DIAL
Digital access to libraries

"La subsidiarité dans la Convention européenne des droits de l'homme : la dimension procédurale"

De Schutter, Olivier

CITE THIS VERSION

De Schutter, Olivier ; et. al. *La subsidiarité dans la Convention européenne des droits de l'homme : la dimension procédurale.* In: M. Verdussen (dir.), J. Callewaert, O. De Schutter, L. Flynn, M. Struys, M. Wathelet et E. Willemart, *L'Europe de la subsidiarité*, Bruylant : Bruxelles 2000, p. 63-130 http://hdl.handle.net/2078.1/97655

Le dépôt institutionnel DIAL est destiné au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques émanant des membres de l'UCLouvain. Toute utilisation de ce document à des fins lucratives ou commerciales est strictement interdite. L'utilisateur s'engage à respecter les droits d'auteur liés à ce document, principalement le droit à l'intégrité de l'œuvre et le droit à la paternité. La politique complète de copyright est disponible sur la page Copyright policy

DIAL is an institutional repository for the deposit and dissemination of scientific documents from UCLouvain members. Usage of this document for profit or commercial purposes is stricly prohibited. User agrees to respect copyright about this document, mainly text integrity and source mention. Full content of copyright policy is available at Copyright policy

Available at: http://hdl.handle.net/2078.1/97655

[Downloaded 2021/08/09 at 17:26:49]

CENTRE D'ÉTUDES CONSTITUTIONNELLES
ET ADMINISTRATIVES

19

L'EUROPE DE LA SUBSIDIARITÉ

•

Sous la direction de Marc VERDUSSEN
Professeur à l'Université catholique de Louvain

Johan CALLEWAERT, Olivier DE SCHUTTER,
Leo FLYNN, Michel STRUYS, Melchior WATHELET
et Elisabeth WILLEMART

EXTRAIT

BRUYLANT
BRUXELLES

2 0 0 0

LA SUBSIDIARITÉ DANS LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME : LA DIMENSION PROCÉDURALE

PAR

Olivier DE SCHUTTER *

Dans le système de contrôle qu'organise la Convention européenne des droits de l'homme, la subsidiarité oriente la répartition des tâches entre les autorités étatiques et le juge international. Son effet est de concentrer entre les mains de celles-là la mission de garantir les droits et libertés que la Convention reconnaît, l'intervention de celui-ci devant ne constituer que le remède ultime. En amont de l'intervention de la Cour européenne des droits de l'homme, le principe se traduit à travers la règle qui impose l'épuisement des voies de recours internes préalablement à l'introduction d'une requête, sous peine d'irrecevabilité de celle-ci ; et il explique encore l'importance de la fonction que remplit, dans le système de la Convention, le droit à un recours effectif, que l'article 13 reconnaît à toute personne dont les droits ou libertés ont été violés. En aval de l'intervention de la Cour européenne des droits de l'homme, la subsidiarité du contrôle judiciaire international implique que l'Etat dont la responsabilité internationale a été engagée conserve le choix des moyens par lesquels se conformer à l'arrêt effectuant ce constat ; et elle invite également la Cour à encourager l'Etat et la partie lésée, à la suite d'un constat de violation, à déterminer de commun accord le

* Chargé de cours à la Faculté de droit de l'U.C.L. Etude soutenue par le programme de P.A.I., Phase IV, 1997-2001.

montant de la satisfaction équitable due en réparation de celle-ci, ou bien à soumettre cette question aux juridictions nationales.

L'étude de ces différentes questions permet ainsi de cerner la dimension procédurale de la subsidiarité dans la Convention européenne des droits de l'homme. Or — telle est en tout cas la thèse qu'on cherchera à étayer —, la compréhension de la subsidiarité qui en résulte n'est pas nécessairement favorable à une protection effective des droits de l'homme. Plus précisément, les conséquences de la subsidiarité, telles qu'elles se déduisent des différentes règles qu'on vient d'énumérer, apparaissent à certains égards davantage conçues pour garantir l'individu dans les instances de violations « ponctuelles », plutôt que pour garantir une collectivité de personnes contre des violations « structurelles » de la Convention. Tandis que les violations qualifiées ici de « ponctuelles » ont leur source dans des actes individuels, les violations « structurelles » ont leur source dans des conditions qui affectent une collectivité : le constat d'une violation « ponctuelle » se suffit de l'effacement des conséquences de l'acte qui a porté atteinte aux droits de l'individu; le constat d'une violation « structurelle » appelle de la part de l'Etat l'adoption de certaines mesures générales propres à prévenir la répétition de la violation qui a été constatée, à l'égard d'autres personnes que le requérant individuel.

Conformément à l'ambition de cette étude, l'on va d'abord proposer une typologie des obligations qui s'imposent, en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme, aux Etats qui sont parties à cet instrument (I). C'est au départ de cette typologie qu'il est permis d'aborder aussi bien la subsidiarité en amont du contrôle judiciaire international (II) que la subsidiarité en aval (III). La question transversale de ces différentes parties est de savoir si l'affirmation, par la Cour européenne des droits de l'homme, que les Etats parties sont tenus au respect d'obligations de prévention, n'appelle pas un renouvellement de la compréhension classique de la subsidiarité procédurale dans le système de la Convention.

I. — Les obligations imposées par la Convention européenne des droits de l'homme : une typologie

A. — *Obligations de comportement déterminé et obligations de résultat*

La *summa divisio* des obligations qu'impose le droit international est celle visée par les articles 20 et 21 du Projet d'articles sur la responsabilité des Etats. Ces dispositions distinguent l'obligation d'adopter un « comportement déterminé », qui impose à l'Etat non seulement d'obtenir tel résultat mais qui lui prescrit encore les moyens par lesquels y parvenir, de l'obligation « d'assurer *in concreto* un certain résultat, tout en laissant [l'Etat] libre de choisir au départ le moyen d'y parvenir » : tandis que la violation de l'obligation d'adopter « un comportement déterminé » résulterait « du simple fait de l'adoption d'un comportement différent de celui qui était spécifiquement requis », l'obligation « d'assurer *in concreto* un certain résultat » serait violée lorsque dans le cadre de la liberté de choix qui est laissée à l'Etat quant aux moyens par lesquels assurer ce résultat, « l'Etat n'a pas abouti concrètement à la réalisation du résultat internationalement requis » (1).

Une telle classification conduit R. Ago, le rapporteur pour la Commission du droit international, à ranger la Convention européenne des droits de l'homme parmi les instruments internationaux qui imposent à ses Etats parties des obligations de résultat. La Convention reconnaît en effet à chaque Etat le soin de déterminer, *librement pourvu que le résultat soit assuré concrètement*, comment il va garantir aux personnes placées sous sa juridiction les droits et libertés que la Convention leur reconnaît (2). Seulement un tel rangement ne présente guère d'utilité. Non seulement pour le motif que, selon les critères mêmes que R. Ago choisit d'utiliser, l'assignation qu'il opère de la Convention européenne des droits de l'homme en 1977 apparaît dépassée quelques années seulement plus tard, à la

(1) Voy. la présentation du rapporteur R. Ago et les discussions de la 1454e séance de la Commission du droit international (6 juillet 1977), ainsi que de sa 1456e séance (8 juillet 1977), *Ann. C.D.I.*, 1977-I, pp. 218-222 et pp. 231-233.

(2) *Ann. C.D.I.*, 1977-I, p. 231, n° 40.

suite d'affirmations de la Cour européenne des droits de l'homme, dépourvues de toute ambiguïté, selon lesquelles la Convention peut imposer dans certaines circonstances à l'Etat partie l'adoption de tel « comportement déterminé », par exemple l'adoption d'une mesure législative (3). Mais surtout, cette distinction est excessivement formaliste : elle semble reposer toute entière sur l'idée que l'obligation de droit international qui désigne, parmi les différents pouvoirs constitutionnels au sein de l'Etat, le pouvoir qui doit garantir le respect de l'obligation internationale, imposerait une obligation de « comportement déterminé », tandis que l'obligation de droit international qui demeurerait silencieuse sur cette question n'imposerait qu'une obligation de « résultat ». Or même une fois que la disposition de droit international a désigné le pouvoir constitutionnel compétent au sein de l'Etat — ce qu'en principe peut seul faire le droit interne, le droit international ne s'adressant qu'à l'Etat considéré dans son unité internationale —, il subsiste un grand nombre de choix à faire dans le chef de l'Etat, de façon telle que celui-ci préserve une certaine marge d'appréciation quant au choix des moyens par lesquels s'acquitter de son obligation internationale. En définitive, ainsi que J. Combacau l'a bien noté, « le pivot de la distinction est (...) le degré de liberté laissé au débiteur de l'obligation dans le choix des procédés par lesquels il peut l'exécuter » (4) : entre l'obligation de comportement et l'obligation de résultat, la distinction est de degré plutôt que de genre, et l'on

(3) M. R. Ago fait figurer l'article 10, § 3, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, parmi les obligations de comportement, au motif que cet article impose l'adoption d'une mesure législative (il dispose, en effet, que « le fait [d'employer des enfants et adolescents] à des travaux de nature à compromettre leur moralité ou leur santé, à mettre leur vie en danger ou à nuire à leur développement normal doit être sanctionné par la loi ») : *Ann. C.D.I.*, 1977-I, p. 221, n° 27. Mais l'obligation pour les Etats parties à la Convention d'adopter une législation est affirmée par la Cour européenne des droits de l'homme, par exemple, dans l'arrêt *Marckx* c. *Belgique* du 13 juin 1979, Série A n° 30, § 31 (le respect de la vie familiale requiert une législation « rendant possible dès la naissance l'intégration de l'enfant dans sa famille »); dans l'arrêt *Dudgeon* c. *Royaume-Uni* du 22 octobre 1981, Série A n° 45, § 41 (« (...) par son seul maintien en vigueur, la législation attaquée représente une ingérence permanente dans l'exercice du droit au requérant au respect de sa vie privée (...) »); dans l'arrêt *X et Y* c. *Pays-Bas* du 26 mars 1985, Série A n° 91, § 27 (« Seule une législation criminelle peut assurer une prévention efficace, nécessaire en ce domaine (...) »).

(4) J. Combacau, « Obligations de résultat et obligations de comportement — Quelques questions et pas de réponse », in *Mélanges Paul Reuter — Le droit international : unité et diversité*, Paris, Pedone, 1987, p. 181, ici pp. 201-202.

demeure dubitatif face à l'affirmation que le droit international pourrait véritablement imposer à ses sujets primaires, les Etats, des obligations d'adopter un « comportement déterminé », comme si le droit international pouvait jamais se présenter comme autre chose qu'une exception apportée au principe de la souveraineté étatique où il prend sa source.

B. — *Obligations de résultat et obligations de prévention*

Aussi nous autorisera-t-on à faire reposer notre typologie sur une autre distinction, plus pertinente pour une correcte compréhension des enjeux de la subsidiarité dans l'amont et l'aval du procès international. Cette distinction est entre l'obligation de résultat classique, d'une part, l'obligation de prévention, d'autre part. A la différence de la précédente, cette distinction se rapproche de la distinction civiliste entre l'obligation de résultat et l'obligation de moyens, puisqu'elle prétend intégrer, dans la définition de l'obligation étatique, la notion d'*aléa*. En effet, si l'obligation de prévention est définie, à l'article 23 du Projet d'articles sur la responsabilité des Etats, en des termes qui donnent à penser que la responsabilité internationale de l'Etat existe dès que se réalise l'événement que l'Etat s'était engagé à empêcher (5), l'explication que donne de la notion la Commission du droit international invite à une lecture très différente :

« L'Etat ne peut évidemment être tenu qu'à s'opposer par son action à l'éventualité d'un tel événement — qu'à faire échec, *pour autant que cela dépende de lui*, à la survenance de cet événement. C'est alors que ce dernier a pu se produire du fait que l'Etat n'a pas su le prévenir par son comportement, *et alors qu'il ressort que par un comportement différent il aurait pu l'éviter*, que l'on peut conclure à ce que le résultat requis par l'obligation n'a pas été assuré » (6).

(5) Aux termes de l'art. 23 du Projet d'articles sur la responsabilité des Etats : « Lorsque le résultat requis d'un Etat par une obligation internationale est de prévenir, par un moyen de son choix, la survenance d'un événement donné, il n'y a violation de cette obligation que si, par le comportement adopté, l'Etat n'assure pas ce résultat ».

(6) *Ann. C.D.I.*, 1978, vol. II, 2e partie, p. 93, § 6 (nos accents).

L'utilité d'importer cette notion d'obligation de prévention dans la théorie de la Convention européenne des droits de l'homme tient à la nature des développements que celle-ci a connus depuis maintenant vingt ans. Ces développements se ramènent à une transformation très simple (7) : la responsabilité internationale de l'Etat, au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, s'est trouvée affirmée non seulement pour les violations commises directement par ses organes, mais également pour les violations qui ont leur source directe dans les rapports interindividuels et que l'Etat n'a pas su prévenir. Le juge Evrigenis en a fourni, dès 1982, la meilleure description, en notant : « Although not the author of such interference [from private parties], the State is still regarded as liable and has a duty to intervene and prevent it. It is not merely answerable for violations committed by itself but also, in a more general sense, for all violations committed within its territory » (8). Or, — et voilà bien où gît la spécificité de l'obligation dite de « prévention » —, pour que la responsabilité internationale de l'Etat soit engagée à raison de la violation d'une telle obligation, il faut non seulement que *l'événement qu'il devait prévenir se réalise*, mais encore qu'il soit constaté que *l'Etat aurait pu, par l'adoption de certaines mesures raisonnables, éviter la survenance de cet événement*. Il faut citer une dernière fois la Commission du droit international, en raison de la clarté exceptionnelle avec laquelle elle s'exprime ici :

« Là où le droit international (...) met à la charge d'un Etat une obligation ayant pour objet direct la prévention d'un certain événement, la violation de l'obligation ne peut être affirmée, et la responsabilité de l'Etat engagée, que si l'événement à éviter s'est produit dans les faits et si un défaut de prévention de la part de l'Etat obligé a pu en outre être constaté. Encore faut-il (...) qu'entre le comportement adopté par l'Etat dans le cas d'espèce et l'événement qui s'est produit il y ait un

(7) Pour un approfondissement, voy. O. De Schutter, *Fonction de juger et droits fondamentaux — Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, Bruxelles, Bruylant, 1999, chap. IV : « L'effectivité dans l'ordre juridique de la Convention européenne des droits de l'homme ».

(8) D. Evrigenis, « Recent Case-Law of the European Court of Human Rights on Articles 8 and 10 of the European Convention on Human Rights », *H.R.L.J.*, vol. 3, 1982, p. 121, ici p. 137.

lien de causalité tel que l'on puisse considérer ledit comportement comme un des éléments *sine qua non* de l'événement » (9).

On voit l'apport de la notion. Dès lors que la responsabilité de l'Etat partie à la Convention européenne des droits de l'homme peut être engagée pour des faits qui se sont déroulés sous sa juridiction mais qui ont leur source dans le cadre des relations interindividuelles, cette responsabilité ne peut résulter du seul fait de la réalisation de l'événement qu'il aurait fallu empêcher. L'établissement d'une telle responsabilité « objective » — formule que l'on n'hésiterait pas à employer si elle ne suggérait, à tort, que la notion de « faute » est utile à apprécier la responsabilité de l'Etat en droit international — supposerait en effet, d'une part, que la maîtrise de l'Etat sur les événements se déroulant sous sa juridiction est complète, d'autre part, que les moyens dont dispose l'Etat pour garantir la surveillance efficace du respect des règles dont il est l'auteur sont illimités. Or aucune de ces suppositions ne peut être faite. Ainsi qu'A. Clapham l'a excellemment montré, le principe de la liberté individuelle, qui s'oppose à un contrôle total de l'Etat sur les particuliers se trouvant sous sa juridiction, implique par définition une certaine imprévisibilité des événements qui s'y déroulent, dès lors que ces événements dépendent de l'usage par chacun de la liberté qui lui est reconnue (10). Cela se traduit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme par le fait que celle-ci admet que l'obligation de prévention qu'assume l'Etat trouve sa limite, notamment, dans l'obligation qui est imposée à l'Etat de respecter les droits fondamentaux des personnes situées sous sa juridiction, ce qui fait obstacle par exemple à ce qu'il intervienne dans les relations familiales afin de protéger l'enfant contre des mauvais traitements tant que cette intervention n'est pas devenue absolument indispensable (11), ou bien à ce qu'il place en détention une personne dont on craint qu'elle porte atteinte à la vie d'autrui, alors que le degré de suspicion

(9) *Ann. C.D.I.*, 1978, vol. II, 2e partie, p. 96, § 13.

(10) A. Clapham, *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford, Clarendon Press, 1993.

(11) Voy. O. De Schutter, « L'intervention de l'Etat dans les relations familiales : droit au respect de la vie familiale et droit à la protection de l'enfant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 427.

requis pour une détention préventive n'est pas atteint (12). Quant à la seconde supposition, selon laquelle l'Etat disposerait de moyens illimités afin d'empêcher la survenance des événements qu'il s'est engagé à prévenir, elle a également été écartée, par exemple lorsqu'il s'est agi de constater le caractère manifestement mal fondé d'une requête alléguant une obligation du Royaume-Uni, auquel il était reproché de n'avoir pas su protéger le droit à la vie d'une victime d'un attentat terroriste de l'IRA, d'adopter des « mesures préventives telles que le déploiement des forces armées comme il paraît nécessaire pour protéger les personnes considérées comme menacées par des attaques terroristes » (13).

C. — *Obligations de prévention et obligations positives*

Prise dans son sens technique, l'obligation de prévention implique une dissociation de l'atteinte portée au droit ou à la liberté d'une personne placée sous la juridiction d'un Etat partie à la Convention, d'une part, et de l'imputabilité à l'Etat de cette atteinte, susceptible d'engager sa responsabilité internationale, d'autre part : comme l'atteinte a sa source dans un fait de l'homme ou de la nature étranger à l'activité de l'Etat, celui-ci ne peut être tenu d'en répondre que si, non seulement cet événement s'est réalisé, mais qu'en outre l'Etat aurait pu prendre les mesures propres à en éviter la survenance. Ainsi définie, la notion d'obligation de prévention est plus étroite que celle, avec laquelle on la confond parfois, d'obligation

(12) Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Osman* c. *Royaume-Uni* du 30 octobre 1998, § 116, où la Cour note à propos de l'étendue de « l'obligation positive de prendre préventivement des mesures d'ordre pratique pour protéger l'individu dont la vie est menacée par les agissements criminels d'autrui », que « sans perdre de vue les difficultés pour la police d'exercer ses fonctions dans les société contemporaines, ni l'imprévisibilité du comportement humain, ni les choix opérationnels à faire en termes de priorités et de ressources, il faut interpréter cette obligation de manière à ne pas imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif. Dès lors, toute menace présumée contre la vie n'oblige pas les autorités, au regard de la Convention, à prendre des mesures concrètes pour en prévenir la réalisation. Une autre considération pertinente est la nécessité de s'assurer que la police exerce son pouvoir de juguler et de prévenir la criminalité en respectant pleinement les voies légales et autres garanties qui limitent légitimement l'étendue de ses actes d'investigations criminelles et de traduction des délinquants en justice, y compris les garanties figurant aux articles 5 et 8 de la Convention ».

(13) Voy. Commiss. eur. D.H., req. n° 9348/81, *M^me^ W.* c. *Royaume-Uni*, déc. du 28 février 1983, *D.R.*, 32, p. 190, ici p. 209.

positive. Certes, comme l'obligation de prévention, l'obligation positive, dans l'utilisation que la Cour européenne des droits de l'homme fait de cette terminologie, paraît supposer à la fois une intervention de l'Etat (par opposition à une simple abstention de sa part) et l'adoption de mesures de caractère collectif (par opposition à l'adoption d'une mesure au bénéfice d'un seul individu) (14). Par contre, l'obligation positive ne repose pas dans tous les cas sur la nécessité d'intégrer la possibilité d'un *aléa*, dont l'Etat pourrait invoquer l'existence afin d'échapper à sa responsabilité internationale. On évoquera ainsi l'obligation positive de l'Etat d'agir afin de permettre l'intégration de l'enfant à sa famille dès sa naissance (15), afin de rendre possible des poursuites pénales contre l'auteur d'abus sexuels sur une personne handicapée mentale et

(14) Voy. O. De Schutter, *Fonction de juger et droits fondamentaux*, *op. cit.*, pp. 357-391. Quelle que soit l'obligation affirmée dans le chef de l'Etat, il semble toujours possible de reformuler cette obligation en termes soit positifs, soit négatifs, *tant qu'elle concerne une seule personne* : de ce point de vue, définie à partir du seul critère de l'action ou de l'abstention de l'Etat, la distinction entre les deux catégories d'obligations (négatives et positives) « relève essentiellement de la sémantique », ainsi qu'a pu le dénoncer le juge S.K. Martens dans une affaire où la Cour avait choisi de qualifier de « positive » l'obligation que le requérant prétendait imposer à l'Etat défendeur (d'accueillir sur le territoire de cet Etat un enfant séparé de ses parents), comme si cette obligation se distinguait de l'obligation, sans conteste négative, de ne pas porter atteinte au droit au respect de la vie familiale (Cour eur. D.H., arrêt *Gül* c. *Suisse* du 19 février 1996, opinion dissidente). On retrouve exprimée cette hésitation non seulement dans d'autres opinions individuelles de membres de la Cour (voy., par ex., l'opinion concordante du juge Wildhaber à Cour eur. D.H., arrêt *Stjerna* c. *Finlande* du 25 novembre 1994, Série A n° 299-B), mais également dans le chef de la Cour elle-même, qui admet que dans certaines situations les obligations négatives et positives de l'Etat se trouvent « étroitement imbriquées » (Cour eur. D.H., arrêt *Keegan* c. *Irlande* du 26 mai 1994, Série A n° 290, § 51). C'est pourquoi il semble opportun de définir l'obligation positive par un deuxième critère, celui du nombre de personnes à l'égard desquelles l'obligation est violée. Ces critères sont cumulatifs : tandis que viole une obligation *négative*.l'Etat qui commet une ingérence *active* dans les droits d'une collectivité de personnes, ou qui, que cela soit par telle activité ou par sa simple passivité, viole les droits d'un seul individu, viole en revanche une obligation *positive* l'Etat dont l'*abstention* conduit à la violation des droits d'une *collectivité de personnes*; il importe peu à cet égard que cette violation soit mise en lumière à l'occasion de la requête introduite par un individu isolé. Une telle conception de l'obligation positive ne prétend pas restituer aux décisions de la Cour européenne des droits de l'homme une cohérence dans l'utilisation de la notion d'obligation positive, que les arrêts n'attestent pas toujours; elle repose sur l'idée que c'est uniquement lorsqu'il est réclamé de l'Etat qu'il agisse en vue de garantir les droits d'une collectivité de personnes que doit lui être reconnue la « large marge d'appréciation pour déterminer, en fonction des besoins et ressources de la communauté et des individus, les mesures à prendre afin d'assurer l'observation de la Convention », caractéristique de l'intensité plus faible du contrôle que la Cour européenne des droits de l'homme fait du respect des obligations positives (voy. Cour eur. D.H., arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali* c. *Royaume-Uni* du 28 mai 1985, § 67).

(15) Cour eur. D.H., arrêt *Marckx* c. *Belgique* du 13 juin 1979, Série A n° 31.

mineure au moment des faits (16), ou encore, afin de permettre à une personne de changer de patronyme (17), alors que, dans aucun de ces exemples, l'Etat n'est placé face à une imprévisibilité du comportement humain ou de faits naturels, et qu'il lui suffit de prendre les mesures (législatives) réclamées de lui pour que soit atteint le résultat auquel il s'est internationalement engagé.

D. — *Conclusion*

Il semble ainsi indiqué de partir de la typologie suivante. Au sein des obligations qu'impose la Convention européenne des droits de l'homme, qui sont en principe toutes des obligations de résultat au sens de l'article 21, § 1er, du Projet d'articles sur la responsabilité des Etats — même si l'on voit parfois la Convention imposer un « comportement déterminé » aux Etats parties, en désignant parmi les pouvoirs constitutionnels internes lequel doit garantir le respect de l'obligation internationale —, se côtoient des obligations *négatives* et des obligations *positives*. Parmi celles-ci figurent, outre des obligations positives qui ont la forme classique d'obligations de *résultat*, au sens ici de la terminologie civiliste, des obligations positives qui constituent des obligations de *prévention*. Comme celui des obligations de moyens dans le droit civil interne, le régime des obligations de prévention vise à tenir compte du fait que celui, individu ou Etat, qui doit l'obligation, ne peut toujours s'engager à obtenir un résultat déterminé, dès lors qu'entre son activité et le résultat qu'elle vise à produire s'inscrit un événement étranger dont il n'a pas nécessairement la maîtrise.

Dans la suite de cette étude, l'on va prendre appui sur ces distinctions afin de montrer la difficulté de concilier la compréhension classique de la subsidiarité procédurale dans la Convention européenne des droits de l'homme avec l'émergence, dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, de la catégorie des obligations de prévention. L'obstacle que représente la règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes pour l'affirmation des obligations

(16) Cour eur. D.H., arrêt *X et Y* c. *Pays-Bas* du 26 mars 1985, Série A n° 91.

(17) Cour eur. D.H., arrêt *Stjerna* c. *Finlande* du 25 novembre 1994, Série A n° 299-B, § 38.

de prévention imposées à l'Etat constitue la première manifestation de cette difficulté. Celle-ci pourrait cependant être surmontée par un nouvel appui sur la notion de « pratique » étatique contraire à la Convention. Cette notion a été récemment revitalisée par la Cour européenne des droits de l'homme, dans le contexte de la requête individuelle où elle se trouvait mise auparavant à peu près hors jeu. Il faut montrer les virtualités qui en résultent pour l'imposition d'obligations de prévention à charge de l'Etat.

II. — La subsidiarité en amont du contrôle judiciaire international

A. — *La nature de la règle de l'épuisement des voies de recours internes*

Au sein de la doctrine internationaliste, deux conceptions principales s'affrontent à propos de la nature de la règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes (18). Les uns considèrent que la règle est une simple règle de procédure, ou de forme. Selon cette perspective, l'épuisement des voies internes de recours serait bien une condition de recevabilité de la réclamation internationale, mais la responsabilité internationale de l'Etat existerait avant que les voies de recours internes aient été épuisées. Si, après avoir violé son obligation internationale, l'Etat y ajoute son déni de justice, ne permettant pas à la personne dont les droits ont été lésés d'obtenir réparation devant ses tribunaux, le déni de justice ne ferait pas naître la responsabilité internationale; tout au plus l'alourdirait-elle. Il n'en irait autrement — le moment de la naissance de la responsabilité internationale de l'Etat venant alors coïncider dans le temps avec celui où les voies de recours internes ont été utilisées sans succès — que dans le cas particulier du déni de justice, c'est-à-dire où la violation « consiste,

(18) Parmi les meilleures présentations de la controverse, voy. D. Sullinger, *L'épuisement des voies de recours internes en droit international général et dans la Convention européenne des droits de l'homme*, Lausanne, Imprimerie des Arts et Métiers, 1979, chap. IV; C.F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, Cambridge, Grotius Publ. Ltd, 1990, chap. XIII; A.A. Cançado Trindade, « The Birth of State Responsibility and the Nature of the Local Remedies Rule », *Rev. droit inter. de sc. dipl. et pol.*, vol. 56, 1978-III, p. 157.

en dehors de tout préjudice antérieur, en une injustice directe commise dans l'exercice même de la fonction juridictionnelle » (19). Bien qu'elle connaisse plusieurs variantes, cette première position était celle de Ch. de Visscher (20), comme celle de C.F. Amerasinghe (21), A.V. Freeman (22) ou C. Eagleton (23).

La position inverse a sa source chez D. Anzilotti (24) et caractérise, en général, l'attitude de la doctrine italienne (25). Elle affirme que la règle de l'épuisement des voies de recours internes constitue une règle de fond. La naissance même de la responsabilité internationale de l'Etat — l'existence même de la violation qui lui est reprochée — serait subordonnée à son respect. Le délit international apparaît dans cette perspective comme un délit complexe, c'est-à-dire, selon l'indication de R. Ago qui figure parmi les plus illustres exposants de cette théorie, comme « composé non seulement par l'action du premier ou du dernier des organes qui auraient dû pourvoir à réaliser la situation internationalement requise [c'est-à-dire le résultat dont la réalisation est imposée par l'obligation internationale] et qui ne l'ont pas fait, mais justement par l'effet réuni de la conduite de chacun de ces différents organes » (26). Le Projet d'articles sur la responsabilité des Etats semble plutôt pencher en faveur de cette seconde thèse, ce qui est conforme à la position qu'a toujours adoptée sur cette question le rapporteur de

(19) Ch. DE VISSCHER, « Le déni de justice en droit international », *R.C.A.D.I.*, t. 52, 1935-II, p. 368, ici p. 433.

(20) Ch. DE VISSCHER, « Notes sur la responsabilité internationale des Etats et la protection diplomatique d'après quelques documents récents », *Rev. dr. int. et de légis. comp.*, 1927, p. 245, ici p. 252; « Le déni de justice en droit international », *op. cit.*, not. le chap. III; « Les rapports du déni de justice avec la responsabilité internationale et avec la règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes », pp. 421-432.

(21) C.F. AMERASINGHE, « The formal character of the rule of local remedies », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Stuttgart, vol. 25, fasc. 3, 1965, p. 445.

(22) A.V. FREEMAN, *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, London, Longman, 1938, pp. 404-407 et pp. 456-469.

(23) C. EAGLETON, « Denial of Justice in International Law », 22 *A.J.I.L.* 557 (1928).

(24) D. ANZILOTTI, « La responsabilité internationale des Etats à raison des dommages soufferts par les étrangers », *R.G.D.I.P.*, vol. 13, 1906, pp. 5-29 et pp. 285-309.

(25) G. BARILE, *I diritti assoluti nell'ordinamento internazionale*, Milano, Giuffrè, 1951, p. 327; F. DURANTE, *Ricorsi individuali a organi internazionali*, Milano, Giuffrè, 1958, p. 137; G. GAJA, *L'esaurimento dei ricorsi interni nel diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 140.

(26) R. AGO, « Le délit international », *R.C.A.D.I.*, t. 68, 1939-II, p. 26, ici p. 514.

la Commission du droit international (27). L'article 22 du Projet énonce, en effet :

« Il y a violation d'une obligation internationale requérant de l'Etat d'assurer un résultat consistant à réserver un traitement donné à des particuliers, personnes physiques ou morales, si, l'Etat ayant abouti par une première action ou omission à une situation incompatible avec le résultat requis, lesdits particuliers *ont ensuite utilisé et épuisé sans succès les recours internes qui leur étaient ouverts et qui avaient l'efficacité nécessaire pour assurer que le traitement prévu pour ces particuliers leur soit encore réservé ou, au cas où cela se révélerait impossible, qu'un dédommagement correspondant leur soit attribué*. Par conséquent, la responsabilité internationale à la charge de l'Etat auteur de la première action ou omission et la possibilité de la faire valoir à son encontre *ne s'établissent qu'à la suite d'un tel épuisement infructueux* ».

Il est permis d'avancer que ces deux compréhensions contradictoires de la nature de la règle de l'épuisement des voies de recours internes préalablement à la saisine du juge international sont peut-être moins en opposition l'une avec l'autre qu'elles ne constituent le reflet des deux catégories dans lesquelles l'obligation internationale de l'Etat peut se ranger. On a défendu ailleurs (28) la thèse que, selon la nature de l'obligation internationale dont la violation est alléguée, la règle de l'épuisement des voies de recours internes est tantôt procédurale (l'obligation est une obligation de résultat classique), tantôt substantielle (l'obligation est une obligation de prévention), réserve faite du cas particulier de la violation consistant dans le déni de justice (29). En effet : si, normalement, la violation du droit international résulte du fait que l'Etat, qui s'est engagé à garantir un tel résultat, a échoué à le garan-

(27) R. AGO, « La regola dei Ricorsi Interni in Tema di Responsabilità Internazionale », *Archivio di Diritto Pubblico*, vol. 3, 1938, pp. 182 et pp. 242-243. Egalement en faveur de cette conception de la règle de l'épuisement des voies de recours internes comme règle de fond, I. L. HEAD, « A Fresh Look at the Local Remedies Rule », *Canadian Yearbook of Int'l L.*, vol. 5, 1967, p. 155.

(28) O. DE SCHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux*, *op. cit.*, pp. 273-277.

(29) La particularité de ce cas réside en ceci que la violation de l'obligation internationale se réalise dans cette hypothèse au moment où des recours internes sont tentés et, donc, sans qu'il puisse s'agir par ces recours de rechercher la réparation d'une violation ayant commencé antérieurement.

tir — le fait de ne pas permettre ensuite que cette violation soit réparée par l'intentement de recours devant les juridictions internes ne faisant qu'aggraver la responsabilité internationale de l'Etat —, dans le cas particulier de l'obligation de prévention, *où la source directe de la violation est dans le fait d'un particulier causant un dommage à un autre particulier situé sous la juridiction de l'Etat*, l'on admettra plus aisément que l'intentement des recours internes ait pour fonction non plus de permettre à l'Etat de *réparer la violation qu'il aurait déjà commise*, mais plutôt de permettre à l'Etat de sanctionner l'atteinte qui a été portée aux droits du particulier par un autre particulier, et donc de *s'acquitter de son obligation internationale* (30). Ce n'est d'ailleurs sans doute pas un hasard si, au moment de présenter sa théorie du « résultat de rechange » que l'Etat pourrait proposer lorsque le résultat auquel il s'était initialement engagé n'est plus réalisable, la Commission du droit international — qui fournit cette théorie à l'appui de la présentation de la règle de l'épuisement de voies de recours internes que propose l'article 22 du Projet d'articles sur la responsabilité des Etats — choisit de l'illustrer par l'obligation de vigilance, c'est-à-dire de prévention (31) : n'est-ce pas que c'est *par excellence* lorsqu'un tel type d'obligation est en jeu que paraît s'imposer la compréhension de règle de l'épuisement des voies de recours internes comme règle de fond ? Et n'est-il pas également remarquable que Ch. de Visscher lui-même, pourtant farouche défenseur d'une compréhension de la règle de l'épuisement des voies de recours internes comme règle de procédure, mentionne avec discrétion (dans une note

(30) Pour rendre palpable la distinction, il suffit de comparer l'action en responsabilité par laquelle un individu victime de mauvais traitements entre les mains des forces de l'ordre tend à obtenir réparation des dommages qu'il a subis, avec l'action en responsabilité que la victime d'une agression introduit contre ses agresseurs, lorsque ceux-ci sont de simples particuliers : tandis que, dans le premier cas, le juge étatique va réparer la violation commise par un autre organe de l'Etat, en l'espèce un organe dépendant de l'Exécutif, dans le second cas, le juge va permettre à l'Etat se s'acquitter de l'obligation à laquelle il s'est internationalement engagé — obligation non pas d'éviter à tout prix que tel événement survienne, mais de prendre toutes les mesures raisonnables propres à éviter la survenance de l'événement —.

(31) « Prenons, par exemple, l'obligation de droit coutumier qui impose à l'Etat d'exercer une certaine vigilance pour prévenir des atteintes indues à la personne ou aux biens des étrangers. Si, dans un cas concret, l'Etat n'a pas pu empêcher qu'une atteinte de cette nature se produise, l'Etat a encore la possibilité de s'acquitter de son obligation en offrant le dédommagement du préjudice subi par l'étranger victime de l'atteinte » (*Ann. C.D.I.*, 1977, vol. II, 2e partie, p. 23, § 12).

infrapaginale) qu'il en va autrement lorsque la responsabilité de l'Etat se trouve engagée à raison d'actes de particuliers, comme ce serait le cas si l'Etat avait manqué à son devoir de prévention. « Si l'Etat n'assume pas à l'égard des étrangers une garantie de sécurité, du moins est-il comptable d'une garantie de diligence » (32) ?

B. — *La traduction de la controverse dans la Convention européenne des droits de l'homme*

Habituellement, l'on considère que dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme, la règle de l'article 35, § 1er, selon laquelle « la Cour ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes, tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus (...) », constitue une règle de nature procédurale. Non sans citer l'un et l'autre le même passage dans lequel — erronément à leur estime — la Commission européenne des droits de l'homme a paru au contraire présenter le respect de la règle comme conditionnant la naissance même de la responsabilité internationale de l'Etat (33), C.F. Amerasinghe (34) et D. Sullinger (35) concluent en ce sens, non seulement en raison de la position de la règle dans le texte de la Convention (comme dans le texte original, le texte amendé par le Protocole n° 11 fait figurer la règle parmi les conditions de recevabilité de la requête), mais également pour le motif que l'Etat se voit reconnaître la faculté de renoncer à se prévaloir de ce que les recours internes n'aient pas été épuisés, dès lors

(32) Ch. DE VISSCHER, « Le déni de justice en droit international », *op. cit.*, p. 426, n. 3.

(33) Commiss. eur. D.H., *M. et Mme X* c. *Rép. féd. d'Allemagne*, req. n° 235/56, *Ann. Conv.*, 2, p. 257, ici p. 305 : « Considérant toutefois que la responsabilité d'un Etat sur la base de la Convention des droits de l'homme ne prend naissance, aux termes de l'article 26 [ancien de la Convention], qu'à compter du moment où ont été épuisées toutes les voies de recours internes ». Jusqu'à présent, la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas paru ressentir la nécessité de se prononcer clairement sur cette question. Lorsqu'elle a pris position, c'est en des termes qui laissent subsister l'ambiguïté. Voy. ainsi Cour eur. D.H., arrêt *Ankerl* c. *Suisse* du 23 octobre 1996, § 34 : « (...) la finalité de l'article 26 [actuel art. 35, § 1er] est de ménager aux Etats contractants l'occasion *de prévenir ou de redresser* les violations alléguées contre eux avant qu'elles ne soient soumises aux organes de la Convention » (notre accent).

(34) C.F. AMERASINGHE, *Local Remedies in International Law*, *op. cit.*, pp. 354-356.

(35) D. SULLINGER, *L'épuisement des voies de recours internes en droit international général et dans la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 38.

que, selon la Cour, la règle a pour but essentiel de protéger l'ordre juridique interne des Etats parties (36).

Une telle qualification pose cependant une difficulté, au regard de l'émergence de la catégorie des obligations de prévention dans la doctrine de la Cour européenne des droits de l'homme, liée à l'extension de son champ d'applicabilité aux rapports interindividuels. En effet, lorsqu'un Etat n'était pas en mesure de prévoir ou d'anticiper la survenance de tel événement (événement qu'il n'aurait donc pas pu empêcher par l'adoption de mesures raisonnables par lesquelles il s'acquitterait d'une obligation de prévention à sa charge), il semble qu'il faille permettre à l'Etat de réparer le dommage causé *et d'échapper par là à sa responsabilité internationale*. Faut-il alors en déduire, ainsi qu'il a été suggéré il y a un instant, que la règle de l'épuisement des voies de recours internes ne serait plus à considérer comme règle de procédure, mais plutôt comme règle de fond, lorsqu'on se trouve en présence d'une obligation de prévention ? Cette solution présente un inconvénient majeur. C'est que, lorsque tel événement se répète, ou bien pour tout autre motif était prévisible et pouvait être empêché par l'adoption de certaines mesures raisonnables, il serait inacceptable que l'Etat se contente de réparer le dommage chaque fois qu'il se produit dans le chef des particuliers se trouvant sous sa juridiction, sans jamais s'acquitter véritablement de son obligation de prévention. Mais la nature même de l'obligation de prévention crée un risque qu'une ambiguïté s'installe ici. Ce type d'obligation impose à l'Etat de prendre les mesures raisonnables propres à empêcher, *autant qu'il lui est possible de le faire*, que survienne tel événement dont l'Etat s'est engagé à éviter la réalisation. L'obligation de l'épuisement des recours internes disponibles préalablement à la saisine du juge international ne signifie-t-elle pas que, le préjudice subi pouvant toujours être réparé même si les mesures de prévention requises ne sont pas adoptées, le juge international

(36) Voy. Cour eur. D.H., arrêt *De Wilde, Ooms et Versyp* c. *Belgique* du 18 juin 1971, Série A n° 12, § 55 (« Rien n'empêche les Etats de renoncer au bénéfice de la règle de l'épuisement des voies de recours internes, qui a pour but essentiel de protéger leur ordre juridique national. Il existe à ce sujet une longue pratique internationale à laquelle la Convention n'a sûrement pas voulu déroger (...) ») ou Cour eur. D.H., arrêt *Van Der Sluijs et al.* c. *Pays-Bas* du 22 mai 1984, Série A n° 78, §§ 38-39.

ne se verra jamais fournir l'occasion d'affirmer l'obligation pour l'Etat de prendre de telles mesures ? C'est justement afin de l'éviter que la Commission européenne des droits de l'homme a noté dans l'affaire *Donnely et al.* c. *Royaume-Uni*, alors que les requérants avaient obtenu un dédommagement au plan interne mais entendaient néanmoins alléguer la violation par l'Etat de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme dans leur chef, que l'indemnisation n'avait pas nécessairement pour effet de priver les requérants de la qualité de « victimes », au sens de l'article 25 (actuel art. 34) de la Convention :

« (...) l'indemnisation ne pourrait pas, aux yeux de la Convention, être réputée avoir porté remède à une violation dans le cas où l'Etat n'aurait pas pris les mesures raisonnables pour satisfaire à ses obligations découlant de l'article 3. L'obligation d'accorder une réparation ne se substitue pas et ne constitue pas une solution de rechange à ces obligations ; en fait, c'est une obligation de réparer, dans le cadre du système interne, les violations qui, inévitablement, peuvent se produire en dépit des mesures prises pour assurer le respect des dispositions fondamentales de l'article 3. Ainsi, si le comportement contraire à l'article 3 est autorisé par le droit interne et que la loi prévoit par ailleurs le versement d'une indemnité aux victimes de ce comportement, cette indemnisation ne constituerait pas une réparation pouvant être considérée comme ayant redressé la violation de l'article 3 » (37).

(37) Commiss. eur. D.H., déc. du 15 décembre 1975, *Donnely et al.* c. *Royaume-Uni* du 15 décembre 1975, req. jtes n° 5577/72 et n° 5583/72, *Ann. Conv.*, vol. 19, 1976, p. 85, ici p. 235. La décision du 15 décembre 1975 est la seconde décision de la Commission européenne des droits de l'homme intervenue dans cette affaire. Voy. égal. la déc. du 5 avril 1973, *Coll.*, vol. 43, p. 148. Pour des commentaires de cette jurisprudence, sur laquelle on revient ci-après, voy. K. BOYLE et H. HANNUM, « Individual Applications under the European Convention on Human Rights and the Concept of Administrative Practice : the *Donnelly* Case », 68 *A.J.I.L.* 440 (1974) ; et, des mêmes auteurs, « The *Donnelly* Case, Administrative Practice and Domestic Remedies under the European Convention : One Step Forward and Two Steps Back », 71 *A.J.I.L.* 316 (1977). On gardera à l'esprit, en lisant ces commentaires, que les auteurs étaient les conseils des requérants dans l'affaire commentée. Voy. égal. E. MCGOVERN, « The Local Remedies Rule and Administrative Practice in the European Convention on Human Rights », 24 *Int'l and Comp. L. Q.* 119 (1975) ; E. WYLER, *L'illicite et la condition des personnes privées — La responsabilité internationale en droit coutumier et dans la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 1995, pp. 81-89 ; A.A. CANÇADO TRINDADE, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law — Its Rationale in the international protection of individual rights*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 1983, spéc. pp. 157-158 et pp. 197-199.

Bien qu'il soit particulièrement explicite, ce passage n'est pas le seul dans la jurisprudence des organes de surveillance de la Convention européenne des droits de l'homme dans lequel ceux-ci ont voulu rencontrer le risque que la condition de l'épuisement préalable des voies de recours internes, en fournissant chaque fois à l'Etat l'occasion de réparer le préjudice subi par la victime d'une violation de la Convention, aboutisse à dispenser l'Etat de jamais adopter les mesures plus amples, de type structurel, adéquates à prévenir la répétition de la violation à l'égard d'autres personnes. C'est du reste ce souci qui explique la formulation qu'utilise la Cour dans l'arrêt *Eckle* du 15 juillet 1982, ici encore dans un passage qui concerne la reconnaissance au requérant individuel de la qualité de « victime », alors que cette qualité lui était contestée en raison de la réparation du préjudice qu'il avait subi du fait de la violation de la Convention dont il se plaignait. La Cour s'exprime, en effet, comme suit :

« (...) lorsque les autorités nationales ont *reconnu explicitement ou en substance, puis réparé*, la violation de la Convention (...), doubler la procédure interne d'une instance devant la Commission et la Cour paraît peu compatible avec le caractère subsidiaire du mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention. Celle-ci confie d'abord à chacun des Etats contractants le soin d'assurer la jouissance des droits et libertés qu'elle consacre (...). Ce caractère acquiert encore plus de relief quand il s'agit d'Etats qui ont incorporé la Convention à leur ordre juridique et qui en considèrent les normes comme directement applicables » (38).

Les extraits qu'on vient de citer illustrent que, au moment d'apprécier si le requérant individuel a bien la qualité de « victime » de la violation qu'il allègue, ce qui constitue une condition de recevabilité de la requête, la Cour européenne des droits de l'homme estime ne pouvoir ramener cette violation dont le requérant se plaint au préjudice qui en résulte pour lui. La compensation de ce préjudice, qu'elle prétende couvrir le

(38) Cour eur. D.H., arrêt *Eckle* c. *Rép. féd. d'Allemagne* du 15 juillet 1982, Série A n° 51, § 66 (notre accent). Voy. égal. Cour eur. D.H., arrêt *Amuur* c. *France* du 25 juin 1996, *Rec.*, 1996-III, p. 846, § 36; Cour eur. D.H., arrêt *Lüdi* c. *Suisse* du 15 juin 1992, Série A n° 238, § 34.

préjudice matériel seulement ou qu'elle englobe le préjudice moral, n'a par conséquent pas pour effet automatique de priver le requérant de la qualité de « victime », et ne rend pas, *ipso facto*, irrecevable sa requête : pour qu'il puisse plaider l'irrecevabilité, l'Etat partie à la Convention doit avoir non seulement réparé le préjudice qui est la conséquence de la violation, mais doit en outre avoir « reconnu explicitement ou en substance » l'existence de la violation, c'est-à-dire en réalité admis la nécessité de prendre des mesures propres à éviter la répétition de l'événement ayant constitué la violation. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme manifeste par là le souci de rendre possible la sanction des obligations de prévention que la Convention européenne de sauvegarde impose aux Etats parties : il est impossible à ceux-ci d'échapper à l'affirmation que leur responsabilité internationale est engagée, en raison d'un manquement à une obligation de prévention, simplement en réparant chaque fois le préjudice subi par la victime dudit manquement, de façon à priver la requête internationale de son objet.

C. — *Les paradoxes de la règle de l'épuisement des voies de recours internes*

Un tel souci n'émerge que timidement dans la jurisprudence relative à l'obligation d'épuisement préalable des voies de recours internes. Lorsque l'Etat plaide l'absence d'épuisement des voies de recours internes — ce qu'il doit faire *in limine litis*, dès le stade de l'examen de la recevabilité de la requête introduite contre lui, à peine de forclusion (39) —, il lui revient de désigner avec une clarté suffisante les voies de recours organisées dans l'ordre juridique que, selon lui, le requérant individuel aurait dû épuiser, dès lors que ces recours existaient avec un degré suffisant de certitude (40). Il faut à ce stade à l'Etat convaincre la Cour européenne des droits de l'homme « que les recours qu'il invoque étaient effectifs et disponibles tant en théorie qu'en pratique à l'époque des faits, c'est-à-dire qu'ils

(39) Cour eur. D.H., arrêt *Corigliano* c. *Italie* du 10 décembre 1982, §§ 25-27; Cour eur. D.H., arrêt *Ergi* c. *Turquie* du 28 juillet 1998, § 59.

(40) Cour eur. D.H. arrêt *Akdivar et al.* c. *Turquie* du 16 septembre 1996, *Rec.*, 1996-IV, p. 1211, § 68.

étaient accessibles, étaient susceptibles d'offrir au requérant le redressement de son grief et présentaient des perspectives raisonnables de succès ». Lorsque l'Etat défendeur s'est acquitté de cette démonstration, s'opère ce qu'on peut qualifier de renversement de la charge de la preuve de l'efficacité et de l'accessibilité des recours disponibles : il incombe en effet alors au requérant soit « d'établir que les recours mentionnés par le Gouvernement ont en fait été épuisés », ce qui suppose non seulement qu'il ait intenté les recours ouverts contre l'acte ou la situation dont il se plaint, mais en outre qu'il ait invoqué, au moins en substance, les griefs qu'il entend formuler par la suite devant le juge international; soit le requérant doit montrer que, « pour une raison quelconque, [les recours désignés par l'Etat] n'étaient pas effectifs compte tenu des faits de la cause ou encore que certaines circonstances particulières la dispensaient de cette obligation » (41). Le régime ainsi décrit contient deux paradoxes. La discussion de ces paradoxes permettra de mettre en lumière l'obstacle que la règle de l'épuisement des voies de recours internes représente pour l'affirmation des obligations de prévention existant à charge de l'Etat, et d'indiquer une voie de sortie possible.

1. *Epuisement des voies de recours internes et subsidiarité*

La règle de l'épuisement des voies de recours internes entretient d'abord un rapport paradoxal avec ce qu'il est convenu d'appeler le caractère subsidiaire du contrôle juridictionnel international. D'un côté, la règle manifeste un souci de protection de la souveraineté de l'Etat, puisqu'elle impose que celui-ci se voie reconnaître la possibilité de remédier à la violation du droit international qu'il aurait commise avant que le juge international puisse être saisi de l'allégation de cette violation; d'un autre côté pourtant, la règle constitue un puissant incitant pour l'Etat à reconnaître à ses autorités internes le pouvoir de réparer la violation, ou de mettre un terme au commencement de violation, puisque leur accorder ce pouvoir constitue la meilleure façon d'éviter que la responsabilité internationale de l'Etat puisse être engagée. Cette seconde face de la règle de l'épuisement des voies de recours internes est particulièrement importante dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme, dès lors que celle-ci, si elle exige bien qu'un recours effectif soit ouvert devant une instance nationale dès lors que l'existence d'une violation de la Convention est alléguée de façon plausible (42), n'impose pas pour autant que la Convention dans son ensemble, ni même certaines d'entre ses dispositions qui s'y prêteraient le mieux, produisent des effets directs dans l'ordre juridique interne des Etats contractants et, à ce titre, puissent être invoquées comme telles devant les autorités étatiques, notamment juridictionnelles (43). La Cour européenne des droits de l'homme l'a encore répété dans sa jurisprudence récente : « (...) l'article 13 garantit l'existence en droit interne d'un recours permettant de s'y prévaloir des droits et libertés de la Convention *tels qu'ils peuvent s'y trouver consacrés*. Il a donc pour conséquence d'exiger un recours interne habilitant l'instance nationale compétente à connaître du contenu du grief fondé sur la Convention et, de plus, à offrir le redressement approprié. Il ne va cependant pas jusqu'à exiger l'incorporation de la Convention dans le droit interne ou une forme particulière de recours, les Etats contractants jouissant d'une marge d'appréciation pour honorer les obligations qu'il leur impose. En outre, 'l'effectivité' qu'il exige du recours ne dépend pas de la

(41) Cour eur. D.H., arrêt *Akdivar et al.* c. *Turquie* du 16 septembre 1996, *Rec.*, 1996-IV, p. 1211, § 68; Cour eur. D.H., arrêt *Aytekin* c. *Turquie* du 23 septembre 1998, § 82.

(42) Voy., sur cette autonomie de l'article 13 de la Convention, dont la violation peut être dénoncée y compris en l'absence de violation d'une garantie substantielle, Cour eur. D.H., arrêt *Klass* c. *Rép. féd. d'Allemagne* du 6 septembre 1978, Série A n° 28, § 64. Sur le critère du caractère défendable du grief, la formulation classique est celle de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Boyle et Rice* c. *Royaume-Uni* du 27 avril 1988, Série A n° 131, § 52 (« l'article 13 ne saurait s'interpréter comme exigeant un recours interne pour toute doléance, si injustifiée soit-elle, qu'un individu peut présenter sur le terrain de la Convention : il doit s'agir d'un grief défendable (*arguable claim*) au regard de celle-ci »).

(43) Cette thèse a cependant été parfois défendue, notamment par M. Heribert Golsong. Voy. H. Golsong, « Implementation of International Protection of Human Rights », *R.C.A.D.I.*, 1963, t. 110, p. 101, ici pp. 138-139; H. Golsong, « The European Convention of Human Rights Before Domestic Courts », *B.Y.I.L.*, 1962, p. 456.

certitude d'un résultat favorable » (44). Il n'en demeure pas moins que, toujours selon la Cour, l'intention des rédacteurs de la Convention « se reflète avec une fidélité particulière là où la Convention a été incorporée à l'ordre juridique interne » (45) et que « le caractère subsidiaire du mécanisme de sauvegarde institué par la Convention acquiert encore plus de relief quand il s'agit d'Etats qui ont incorporé la Convention à leur ordre juridique interne et qui en considèrent les normes comme directement applicables » (46). En particulier, la preuve du caractère adéquat des voies de recours ouvertes dans l'ordre juridique interne sera d'autant plus aisée à apporter pour l'Etat que le caractère directement applicable de la Convention s'y trouve reconnu (47). Ainsi, si la règle de l'épuisement des voies de recours internes, comme le rappelle parfois la Cour, « dispense les Etats de répondre de leurs actes devant un organe international avant d'avoir eu l'occasion d'y remédier dans leur ordre juridique interne » (48), elle n'en contraint pas moins l'Etat, au moins en pratique, à faire choix, parmi les différentes méthodes auxquelles il peut recourir pour assurer le résultat auquel il s'est internationalement engagé, de la méthode la plus efficace, c'est-à-dire de la méthode la mieux à même de garantir que sera réparé le préjudice dont se plaint celui qui allègue devant les juridictions internes qu'il a été victime d'une violation de la Convention.

Si la Convention européenne des droits de l'homme n'oblige pas les Etats contractants à en reconnaître l'applicabilité directe, *a fortiori* ne les oblige-t-elle pas à reconnaître que les dispositions de la Convention sont d'ordre public devant les

(44) Cour eur. D.H., arrêt *Smith et Grady* c. *Royaume-Uni* (req. n° 33985/96 et n° 33986/96) du 27 septembre 1999, § 135. Dans le même sens, refusant de déduire de l'article 13 de la Convention une obligation de reconnaître l'applicabilité directe de la Convention, voy. Cour eur. D.H., arrêt *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives* c. *Suède* du 6 février 1976, Série A n° 20, § 50; Cour eur. D.H., arrêt *Silver* c. *Royaume-Uni* du 25 mars 1983, Série A n° 61, § 113; Cour eur. D.H., arrêt *Aksoy* c. *Turquie* du 18 décembre 1996, § 51; Commiss. eur. D.H., rapp. (art. 31 anc.) du 10 janvier 1995, req. n° 15573/89, *Gustafsson* c. *Suède*.

(45) Cour eur. D.H., arrêt *Irlande* c. *Royaume-Uni* du 18 janvier 1978, Série A n° 25, § 239.

(46) Cour eur. D.H., arrêt *Eckle* c. *Rép. féd. d'Allemagne* du 15 juillet 1982, Série A n° 51, § 66.

(47) Voy. ainsi Cour eur. D.H., arrêt *Ahmet Sadik* c. *Grèce* du 15 novembre 1996, § 31.

(48) Cour eur. D.H., arrêt *De Wilde, Ooms et Versyp* c. *Belgique* du 18 juin 1971, Série A n° 12, § 50; Cour eur. D.H., arrêt *Ahmet Sadik* c. *Grèce* du 15 novembre 1996, § 30.

juridictions internes, c'est-à-dire à imposer aux juridictions étatiques l'obligation de soulever d'office la question de la violation de la Convention lorsqu'une telle situation se présente devant elles. La Cour européenne des droits de l'homme a été cependant amenée à affirmer, en outre, que, même dans les Etats parties à la Convention qui reconnaissent à la Convention un caractère d'ordre public, l'obligation qui lui est faite d'épuiser les voies de recours internes impose à qui se présente comme victime d'une violation de faire valoir le grief, au moins en substance, devant les juridictions nationales. Affirmée dans les arrêts *Van Oosterwijck* et *Cardot*, puis, plus récemment, dans l'arrêt *Ahmet Sadik* (49), cette doctrine a été fortement contestée par le juge S.K. Martens, au motif que, dès lors que la victime d'une violation de la Convention s'est présentée devant un juge national qui avait la compétence de soulever *ex officio* le grief tiré de cette violation, elle a « fourni en principe à ces juridictions l'occasion que la règle relative aux recours internes est censée offrir : celle 'd'éviter ou redresser les violations alléguées' » (50). Si l'argument est d'une logique impeccable, la *ratio* de la règle de l'épuisement des voies de recours internes étant en effet, selon la solution proposée par le juge Martens, parfaitement respectée, force est néanmoins de reconnaître que les conséquences pratiques qui pourraient en résulter ne sont pas quant à elles nécessairement souhaitables : *a contrario* de ce qui a lieu en ce qui concerne la reconnaissance de l'applicabilité directe de la Convention par les Etats parties contractantes — qui sont *récompensés*, lorsqu'ils acceptent de reconnaître l'applicabilité directe, par une lecture qui leur est plus favorable de la règle de l'épuisement des voies de recours internes —, la solution consistant à consi-

(49) Cour eur. D.H., arrêt *Van Oosterwijck* c. *Belgique* du 6 novembre 1980, Série A n° 40, § 39; Cour eur. D.H., arrêt *Cardot* c. *France* du 19 mars 1991, Série A n° 200, § 34; Cour eur. D.H., arrêt *Ahmet Sadik* c. *Grèce* du 15 novembre 1996, § 33. Ce dernier arrêt résume ainsi : « A supposer même que les juridictions grecques aient pu, voire dû examiner d'office le litige sous l'angle de la Convention, cela ne saurait avoir dispensé le requérant de s'appuyer devant elles sur ce traité ou de leur présenter des moyens d'effet équivalent ou similaire et attirer ainsi leur attention sur le problème dont il entendait saisir après coup, au besoin, les organes de contrôle européens ». Sur cette doctrine, voy. not. J.-F. FLAUSS, « La condition de l'épuisement des griefs au sens de l'article 26 de la Convention européenne des droits de l'homme : les enseignements de l'arrêt *Cardot* », *R.U.D.H.*, 1991, p. 529.

(50) Voy. l'opinion dissidente du juge Martens émise à la suite de l'arrêt *Ahmet Sadik* c. *Grèce* du 15 novembre 1996, § 7.

dérer que les voies de recours internes ont été correctement épuisées par la victime d'une violation de la Convention dès lors qu'elle a fourni aux juridictions internes l'occasion de prévenir ou réparer d'office cette violation conduirait, à l'inverse, à *sanctionner* les Etats qui reconnaissent à la Convention le statut le plus favorable dans leur ordre juridique interne. Tant que la Cour européenne des droits de l'homme n'aura pas choisi de franchir la limite qu'elle s'est jusqu'à présent toujours obligée à respecter, et n'aura pas été, comme la Cour de justice des Communautés européennes, jusqu'à prescrire aux Etats parties à la Convention de reconnaître à celle-ci tel statut déterminé dans le droit interne, son intérêt est plutôt de ne pas fournir aux Etats des incitants négatifs, de nature à les dissuader de lui reconnaître le statut le plus favorable possible dans l'exercice de la marge d'appréciation qui leur est reconnue à cet effet. Or, c'est justement la conséquence qui pourrait s'ensuivre de l'adoption de la solution préconisée par le juge Martens : faire une lecture *pro victima* de la condition d'épuisement préalable des voies de recours internes, non pas en raison de la réticence de l'Etat partie à la Convention à garantir l'application par ses juridictions internes de la Convention, mais au contraire en raison de l'étendue des compétences qu'il reconnaît à ses juridictions à cet effet, n'est-ce pas au fond donner une prime à l'Etat le moins soucieux de garantir à l'individu, dès le moment où il se présente devant les juridictions internes, le respect des droits fondamentaux qu'il s'est engagé internationalement à respecter ? On retrouve évidemment le même paradoxe qu'il y a un instant, et c'est ce paradoxe que la position du juge Martens semble ne pas prendre suffisamment en compte : c'est justement parce qu'il revient aux Etats parties à la Convention européenne de sauvegarde de définir le statut de celle-ci dans leur ordre juridique interne qu'il est possible, à travers l'application qui est procurée de la règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes, de récompenser les Etats les plus préoccupés de garantir une protection effective des droits que l'individu tire de la Convention, et de sanctionner au contraire les Etats qui ne manifestent cette préoccupation qu'à un degré moindre.

2. *Epuisement des voies de recours internes et affirmation d'obligations de prévention dans le chef de l'Etat*

Seulement derrière ce premier paradoxe s'en masque un autre, nettement plus préoccupant. Ce second paradoxe est que, plus un Etat aménage des voies de recours internes permettant aux personnes placées sous sa juridiction de rechercher réparation du préjudice qu'elles ont subi du fait de la violation dont elles se prétendent victimes, plus, en d'autres mots, il prend au sérieux le principe de la subsidiarité qui régit et borne l'intervention du juge international, et plus l'on risque que celui-ci se trouve privé de la possibilité de sanctionner certaines violations dont l'ampleur dépasse l'individu seul, simplement parce que l'individu se trouve placé face à une alternative qui a la forme d'un dilemme : ou bien il n'utilise pas les voies de recours qui lui sont ouvertes en droit interne, et il s'expose au reproche de ne pas les avoir épuisées alors qu'elles pouvaient être considérées comme adéquates à remédier à la situation dont il se plaint ; ou bien il fait usage de ces voies de recours, mais alors il verra réparé le préjudice qu'il a subi du fait de la violation qu'il allègue, et lui fera défaut l'intérêt exigé pour porter sa réclamation devant le juge international — il n'aura plus, en effet, la qualité de « victime » requise pour que cette réclamation puisse être admise —. Envisagé sur le plan le plus général, le paradoxe peut se manifester de diverses manières (51). Mais il produit des consé-

(51) La situation belge en présente un bon exemple. Suite à une évolution de la jurisprudence relative aux conditions d'engagement de la responsabilité de l'Etat sur la base du droit commun de la responsabilité civile, deviennent admissibles les actions en réparation du dommage causé par la faute du magistrat, notamment lorsque celui-ci a fait une application incorrecte des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme sur lesquels il aurait dû appuyer son dispositif (voy. Cass. b. (1re ch.), 19 décembre 1991, *Pas.*, 1991, I, 316 ; et Cass. b. (1re ch.), 8 décembre 1994, *Pas.*, 1994, I, 1063). L'Etat pourra-t-il, à la suite de pareille évolution, exiger de chacun des requérants qui agit devant le juge international qu'il prenne la précaution, au préalable, de rechercher réparation du préjudice subi du fait de la violation des droits de l'homme dont il se prétend victime, par l'introduction d'une action en responsabilité contre l'Etat, pour le fait du juge qui en est l'organe ? Dans une décision du 16 avril 1998, tout en la rejetant en l'espèce — selon elle, à défaut pour le gouvernement belge d'avoir pu « citer une seule décision faisant application [du principe de la responsabilité de l'Etat pour non-respect du délai raisonnable par les autorités judiciaires] (...), l'Etat belge n'a pas démontré que le recours que les requérants devaient, selon lui, utiliser pour satisfaire aux exigences de l'épuisement des voies de recours internes était efficace » —, la Commission européenne des droits de l'homme ne l'exclut pas en principe (req. n° 34551/97, *R.U.D.H.*, 1998, p. 389).

quences particulièrement importantes lorsque l'individu tente, par l'introduction d'une requête devant la Cour européenne des droits de l'homme, de faire affirmer l'existence d'une obligation de prévention dans le chef de l'Etat. L'obligation de prévention se caractérise par l'écart qui existe entre l'*obligation de l'Etat*, qui est d'adopter des mesures d'ordre général, et le *droit de l'individu*, qui est qu'il ne soit pas victime de l'événement que l'Etat s'est engagé, sur le plan international, à empêcher. Il n'y a donc pas de corrélation parfaite, ici, entre le droit et l'obligation. Le paradoxe qu'on voudrait ici mettre en lumière consiste en ce qu'en dépit de cette absence de corrélation, une fois l'individu réparé dans ses droits, il n'a plus la possibilité d'imposer à l'Etat le respect de son obligation.

L'affaire *Donnelly et autres* illustre bien, à la fois la réalité du paradoxe, et une voie de sortie possible. Les sept requérants, des membres présumés de l'Armée républicaine irlandaise (IRA) qui se plaignaient de mauvais traitements subis au cours de leur détention à la suite de leur arrestation par les forces de sécurité du Royaume-Uni, se divisaient en deux groupes. A la date de la seconde décision rendue par la Commission européenne des droits de l'homme dans cette affaire (le 15 décembre 1975), quatre d'entre eux avaient obtenu une réparation pour les préjudices subis dans le cadre d'un règlement amiable de leurs actions internes, intervenu avant le jugement au fond sur les actions civiles en réparation introduites devant les juridictions britanniques. La Commission déduit de cette circonstance que « dans la mesure où les sommes versées ont été (...) raisonnablement proportionnées à la gravité des préjudices subis et ont comporté, dans trois cas au moins, un élément 'punitif' appréciable, on peut dire que ces requérants, qui ont reçu une réparation raisonnable en exerçant les voies de recours disponibles, ne peuvent plus prétendre être victimes d'une quelconque violation de la Convention ». Quant aux trois autres requérants, dès lors que leurs actions civiles étaient encore pendantes devant les juridictions britanniques, l'irrecevabilité de leurs requêtes est déduite de ce qu'ils ne peuvent être considérés comme ayant déjà épuisé les

voies de recours internes disponibles (52). La conséquence de ce dilemme, qu'il y a un instant nous formulions sur un plan abstrait, sont précisément celles dénoncées par les conseils des requérants. Selon le résumé qu'en propose la Commission dans la même décision, ceux-ci affirmaient qu'« un Etat ne devrait pas pouvoir monnayer le droit de torturer ou de violer de quelque autre manière l'article 3 [et faisaient valoir] que les indemnités versées sont purement et simplement considérées comme le coût nécessaire des mesures appliquées par le Gouvernement défendeur en Irlande du Nord » (53). La coexistence de la règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes avec l'exigence que le particulier qui introduit une requête auprès des organes de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme puisse encore se prétendre « victime » de la mesure querellée au moment de la décision sur la recevabilité est bien celle-là, en effet : à l'Etat qui veut échapper à sa responsabilité internationale y compris lorsqu'il ne prend pas les mesures de prévention propres à empêcher la répétition des violations qui se déroulent sous sa juridiction, il semble suffire de réparer chaque fois, ponctuellement, les préjudices qui en résultent pour les particuliers qui auraient la qualité requise pour s'en plaindre devant le juge international.

La question décisive que la Commission européenne des droits de l'homme avait à rencontrer dans l'affaire *Donnelly* était de savoir si elle pouvait prendre appui sur la notion de « pratique administrative » afin d'échapper aux conséquences ainsi décrites. Dans la *Première affaire de Chypre* ainsi que dans la *Première affaire grecque*, la Commission avait estimé que « la règle d'épuisement des voies de recours internes ne s'applique pas lorsqu'une requête soulève, sous forme d'une question générale, la compatibilité de mesures législatives et de pratiques administratives avec la Convention » (54). La notion de « pratique administrative » supposait réunies deux conditions : premièrement, elle supposait la *répétition* d'actes

(52) Commiss. eur. D.H., déc. du 15 décembre 1975, *G. Donnelly et al.* c. *Royaume-Uni*, req. jtes n° 5577/72 et n° 5583/72, *Ann. Conv.*, vol. 19, 1976, p. 85, ici p. 251.

(53) *Id.*, p. 233.

(54) Commiss. eur. D.H., req. n° 176/56, *Grèce* c. *Royaume-Uni*, *Ann. Conv.*, vol. 2, 1958-1959, p. 182, ici p. 185 ; Commiss. eur. D.H., *Norvège, Suède, Danemark et les Pays-Bas* c. *Grèce*, *Ann. Conv.*, vol. 11, 1968, p. 690, ici pp. 726, 731 et 771.

constitutifs de violations, ce que plus tard, dans l'affaire *Irlande* c. *Royaume-Uni* du 18 janvier 1978, la Cour européenne des droits de l'homme décrira comme « une accumulation de manquements de nature identique ou analogue, assez nombreux et liés entre eux pour ne pas se ramener à des incidents isolés, ou à des exceptions, ou pour former un ensemble ou un système » (55); deuxièmement, la « pratique » suppose une *tolérance officielle*, c'est-à-dire que « les supérieurs des personnes directement responsables, tout en ayant connaissance des actes illicites, s'abstiennent de sanctionner les responsables ou ne font rien pour empêcher que les actes ne se répètent » (56). Selon le rapport établi par la Commission dans la *Première affaire grecque*, il est justifié, en présence d'une pratique administrative ainsi définie, d'écarter l'application de la règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes, car « lorsque dans la pratique certaines dispositions de la Convention ne sont pas observées, les voies de recours prescrites sont nécessairement laissées de côté ou rendues inefficaces. Si donc il y a une pratique administrative de tortures ou de mauvais traitements, les recours judiciaires prescrits tendent à devenir inefficaces du fait de la difficulté de recueillir des preuves et les enquêtes administratives ou bien ne sont pas engagées ou, si elles le sont, risquent de se faire sans conviction et incomplètement » (57).

Dans l'affaire *Donnelly*, le Royaume-Uni et les requérants étaient en désaccord sur la question de savoir si l'inapplicabilité de l'exigence de l'épuisement des voies de recours internes en présence de telles « pratiques administratives », admise dans le cadre des requêtes interétatiques (58), devait l'être également dans le cadre de la requête individuelle (59). Le Royaume-Uni plaidait que la règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes « n'est écartée que dans le cas d'une requête qui soulève un point de caractère général que la Commission examine indépendamment de ses répercussions sur les individus ». Or, un requérant individuel ne pouvant alléguer une violation de la Convention *in abstracto*, c'est-à-dire à défaut d'en subir les effets dans son chef, cette hypothèse serait exclue dans le cadre d'une requête individuelle fondée sur l'article 25 de la Convention (actuel art. 34) : dans ce cadre, tout au plus l'existence d'une « pratique administrative » pouvait-elle faire naître le soupçon que les recours ouverts aux particuliers dans l'ordre juridique interne n'avaient pas l'efficacité requise, mais encore fallait-il que cette inefficacité soit effectivement établie pour que des particuliers puissent être dispensés de l'épuisement des voies de recours internes, cette exigence demeurant donc en principe applicable. Les requérants affirmaient au contraire qu'en présence d'une pratique administrative, l'effacement de la règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes se justifiait même dans le cadre de la requête individuelle, aucune différence de régime ne pouvant être établie, quant au champ d'applicabilité de la règle, selon le type de requête dont il s'agit. L'argumentation avancée à l'appui de cette prise de position trahit cependant une hésitation quant au motif véritable qui la guidait : tantôt, il s'agissait d'affirmer que, lorsqu'une requête individuelle est introduite en vertu de l'article 25 de la Convention (actuel art. 34), ce ne sont pas seulement les *droits de l'individu* qui sont en cause, mais également les *obligations que la Convention impose à l'Etat*, la requête individuelle n'étant que l'instrument par lequel contraindre au respect de ces obligations (60); tantôt, il s'agissait plutôt de

(55) Cour eur. D.H., arrêt *Irlande* c. *Royaume-Uni* du 18 janvier 1978, Série A n° 25, § 159.

(56) Dans l'arrêt *Irlande* c. *Royaume-Uni* du 18 janvier 1978, Série A n° 25, la Cour est cependant moins explicite sur cette seconde condition, puisqu'elle se borne à noter : « On n'imagine pas que les autorités supérieures d'un Etat ignorent, ou du moins soient en droit d'ignorer, l'existence de pareille pratique » (§ 159). L'absence de référence à la condition d'une « tolérance officielle » a conduit certains commentateurs à douter qu'il s'agisse là d'un élément constitutif de la « pratique administrative », dans la jurisprudence de la Cour (voy. R. LAWSON, « Systematische schending van Artikel 6 E.V.R.M. : Italië de wacht aangezegd », *N.J.C.M.-Bull.*, jrg. 24 (1999), p. 975, ici p. 981).

(57) Commiss. eur. D.H., *Norvège, Suède, Danemark et les Pays-Bas* c. *Grèce*, *Ann. Conv.*, vol. 12-2, 1969, p. 194.

(58) Art. 24 anc. Conv.; actuel art. 33.

(59) Art. 25 anc. Conv.; actuel art. 34.

(60) En ce sens, voy. ce passage du résumé que la Commission fournit de l'argumentation des requérants : « Sous l'angle de la réparation, les requérants ont reconnu que les actions civiles mentionnées par le Gouvernement défendeur peuvent constituer des recours suffisants dans des cas isolés de brutalités policières. En l'espèce, toutefois, on avait à faire à des brutalités et des tortures systématiques et répandues et l'octroi pur et simple de dommages-intérêts à quelques individus ne permet aucunement d'amender la pratique proprement dite » (Commiss. eur. D.H., déc. du 5 avril 1973, *G. Donnelly et al.* c. *Royaume-Uni*, req. jtes n° 5577/72 et n° 5583/72, *Ann. Conv.*, vol. 16, 1973, p. 213, ici p. 255).

faire reconnaître que le droit de l'individu qui se trouve sous la juridiction d'un Etat partie à la Convention s'étend au droit de ne pas être exposé au risque de violations, ce qui peut avoir un effet dissuasif (« chilling effect », ce que la version française de l'*Annuaire* traduit par « effet d'intimidation ») sur l'exercice des droits et libertés que celle-ci consacre (61); tantôt encore, et plus modestement, il s'agissait de faire admettre que l'existence d'une pratique contraire aux exigences de l'article 3 de la Convention prive de l'efficacité requise les voies de recours internes ouvertes aux personnes qui en sont victimes, sans qu'il apparaisse clairement si pareille présomption devait être considérée comme relative ou absolue (62). L'enjeu de la controverse était évidemment de taille : en suivant la position du Royaume-Uni, la Commission européenne des droits de l'homme risquait qu'un Etat puisse échapper à l'affirmation de sa responsabilité internationale en se contentant de réparer, au coup par coup, les violations dont se rendaient coupables ses organes, y compris de façon répétée et tolérée, tant qu'une requête interétatique n'est pas introduite contre lui (63); mais en faisant droit à l'argumentation des requérants, la Commission européenne des droits de l'homme risquait que des particuliers se croient justifiés à introduire une requête contre l'Etat partie à la Convention sous la juridiction duquel ils se trouvent, soit dès lors qu'ils estiment que cet Etat n'a pas pris

(61) L'idée serait ici que « les brutalités et les humiliations (...) n'affectent pas seulement les victimes des sévices. Lorsque la torture est une pratique répandue, elle exerce un effet d'intimidation sur tous les membres de la société, entrave le plein exercice des droits politiques et viole les droits des victimes mêmes de ces brutalités » (Commiss. eur. D.H., déc. du 5 avril 1973, *G. Donnelly et al.* c. *Royaume-Uni*, req. jtes n° 5577/72 et n° 5583/72, *Ann. Conv.*, vol. 16, 1973, p. 213, ici p. 247). C'est cette branche de l'argumentation des requérants qui domine la lecture qu'en fait E. McGovern, « The Local Remedies Rule and Administrative Practice in the European Convention on Human Rights », *op. cit.*

(62) « En ce qui concerne l'efficacité des recours en question, les requérants ont prétendu que c'est avant tout l'existence de la pratique administrative, dont ils avaient apporté des preuves suffisantes, qui privait d'efficacité toute voie de recours théoriquement ouverte en Irlande du Nord » (Commiss. eur. D.H., déc. du 5 avril 1973, *G. Donnelly et al.* c. *Royaume-Uni*, req. jtes n° 5577/72 et n° 5583/72, *Ann. Conv.*, vol. 16, 1973, p. 213, ici p. 255).

(63) Les requérants Donnelly et al. notaient entre autres qu'« il n'est pas possible de s'en remettre purement et simplement aux bons offices d'un autre pays pour faire valoir les droits d'un individu et les garanties prévues par la Convention » contre des situations constitutives de pratiques administratives (Commiss. eur. D.H., déc. du 5 avril 1973, *G. Donnelly et al.* c. *Royaume-Uni*, req. jtes n° 5577/72 et n° 5583/72, *Ann. Conv.*, vol. 16, 1973, p. 213, ici p. 247).

toutes les mesures raisonnables propres à prévenir le risque d'atteintes aux droits que la Convention reconnaît, y compris lorsque ce défaut de prévention n'a pas encore affecté concrètement les requérants, soit dès lors que, victimes de ces atteintes, ils estiment ne pas avoir à épuiser les voies de recours internes ouvertes au sein de l'Etat, la réparation qu'ils pourraient obtenir ne pouvant suffire à écarter les causes structurelles des violations subies et, donc, à en éviter le risque de répétition.

Le changement de position de la Commission européenne des droits de l'homme entre les dates de ses deux décisions rendues dans l'affaire *Donnelly et al.*, respectivement le 5 avril 1973 et le 15 décembre 1975, donne la mesure des hésitations qui l'ont traversée. La première décision est nettement favorable à la thèse des requérants — qui la saluèrent, d'ailleurs, dans un article en forme de bulletin de victoire (64) —, puisque la Commission estime « que lorsqu'un requérant administre (...) un commencement de preuve, d'une part, de l'existence d'une pratique administrative (...), et d'autre part, de son allégation selon laquelle il a été victime d'agissements dans le cadre de cette pratique, *la règle de l'épuisement des voies de recours internes (...) ne s'applique pas à cette partie de sa requête* » (65) (notre accent). Pourtant, dans sa seconde décision, sans revenir sur cette affirmation de principe, la Commission estime qu'en l'occurrence, les requérants n'ont pas apporté la preuve qu'ils avaient été victimes d'une pratique administrative et, ainsi, seraient dispensés de l'obligation d'épuiser les voies de recours internes de nature à leur permettre d'obtenir l'indemnisation du préjudice subi : « Après examen des moyens de preuve, la Commission estime (...) qu'il n'en ressort pas que les requérants ont été victimes d'une politique ou d'une pratique administrative de mauvais traite-

(64) K. Boyle et H. Hannum, « Individual Applications under the European Convention on Human Rights and the Concept of Administrative Practice : the *Donnelly* Case », 68 *A.J.I.L.* 440 (1974). Ces auteurs — conseils, ainsi qu'il a déjà été précisé, des requérants dans l'affaire *Donnelly* — concluent par ces mots : « At a time when it could be argued that too many conventions and procedures which purport to protect human rights are deliberately empty promises lacking realistic enforcement provisions, the admissibility decision in the *Donnelly* case is a welcome and meaningful advance ».

(65) Commiss. eur. D.H., déc. du 5 avril 1973, *G. Donnelly et al.* c. *Royaume-Uni*, req. jtes n° 5577/72 et n° 5583/72, *Ann. Conv.*, vol. 16, 1973, p. 213, ici p. 263.

ments tolérée par les autorités supérieures, ce qui aurait pu avoir pour effet de rendre l'indemnisation insuffisante en tant que réparation des torts soufferts, mais qu'il en ressort au contraire que les autorités supérieures ne se sont pas montrées indifférentes à leurs allégations » (66). Il est remarquable que la Commission arrive à cette conclusion en dépit de ce qu'il était constant entre les parties qu'entre 1970 et 1975, pas moins de 3759 plaintes avaient été introduites contre les membres de la Royal Ulster Constabulary (R.U.C.), responsable du maintien de l'ordre en Irlande du Nord, 32 de ces plaintes ayant donné lieu à des poursuites et 23 à des procédures disciplinaires; sur 798 actions introduites au cours de la même période pour brutalités policières, 222 avaient été clôturées en faveur des plaignants, soit par règlement amiable (220), soit à la suite d'un jugement (2) (67). C'est ainsi malgré le caractère répétitif des brutalités de la R.U.C. et des actions en justice auxquelles ces brutalités donnaient lieu que le Royaume-Uni, prenant appui sur la seconde branche de la définition de la « pratique administrative », pouvait affirmer que « la thèse selon laquelle en versant une indemnité, le Gouvernement défendeur monnaie le droit de torturer, déforme complètement les faits ainsi que les concepts de la Convention (...). Dans une situation comme celle de l'Irlande du Nord, il se produit forcément des cas dans lesquels des membres des forces de sécurité vont au-delà de ce qui est permis et infligent de mauvais traitements à des individus. Même lorsque cela arrive un certain nombre de fois, il ne s'ensuit pas que l'on se trouve devant une pratique; en fait, il s'agit là de réactions très humaines qu'un Etat doit prendre soin de cantonner dans des limites strictes, et enrayer dans toute la mesure du possible, quitte, s'il ne le peut pas, à accorder une indemnisation » (68).

(66) *Ibid.*, p. 237.
(67) *Ibid.*, pp. 169-171.
(68) *Ibid.*, p. 199.

Ainsi que le notent à juste titre H. Hannum et K. Boyle (69), le raisonnement de la Commission européenne des droits de l'homme n'est pas à l'abri de la circularité. Si, d'une part, l'existence démontrée d'une pratique administrative dispense les requérants individuels de devoir épuiser les voies de recours internes qui leur sont ouvertes en raison de l'inefficacité présumée de ces recours, d'autre part, dès lors que des recours permettent d'obtenir réparation du préjudice subi du fait de la violation alléguée, la « pratique administrative » ne peut être prouvée, la possibilité d'une réparation montrant que les violations de la Convention, même répétées, ne bénéficient pas d'une « tolérance officielle ». Un Etat partie à la Convention peut ainsi, en toute impunité, demeurer passif face à la répétition de violations de la Convention commises sous sa juridiction, que ces violations soient commises directement par des particuliers, ou qu'elles fassent même l'objet d'une tolérance « à l'échelon intermédiaire ou inférieur de la hiérarchie, par exemple au niveau de l'officier responsable d'un commissariat de police ou d'un poste militaire » : pourvu que, chaque fois, une compensation monétaire puisse être obtenue, la combinaison de la règle de l'épuisement des voies de recours internes et de l'exigence de la qualité de « victime » du requérant individuel signifie que la responsabilité internationale de l'Etat ne pourra être engagée que si un autre Etat partie prend l'initiative, par l'introduction d'une requête, de mettre en cause sur un plan abstrait l'absence de mesures de prévention des violations répétées dont le premier Etat se rend coupable (70). Il n'est pas étonnant dans de telles conditions que, depuis l'affaire *Donnelly*, l'affirmation rituelle selon laquelle l'existence d'une pratique administrative dispense le requérant individuel de l'obligation d'épuisement des voies de recours internes n'a jamais abouti, en fait, à une telle dispense. Lorsque, en présence de ce qui était allégué constituer une

(69) H. HANNUM et K. BOYLE, « The *Donnelly* Case, Administrative Practice and Domestic Remedies under the European Convention : One Step Forward and Two Steps Back », 71 *A.J.I.L.* 316 (1977), ici p. 320.

(70) Sur la fonction différente que remplit la notion de « pratique administrative » dans le cadre de la requête interétatique, d'une part, de la requête individuelle, de l'autre, voy. surtout P. VAN DIJK et G.J.H. VAN HOOF, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, The Hague-London-Boston, Kluwer, 3d ed., 1998, pp. 129-133.

pratique administrative, la question du respect de la règle de l'épuisement des voies de recours internes a opposé les parties (71), la Cour européenne des droits de l'homme a chaque fois pu se dispenser de répondre, dès lors que les voies de recours dont le gouvernement défendeur prétendait qu'elles auraient dû être épuisées ne présentaient de toute manière pas, selon elle, le caractère adéquat et efficace requis (72) — mais dans la logique de la jurisprudence *Donnelly*, eussent-elles présenté le caractère effectif qui est requis d'elles, l'existence des telles voies de recours aurait impliqué, *ipso facto*, une impossibilité pour le requérant d'établir l'existence d'une pratique administrative, dès lors qu'il résulte de l'accessibilité de tels recours que les violations ne bénéficient pas d'une tolérance officielle aux niveaux les plus élevés de l'Etat.

C'est si l'on garde à l'esprit cet état de la jurisprudence européenne, et l'obstacle qu'ici, la subsidiarité du contrôle judiciaire international représente pour l'effectivité de la Convention européenne des droits de l'homme, qu'on peut apprécier à leur juste mesure les potentialités qu'ouvre, pour l'avenir de cet instrument, l'emploi qui a été fait dans la notion de « pratique administrative » dans les affaires italiennes relatives au délai des procédures devant les juridictions civiles de ce pays. Dans trois arrêts du 28 juillet 1999, la Cour européenne des droits de l'homme rappelle le nombre de décisions rendues contre l'Italie « constatant des violations de l'article 6, § 1er, de la Convention dans des procédures s'étant prolongées au-delà du 'délai raisonnable' devant les juridictions

(71) Comp. avec Commiss. eur. D.H., req. n° 9471/81, *X et Y* c. *Royaume-Uni*, *D.R.*, 36, 1984, p. 49, ici p. 61.

(72) Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Aksoy* c. *Turquie* du 18 décembre 1996, *Rec.*, 1996-VI, p. 2277, §§ 55-57 (« La Cour conclut (...) qu'il y avait des circonstances spéciales libérant M. Aksoy de son obligation d'épuiser les voies de recours internes. Etant parvenue à cette conclusion, elle ne juge pas nécessaire de se pencher sur le grief du requérant selon lequel il existerait, au mépris de la Convention, une pratique administrative d'obstruction aux recours »); la Cour rejoint ici le point de vue de la Commission : voy. Commiss. eur. D.H., req. n° 21987/93, *Aksoy* c. *Turquie*, *D.R.*, 79-A, 1994, p. 60, ici pp. 70-71. Voy. égal. Cour eur. D.H., arrêt *Akdivar et al.* c. *Turquie* du 16 septembre 1996, *Rec.*, 1996-IV, p. 1211, §§ 67 et 77.

civiles des différentes régions italiennes », pour en déduire en des termes chaque fois identiques (73) :

« La répétition des violations constatées montre qu'il y a là une accumulation de manquements de nature identique et assez nombreux pour ne pas se ramener à des incidents isolés. Ces manquements reflètent une situation qui perdure, à laquelle il n'a pas encore été porté remède et pour laquelle les justiciables ne disposent d'aucune voie de recours interne. Cette accumulation de manquements est, dès lors, constitutive d'une pratique incompatible avec la Convention ».

La notion de « pratique » est utilisée ici en-dehors du contexte de l'article 3, le seul à propos duquel, jusqu'alors, la notion avait jusqu'alors été invoquée (74). Elle sanctionne des violations dont la source directe se situe dans l'activité des autorités juridictionnelles de l'Etat, et non dans celles de ses autorités exécutives, et notamment de ses forces de l'ordre, ce qui du reste expliquera qu'il soit question ici de « pratiques » et non de « pratiques administratives ». Au surplus, la notion de « pratique » sanctionne ici le manquement à une obligation positive, impliquant la fourniture de prestations de la part de l'Etat, ce qui différencie radicalement la situation reprochée aux autorités italiennes du reproche adressé aux autorités britanniques dans l'affaire *Irlande* c. *Royaume-Uni* (75). Enfin, la notion semble ne servir ici d'autre fonction utile que celle de permettre la Cour européenne des droits de l'homme, au moment de condamner l'Etat italien, de ne recourir qu'à une motivation particulièrement sommaire, qui, notamment, se dispense de considérer les différents éléments (complexité de l'affaire à trancher, comportement des autorités juridiction-

(73) Cour eur. D.H., arrêt *Di Mauro* c. *Italie* (req. n° 34256/96) du 28 juillet 1999, § 23; Cour eur. D.H., arrêt *Bottazzi* c. *Italie* (req. n° 34884/97) du 28 juillet 1999, § 22; Cour eur. D.H., arrêt *A.P. et Ferrari* c. *Italie* (req. n° 35265/97 et n° 33440/96) du 28 juillet 1999.

(74) Comp. avec le commentaire que donnait de cette situation E. PICARD, dans son commentaire de l'article 26 ancien (actuel art. 35) de la Convention, en 1995 : « on verrait mal, en effet, que [la notion de 'pratique administrative'] puisse [être invoquée] pour d'autres types de manquements qui, pour être réels, continus et laissés sans remède efficace, ne sauraient se voir appliquer le même régime : on pense, par exemple, à la méconnaissance du 'délai raisonnable' par nombre de procédures juridictionnelles, en France en particulier » (in L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT, *La Convention européenne des droits de l'homme — Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, p. 609).

(75) Voy. R. LAWSON, « Systematische schending van Artikel 6 E.V.R.M. : Italië de wacht aangezegd », *op. cit.*, p. 978.

nelles et des parties, enjeu du litige pour les intéressés) généralement pris en compte afin d'évaluer le caractère raisonnable ou non du délai dans lequel une cause a été tranchée (76) : en particulier, l'exigence d'épuisement préalable des voies de recours internes ne s'imposant pas lorsque la violation alléguée est celle du délai raisonnable de l'article 6, § 1er, la notion de « pratique » n'intervient pas ici afin de justifier l'inopposabilité de cette exigence au requérant devant la Cour européenne des droits de l'homme.

Chacune de ces innovations est, même considérée séparément, de première importance. Plus remarquable encore est cependant que, dans ses arrêts du 28 juillet 1999, la Cour s'écarte de la définition classique de la notion de « pratique administrative », dont elle n'envisage plus que l'élément de répétition (« accumulation de manquements de nature identique »), sans plus paraître attacher aucune importance à l'élément de « tolérance officielle » de la part des autorités étatiques (77). Le juge Türmen ne s'y est pas trompé, lui dont les opinions dissidentes à ces arrêts critiquent la Cour pour avoir décidé « qu'il existait une pratique administrative sans examiner la question de savoir si les autorités supérieures de l'Etat, conscientes de l'existence des violations, refusaient de prendre des mesures afin de prévenir leur répétition ». En effet, la portée de cette évolution de la jurisprudence européenne est potentiellement considérable. Elle signifie que, dorénavant, la répétition pendant une période suffisamment longue de violations de même nature et connectées entre elles, de manière telle qu'on ne puisse considérer ni que cette répétition est liée à une situation purement conjoncturelle, ni qu'il s'agit d'incidents isolés, opère une manière de renversement de la charge de la preuve : une fois que le requérant devant la Cour européenne a identifié la pratique et montré qu'il en était victime, la violation de la Convention dans son chef est présumée, sans qu'il puisse être exigé de lui qu'il démontre, en outre, ce qui

(76) L'emploi de la notion de « pratique » sert, en d'autres mots, à l'établissement d'une présomption défavorable à l'Etat, lorsque sont réunis les éléments qui paraissent faire relever telle situation de la pratique constatée sur un plan général. Cette « présomption de lenteur coupable » ne semble pas cependant être irréfragable : voy. l'opinion séparée émise par le juge Costa à l'arrêt *Di Mauro* c. *Italie*, et R. LAWSON, « Systematische schending van Artikel 6 E.V.R.M. : Italië de wacht aangezegd », *op. cit.*, pp. 981-982.

(77) *Contra*, voy. l'opinion, déjà signalée, que défend R. LAWSON (*supra*, n. 56).

pourrait justifier le constat de violation dans la situation particulière qui est la sienne. La formule qu'utilise la Cour dans ses arrêts du 28 juillet 1999 — elle relève une situation structurelle « à laquelle il n'a pas encore été porté remède » — donne à penser que l'Etat ne pourrait échapper à sa responsabilité internationale ainsi définie que si l'Etat pouvait désigner un recours dans l'ordre juridique interne par lequel le requérant aurait pu obtenir une compensation pour le préjudice personnel qu'il aurait subi. Tant qu'un tel recours n'existe pas, le requérant individuel devient effectivement gardien de l'ordre public de la Convention. A travers sa requête, il réclame davantage que la réparation de son droit lésé : il impose de l'Etat qu'il respecte les obligations auxquelles, en adhérant à la Convention, il s'est engagé (78).

D. — *Conclusion*

En amont du procès international, la subsidiarité signifie que les autorités étatiques — et notamment les autorités juridictionnelles, auxquelles est confiée en premier lieu la tâche d'appliquer la Convention — doivent se voir offrir la possibilité de mettre fin à la violation qui leur est reprochée, ou si la violation est consommée, de la réparer; en contrepartie, elles doivent garantir à la victime d'une violation des recours suffisamment accessibles, et de nature à remédier au grief de violation de la Convention. Mais, lorsque l'obligation imposée à l'Etat est une obligation de prévention, il existe un écart entre le droit de l'individu (qui est le droit de ne pas être victime de tel événement que l'Etat s'est engagé internationalement à empêcher) et l'obligation de l'Etat (qui est son obligation de prendre des mesures de prévention générales, propres à éviter la survenance de l'événement). En présence d'un tel écart, les règles de l'épuisement des voies de recours internes et de l'octroi d'un recours effectif, qui constituent ici la traduction du principe de subsidiarité, risquent de permettre à un Etat

(78) Sur la question de savoir si, dans ce contexte, la satisfaction équitable ne devrait pas être calculée de façon à tenir compte non seulement de la nécessité de réparer la violation commise, mais également de celle de sanctionner la violation imputée à l'Etat, voy. R. LAWSON, « Systematische schending van Artikel 6 E.V.R.M. — II : Het Italiaanse wachting duurt voort », *N.J.C.M.-Bull.*, jrg. 25 (2000), p. 693. L'on revient sur cette question ci-après.

d'échapper à l'affirmation de l'existence de telles obligations dans son chef, simplement en garantissant à la victime d'une violation, chaque fois que celle-ci a lieu, la réparation du préjudice qu'elle a subi. Ce risque devient d'autant plus réel que, d'une part, les obligations de prévention sont affirmées plus fréquemment dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et que, d'autre part, les Etats parties à la Convention aménagent devant les juridictions internes des voies de recours toujours plus nombreuses et efficaces, augmentant les chances de la personne lésée par une violation de la Convention d'obtenir dans l'ordre juridique étatique la réparation du préjudice qu'elle a subi. C'est parce qu'elle permet de rencontrer ce risque que la réhabilitation de la notion de « pratique » contraire à la Convention, et l'assouplissement des conditions dans lesquelles elle peut être invoquée, doit être saluée comme un progrès important de l'effectivité du système de la Convention.

III. — La subsidiarité en aval du contrôle judiciaire international

L'étude de la subsidiarité en aval du contrôle judiciaire international permet également de rapporter celle-ci à l'effectivité de la Convention européenne des droits de l'homme. La subsidiarité en aval se traduit par deux règles, correspondant aux deux éléments que contient le dispositif d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme qui constate que la responsabilité d'un Etat contractant est engagée dans la situation qui lui est soumise. Premièrement, en effet, la subsidiarité en aval se manifeste par la maîtrise qui est reconnue à l'Etat quant aux moyens par lesquels se conformer aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ayant constaté sa responsabilité, ainsi que l'y oblige l'article 46, § 1er, de la Convention (79). Deuxièmement, elle est explicitement affirmée par les conditions auxquelles la Cour, lorsqu'elle constate une violation de la Convention, peut accorder à la partie lésée une satisfaction équitable : pareille compensation n'est accordée,

(79) « Les Hautes Parties Contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties ».

en effet, que « si le droit interne de la Haute Partie Contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation » (art. 41). Mais les conséquences généralement déduites de ces deux règles ne sont pas appropriées à ce que semblent réclamer, en raison de leur spécificité, les obligations dites de prévention que la Convention impose aux Etats parties.

A. — *Le libre choix par l'Etat des moyens par lesquels se conformer à l'arrêt de la Cour*

Pour une bonne compréhension des enjeux de l'exécution des arrêts de condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme, il est utile de distinguer, sur le plan analytique, quatre hypothèses qui peuvent se présenter lorsqu'intervient un constat de violation, en fonction du type de réaction que ce constat appelle de la part des autorités étatiques (80).

(a) Il arrive tout d'abord que la Cour constate une violation *dont la source directe est dans une réglementation générale*, notamment une législation, en vigueur dans l'ordre juridique de l'Etat défendeur, soit en raison de ce que cette réglementation générale édicte, soit en raison des lacunes qu'elle comporte ou de son défaut de précision. Par exemple, le droit interne de l'Etat contient une norme pénale dont la portée est rétroactive, en violation de l'article 7 de la Convention. Il comprend des règles de droit familial qui créent une différence de traitement discriminatoire entre différents types de filiation (81). Il incrimine des comportements qui relèvent de

(80) Pour des démarches proches de celle proposée ici, voy. K. Rimanque, « De nakoming van Straatsburgse beslissingen : een taak voor regelgevers en rechters », in *Présence du droit public et des droits de l'homme — Mélanges offerts à Jacques Velu*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 1347; C. Tomuschat, « What is a 'Breach' of the European Convention on Human Rights? », in R. Lawson et M. de Blois, *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe — Esssays in Honour of Henry G. Schermers*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1994, vol. III, p. 315 ainsi que, dans le même volume, l'étude du juge S.K. Martens, « Individual Complaints under Article 53 of the European Convention on Human Rights », p. 253; E. Wyler, *L'illicite et la condition des personnes privées*, *op. cit.*, pp. 309-313.

(81) Cour eur. D.H., arrêt *Marckx* c. *Belgique* du 13 juin 1979, Série A n° 31, § 31 (« le respect de la vie familiale implique en particulier (...) l'existence en droit national d'une protection juridique rendant possible dès la naissance l'intégration de l'enfant dans sa famille. Divers moyens s'offrent en la matière au choix de l'Etat, mais une législation ne répondant pas à cet impératif enfreint le § 1er de l'article 8 sans qu'il y ait lieu de l'examiner sous l'angle du § 2 »).

l'exercice d'une liberté reconnue dans la Convention (82). Ou, au contraire, il n'a pas envisagé telle hypothèse dans son système de droit pénal, cette lacune s'avérant insuffisamment protectrice du droit à la protection de son intégrité corporelle que l'individu tire de la Convention (83). Ou bien il ne précise pas suffisamment dans le détail les conditions auxquelles une restriction peut être apportée à tel droit ou à telle liberté que la Convention reconnaît, ce qui conduit la Cour à considérer que la condition de légalité n'est pas respectée (84).

Dans toutes ces hypothèses, le constat de violation que fait la Cour européenne des droits de l'homme, s'il s'adresse bien à l'Etat considéré dans l'unité internationale de ses différents pouvoirs, en fait s'adresse au législateur — le plus souvent — ou à tout le moins à l'autorité qui, ayant le pouvoir de modifier la réglementation générale dont il a été constaté qu'elle causait directement la violation de la Convention, doit opérer cette modification pour que l'Etat puisse être considéré comme s'étant conformé à l'arrêt intervenu dans le litige auquel il est partie. Quoiqu'elle puisse demeurer affirmée en principe (85), la liberté de l'Etat quant au choix des moyens par lesquels se conformer à l'arrêt de condamnation disparaît en ce cas à peu près, à moins que l'on envisage cette liberté dans son sens le moins exigeant, comme signifiant simplement que, la règle internationale et l'interprétation qu'en procure le juge institué dans l'ordre juridique international ne pouvant aller jusqu'à se passer des structures d'accueil du droit interne pour assurer l'application du droit international, il reste tou-

(82) Cour eur. D.H., arrêt *Dudgeon* c. *Royaume-Uni* du 22 octobre 1981, Série A n° 45, § 41 (« (...) la législation attaquée représente une ingérence permanente dans l'exercice du droit du requérant au respect de sa vie privée »); Cour eur. D.H., arrêt *Norris* c. *Irlande* du 26 octobre 1988, Série A n° 142.

(83) Cour eur. D.H., arrêt *X et Y* c. *Pays-Bas* du 26 mars 1985, Série A n° 91, §§ 24 et 27 (« Seule une législation criminelle peut assurer une prévention efficace, nécessaire en ce domaine; de fait, c'est une telle législation qui régit d'ordinaire la question »).

(84) Cette condition de légalité apparaît sous des formes diverses à différents endroits de la Convention, par exemple à l'article 5 de la Convention (privation de liberté « selon les voies légales »), à son article 6 (tribunal « établi par la loi »), ou aux articles 8 à 11 (restrictions admises pourvu notamment qu'elles soient « prévues par la loi »). Parmi de nombreux autres exemples, on peut citer les arrêts *Kruslin et Huvig* c. *France* du 24 avril 1990 (Série A n° 176-A et n° 176-B), dans lesquels la Cour a estimé que les articles 81 et 151 du Code français de procédure pénale, dans la version qui était applicable aux faits de la cause, ne respectaient pas la condition de légalité imposée par l'article 8, § 2, de la Convention.

(85) Voy., par ex., le passage précité de l'arrêt *Marckx* c. *Belgique*.

jours aux autorités étatiques certains choix à faire au moment de garantir cette application.

(b) Il peut également advenir que ce ne soit pas *directement* dans la réglementation générale en vigueur dans l'Etat défendeur que prend sa source la violation dont cet Etat s'est rendu coupable, mais que la violation en cause résulte soit de l'application qui a été faite de telle réglementation générale, soit des lacunes qu'elle comporte et qui n'ont pas été comblées, et peut ainsi, *indirectement*, lui être rapportée. Cette hypothèse se divise en deux branches. Soit l'application qui a causé la violation reprochée était commandée par la réglementation générale en question : l'autorité — généralement exécutive ou juridictionnelle — à qui la violation est directement imputable n'avait pas, dans l'ordre juridique interne dont elle reçoit ses pouvoirs, la compétence nécessaire à éviter la violation en s'écartant du prescrit de cette réglementation ou en en offrant une interprétation conforme aux exigences de la Convention (b1). Soit au contraire, il était possible à l'autorité qui applique la réglementation générale d'interpréter celle-ci d'une manière qui évite la violation sur laquelle l'application a débouché une première fois (b2). Le choix entre la branche (b1) et la branche (b2) dépend, non du droit international, mais du droit interne, et plus précisément, de la manière dont il répartit les pouvoirs entre les différentes autorités constituées au sein de l'Etat (86). L'hypothèse (b1) signifie que l'Etat qui s'est engagé à se conformer aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas en réalité d'autre possibilité, à la suite d'un arrêt de condamnation, que de modifier la réglementation générale à laquelle la violation peut être indirectement rapportée. Mais l'analogie avec l'hypothèse (a) n'est que superficielle : tandis qu'en (a), c'est *le droit international lui-même* qui oblige l'Etat à modifier la réglementation générale qui, en effet, a causé directement la violation qui lui est imputée, en (b1), c'est *le droit interne de l'Etat* qui oblige à opérer cette même modification. L'on fera également remarquer l'influence qu'exerce, sur la division entre les bran-

(86) Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Foti et al.* c. *Italie* du 10 décembre 1982, Série A n° 56, § 63; Cour eur. D.H., arrêt *Zimmermann et Steiner* c. *Suisse* du 13 juillet 1983, Série A n° 66, § 32.

ches (b1) et (b2), la définition par l'ordre juridique interne de son rapport au droit international, et spécialement les conditions auxquelles il reconnaît l'applicabilité directe et la primauté du droit international sur le droit interne : plus le droit interne est généreux dans cette reconnaissance qu'il opère des règles de droit international en vigueur à l'égard de l'Etat, et plus il sera facile à ses autorités exécutives et juridictionnelles, *dans les limites des compétences qui leur sont reconnues par le droit interne*, d'écarter les réglementations étatiques afin de procurer plein effet aux règles internationales.

(c) Enfin, il arrive encore que l'acte imputable à l'Etat dont la responsabilité internationale est engagée à raison de cet acte, soit en fait *interdit par le droit étatique lui-même*. La violation n'aurait jamais dû avoir lieu, ou en tout cas, les juridictions étatiques auraient dû pouvoir réparer la violation ou la faire cesser — le cas échéant, la prévenir —, avant que la victime de la violation ne puisse porter sa réclamation devant le juge international. Si, malgré l'exigence de l'épuisement préalable des voies de recours internes, la réclamation internationale est jugée recevable, c'est que les juridictions étatiques n'ont pas saisi l'occasion qui leur a été offerte de redresser la situation qui leur était soumise, *alors pourtant qu'elles avaient les moyens de le faire*. Cela ne pourra normalement s'expliquer que par le déni de justice dont elles se sont rendues coupables, ce qui constitue une violation distincte de la violation initiale à laquelle elles ont refusé de remédier (87). Il reste que, dans cette hypothèse, le constat de violation par le juge internatio-

(87) On retrouve ici le lien entre la règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes, d'une part, et celle qui prescrit d'accorder un recours effectif à la victime d'une violation du droit attribué par l'ordre juridique international, d'autre part. Ainsi que l'explique la Cour européenne des droits de l'homme : « (...) la règle de l'épuisement des voies de recours internes (...) impose aux personnes désireuses d'intenter contre l'Etat une action devant un organe judiciaire ou arbitral international l'obligation d'utiliser auparavant les recours qu'offre le système juridique de leur pays. Les Etats n'ont donc pas à répondre de leurs actes devant un organisme international avant d'avoir eu la possibilité de redresser la situation dans leur ordre juridique interne. Cette règle se fonde sur l'hypothèse, objet de l'article 13 de la Convention — avec lequel elle présente d'étroites affinités —, que l'ordre interne offre un recours effectif pour la violation alléguée, indépendamment de l'incorporation ou non dans l'ordre interne des dispositions de la Convention. De la sorte, elle constitue un aspect important du principe voulant que le mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention revête un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationale de garantie des droits de l'homme » (Cour eur. D.H., arrêt *Aksoy* c. *Turquie* du 18 décembre 1996, § 51; Cour eur. D.H., arrêt *Akdivar et al.* c. *Turquie* du 16 septembre 1996, *Rec.*, 1996, § 65).

nal n'appelle de la part de l'Etat l'adoption d'aucune mesure d'ordre structurel, dont l'objectif serait de prévenir la répétition de violations similaires à l'avenir. Le système du droit étatique est considéré comme normalement satisfaisant : s'il a échoué, dans telle espèce individuelle, non seulement à empêcher la violation mais encore, une fois que la violation a eu lieu, à la réparer, cela ne signifie pas pour autant qu'il doive subir une réforme sur un point plus ou moins fondamental.

Or, le système de la Convention européenne des droits de l'homme présente en cet endroit une infirmité importante, si on le compare par exemple au système de la Convention américaine des droits de l'homme (88). C'est que la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas formellement le pouvoir d'indiquer à l'Etat que la violation qu'elle constate se situe dans l'hypothèse (b) ou (c), c'est-à-dire qu'elle comporte ou non, pour l'Etat, une obligation d'adopter des mesures générales dépassant la seule *restitutio in integrum* au bénéfice de la partie lésée. Plus précisément encore, dès lors que les arrêts de la Cour n'ont de portée que déclaratoire (89) — la Cour constate la violation, ou refuse de la constater —, un Etat peut toujours être tenté d'interpréter la condamnation dont il fait l'objet comme situé en (c), donc comme n'appelant de sa part aucune mesure structurelle de remédiation, plutôt que comme situé en (b). La Cour européenne des droits de l'homme ne se situe pas à un quatrième degré de juridiction : elle n'a

(88) Comp., en effet, le régime décrit ici, qui consiste en une application du principe de subsidiarité dans l'interprétation de l'article 46, § 1er, de la Convention européenne des droits de l'homme, avec l'article 63, § 1er, de la Convention américaine des droits de l'homme, où il est dit que la Cour interaméricaine décidera « if appropriate, that the consequences of the measure or violation that constituted the breach of such right or freedom shall be remedied and that fair compensation be paid to the injured party ». Pour une comparaison des deux régimes, voy. l'excellente étude de Ph. FRUMER, « La réparation des atteintes aux droits de l'homme internationalement protégés — Quelques données comparatives », *Rev. trim. dr. h.*, 1996, p. 329.

(89) Le qualificatif est parfois ambigu, dans l'emploi qu'en fait la Cour européenne des droits de l'homme. Voy., par ex., Cour eur. D.H., arrêt *Mentes et al.* c. *Turquie* (art. 50) du 24 juillet 1998, § 24 : « La Cour rappelle que (...) un arrêt constatant une violation entraîne pour l'Etat défendeur l'obligation juridique de mettre un terme à la violation (art. 53 de la Convention) [devenu l'art. 46, § 1er] et d'en effacer les conséquences de manière à rétablir autant que faire se peut la situation antérieure à celle-ci (*réstitutio in integrum*). Cependant, si une *restitutio in integrum* est impossible en pratique, les Etats défendeurs sont libres de choisir les moyens dont ils useront pour se conformer à un arrêt constatant une violation; la Cour ne rend pas de directives ni d'arrêts déclaratoires en la matière. Il appartient au Comité des Ministres, en vertu de l'article 54 de la Convention, de surveiller l'exécution de l'arrêt sous cet angle ».

pas le pouvoir d'annuler, de réformer, ou de casser la réglementation ou une décision juridictionnelle ou administrative interne. En outre, elle s'est constamment refusée à donner des injonctions aux Etats parties, même lorsque ceux-ci se rendent coupables de violations de la Convention (90). Tout au plus s'autorise-t-elle à préciser, à l'occasion, que « l'arrêt constatant une violation entraîne pour l'Etat défendeur l'obligation juridique au regard de la Convention de mettre un terme à la violation et d'en effacer les conséquences de manière à rétablir autant que faire se peut la situation antérieure à celle-ci » (91). Mais même en pareil cas, c'est à propos de la situation particulière de la victime individuelle qu'elle s'exprime, et dans le seul intérêt de la victime qu'elle formule ici une préférence pour la réparation en nature — par la *restitutio in integrum* — plutôt que par équivalent. Il en résulte que, sauf dans les hypothèses un peu particulières où telle réglementation étatique *crée elle-même directement la violation qui est constatée* (hypothèse (a)), l'Etat peut choisir, toujours formellement, soit de considérer que la violation est purement ponctuelle, résultant d'un mauvais fonctionnement du système de droit interne qui demeure, en tant que tel, à l'abri de reproche (hypothèse (c)), soit au contraire d'admettre que le constat de violation l'oblige à réformer la réglementation interne qui en constitue la source indirecte (hypothèse (b)). En ce sens, le

(90) Parmi beaucoup d'exemples, voy. Cour eur. D.H., arrêt *Irlande* c. *Royaume-Uni* du 18 janvier 1978, Série A n° 25, § 187 (« La Cour n'a pas ici à rechercher s'il lui appartient, en certaines hypothèses, d'adresser des injonctions à des Etats contractants. Elle constate, en l'espèce, que parmi les sanctions dont elle dispose ne figure pas le pouvoir de prescrire à l'un d'entre eux d'engager des poursuites pénales ou disciplinaires sur la base de son droit interne »); Cour eur. D.H., arrêt *Pauwels* c. *Belgique* du 26 mai 1988, Série A n° 135, § 41; Cour eur. D.H., arrêt *Zanghi* c. *Italie* du 14 février 1991, Série A n° 194, § 20; Cour eur. D.H., arrêt *Allenet de Ribemont* c. *France* du 10 février 1995, Série A n° 308, §§ 63-65; Cour eur. D.H., arrêt *Tolstoy Miloslavsky* c. *Royaume-Uni* du 13 juillet 1995, Série A n° 323, § 72; Cour eur. D.H., arrêt *Yagçi et Sargin* c. *Turquie* du 8 juin 1995, Série A n° 319, § 81.

(91) Voy. not. Cour eur. D.H., arrêt *Papamichalopoulos* c. *Grèce* (art. 50) du 31 octobre 1995, Série A n° 330-B, § 34 (obligation de restitution des terrains litigieux, dont l'expropriation avait été jugée par la Cour, dans son arrêt rendu sur le fond, contraire à l'article 1er du Protocole n° 1). Egalement Cour eur. D.H., arrêt *Pressos Compania Naviera S.A. et al.* c. *Belgique* (art. 50) du 3 juillet 1997, § 11. Pour des commentaires plus approfondis, voy. O. De Schutter, *Fonction de juger et droits fondamentaux*, *op. cit.*, pp. 387-388; A. Drzemczewski et P. Tavernier, « L'exécution des 'décisions' des instances internationales de contrôle dans le domaine des droits de l'homme », in *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, colloque de Strasbourg de la Société française pour le droit international, Paris, Pedone, 1998, p. 213, ici n° 107-111.

caractère purement déclaratoire des arrêts par lesquels la Cour européenne des droits de l'homme constate la violation alléguée devant elle ne permet pas toujours à la Cour de garantir le respect de la Convention avec l'effectivité voulue (92).

C'est justement ce choix dont l'Etat se trouve privé lorsque le juge international identifie comme élément d'une « pratique » incompatible avec la Convention la violation dénoncée devant lui dans une espèce individuelle. Ici peut être mis en lumière le lien qui unit, d'une part, la fonction que remplit la notion de « pratique » dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme — fonction sans doute appelée à se développer encore à l'avenir — et, d'autre part, la possibilité pour la Cour d'affirmer l'obligation pour l'Etat partie à la Convention, dont elle constate l'engagement de la responsabilité internationale, de prendre des mesures générales destinées à prévenir la répétition des actes qui se sont déroulés sous sa juridiction, et qu'il n'a pas empêchés : la notion de « pratique » est, en ce sens, une technique de qualification de la responsabilité internationale de l'Etat qui permet d'affirmer l'existence d'obligations de prévention dans son chef, en dépit de la maîtrise qui lui est normalement reconnue quant au choix des moyens par lesquels se conformer à l'arrêt de condamnation rendu contre lui.

L'obligation de prévention s'entend de l'obligation de l'Etat à empêcher, *autant que faire se peut* (« pour autant que cela dépende de lui », écrit la Commission du droit international (93)), que se réalise tel événement donné qu'il doit, juste-

(92) Voy. Ph. Vegleris, « Mode de redressement des violations de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Problèmes des droits de l'homme et de l'unification européenne — Mélanges Polys Modinos*, Paris, Pedone, 1968, p. 369, ici p. 379. Selon cet auteur, « la réduction à un seul dispositif de l'attitude permise à la Cour européenne des droits de l'homme (...) cadre certainement mal avec la fonction même de la Convention. Si cette fonction est surtout de faire régner un ordre de respect des droits et libertés qu'elle proclame, l'allocation d'une indemnité n'est certainement pas, dans toutes les hypothèses, et surtout dans celle où la violation est durable et persistante ou présente une ampleur particulière, le moyen le plus sûr d'y remédier ».

(93) En assumant des obligations de prévention, dit la Commission du droit international, « les Etats *ne souscrivent pas une sorte d'assurance*, au profit des Etats cocontractants, contre la survenance, *quelles qu'en soient les conditions*, d'événements du genre prévu — c'est-à-dire en dehors de toute possibilité matérielle pour eux d'empêcher que, *dans un cas d'espèce donné*, l'événement se produise. L'Etat ne peut évidemment être tenu qu'à s'opposer par son action à l'éventualité d'un tel événement — qu'à faire échec, pour autant que cela dépende de lui, à la survenance de cet événement » (*Ann. C.D.I.*, 1978, vol. II, 2e partie, § 6, p. 93).

ment, prévenir. Cet événement survient-il néanmoins, la responsabilité internationale de l'Etat ne sera engagée que s'il est prouvé qu'il aurait pu en éviter la réalisation par l'adoption de telles mesures qu'il pouvait raisonnablement adopter. En principe, nous sommes encore ici dans une alternative binaire : soit l'Etat a bien adopté les mesures raisonnables qu'on pouvait attendre de lui, et alors il ne saurait être question d'engager sa responsabilité internationale; soit il n'avait pas adopté les mesures de prévention requises, et alors au contraire les conditions d'engagement de sa responsabilité internationale sont réunies, et rien ne fait plus obstacle à ce que le juge international constate la violation dont l'Etat s'est rendu coupable. Seulement l'obligation imposée à l'Etat de garantir à toute victime d'une violation un recours effectif devant une instance nationale vient compliquer ce tableau. On se trouve en réalité devant une alternative à trois branches, si l'on prend en compte cet élément supplémentaire. Lorsque se réalise un événement que l'Etat s'était internationalement engagé à empêcher (par exemple, il est porté atteinte aux droits de personnes se trouvant sous la juridiction de l'Etat, par d'autres particuliers ou par des fonctionnaires des niveaux inférieurs de la hiérarchie administrative) : (1) soit l'Etat avait pris toutes les mesures de prévention qui pouvaient être raisonnablement attendues de lui, et il ne saurait être question d'engager sa responsabilité internationale, ni de réclamer, devant ses juridictions, réparation du préjudice subi en raison de la réalisation dudit événement; (2) soit l'Etat avait négligé de prendre les mesures de prévention qui pouvaient être attendues de lui, et sa responsabilité internationale sera engagée, à moins qu'il ne saisisse l'occasion qui lui est donnée de réparer le préjudice subi avant que la victime de l'événement ne fasse déboucher sa plainte sur le plan international; (3) soit encore, l'Etat avait négligé de prendre les mesures de prévention qui pouvaient être attendues de lui, mais cette négligence est à ce point grossière qu'il ne saurait être admis qu'il échappe à sa responsabilité internationale simplement en offrant de compenser le préjudice qui en résulte pour la victime de l'événement (94). La notion de « pratique » permet le passage de l'hypothèse (2) à l'hypothèse (3). En présence d'une pratique — si la notion émergente dans la jurisprudence européenne se confirme — la victime individuelle d'une violation pourra, en effet, engager la responsabilité internationale de l'Etat sans qu'il soit possible à celui-ci de lui reprocher de n'avoir pas recherché réparation devant les juridictions internes. L'identification d'une « pratique » implique qu'en se contentant de réparer le préjudice subi par la victime d'une violation des droits que la Convention lui reconnaît, sans écarter les causes de la violation ou, plus largement, sans transformer le contexte qui a rendu la violation possible ou n'a pas permis de l'empêcher, l'Etat n'a pas pleinement respecté son obligation internationale (95). Or, la « pratique », qui résulte de la répétition de violations de genre identique auxquelles l'Etat n'apporte pas de remède pendant une période suffisamment longue, conduit également à un déplacement parmi les différents

(94) On pourrait encore vouloir distinguer, sur le plan analytique, une quatrième possibilité, qui devrait se situer en fait entre (1) et (2) : c'est l'hypothèse où, alors qu'il avait pris toutes les mesures raisonnables de nature à empêcher la réalisation de l'événement qu'il s'était engagé à empêcher, ces mesures échouent à atteindre leur but, l'événement a lieu, et cependant, alors que la responsabilité internationale de l'Etat ne saurait être engagée à défaut qu'il soit satisfait à l'une des conditions de son engagement, l'Etat serait néanmoins tenu de réparer le préjudice qu'a subi la victime de l'événement du fait de la réalisation de celui-ci. Cependant, la notion de « recours effectif » telle qu'elle figure à l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme ne conduit pas à prévoir cette hypothèse. Si la signification autonome qui est reconnue à cette notion oblige l'Etat à prévoir un recours effectif au bénéfice de toute personne qui peut alléguer de manière plausible être victime d'une violation de ses droits, l'article 13 de la Convention ne va cependant pas jusqu'à imposer à l'Etat qu'il garantisse que le recours sera couronné de succès, c'est-à-dire que soit réparé même le préjudice qui a été subi sans qu'ait été violée une garantie substantielle de la Convention.

(95) Il se déduit de cette même prémisse une autre conséquence, plus contestable celle-là : c'est que, si la victime d'une violation de la Convention qui a la forme d'une « pratique » contraire à celle-ci a malgré tout sollicité les juridictions internes afin d'obtenir réparation de son préjudice, en dépit de la dispense qui lui était reconnue (la règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes étant en tel cas inapplicable), le simple fait de la réparation obtenue devant le juge étatique ne suffit pas à soi seul à lui retirer la qualité de « victime » ayant la compétence de réclamer du juge international qu'il exerce un contrôle sur la manière dont un Etat s'acquitte de ses obligations internationales. La jurisprudence européenne laisse parfois entendre que les autorités nationales doivent avoir non seulement offert cette réparation, mais en outre doivent avoir reconnu, explicitement ou en substance, la violation de la Convention qui a eu lieu, pour que le requérant puisse se voir opposer une exception d'irrecevabilité déduite de l'absence de la qualité de « victime » dans son chef (Cour eur. D.H., arrêt *Amuur* c. *France* du 25 juin 1996, *Rec.*, 1996-III, p. 846, § 36; Cour eur. D.H., arrêt *Lüdi* c. *Suisse* du 15 juin 1992, Série A n° 238, § 34; Cour eur. D.H., arrêt *Eckle* c. *Rép. féd. d'Allemagne* du 15 juillet 1982, Série A n° 51, § 66). Une extension de cette jurisprudence pourrait évidemment se justifier en présence d'une « pratique » étatique de violation de la Convention.

types de violations de la Convention que la Cour européenne des droits de l'homme peut être amenée à constater : tandis que le manquement « ponctuel », que les juridictions internes ont échoué à réparer alors que rien en principe ne s'opposait à ce qu'elles le fassent, n'oblige pas l'Etat à l'adoption de mesures structurelles destinées à éviter la répétition de la même violation à l'avenir (hypothèse (c)), dès lors que ces violations s'accumulent au point de former une « pratique » d'ensemble, l'Etat se voit tenu de prendre des mesures qui vont au-delà du cas d'espèce donné, sur lequel le juge international s'est prononcé (hypothèse (b)).

Dès lors que l'Etat demeure normalement maître des moyens par lesquels se conformer aux arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme dans les litiges auxquels il est partie, l'imposition d'obligations dites de « prévention » s'avère particulièrement délicate, puisque l'Etat dont il est constaté que sa responsabilité internationale est engagée peut toujours considérer que la violation qui lui est reprochée demeure « ponctuelle », et que le risque de répétition d'une violation « de même genre » n'est pas suffisamment réel pour justifier l'adoption de mesures de prévention. C'est justement à surmonter cette difficulté que peut servir le recours au qualificatif de « pratique », pour désigner le contexte dans lequel se situe la violation reprochée à l'Etat. En ce sens, la résurrection de cette notion complète les techniques dont la Cour européenne des droits de l'homme peut se servir pour — nonobstant le caractère purement déclaratoire de son arrêt, qu'on a relié à juste titre à la subsidiarité de son contrôle (96) — indiquer à l'Etat partie à la Convention les mesures dont l'adoption s'impose en vertu de la Convention, à la suite d'un arrêt de condamnation rendu à son égard. Certes, la Cour ne s'est

(96) A propos du choix qui est reconnu à l'Etat partie à un litige devant la Cour européenne des droits de l'homme quant aux moyens par lesquels se conformer à l'arrêt rendu contre lui, voy. J. CALLEWAERT, « Article 53 (actuel art. 46) », in L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT, *La Convention européenne des droits de l'homme — Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 850 : « La règle se borne à prolonger les effets du principe de subsidiarité sur le terrain de l'exécution des arrêts. De même que les Etats disposent souvent d'une 'marge d'appréciation' dans le choix des mesures propres à assurer le respect de la Convention, ils gardent, une fois que celle-ci est méconnue, la maîtrise des remèdes à y apporter : en amont comme en aval de son application, la Convention ne s'impose que dans le respect des spécificités de chaque système juridique national ».

pas interdit dans le passé d'identifier, dans l'existence de telle réglementation générale ou dans les lacunes qu'elle comportait, la source directe de la violation reprochée (ci-dessus, l'hypothèse (a)). Mais cette façon de procéder, sauf lorsqu'elle était dictée par le contenu même de la norme violée (comme dans le cas de l'autorisation donnée à l'Exécutif, en des termes insuffisamment précis, d'imposer une restriction à un droit reconnu par la Convention, ou dans le cas où il était constaté que telle règle pénale avait une portée rétroactive), demeurait exceptionnelle ; et lorsqu'elle avait lieu, elle se trouvait parfois vivement contestée par une doctrine soucieuse de rappeler qu'il ne revient pas au juge international de préjuger de la répartition des tâches entre les pouvoirs constitués au sein de l'Etat, cette répartition ne pouvant dépendre que du seul droit interne de cet Etat (97). Certes encore, il arrive à la Cour de suggérer à l'Etat quelle solution il pourrait immédiatement adopter pour éviter la répétition de la violation constatée ou la continuation de cette violation, dans l'attente qu'intervienne une solution qu'il aurait, comme le système de la Convention le lui permet normalement, librement déterminée selon ses procédures constitutionnelles internes (98). Mais ici également, il s'agit toujours d'une dérogation apportée au principe selon lequel l'Etat condamné à Strasbourg choisit, librement, quelles conséquences tirer de cette condamnation : le principe se trouve réaffirmé par la Cour européenne au moment même où elle préconise telle solution, qui ne saurait

(97) Voy. ainsi, F. RIGAUX, « La loi condamnée — A propos de l'arrêt du 13 juin 1979 de la Cour européenne des droits de l'homme », *J.T.*, 1979, p. 513.

(98) Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Vermeire* c. *Belgique* du 26 novembre 1991, Série A n° 214-C, §§ 25-26, où la Cour répond à l'Etat belge, qui prétendait tirer argument de la nécessité de modifier la loi belge relative à la filiation pour expliquer les lenteurs à tirer les enseignements de l'arrêt *Marckx* rendu douze ans plus tôt : « Un remaniement global, destiné modifier en profondeur et de manière cohérente l'ensemble du droit de la filiation et des successions, ne s'imposait nullement comme préalable indispensable au respect de la Convention, tel que la Cour venait de l'interpréter dans l'affaire *Marckx* ». On peut citer également un passage de l'arrêt *Zimmermann et Steiner* formulant, dans le constat même de violation, les moyens auxquels les juridictions suisses peuvent avoir recours afin d'éviter le dépassement du « délai raisonnable » prescrit par l'article 6, § 1er, de la Convention : « Parmi les moyens qui peuvent entrer en ligne de compte à titre provisoire, figure assurément le choix d'un certain ordre de traitement des affaires, fondé non sur leur simple date d'introduction mais sur leur degré d'urgence et d'importance, en particulier sur l'enjeu qu'elles représentent pour les intéressés. Toutefois, si semblable état de choses se prolonge et acquiert un caractère structurel, de tels moyens ne suffisent plus et l'Etat ne saurait différer davantage l'adoption de mesures efficaces » (Cour eur. D.H., arrêt *Zimmermann et Steiner* c. *Suisse* du 13 juillet 1983, Série A n° 66, § 26).

être recommandée qu'à titre provisoire précisément en raison de l'interdiction faite à la Cour de se substituer à l'Etat pour effectuer des choix qui lui reviennent en propre. Par rapport à ces techniques, l'identification d'une « pratique » dont l'Etat se serait rendu coupable, et dont la violation constatée dans une instance individuelle ne serait qu'un indice, présente des avantages considérables : pourvue d'un fondement assuré dans le droit international public, elle permet à la Cour européenne des droits de l'homme de clairement signifier la nécessité de l'adoption de mesures générales propres à prévenir la répétition de la violation constatée, sans pour autant l'obliger à préjuger de l'identité du pouvoir qui, au sein de l'Etat, a la compétence d'effectivement prendre ces mesures ; et elle va au-delà de la simple affirmation — banale dès lors qu'elle émane du juge international — qu'un Etat ne peut prendre prétexte de l'état de son droit interne pour échapper à l'obligation de respecter immédiatement, dès lors qu'elles sont en vigueur à son égard, les règles du droit international qui l'engagement conventionnellement, avec l'interprétation qu'en fournit le juge international.

B. — *L'octroi subsidiaire d'une « satisfaction équitable » par la Cour européenne des droits de l'homme*

Il a déjà été rappelé que le texte même de l'article 41 de la Convention affirme le caractère subsidiaire de la possibilité que cette disposition laisse à la Cour d'octroyer à la partie lésée par une violation de la Convention une « satisfaction équitable », censée réparer le préjudice qu'elle a subi du fait de cette violation. C'est, en effet, « si le droit interne (...) ne permet qu'imparfaitement d'effacer les conséquences » de la décision prise ou de la mesure ordonnée par une autorité étatique que la satisfaction équitable peut être accordée. En outre, la fixation du montant d'une satisfaction équitable par la Cour est elle-même subsidiaire, puisque, sous réserve du contrôle que la Cour peut effectuer sur le règlement amiable auquel ils parviennent, l'Etat défendeur et le requérant qui a obtenu le

constat de violation peuvent s'accorder sur le montant de la compensation du préjudice subi en raison de la violation (99).

Cette seconde manifestation de la subsidiarité en aval fait suite, pourrait-on dire, à la première manifestation qu'on vient de commenter. C'est, en effet, parce que l'Etat est libre de choisir les moyens par lesquels se conformer à l'arrêt rendu dans le litige auquel il est partie qu'il peut ne pas prévoir, dans son droit interne, des procédures qui seraient de nature à replacer la victime dans la situation qui aurait été la sienne en l'absence de violation (*restitutio in integrum*) — solution qui, conformément au droit international public général, a comme on l'a dit la préférence de la Cour européenne des droits de l'homme (100) —, ou bien, à défaut, qui permettent de lui accorder une réparation par équivalent, sous la forme d'une compensation monétaire. Avant de revenir sur la satisfaction équitable proprement dite, il faut par conséquent situer ces moyens dont la mise en œuvre par l'Etat dispense la Cour européenne des droits de l'homme de compenser elle-même le préjudice subi par le requérant devant elle.

1. *Restitutio in integrum et exception d'autorité de chose jugée*

Dans la grande majorité des situations soumises à la Cour européenne des droits de l'homme, le préjudice dont se plaint la victime a été causé directement par une décision de justice : soit qu'en statuant dans une contestation à laquelle la victime était partie, comme accusé dans un procès pénal ou comme

(99) Sur le contrôle que la Cour exerce à l'égard de l'accord auquel parviennent les parties, voy., par ex., Cour eur. D.H., arrêt *Luedicke, Belkacem et Koç* c. *Allemagne* (art. 50) du 10 mars 1980, Série A n° 36, § 7 ; Cour eur. D.H., arrêt *Airey* c. *Irlande* (art. 50) du 6 février 1981, Série A n° 41, § 8 ; Cour eur. D.H., arrêt *Malone* c. *Royaume-Uni* (art. 50) du 26 avril 1985, Série A n° 95, § 4. Exceptionnellement, la Cour constatera que ce qui est présenté par l'Etat défendeur comme un accord portant sur le montant de la réparation n'a pas été véritablement obtenu, le consentement des requérants ayant été vicié. Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Akdivar et al.* c. *Turquie* (art. 50) du 1er avril 1998, §§ 10 à 14.

(100) Dans l'arrêt *Papamichalopoulos* c. *Grèce* (art. 50) du 31 octobre 1995, §§ 38-40, la Cour européenne des droits de l'homme prend appui sur la jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale (arrêt du 13 septembre 1928 rendu dans l'*affaire relative à l'usine de Chorzow*, Série A n° 17, p. 47). Pareille interprétation de l'article 50 de la Convention (actuel art. 41) avait déjà été défendue par le juge R. Bernhardt, dans une étude de 1993, au départ de cette jurisprudence : R. BERNHARDT, « The Convention and Domestic Law », in R.St.J. MACDONALD, F. MATSCHER et H. PETZOLD, *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht-Boston-London, Martinus Nijhoff, 1993, p. 25, ici p. 37.

partie dans un contentieux civil ou administratif mais concernant des droits et obligations de caractère civil, les juridictions internes aient violé les règles du procès équitable ou n'aient pas statué dans un délai raisonnable (et se soient rendues coupables, ainsi, de déni de justice); soit qu'en adoptant tel dispositif, ces juridictions aient en réalité violé les droits reconnus dans la Convention (ou bien parce qu'elles ont refusé d'appliquer la Convention au litige qui leur était soumis, ou bien parce qu'elles n'en ont pas fait une application correcte). Dans ces cas, la *restitutio in integrum* qu'implique normalement l'arrêt par lequel la Cour européenne des droits de l'homme constate la violation consiste en principe à réouvrir le procès, afin qu'au cours d'une nouvelle procédure, les règles régissant l'équité du procès puissent être entièrement respectées, ou que les normes matérielles de la Convention puissent être prises en compte mieux qu'elles ne l'ont été lors de la première procédure, celle dont il a été constaté, par la suite, qu'elle a conduit à une violation de la Convention (101). Le principe de l'autorité de la chose jugée fait cependant obstacle, dans un certain nombre d'Etats parties à la Convention, à une *restitutio in integrum* ainsi conçue (102). L'inexistence, en droit interne, de mécanismes autorisant la réouverture ou le réexamen au plan interne de certaines procédures ayant débouché sur une déci-

(101) Il n'est pas toujours nécessaire d'admettre une exception au principe de l'autorité de la chose jugée afin d'opérer pareille *restitutio in integrum*, consistant à organiser des procédures prenant en compte les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme au bénéfice de personnes qui ont obtenu un constat de violation de la Cour européenne des droits de l'homme. La réouverture de procédures n'est, en effet, pas requise lorsque les voies de recours internes n'avaient pas été épuisées au préalable par les requérants, sans que cela conduise à l'irrecevabilité des requêtes, par exemple à défaut que les recours ouverts dans l'ordre juridique interne présentent des chances raisonnables de succès. Voy. ainsi Cour eur. D.H., arrêts *Pressos Compania Naviera S.A. et al.* c. *Belgique* du 20 novembre 1995 (Série A n° 332) (fond) et du 3 juillet 1997 (art. 50). Dans le second arrêt, la Cour constate que les décisions de justice par lesquelles les tribunaux belges, statuant sur une action en responsabilité de deux des sociétés requérantes devant elle, ont refusé d'appliquer la disposition de droit étatique litigieuse, « réalisent la restitutio in integrum à laquelle peuvent prétendre » les deux requérantes concernées (§ 11). Sur cette affaire, voy. M. VERDUSSEN et S. DEPRÉ, « Le dénouement européen de l'affaire du pilotage des bâtiments de mer dans l'estuaire de l'Escaut », *Rev. trim. dr. h.*, 1996, p. 587; H. SIMONART et D. JANS, « De la nécessité pour les institutions de Strasbourg de tenir compte des dispositions pertinentes de droit interne », *R.B.D.C.*, 1996, p. 166; O. DE SCHUTTER, « La coopération entre la Cour européenne des droits de l'homme et le juge national », *R.B.D.I.*, 1997/1, p. 21, ici pp. 43-48.

(102) Pour une description de la situation de la Belgique à cet égard, voy. nos commentaires in O. DE SCHUTTER et S. VAN DROOGHENBROECK, *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 1999, pp. 78-87.

sion juridictionnelle revêtue de l'autorité de chose jugée, même à la suite du constat par la Cour européenne des droits de l'homme que ces procédures ont abouti à une violation de la Convention, ne saurait être considérée, en soi, comme contraire à la Convention : en réalité, c'est notamment cette situation qu'avaient à l'esprit les auteurs de la Convention lorsqu'ils optèrent pour la rédaction que nous connaissons de l'article 50 de la Convention (actuel art. 41). Pourtant, à la suite d'une première *Etude sur l'instauration d'une procédure de révision au niveau national pour faciliter la conformité avec les décisions de Strasbourg*, préparée en 1992 sous l'autorité du Comité directeur pour les droits de l'homme du Conseil de l'Europe (103), le Comité des Ministres a adopté le 19 janvier 2000 une Recommandation sur le réexamen ou la réouverture de certaines affaires au niveau interne à la suite des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, qui amorce un changement d'attitude à ce propos (104). Non sans avoir rappelé au préalable qu' « il appartient aux autorités compétentes de l'Etat défendeur de déterminer quelles mesures sont les plus appropriées pour réaliser la *restitutio in integrum* » que peut commander l'engagement des Etats parties de se conformer aux arrêts rendus dans les litiges auxquels ils sont parties « en tenant compte des moyens disponibles dans le système juridique national », le Comité des Ministres note qu'« il y a des circonstances exceptionnelles dans lesquelles le réexamen d'une affaire ou la réouverture d'une procédure s'est avéré être le moyen le plus efficace, voire le seul, pour réaliser la *restitutio in integrum* ». Le Comité des Ministres « invite » en conséquence « les Parties contractantes à s'assurer qu'il existe au niveau

(103) Comité DH-PR, Direction des droits de l'homme du Conseil de l'Europe, doc. H(92)1, Strasbourg, janvier 1992 (repris in *H.R.L.J.*, 1992, p. 7; et *R.U.D.H.*, 1992, p. 127). En doctrine, voy. depuis la date de cette étude comparative, les prolongements suivants : G. COHEN-JONATHAN, « Quelques considérations sur l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Liber amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 1995, p. 39; J. POLAKIEWICZ, *Die Verpflichtungen der Staaten aus den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, Berlin, 1993; A. DRZEMCZEWSKI et P. TAVERNIER, « L'exécution des 'décisions' des instances internationales de contrôle dans le domaine des droits de l'homme », *op. cit.*, ici n° 113-120.

(104) Recommandation (n° R (2000) 2) sur le réexamen ou la réouverture de certaines affaires au niveau interne à la suite des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, adoptée le 19 janvier 2000 par le Comité des Ministres lors de la 694ième réunion des Délégués des Ministres.

interne des possibilités adéquates de réaliser, dans la mesure du possible, la *restitutio in integrum* », et « encourage notamment les Parties contractantes à examiner leurs systèmes juridiques nationaux en vue de s'assurer qu'il existe des possibilités appropriées pour le réexamen d'une affaire, y compris la réouverture d'une procédure, dans les cas où la Cour a constaté une violation de la Convention, en particulier lorsque :

(i) la partie lésée continue de souffrir des conséquences négatives très graves à la suite de la décision nationale, conséquences qui ne peuvent être compensées par la satisfaction équitable et qui ne peuvent être modifiées que par le réexamen ou la réouverture, et

(ii) il résulte de l'arrêt de la Cour que (a) la décision interne attaquée est contraire sur le fond à la Convention, ou (b) la violation constatée est causée par des erreurs ou défaillances de procédure d'une gravité telle qu'un doute sérieux est jeté sur le résultat de la procédure interne attaquée ».

Par un renversement curieux, la Recommandation présente la solution consistant dans la réouverture de la procédure ayant débouché sur cette violation comme subsidiaire par rapport à l'octroi de la satisfaction équitable de l'article 41 de la Convention, puisque cette réouverture n'est recommandée que lorsque les conséquences résultant de la violation, justement, « ne peuvent être compensées par la satisfaction équitable ». La généralisation de la possibilité pour la victime d'une violation de la Convention d'obtenir pareille réouverture n'en aboutit pas moins à ériger progressivement la Cour européenne des droits de l'homme en instance d'appel ou de pourvoi des juridictions étatiques, ce qui modalise le principe selon lequel les procédures conduites respectivement au sein de l'ordre juridique étatique et au sein de l'ordre juridique international sont radicalement séparées les unes des autres, opposant des parties et ayant des objets distincts. Cette évolution est encouragée par la Recommandation du 19 janvier 2000 sans qu'aucune distinction soit effectuée entre le type de contentieux dont il s'agit — administratif, fiscal, pénal ou civil — et, par conséquent, sans qu'aucune précision soit fournie quant aux exigences de la sécurité juridique dont doit pouvoir bénéficier la

partie privée dont les intérêts s'opposaient, devant les juridictions étatiques, à ceux du requérant devant la Cour européenne des droits de l'homme (105). C'est là un défaut majeur de la Recommandation, dès lors qu'aucune garantie de représentation n'est reconnue à cette partie devant la Cour européenne des droits de l'homme (106). Il appartiendra aux législateurs des différents Etats parties à la Convention de remédier à ce défaut, au moment de traduire la Recommandation dans des dispositions de droit interne (107).

Pour le surplus, on ne peut que s'accorder sur la prémisse de la Recommandation selon laquelle « la réouverture d'une procédure peut, dans certaines circonstances, s'avérer être un moyen indispensable pour effacer complètement les effets d'une violation de la Convention », selon les termes de la contribution offerte sur cette question par G. Cohen-Jonathan en 1995 (108). Comment ne pas apercevoir une anomalie dans

(105) Les positions que peuvent occuper cette partie privée sont très diverses : on songe par exemple à la victime d'une infraction pénale qui réclame réparation pour le dommage que l'infraction lui a causée; à l'adversaire dans le cadre d'un procès civil; au soumissionnaire concurrent dans le cadre d'une procédure d'octroi de marchés publics; ou encore, au candidat à la fonction publique nommé à la place du candidat dont le juge interne a rejeté le recours qu'il avait introduit contre les conditions de la nomination. On dira sans doute que ces personnes ne devraient pas pouvoir tirer bénéfice de la violation de la Convention que la Cour européenne des droits de l'homme constate dans le chef de leur adversaire dans le cadre des procédures nationales. Mais l'affirmation est problématique lorsque cette violation est imputable au comportement des autorités étatiques, et ne peut en aucune manière leur être reprochée : on pourrait même dire que, leur situation juridique acquise étant mise en danger par cette violation, elles en sont indirectement victimes.

(106) C'est l'absence d'une telle représentation qui peut être problématique, et non le principe même d'une progressive transformation de la Cour européenne des droits de l'homme en quatrième degré de juridiction. En effet, la Cour devant être saisie dans un délai de six mois à dater de la décision interne définitive, l'adversaire du requérant devant les juridictions internes bénéficie de la garantie que la solution juridique acquise ne sera pas susceptible, à tout moment ultérieur, de remise en cause; passé le délai de six mois, il pourra considérer la situation comme définitive. Il n'est donc pas dans une situation différente de celle qui lui est faite devant les juridictions étatiques, lorsque demeurent possibles l'introduction d'un appel ou d'un pourvoi contre la décision d'un juge ayant épuisé sa juridiction.

(107) Sur ce point, voy. O. De Schutter, « La coopération entre la Cour européenne des droits de l'homme et le juge international », *R.B.D.I.*, 1997/1, p. 21, ici pp. 32-36. Certains auteurs estiment qu'une solution pourrait consister à prévoir dans tous les cas une obligation pour l'Etat de réparer le préjudice subi par la personne qui, devant les juridictions étatiques, était la partie adverse du requérant devant la Cour européenne des droits de l'homme, pour le préjudice que lui a causé la faute de l'Etat, telle qu'elle serait constatée par un arrêt de condamnation de la Cour européenne. Voy. M. van Emmerik, *Schadevergoeding bij schending van mensenrchten*, Leiden, N.J.C.M.-Boekerij, 1997, p. 343; E. Myers, « Nu toch naar de revisie? », *N.J.C.M.-Bull.*, 1998, p. 3.

(108) G. Cohen-Jonathan, « Quelques considérations sur l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, ici pp. 46-47.

la circonstance qu'un requérant condamné à une peine de prison et à une interdiction définitive du territoire français, au terme d'une procédure ne respectant pas les exigences du procès équitable, ne voie pas rapportée, à la suite du constat de violation de la Cour européenne des droits de l'homme, la seule mesure — l'interdiction définitive du territoire — qui pouvait encore l'être, en raison de l'autorité de la chose jugée attachée la décision de condamnation prise à son égard (109) ? Comment ne pas constater l'injustice qu'il y a à refuser, au requérant qui a obtenu de la Cour européenne des droits de l'homme le constat que le refus du droit français de reconnaître le changement de sexe des transsexuels constitue une violation du droit au respect de la vie privée, la modification de son état civil, alors que, ultérieurement mais au bénéfice d'autres personnes, les juridictions françaises vont être amenées à écarter les dispositions du droit français qui se sont avérées incompatibles avec les exigences de la Convention (110) ? Dans de telles circonstances, il est normal et souhaitable que le principe de l'autorité de la chose jugée cède devant la nécessité de ne pas priver la victime d'une violation de la Convention de la seule forme de réparation qui soit véritablement de nature à la satisfaire : celle qui consiste à la placer dans une situation aussi proche que possible de celle où elle se serait trouvée si ses droits n'avaient pas été violés. L'exigence n'est pas moins forte parce qu'elle n'est pas, ou pas encore, imposée explicitement par la Convention elle-même.

2. *Réparation par équivalent du préjudice causé par la violation de la Convention*

A défaut que le droit interne de l'Etat défendeur prévoie, dans les circonstances de l'espèce où une violation est constatée, la réouverture d'une procédure qui paraissait définitivement close, du moins peut-il reconnaître ses juridictions compétentes à recevoir l'action en responsabilité introduite contre l'Etat afin d'obtenir réparation du préjudice causé par la faute qu'il aurait commise, à travers ses juridictions qui sont ses

(109) Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Saidi* c. *France* du 20 septembre 1993, Série A n° 261.

(110) Voy. Cour eur. D.H., arrêt *B.* c. *France* du 25 mars 1992, Série A n° 232.

organes, en violant la Convention européenne des droits de l'homme. Lorsqu'une telle possibilité existe, la Cour européenne des droits de l'homme sera éventuellement dispensée d'accorder une satisfaction équitable. Trois précisions doivent cependant être apportées à cet égard. Premièrement, pour que la Cour européenne des droits de l'homme abandonne aux juridictions internes le soin de réparer le préjudice subi par la victime d'une violation et s'abstienne dès lors de faire usage de son pouvoir d'accorder une satisfaction équitable, il faut que l'évaluation par les juridictions internes du montant du dommage à réparer ne soit pas amputée d'un élément, qui situerait le montant de la réparation à un niveau *a priori* en-deçà de ce qu'exigerait une réparation intégrale (111). Il est permis de considérer que celui-ci doit comprendre minimalement, outre la perte matérielle subie (*damnum emergens*), le manque à gagner (*lucrum cessans*), le dommage moral et le dommage résultant du retard dans l'exécution de l'obligation concernée (112) ; le cas échéant, en dissociant le constat de violation sur le fond et l'arrêt rendu sur la demande de satisfaction équitable, la Cour européenne des droits de l'homme pourra se

(111) Comp. avec l'affaire *Schuler-Zraggen* c. *Suisse*, qui a donné lieu à un arrêt au fond de la Cour européenne des droits de l'homme du 24 juin 1993 (Série A n° 263) et à un arrêt rendu le 31 janvier 1995 (Série A n° 305-A) sur la satisfaction équitable. Sur la base de la nouvelle loi fédérale d'organisation judiciaire, entrée en vigueur le 15 février 1992, et qui comprend à son article 139a la possibilité de demander la révision d'une procédure judiciaire interne suite à une décision obligatoire de la Cour européenne des droits de l'homme ou du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe dans un délai de 90 jours à compter de la notification, le juge suisse a accordé une pension d'invalidité avec effet rétroactif ; la Cour européenne des droits de l'homme a cependant jugé devoir accorder une satisfaction équitable pour le montant des intérêts de retard, qui n'avaient pas été pris en compte par le juge suisse.

(112) Ce sont les éléments retenus par l'Avocat général W. van Gerven dans ses conclusions du 26 janvier 1993 préc. C.J.C.E., arrêt *Marshall* c. *Southampton and South West Hampshire Area Health Authority*, du 2 août 1993, C-271/91, *Rec.*, p. I-4367. L'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes dans cette affaire ajoute que la fixation d'un montant maximal déterminé en tant que plafond de l'indemnisation pouvant être obtenue exclut, par principe, que la réparation puisse être considérée comme « adéquate ». Dans ses décisions concernant le montant de la satisfaction équitable à accorder, la Cour européenne des droits de l'homme prend en compte non seulement la perte subie par la victime de la violation, mais également le manque à gagner et le dommage moral (voy. ainsi Cour eur. D.H., arrêt *Mentes et al.* c. *Turquie* (art. 50) du 24 juillet 1998). Elle a notamment estimé, à propos de la deuxième composante, que le caractère adéquat d'un dédommagement risque de diminuer si le paiement de celui-ci fait abstraction d'éléments susceptibles d'un réduire la valeur, tel l'écoulement d'un laps de temps considérable (Cour eur. D.H., arrêt *Stran et Stratis Anderadis* c. *Grèce* du 9 décembre 1994, Série A n° 301-B, § 82 ; Cour eur. D.H., arrêt *Guillemin* c. *France* (art. 50) du 2 septembre 1998, § 24).

donner les moyens de contrôler la manière dont les juridictions étatiques s'acquittent de la mission — qui leur est confiée conformément à ce que réclame la subsidiarité du contrôle juridictionnel international — d'effacer les conséquences qui résultent de la violation de la Convention européenne des droits de l'homme (113), quitte même à statuer sur la demande de satisfaction équitable alors qu'une demande de réparation est toujours pendante devant les juridictions nationales, si elle constate un retard déraisonnable de la procédure conduite devant les juridictions internes (114). En outre, même lorsqu'existe la possibilité de réclamer réparation du préjudice subi devant les juridictions étatiques, le requérant qui a obtenu au préalable de la Cour européenne des droits de l'homme qu'elle constate la violation dont il a été victime, n'est pas tenu de solliciter ces juridictions avant d'être autorisé à réclamer, devant la Cour européenne, qu'elle octroie une satisfaction équitable sur la base de l'article 41 de la Convention : celle-ci, en effet, n'a pas jusqu'à jusqu'à présent étendu à cette hypothèse l'exigence d'un épuisement préalable des voies de recours internes (115), en s'inscrivant dans le raisonnement qui considère que cette exigence ne s'impose pas en pareil cas, à défaut pour la demande de satisfaction équitable de constituer une nouvelle requête introduite en vertu de l'article 34 de la Convention (116).

Mais ce qui est à relever, c'est surtout le caractère profondément ambigu de l'évolution, dont la Belgique offre naturellement un exemple saisissant, consistant en une extension des possibilités d'agir en responsabilité contre l'Etat pour la faute

(113) Tel était le cas, précisément, dans les affaires *Schuler-Zraggen* et *Pressos Compania Naviera*, auxquelles il a déjà été fait allusion ci-dessus. En ce sens, voy. J.-F. FLAUSS, « La réparation due en cas de violation de la Convention européenne des droits de l'homme », *J.T.D.E.*, 1996, p. 8, ici p. 13; ainsi que O. DE SCHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 389.

(114) Voy. ainsi Cour eur. D.H., arrêt *Guillemin* c. *France* (art. 50) du 2 septembre 1998, § 23.

(115) Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Barberà, Messegué et Jabardo* c. *Espagne* (art. 50) du 13 juin 1994, Série A n° 285-C, § 17 (et *contra*, l'opinion dissidente du juge *ad hoc*, M. Torres Boursault); Cour eur. D.H., arrêt *Papamichalopoulos* c. *Grèce* (art. 50) du 31 octobre 1995, Série A n° 330-B, § 40.

(116) Cour eur. D.H., arrêt *De Wilde, Ooms et Versyp* c. *Belgique* (art. 50) du 10 mars 1972, Série A n° 14; ainsi que, parmi d'autres, l'arrêt *Guzzardi* c. *Italie* du 6 novembre 1980, Série A n° 39, § 41. Voy., en ce sens égal., les concl. de M. le procureur général J. Velu préc. Cass. (1re ch.), 19 décembre 1991, *Pas.*, 1991, I, 316, ici p. 353 (n° 52 des concl., n. 129).

de ses organes, y compris pour la faute qu'auraient commises ses juridictions en appliquant incorrectement la Convention européenne des droits de l'homme. Car cette évolution permet sans doute à la partie lésée par une violation de la Convention d'obtenir devant les juridictions internes réparation du préjudice subi en raison de cette violation, dès l'instant où celle-ci a été constatée par le juge international. Cela dispense la Cour européenne des droits de l'homme d'évaluer le montant de la satisfaction équitable à accorder, et cela accentue, conformément à ce que semble requérir la subsidiarité du contrôle juridictionnel international, le rôle des juridictions internes dans l'application de la Convention européenne des droits de l'homme. Mais un effet pervers de ce développement serait que, prenant prétexte de l'existence d'une nouvelle voie de recours ouverte contre les décisions de justice internes qui constitueraient des violations de la Convention, l'Etat au sein duquel de telles voies de recours sont aménagées réclame qu'elles soient épuisées avant la saisine du juge international. L'Etat pourrait, en effet, être tenté de soulever une exception d'irrecevabilité, alléguant l'absence d'épuisement des voies de recours internes, contre toute requête introduite devant la Cour européenne des droits de l'homme par une personne qui, au terme de la procédure conduite devant les juridictions internes, n'a pas en sus cherché à agir en responsabilité contre l'Etat, afin de réclamer réparation du résultat auquel ces juridictions ont abouti lorsqu'un tel résultat est jugé contraire aux exigences de la Convention. L'invocation d'une exception d'irrecevabilité dans de telles circonstances n'a pas été écartée en principe par les organes de surveillance de la Convention (117). Son admissibilité s'expose pourtant à de sérieux obstacles. Elle ne correspond pas tout d'abord à la *ratio* de la règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes. Celle-ci vise à protéger la souveraineté étatique en fournissant la possibilité aux organes de l'Etat de réparer la violation reprochée d'une obligation internationale avant que la réclamation ne débouche dans l'ordre juridique international : or ici, les juridictions étatiques ont par hypothèse eu la possibi-

(117) Voy. Commiss. eur. D.H., req. n° 34551/97, déc. du 16 avril 1998, *R.U.D.H.*, 1998, p. 389.

lité de réparer la violation reprochée du droit international ou d'y mettre fin, et ce qui est dénoncé devant le juge international, c'est justement qu'elles n'ont pas saisi cette occasion, ou qu'elles ont elles-mêmes statué en violation des règles du droit international relatives au procès équitable. En outre, l'invocation d'une exception d'irrecevabilité dans ce contexte permet à l'Etat d'échapper à l'affirmation de sa responsabilité internationale simplement en offrant une compensation monétaire pour le préjudice résultant de la violation du droit international dont ses organes se sont rendus coupables : on a vu plus haut les limites qu'impose, à une telle compréhension des obligations que la Convention européenne des droits de l'homme impose à ses Etats parties, l'exigence d'une protection effective des droits que celle-ci reconnaît. Enfin, il est difficile de ne pas soupçonner qu'en accueillant dans un tel contexte une exception d'irrecevabilité soulevée par l'Etat, l'on s'expose à une régression à l'infini : s'il peut être fait reproche au requérant qui se présente devant la Cour européenne des droits de l'homme de n'avoir pas cherché, d'abord, à agir devant les juridictions étatiques en responsabilité contre l'Etat dont les juridictions ont échoué à réparer la violation reprochée ou l'ont causée, pourquoi ne lui serait-il pas reproché ensuite, si cette première tentative échoue, de ne pas tenter une nouvelle action en responsabilité, cette fois-ci afin d'obtenir réparation du préjudice qui serait résulté de la faute qu'auraient commises les juridictions ayant refusé de constaté la responsabilité civile de l'Etat pour le fait de ses juges ? On voit qu'en filigrane de cette discussion, l'on retrouve la question des limites à la subsidiarité du contrôle juridictionnel international qu'impose l'exigence d'effectivité dans la protection des garanties de la Convention.

3. *Octroi de la satisfaction équitable*

Dans son article classique sur la subsidiarité dans la Convention européenne des droits de l'homme, le greffier H. Petzold mettait l'accent, notamment, sur le lien entre la subsidiarité procédurale et la subsidiarité substantielle, qui jouent l'une et l'autre, dans le système de la Convention, un rôle dont l'importance n'est plus à souligner. Il écrivait ceci :

« Subsidiarity within the legal order of the Convention has two aspects : as a procedural or functional concept it means that before appealing to the Convention institutions, any applicant must have had referred his or her complaints to all those domestic institutions which can be considered to offer an effective and adequate remedy in the circumstances of the case; as a material or substantive concept it means that when applying the Convention provisions, the Convention institutions have to make, wherever appropriate, due allowance for those legal and factual features which characterize the life of the society in the State concerned. Full operation of the principle has then two significant implications : first, it gives the Convention institutions an opportunity to learn from the legal approach of the competent national authorities in relation to those issues which the (...) Court may have to decide and, secondly, it helps to prevent an overloading of the control bodies set up by the Convention » (118).

L'on retrouve ce lien entre les dimensions procédurale et substantielle de la subsidiarité — entre le caractère subsidiaire de l'*intervention* du juge international et l'attention portée au *contexte* dans lequel les normes la Convention sont appliquées — y compris là où on s'y attendait peut-être le moins, c'est-à-dire à propos de l'évaluation du montant de la réparation due à la partie lésée par une violation de la Convention. On se rappelle sans doute la controverse qui a suivi les propositions de la Commission européenne des droits de l'homme concernant les montants des satisfactions équitables à accorder aux requérants dans les affaires *Nankov* et *Kovachev*, l'une et l'autre contre la Bulgarie (119). La Commission avait choisi de ne pas saisir la Cour de ces affaires, mais de les confier plutôt au Comité des Ministres afin que celui-ci prenne « une décision sur la question de savoir s'il y a ou non une violation de la Convention », ainsi que l'y autorisait l'article 32, § 1er, de la

(118) H. PETZOLD, « The Convention and the Principle of Subsidiarity », in R.St.J. MACDONALD, F. MATSCHER et H. PETZOLD, *The European System for the Protection of Human Rights*, *op. cit.*, p. 41, ici p. 60.

(119) Voy. les *Informations sur les questions relatives à l'octroi de la satisfaction équitable en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme*, Note du Secrétariat général préparée par la Direction des droits de l'homme, Comité directeur des droits de l'homme (CDDH) — Comité d'experts pour l'amélioration des procédures de protection des droits de l'homme (DH-PR) (99) 16, 13 juillet 1999.

Convention jusqu'à ce que le Protocole n° 11 ne vienne le priver de cette fonction quasi-juridictionnelle qui était alors encore la sienne. Les sommes que la Commission proposait au Comité des Ministres d'accorder au titre de la satisfaction équitable due aux requérants étaient cependant jugées excessives par le gouvernement bulgare. Selon celui-ci, « il n'est pas approprié d'accorder à des requérants bulgares les mêmes montants qu'à des requérants venant de pays où le niveau de vie est beaucoup plus élevé », « une telle égalité concernant les chiffres nominaux » conduisant, en effet, « à accorder à un requérant venant d'un pays à faible niveau de vie une réparation d'une valeur réelle bien supérieure à celle dont bénéficierait un requérant d'un pays où la vie est plus chère » (120). L'argument fut écarté au motif, évidemment peu satisfaisant sur le fond, que les montants proposés étaient conformes à la pratique constante de la Commission : celle-ci étant appelée à disparaître définitivement le 1er novembre 1999, il était jugé peu opportun qu'elle anticipe une politique de fixation du montant des satisfactions équitables à accorder qu'il revenait à la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme, plutôt qu'à elle, d'arrêter. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme entrée en fonctions le 1er novembre 1998 montre peu de signes d'évolution à cet égard (121). L'enjeu est pourtant de taille, si l'on songe qu'est en cause, à travers la question de la *prise en compte de la situation économique locale* dans la détermination du montant de la satisfaction

(120) Selon le résumé qu'offre des allégations du gouvernement bulgare la réponse du Secrétariat de la Commission européenne des droits de l'homme, du 9 juin 1999, à l'agent du gouvernement bulgare, Mme Djidjeva.

(121) Dans l'affaire *Nikolova* c. *Bulgarie* ayant donné lieu à l'arrêt du 25 mars 1999, la Cour européenne des droits de l'homme a eu à se prononcer sur le montant des frais et dépens dont le remboursement était réclamé par la requérante, dans des circonstances délicates puisque le gouvernement défendeur estimait que le barème utilisé par l'avocat était « irréaliste vu la situation régnant actuellement en Bulgarie », et faisait valoir en outre « que la Cour ne devrait pas encourager les avocats à préparer des accords fictifs dans le seul but, non de les opposer à leur client, mais de les présenter à Strasbourg » (§ 78) ; la Cour estimant que « le nombre d'heures que l'avocat déclare avoir passé sur l'affaire semble (...) excessif » et « compte tenu d'autres considérations pertinentes », statua en équité sur le montant des frais et dépens. Dans une « déclaration » jointe à l'arrêt, la juge nommée au titre de la Bulgarie Mme Botoucharova exprime le regret de ne pouvoir se rallier à la majorité au sujet du montant des frais et dépens alloués à la requérante. A ma connaissance, l'affaire *Nikolova* est jusqu'à présent la seule dans laquelle controverse déclenchée par le gouvernement bulgare à la suite des affaires *Nankov* et *Kovachev* ait laissé une trace dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

équitable à accorder, la question de la *possibilité pour les juridictions étatiques de se substituer à la Cour européenne des droits de l'homme* pour accorder la réparation due en cas de violation de la Convention européenne des droits de l'homme. Il semble, en effet, contradictoire d'insister, d'un côté, sur le rôle qu'ont à assumer les juridictions internes dans l'application des normes de la Convention européenne des droits de l'homme, y compris en réparant le préjudice subi par la partie lésée par une violation de la Convention lorsque cette violation a été constatée par la Cour européenne des droits de l'homme, et de craindre, de l'autre côté, une application de la Convention à géométrie variable, qui se traduirait notamment par une évaluation des préjudices subis par les victimes de violations de la Convention tenant compte du contexte socio-économique dans lequel la réparation du préjudice est revendiquée.

La question des variations que peut subir l'évaluation des préjudices résultant de la violation de la Convention est donc plus significative qu'on pourrait le penser de prime abord, puisqu'elle met en lumière les conséquences d'une subsidiarité qui irait jusqu'au bout d'elle-même. Mais en outre, cette question conduit à une autre interrogation, plus fondamentale, et dont la première question semble dépendre pour sa solution : celle de la fonction de l'octroi de la satisfaction équitable que prévoit l'article 41 de la Convention. En général, les discussions portant sur la satisfaction équitable présupposent que celle-ci, qui vise, en effet, à « effacer les conséquences » de la mesure étatique causant la violation, doit être indexée sur la situation de la victime : celle-ci doit être replacée dans la situation qui était la sienne avant que la violation ne soit commise à son égard, ou qui aurait été la sienne si aucune violation n'avait eu lieu ; à défaut, elle doit recevoir un dédommagement censé compenser, par équivalent, le préjudice qu'elle a subi du fait de la violation. Pourtant il est permis de se demander s'il suffit toujours de considérer la satisfaction équitable comme une réparation du dommage causé à la victime, et s'il ne s'impose pas parfois, plutôt, de l'envisager comme un instrument devant servir à contraindre l'Etat au respect des engagements qu'il a pris en ratifiant la Convention. Comme dans le droit communautaire, où la même interrogation se fait

jour à présent qu'est admis le principe de la responsabilité de l'Etat membre pour les violations suffisamment caractérisées du droit communautaire (122), la question se pose de savoir si le souci de la partie lésée par une violation de la Convention européenne des droits de l'homme d'obtenir réparation ne doit pas être considéré, dans le système de la Convention, comme un instrument — un *levier*, pourrait-on écrire afin de faire mieux apercevoir le déplacement — destiné à contraindre l'Etat au respect de ses obligations; et si, lorsque les obligations de l'Etat sont d'une ampleur excédant la situation du seul requérant individuel, il ne doit pas être admis que l'on impose à l'Etat le versement de dommages présentant un caractère punitif, et indexés ainsi, plutôt que sur le *droit de l'individu* dont la violation est de toute manière des plus malaisées à estimer en termes monétaires, sur l'*obligation de l'Etat* (123).

Certes, la Cour européenne des droits de l'homme a pour habitude de rejeter les demandes d'octroyer des dommages et intérêts présentant un caractère punitif (124), y compris dans les circonstances où il se comprendrait le mieux qu'elle recoure à cette technique. Ainsi dans l'affaire *Loizidou*, certes portée devant la Cour par une requête individuelle mais dont le caractère interétatique était fortement marqué et dont la dimension d'intérêt collectif était évidente, la requérante estimait, quant au montant auquel la Cour devait évaluer le dommage moral subi par elle du fait de la violation reprochée à la Turquie, qu'« entrent aussi en ligne de compte des facteurs tenant à des considérations d'intérêt public et d'ordre public européen. En sus de l'obligation d'indemniser, il faudrait dans

(122) Voy. B. De Vuyst, « Les dommages exemplaires en droit communautaire et en droit belge — L'arrêt *Brasserie du Pêcheur* c. *Factortame* du 5 mars 1996 de la Cour de justice », *J.T.*, 1997, p. 537.

(123) R. Lawson, « Systematische schending van Artikel 6 E.V.R.M. — II : Het Italiaanse wachting duurt voort », *op. cit.*, p. 693.

(124) Voy. ainsi Cour eur. D.H., arrêt *Akdivar et al.* c. *Turquie* (art. 50) du 1er avril 1998, § 38; Cour eur. D.H., arrêt *Selçuk et Asker* c. *Turquie* du 24 avril 1998, § 119. Dans l'arrêt *Mentes et al.* c. *Turquie* (art. 50) du 24 juillet 1998, la Cour rejette la demande de dommages et intérêts punitifs, alors que les requérantes estimaient que « l'indemnité doit refléter le caractère particulier des violations subies par elles et servir aussi à dissuader l'Etat défendeur de commettre des violations comparables ». Elles réclamaient en outre des dommages et intérêts majorés, car « si la Cour devait constater qu'elles ont été victimes d'une pratique administrative, cet élément devrait se refléter dans l'indemnité » (§ 18).

la situation actuelle octroyer une somme importante pour dommage moral comme mesure d'incitation au respect des normes juridiques énoncées dans la Convention ». M. St. Trechsel, délégué par la Commission à l'audience de la Cour, estimait quant à lui cette demande injustifiée, « puisque les considérations » d'ordre public « avancées par la requérante concernent la situation globale des Cypriotes grecs déplacés et débordent largement cette affaire individuelle ». C'est ce point de vue que la Cour choisira de suivre, ce qu'à la vérité, sa jurisprudence antérieure permettait d'augurer (125). L'on reconnaîtra pourtant l'intérêt particulier que la suggestion de recourir à cette technique peut présenter dans le contexte de l'affirmation d'obligations de prévention à charge des Etats parties à la Convention européenne des droits de l'homme (126). L'obligation de prévenir les atteintes portées aux droits des personnes placées sous la juridiction de l'Etat, par l'adoption de mesures générales raisonnablement propres à éviter ces atteintes, présente, en effet, une plus grande extension que l'obligation de ne pas violer les droits de l'individu, ou si la violation a lieu malgré tout, de compenser le préjudice qui en résulte dans son chef. Il peut dès lors se justifier de prendre en compte, dans l'évaluation du montant de la satisfaction équitable à accorder, soit la « gravité » de la violation constatée — ce qui pourrait être interprété comme incluant l'élément de répétition dans le chef de l'Etat, c'est-à-dire conduire à sanctionner plus lourdement l'existence d'une « pratique » étatique de violation de la Convention que la violation isolée —, soit — en ce qui concerne plus précisément le dommage moral — « l'angoisse et les sentiments d'impuissance et de frustation » qu'éprouve la victime d'une violation, selon les

(125) Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Loizidou* c. *Turquie* (art. 50) du 28 juillet 1998, §§ 35 à 40.

(126) L'on rappellera à cet égard que, dans sa seconde décision rendue dans l'affaire *Donnelly* (du 15 décembre 1975), la Commission juge que « dans la mesure où les sommes versées [aux quatre requérants ayant obtenu une réparation pour les préjudices subis dans le cadre d'un règlement amiable de leurs actions internes en réparation] ont été (...) raisonnablement proportionnées à la gravité des préjudices subis *et ont comporté, dans trois cas au moins, un élément 'punitif' appréciable*, on peut dire que ces requérants, qui ont reçu une réparation raisonnable en exerçant les voies de recours disponibles, ne peuvent plus prétendre être victimes d'une quelconque violation de la Convention » (Commiss. eur. D.H., déc. du 15 décembre 1975, *G. Donnelly et al.* c. *Royaume-Uni*, req. jtes n° 5577/72 et n° 5583/72, *Ann. Conv.*, vol. 19, 1976, p. 85, ici p. 251).

termes auxquels recourt la Cour européenne des droits de l'homme elle-même, cette angoisse et ce sentiment d'impuissance pouvant être d'autant plus importants dans le chef de la victime qu'elle est face à une violation qui se répète à l'égard d'autres personnes, et à laquelle les autorités étatiques tardent à apporter le moindre remède efficace pendant une longue période.

Conclusion

En amont du procès international, la subsidiarité procédurale signifie, dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme, que les autorités étatiques sont chargées en premier lieu de la garantie des droits et libertés que ce Traité reconnaît, l'intervention de la Cour européenne des droits de l'homme n'étant destinée qu'à pallier les insuffisances de cette garantie. Combinées l'une à l'autre, la règle de l'épuisement des voies de recours internes et la règle imposant aux Etats parties d'octroyer un recours effectif devant une instance nationale en cas de violation de la Convention traduisent cette idée : tandis que l'Etat doit s'être vu offrir la possibilité de mettre fin ou de réparer la violation dénoncée avant que la dénonciation ne débouche dans l'ordre international, en même temps il doit fournir à la victime de la violation des voies de recours qui lui permettent d'obtenir, dans l'ordre juridique interne, qu'il soit remédié à la situation dont elle se plaint. L'évolution de la jurisprudence européenne, qui a conduit à affirmer que l'Etat partie à la Convention peut être tenu au respect de certaines obligations pouvant être qualifiées d'obligations de prévention, signifie cependant que cette subsidiarité en amont, qu'on pouvait penser favorable à l'effectivité de la Convention européenne des droits de l'homme, à présent apparaît comme venant restreindre l'effectivité à laquelle cet instrument peut prétendre. Car elle encourage bien les Etats à rehausser le statut de la Convention européenne des droits de l'homme dans leur ordre juridique interne, et à multiplier les possibilités pour la victime d'une violation de la Convention d'obtenir réparation du préjudice qui en résulte pour elle, avant qu'elle puisse prétendre avoir épuisé les voies de recours

offertes en droit interne; mais comment celui qui obtenu gain de cause devant les juridictions internes pourrait-il ensuite se plaindre, devant le juge international, que l'Etat aurait dû aller au-delà, et non seulement le rétablir dans la situation qui était la sienne avant que la violation fût commise à son égard, mais encore adopter les mesures — prospectives plutôt que rétrospectives, d'ordre général plutôt que simplement individuel — visant la prévention de la répétition de la violation, plutôt que la remise des choses dans leur pristin état à son bénéfice exclusif? La réhabilitation de la notion de « pratique » étatique contraire à la Convention, caractérisée à présent par le seul élément de la répétition de violations d'un même genre — alors qu'une interprétation plus exigeante avait conduit à priver cette notion de tout effet pratique dans le contexte de la requête individuelle depuis vingt-cinq ans —, peut constituer une sortie de cette difficulté. Cela expliquera l'accent mis, dans cette étude, sur les promesses que pareille réhabilitation recèle.

• En aval du procès international, la subsidiarité procédurale se traduit par la liberté de principe qui est reconnue à l'Etat dans le choix des moyens par lesquels s'acquitter de l'obligation que lui impose l'article 46, § 1er, de la Convention — celle de se conformer à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme rendu dans le litige auquel il est partie — . Cette idée de subsidiarité est même présente au sein de l'élément décisoire du dispositif de l'arrêt de la Cour. Celle-ci reçoit de l'article 41 le pouvoir d'accorder une satisfaction équitable à la partie qu'a lésée une violation de la Convention. Mais elle n'octroie cette satisfaction équitable que pour autant que le droit interne de l'Etat défendeur ne permette pas l'effacement des conséquences de la violation, ou bien, *a fortiori*, lorsque l'effacement des conséquences — la *restitutio in integrum* — est impossible, comme lorsqu'il n'est pas possible de raccourcir des délais de jugement trop longs, de rendre leurs jours de liberté à ceux qui en ont été injustement privés, ou de rendre la vie à ceux qui l'ont perdue. En outre, l'Etat défendeur et la partie lésée par la violation que la Cour a constatée peuvent s'accorder sur le montant de la réparation due à la victime, et le contrôle que la Cour exerce sur la réalité du consentement

à cet accord et sur le contenu de l'accord demeure relativement marginal. Ici encore, la subsidiarité apparaît comme une limite à l'effectivité avec laquelle la Cour européenne des droits de l'homme peut remplir son office. A défaut pour la Cour non seulement de pouvoir s'ériger en instance d'appel ou de cassation des décisions administratives ou judiciaires internes, ou en juge de la conformité des normes législatives internes à la Convention, mais encore de pouvoir délivrer des injonctions aux autorités étatiques, elle doit parfois attendre plusieurs années — et parfois, plusieurs condamnations successives — avant que ces autorités prennent les mesures d'ordre général et préventif qu'appelle le constat de la violation dont elles se sont rendues coupables dans telle instance individuelle. A défaut pour la Cour d'accorder des dommages et intérêts punitifs, même s'agissant des violations de la Convention qui affectent une collectivité et dont la requête individuelle portée devant elle n'est que l'indice, l'octroi de la satisfaction équitable ne saurait constituer un instrument de nature à compenser cette difficulté. Ici encore, ce qui avive la tension entre la subsidiarité et l'effectivité, c'est la nature spécifique des obligations de prévention que la Convention impose aux Etats parties : c'est parce que la Convention impose aux Etats non seulement de ne pas violer directement, par l'intermédiaire de leurs organes, les droits et libertés qu'elle consacre, mais encore de ne pas demeurer passifs face à des violations qui ont leur source dans des rapports interindividuels, que la liberté de choix de l'Etat quant aux conséquences à déduire de l'arrêt de condamnation le concernant, comme l'indexation du montant de la satisfaction équitable sur la situation de l'individu plutôt que sur l'ampleur de l'obligation que l'Etat n'a pas respectée, deviennent aujourd'hui problématiques.