à la vie. Ainsi, notamment dans les arrêts *Juan Humberto Sánchez* et *Huilca Tecse c. Pérou*⁷⁹, la Cour rappelle que,

“(...) los estados tomen todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva), bajo su deber de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción⁸⁰. (...) los estados deben tomar todas las medidas necesarias, no sólo para prevenir, juzgar y castigar la privación de la vida como consecuencia de actos criminales, en general, sino también para prevenir las ejecuciones arbitrarias por parte de sus propios agentes de seguridad⁸¹”.

positives, doit faire l'objet d'une certaine “ retenue ”. Quant au postulat que la voie pénale serait, en tout état de cause, la plus efficace en termes de prévention, les observations contenues dans le Rapport sur la décriminalisation du Comité européen pour les problèmes criminels montrent bien que l'efficacité de la prévention générale fondée sur le droit pénal dépend de nombreux facteurs et que celle-ci n'est pas la seule façon de prévenir les comportements indésirables ”.

78 Cf. *infra*.

79 CADH, *Juan Humberto Sanchez op. cit.*, § 110.- *Huilca Tecse vs. Perú* 3 mars 2005, Série C, n° 121, § 66. Voir également CADH, *Los Hermanos Gómez Paquiyauri, op. cit.*, § 129.- *Myrna Mack Chang, op. cit.*, § 153.

80 CADH, *Los Hermanos Gómez Paquiyauri*, §. 129. - *Myrna Mack Chang*, § 153.

81 CADH, *Los Hermanos Gómez Paquiyauri, op. cit.*, § 129.- *Myrna Mack Chang, op. cit.*, § 153.- *Juan Humberto Sánchez*, § 110.-

Les obligations positives ne se limitent pas à adopter une réglementation et à l'appliquer. C'est ce que rappelle la Cour interaméricaine lorsqu'elle est notamment confrontée à des situations révélant un contexte d'impunité contraire aux obligations positives d'ordre procédural.

2) LES OBLIGATIONS PROCÉDURALES

Les obligations procédurales mettent à la charge de l'Etat le devoir de mener une enquête effective afin de sanctionner, de punir le ou les coupables de violations des droits fondamentaux.

C'est le juge interaméricain qui, dans l'arrêt *Velásquez Rodríguez*⁸², a été le premier à dégagé des obligations d'ordre procédural en se fondant sur l'article 1 Cadh. Depuis lors, il n'a de cesse de rappeler aux Etats les obligations qui leur incombent. Celles-ci visent notamment à mettre un terme au régime d'impunité dans le cas des violations les plus graves des droits de l'homme. La Cour dénonce en effet avec force ce système général d'impunité. De telles situations, se caractérisant, selon la définition qu'elle en donne dans l'arrêt *Bamaca Velásquez*⁸³, par une totale absence d'enquête et de poursuites, ne permettent pas de sanctionner les auteurs des violations.

La nécessité de mener une enquête visant à condamner les responsables des violations induit que l'enquête soit sérieuse, impartiale et effective. C'est ce que la Cour a rappelé dans l'affaire *Juan Humberto*⁸⁴ s'agissant des exécutions "extralégales". Après

82 CADH, *Velásquez Rodríguez*, *op. cit.*

83 CADH, *Bamaca Velásquez*, *op. cit.*, § 211: "the total lack of investigation, prosecution, capture, trial and conviction of those responsible for violations of the rights protected by the American Convention, in view of the fact that the State has the obligation to use all the legal means at its disposal to combat that situation, since impunity fosters chronic recidivism of human right violations, and total defenselessness of victims and their relatives".

84 CADH, *Juan Humberto*, *op. cit.*, §§ 127 et 143

s’être référée à un document des Nations unies⁸⁵ et à une recommandation du comité des ministres du conseil de l’Europe⁸⁶, elle a énuméré les exigences relatives au caractère effectif d’une enquête visant à retrouver et sanctionner les auteurs d’actes contraires au droit à la vie. La Cour a notamment mis l’accent sur la nécessité qu’il y avait à réaliser une autopsie le plus tôt possible pour établir la cause de la mort, ou bien encore d’examiner de façon exhaustive la scène du crime. Pour conclure, elle a estimé que,

“for various reasons the authorities did not take the necessary steps to preserve the evidence available at the scene of the crime and to perform an autopsy that might enable a serious and effective investigation of what happened, to ultimately punish those responsible”⁸⁷.

A de nombreuses reprises, le juge interaméricain a été conduit à constater que les Etats avaient violé les obligations positives procédurales⁸⁸. Il est d’ailleurs paradoxal de noter que dans certains arrêts⁸⁹, à l’image des affaires *Los hermanos Gómez Paquiyauri* ou *Myrna Mack Chang*, il a fait référence à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme, alors cette dernière semble s’être fortement inspirée des décisions interaméricaines.

L’influence interaméricaine n’est, en effet, pas étrangère à l’évolution de la Cour européenne au regard de la détermination des obligations positives d’ordre procédural. Les premières décisions de la Cour avaient trait, à l’image de celles de son homologue, à des

85 *The United Nations Manual on the Effective Prevention and Investigation of Extra-Legal, Arbitrary and Summary Executions* U.N. Doc E/ST/CSDHA/12 (1991).

86 *Committee of Ministers of the Member States of the Council of Europe, Recommendation N. R (99) 3 on Harmonization of the Rules for Forensic Medical Autopsy.*

87 CADH, *Juan Humberto*, *op. cit.*, § 128.

88 Voir notamment CADH, *Maritza Urrutia c. Guatemala*, 27 novembre 2003, Série C, § 103.- *Moiwana Village c. Suriname*, 15 juin 2005, Série C, n° 124

89 CADH, *Los hermanos Gómez Paquiyauri*, *op. cit.* §131. - *Myrna Mack Chang*, *op. cit.*, § 157.

circonstances dans lesquelles le droit à la vie et le droit de ne pas être soumis à la torture ou à des traitements inhumains ou dégradants étaient en cause. La Cour a requis en effet qu'une enquête suffisante et effective soit menée sur les cas de violations de ces droits au titre des obligations procédurales qui incombent à l'Etat.

Ainsi dans les arrêts *Mc Cann*⁹⁰ et *Assenov*⁹¹, le juge européen a-t-il dégagé des obligations pour l'Etat de mener des enquêtes afin de sanctionner l'auteur ou les auteurs des violations⁹². Il est également venu préciser ce qu'il convenait d'entendre par enquête effective. Ainsi dans l'arrêt *Natchova*, la Cour rappelle que,

“pour qu'une enquête (...) soit effective, on estime généralement nécessaire que les personnes qui en sont chargées soient indépendantes des personnes impliquées (...) Cela suppose non seulement l'absence de lien hiérarchique ou institutionnel, mais aussi une indépendance concrète (...) Le public doit avoir un droit de regard suffisant sur l'enquête ou sur ses 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 du droit, et prévention de toute apparence de complicité ou de tolérance relativement à des actes illégaux”.

Par la suite, elle a même estimé que l'obligation de mener une enquête effective impliquait également de prendre

“les mesures qui leur étaient raisonnablement accessibles pour que fussent recueillies les preuves concernant l'incident”⁹³,

90 CEDH, *Mc Cann*, *op. cit.*, § 163.

91 CEDH, *Assenov*, *op. cit.*, § 102.

92 F. SUDRE, “Chronique” JCP 2005 L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 27 juillet 2004 *Slimani c. France* “présente l'intérêt d'élargir aux personnes retenues le bénéfice de la jurisprudence protectrice des personnes privées de liberté, fondée sur les obligations positives issues des art 2 et 3 de la Convention”.

93 CEDH, *Tahsin Acar*, *op. cit.*, § 223.

plaçant ainsi cette exigence au cœur de l'obligation de mener une enquête effective⁹⁴.

Mises en lumière par le juge européen et interaméricain, ces diverses exigences vont alors faire l'objet d'un contrôle afin de déterminer si les Etats ont ou non failli à leurs obligations de prévenir et de sanctionner toutes violations des droits et libertés garantis dans les Conventions. Or l'intensité d'un tel contrôle suscite certaines interrogations.

B. LE CONTRÔLE DES OBLIGATIONS POSITIVES EN QUESTION

Afin de contrôler le respect des obligations positives, le juge a dû définir une méthode dans la mesure où les instruments régionaux que sont les Conventions interaméricaine et européenne ont été conçus initialement pour des ingérences actives (1). Le choix de la méthode ne sera cependant pas neutre. Il paraît en effet conditionner en partie l'intensité du contrôle ainsi exercé (2).

1. LA MÉTHODE DES JUGES

“Dans les deux Conventions (...) les seules restrictions possibles sont celles qui, en plus de réunir toutes les conditions requises seraient compatibles avec celles qui peuvent exister dans une “ société démocratique ”, en entendant par démocratique un régime pluraliste représentatif ”⁹⁵.

Si les conditions varient selon les systèmes de protection, le critère de la “ société démocratique ” légitime les restrictions apportées aux droits et libertés. Une telle exigence n'est pas exclusive des seules

94 L. DUTHEIL-WAROLIN, “ La Cour européenne des droits de l'homme aux prises avec la preuve de violations du droit à la vie ou de l'interdiction de la torture: entre théorie classique aménagée et innovation européenne ”, *RTDH* 2005, p. 333-347.

95 H. GROSS ESPIELL, *op. cit.*, p. 305.

ingérences actives; elle joue, dans une certaine mesure, à l'égard des obligations positives.

Dans la Convention européenne des droits de l'homme, hormis les droits qualifiés d'absolus⁹⁶, les autres droits ou libertés peuvent, sous certaines conditions, être limités. Cette limitation est inscrite pour l'essentiel au paragraphe 2 des articles 8 à 12 Cedh. Ce faisant, un droit pourra faire l'objet d'une limitation ou d'une restriction que si cette mesure est prévue par la loi, si elle poursuit un but légitime et si elle est proportionnée au sens de la clause dite de "la société démocratique"⁹⁷. Face à des ingérences actives, le juge européen s'attèle à vérifier l'existence de ces différentes prescriptions.

S'agissant du contrôle des obligations positives, la réponse apportée par le juge européen se fit en deux temps. Avant 1990, le juge, tout en reconnaissant une obligation positive à la charge des Etats, leur laissait le choix dans les moyens pour parvenir à garantir effectivement les droits. Il n'entendait pas, semble-t-il exercer un quelconque contrôle sur ce point. Avec l'arrêt *Powell et Rayner*, la Cour européenne a toutefois entendu exercer un certain contrôle sur le choix de ces moyens en reconnaissant aux Etats une certaine marge d'appréciation en l'espèce⁹⁸. Dès lors,

“le contrôle juridictionnel des obligations positives (...) s'organise autour de principe de proportionnalité”⁹⁹.

96 Art. 2 (droit à la vie); Art. 3 (interdiction de subir des tortures, des traitements inhumains ou dégradants) et Art. 4 (interdiction de l'esclavage et du travail forcé).

97 Le juge européen s'attèle à vérifier que la mesure est nécessaire, qu'elle répond à un besoin social impérieux et qu'elle est proportionnée au sens strict du terme.

98 Cf. *infra*.

99 F. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 2ème éd., PUF, 2004, p. 25.

La Cour a, en effet, rappelé que la détermination des obligations positives induisait de prendre en considération le juste équilibre qui doit prévaloir entre les intérêts de la collectivité et les intérêts individuels. Cette démarche, classique pour les obligations négatives, fait écho à l'exigence de proportionnalité et la Cour n'hésite d'ailleurs pas à affirmer que,

“même pour les obligations positives résultant du paragraphe 1 (art. 8-1), “les objectifs énumérés au paragraphe 2 (art. 8-2) (...) peuvent jouer un certain rôle” dans “la recherche de l’”équilibre” voulu”¹⁰⁰.

Cela étant, force est de constater que cet équilibre vise à ce que ces obligations ne soient pas interprétées de manières “à imposer [à l’Etat] un fardeau insupportable ou excessif)”¹⁰¹. Pour reprendre les propos de F. SUDRE, il s’agit là d’une

“inversion du jeu de la proportionnalité (...), puisque le rapport de proportionnalité ne consiste pas à vérifier comme à l’habitude, que les ingérences dans le droit individuel sont excessives eu égard au but d’intérêt général poursuivi, mais que les obligations mises à la charge de l’Etat ne sont pas trop lourde au regard de l’intérêt individuel à protéger”¹⁰².

Bien que cette inversion soit avérée, il semble que la Cour souhaite exercer un contrôle effectif sur ce point¹⁰³. Cela étant, la lecture des décisions montre cependant que la Cour n’a pas pleinement tiré les conséquences d’une telle affirmation. Elle ne contrôle pas l’existence de la loi ou, pour le moins, que l’abstention est prévue par la loi; elle ne vérifie pas que l’omission de l’Etat répond à un but d’intérêt

100 CEDH, *Powell et Rayner*, *op. cit.*, § 41.

101 Voir notamment CEDH *Özgül Gündem*, *op. cit.*, § 43.- *Ilascu*, *op. cit.*

102 F. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme*, *op. cit.*, p. 25.

103 Cf. *infra*.

général. Elle se “contente” de vérifier que l’abstention n’est pas disproportionnée¹⁰⁴.

Pour les droits dits absolus, la Cour ne recourt, par définition, à aucune clause justifiant les restrictions. Elle atteste essentiellement de l’abstention de l’Etat tout en renvoyant à la question de la marge d’appréciation¹⁰⁵.

De son côté, le juge interaméricain use pour s’assurer de la conventionalité des restrictions de l’article 30 Cadh. Selon cette disposition,

“les restrictions permises par elle à la jouissance et à l’exercice des droits et des libertés qui y sont reconnus ne peuvent être appliquées qu’en vertu des lois édictées dans l’intérêt général et uniquement aux fins pour lesquelles ces lois ont été prévues”.

A cette clause générale relative à la limitation de la jouissance ou l’exercice de ces droits à laquelle il faut adjoindre l’article 32 Cadh¹⁰⁶, la Convention prévoit pour certains droits des restrictions précises à l’image des articles 15, 16, §2 et 22 Cadh.

A l’analyse des arrêts de la Cour interaméricaine, il ressort que la méthode de contrôle des obligations positives ne suscite pas autant de questions que pour la jurisprudence européenne. Confrontée à une violation, la Cour détermine d’une part l’existence d’une obligation positive et recherche d’autre part si cette dernière a été

104 *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme, op. cit.*, p. 26: “ La Cour européenne ne reprend pas le plus souvent, la démarche qui est la sienne pour les ingérences actives, consistant à contrôler si l’ingérence est bien prévue par la loi, si elle poursuit un but légitime et si elle est nécessaire dans une société démocratique – et fait l’impasse sur les deux premières conditions, alors que celles-ci paraissent également pertinentes en matière d’ingérences passives (omissions, décisions de refus, mesures insuffisantes) ”.

105 Cf. *infra*.

106 Art. 32 § 2: “ Les droits de chaque personne sont limités par les droits d’autrui, par la sécurité de tous et par les justes exigences du bien commun, dans une société démocratique ”.

ou non respectée. Pour ce faire, elle recourt, sans le dire, au principe de proportionnalité. Car à l'image de la Cour européenne des droits de l'homme, elle veille à ce que les Etats mettent en œuvre tous les moyens nécessaires et adéquats pour prévenir ou sanctionner les violations des droits de l'homme. Ainsi dans de nombreux arrêts, le juge interaméricain rappelle que,

*“los estados deben tomar todas las medidas necesarias, no sólo para prevenir, juzgar y castigar la privación de la vida como consecuencia de actos criminales, en general, sino también para prevenir las ejecuciones arbitrarias por parte de sus propios agentes de seguridad”*¹⁰⁷.

2. L'INTENSITÉ DU CONTRÔLE

Bien qu'il appartienne aux Etats de garantir l'effectivité des droits, les obligations positives se présentent essentiellement comme des obligations de moyens. Les Etats se doivent d'adopter des mesures raisonnables, suffisantes afin de prévenir ou de faire sanctionner la violation des droits et libertés. Dès lors, le contrôle que le juge exercera sur le respect de ces obligations sera fonction de la marge d'appréciation laissée aux Etats afin de répondre aux devoirs qui leur incombent en la matière. Son intensité sera inversement proportionnelle à la latitude reconnue, explicitement ou non, par les juges.

Afin de déterminer la marge d'appréciation laissée aux Etats, les juges se réfèrent naturellement aux circonstances précises de l'affaire en prenant notamment en considération le droit en cause, la qualité des victimes etc.

Dans le cadre de la jurisprudence européenne, l'étendue de la marge d'appréciation

107 CADH, *Gómez Paquiyauri*, op. cit., § 129.- *Myrna Mack Chang*, op. cit., § 153;.- *Juan Humberto Sánchez*, § 110.- *Huilca Tecse*, op. cit., § 66.

“ varie selon les circonstances de temps et de lieu, la nature du droit en cause ou des activités en jeu, le but de l’ingérence au droit, l’existence ou non d’un “ dénominateur commun ” aux systèmes juridiques des Etats contractants ”¹⁰⁸.

C’est ce qui ressort très explicitement de la jurisprudence. Ainsi, à titre d’illustration la Cour européenne a, dans l’arrêt ÖZGÜR GÜNDEM, rappelé que,

“l’étendue de cette obligation varie inévitablement, en fonction de la diversité des situations dans les Etats contractants, des difficultés pour la police d’exercer ses fonctions dans les sociétés contemporaines, et des choix à faire en termes de priorités et de ressources”¹⁰⁹.

L’appréciation que porte la Cour sur l’étendue de la marge d’appréciation et sur le contrôle des obligations positives sera aussi fonction du droit en cause. Ainsi dans l’affaire *MC*, la Cour a certes admis l’existence d’une large marge d’appréciation, mais elle a précisé qu’il convenait de mettre en œuvre

“une dissuasion effective contre un acte aussi grave que le viol, qui met en jeu des valeurs fondamentales et des aspects essentiels de la vie privée, appelle des dispositions pénales efficaces”.

Une des limites de la marge d’appréciation a été rappelée par la Cour européenne des droits de l’homme dans l’affaire *MC*. Tout en admettant que l’Etat devait tenir compte des sensibilités d’ordre culturel, locales etc. la Cour a explicitement rappelé que

“les dispositions de la Convention définissent toutefois les limites de la marge d’appréciation des autorités nationales et que les Etats devaient

108 D. SPIELMAN, “ Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention ”, in *L’interprétation de la Convention européenne des droits de l’homme*, F. SUDRE (dir.), p. 141.

109 CEDH, *Özgür Gündem*, *op. cit.*, § 43.

réagir, par exemple, au consensus susceptible de se faire jour quant aux normes à atteindre”¹¹⁰.

Pour sa part, le juge interaméricain dégageant les obligations positives à la charge de l’Etat a précisé dans l’arrêt *Velásquez Rodríguez* que,

*“In certain circumstances, it may be difficult to investigate acts that violate an individual’s rights. The duty to investigate, like the duty to prevent, is not breached merely because the investigation does not produce a satisfactory result. Nevertheless, it must be undertaken in a serious manner and not as a mere formality preordained to be ineffective”*¹¹¹.

Dès lors, l’obligation d’enquêter s’analyse comme une obligation de moyens qui

“doit se comprendre comme une recherche sérieuse et non comme une simple formalité destinée à être infructueuse”¹¹².

Cette obligation de moyens vise à ce que l’enquête aboutisse à l’identification et la sanction des auteurs de la violation avérée. Dans l’affaire dite “*des enfants de la rue*”, la Cour a rappelé que les procédures judiciaires n’étaient pas suffisantes dans la mesure où

“it is clear that those responsible have not been punished, because they have not been identified or penalized by judicial decisions that have been executed. This consideration alone is enough to conclude that the State has violated Article 1.1 of the Convention, since it has not punished the perpetrators of the corresponding crimes. In this respect, there is no point in discussing whether the defendants in the domestic proceedings should be acquitted or not. What is important is that, independently of whether or

110 CEDH, *MC.*, *op. cit.*, § 154.

111 CADH, *Velásquez Rodríguez*, *op. cit.*, § 177. C’est nous qui soulignons.

112 J. BENZIMRA-HAZAN, “Disparitions forcées de personnes et protection du droit à l’intégrité: la méthodologie de la Cour interaméricaine des droits de l’homme”, *RTDH*, 2001, p. 785.

*not they were the perpetrators of the unlawful acts, the State should have identified and punished those who were responsible, and it did not do so*¹¹³.

La marge d'appréciation laissée aux Etats sera également évaluée en fonction des victimes. A l'image de la Cour européenne des droits de l'homme¹¹⁴, la Cour interaméricaine a, dans différentes affaires impliquant des enfants mineurs, tenu compte de leur vulnérabilité particulière. Ainsi a-t-elle rappelé que

*“Esta obligación presenta modalidades especiales en el caso de los menores de edad, teniendo en cuenta las normas sobre protección a los niños establecidas en la Convención americana y en la Convención sobre los derechos del niño La condición de garante del Estado con respecto a este derecho, le obliga a prevenir situaciones que pudieran conducir, por acción u omisión, a la afectación de aquél”*¹¹⁵.

Tout en laissant une certaine marge d'appréciation aux Etats, les juges veillent à ce que les mesures adoptées au titre des obligations positives garantissent l'effectivité des droits en cause. Selon les juges, ces mesures devront être “nécessaires”, “raisonnables”, “suffisantes” et/ou “adéquates”. Il s'agit là d'autant de standards qui se présentent comme des

“concepts fonctionnels qui ont tout à la fois le mérite de réduire l'imprécision et l'arbitraire (au sens neutre) de sa décision”¹¹⁶.

113 CADH, affaire dite “ des enfants des rues ” (*Vilagran Morales et autres*), *op. cit.*, § 228.

114 CEDH, *MC*, *op. cit.*, § 83.- *Siliadin*, *op. cit.*, § 68: “ En outre, la portée de l'obligation positive de protection de l'Etat du fait des défaillances de son système juridique peut varier en fonction de (...) la particulière vulnérabilité de la victime ”.

115 Voir également CADH, *Les enfants des rues* (*VILLAGRÁN MORALES et autres*), *op. cit.*

116 *Ibid.*

C'est ainsi que l'on retrouve dans les jurisprudences européenne et interaméricaine les termes "grave", "raisonnable", "suffisant", ou bien encore "adéquat" "effectif" "sérieux", tous faisant écho à l'idée de normalité caractéristique des standards. Or un tel usage ne donne que l'illusion de l'objectivité. La normalité étant par définition fluctuante, le juge demeure in fine le seul à décider de ce qui est ou non normal. Tout en cherchant à objectiver son contrôle en se référant à des standards, les juges optent pour un contrôle respectueux du pouvoir de décision de l'auteur de la mesure contestée ou de son absence.

Ce contrôle sera d'autant plus respectueux qu'il portera sur des obligations positives qui exigent de la part de l'Etat un comportement actif. Apprécier la proportionnalité des mesures revient pour le juge à s'immiscer assez loin dans le processus national de prise de décision. Si la prudence des juges demeure encore patente s'agissant des obligations matérielles, il semblerait qu'elle s'atténue à l'égard des obligations procédurales.

Tout en garantissant la marge d'appréciation des Etats, les juges paraissent exercer un contrôle plus "serré" sur ce type d'obligations. Celles-ci contiennent en effet des éléments permettant d'apprécier plus objectivement le caractère effectif d'une enquête. Afin de déterminer si les obligations procédurales ont été insuffisamment remplies, le juge s'attèle à analyser l'ensemble des circonstances de faits y compris en examinant les différentes preuves (témoignages etc.). De façon assez systématique le juge s'arrête et s'interroge sur les différentes phases de l'enquête comme le montrent les différents arrêts sur la question. Dans l'affaire *Ilascu*, la Cour européenne a clairement rappelé que s'il ne lui appartient pas

"d'indiquer quelles sont les mesures les plus efficaces que doivent prendre les autorités pour se conformer à leurs obligations, elle doit néanmoins s'assurer que les mesures effectivement prises étaient adéquates et suffisantes dans le cas d'espèce. Face à une omission partielle ou totale, *la Cour a pour tâche de déterminer dans quelle mesure un effort minimal était quand même possible et s'il devait être entrepris*"¹¹⁷.

117 CEDH, *Ilascu*, *op. cit.*, § 334.

A la lumière des différents arrêts, se profile une certaine évolution au regard du contrôle des obligations positives. La Cour européenne semble resserrer son contrôle sur les obligations procédurales. Cette démarche n'est pas sans rappeler la politique jurisprudentielle qu'elle avait initialement adoptée s'agissant des ingérences actives. L'analyse de la jurisprudence montre en effet que le juge européen avait dans un premier temps mis l'accent sur les exigences procédurales, avant de développer progressivement une jurisprudence dynamique à l'égard des droits substantiels.

“Il n'en reste pas moins que l'unification du contrôle des ingérences —actives ou passives— n'est pas totalement effectuée (...) Cet alignement du contrôle des obligations positives et des obligations négatives renforcerait à la fois la cohérence de la jurisprudence européenne et la protection des droits individuels, en assurant une meilleure définition des obligations étatiques”¹¹⁸.

Bien que le contrôle exercé par les juges puissent encore susciter certaines interrogations au regard de l'effectivité des droits, force est de constater que l'instrument prétorien que sont les obligations positives se présentent comme une réelle avancée dans la protection des droits et des libertés. Si la jurisprudence européenne est à cet égard plus dense, l'analyse des décisions du juge interaméricain traduit, s'agissant des obligations matérielles, une évolution qui va dans le bon sens pour la cause des droits de l'homme.

Les obligations positives et leur généralisation illustrent la prise en considération d'une nouvelle étape dans la protection des droits fondamentaux, venant ainsi complété la première marche vers un Etat de droit qu'il convient toujours de consolider. Le respect de cet Etat de droit passe aujourd'hui par la prise en considération des obligations positives, non seulement parce que l'Etat ne peut se

118 F. SUDRE, J.-P. MARGUÉNAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 380.

retrancher derrière une passivité ou une abstention coupable, mais également parce que les individus sont tenus de respecter et de garantir les droits et libertés de chacun. Les Conventions européenne et interaméricaine ne sont donc plus conçues comme

“une prise de position contre le monstre froid, le *Léviathan* de HOBBS”¹¹⁹,

mais comme les instruments de protection généralisée des droit de l’homme.

BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE

OUVRAGES

PETTITI, L. E., DECAUX, E. et IMBERT, P.-H., (dir.), *La Convention européenne des droits de l’homme, Commentaire article par article*, 2^{ème} éd., Economica 1999.

SUDRE, F. *Droit européen et droit international des droits de l’homme*, 7^è éd. Refondue, PUF, 2005.

SUDRE, F., MARGUÉNAUD, J.P., ANDRIANTSIMBAZOVINA, J., GOUTTENOIRE, A., LEVINET, M., *Les grands arrêts de la cour européenne des droits de l’homme*, PUF, 2^{ème} éd. 2004.

TIGROUDJA, H. et PANOUSSIS, I.K. *La cour interaméricaine des droits de l’homme Analyse de la JP consultative et contentieuse*, Bruylant Némésis coll. “droit et justice”, n°41, 2003.

119 L.-E. PETTITI, “Réflexions sur les principes et les mécanismes de la Convention. De l’idéal de 1950 à l’humble réalité d’aujourd’hui”, in *La Convention européenne des droits de l’homme, Commentaire article par article*, L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT (dir.), 2^{ème} éd., Economica 1999, p. 33.

ARTICLES

- CANÇADO TRINDADE, A.A., “Le système interaméricain de protection des droits de l’homme: Etat actuel et perspectives d’évolution à l’aube du XXIème siècle”, *AFDI* 2000, p. 548-577.
- COHEN-JONATHAN, G. “Cour interaméricaine des droits de l’homme, arrêt VELÁSQUEZ”, *RGDIP*, 1990, p. 455-471.
- FRUMER, Ph. “Entre tradition et créativité juridiques : la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l’homme ”, *RBDI*, 1995/2, p. 514.
- GROS ESPIELL, H “La convention américaine des Droits de l’Homme et la convention européenne des Droits de l’homme. Analyse comparative”, *RCADI* 1989, vol. 218, p. 167.
- LALY-CHEVALIER, C. F. DA POÏAN, H. TIGROUDJA, “Chronique de la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l’homme (2002-2004)”, *RTDH* 2005, p. 459-498.
- SPIELMAN, D., “Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention”, in *L’interprétation de la Convention européenne des droits de l’homme*, F. SUDRE (dir.), Némésis, Bruylant, 1998, p. 133-174.
- SUDRE, F., “les “obligations positives” dans la jurisprudence européenne des droits de l’homme”, *RTDH* 1995, p. 363-384.
- SUDRE, F., “A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l’homme”, *JCP G* 2001 I 335.
- TIGROUDJA, H., “L’autonomie du droit applicable par la cour interaméricaine des droits de l’homme: en marge d’arrêts et avis consultatifs récents”, *RTDH* 2002, pp. 69-110.