



« ARTICLE 39 »

Comment la CEDH s'est reconnu le pouvoir de suspendre les expulsions

1

Mai 2024

Grégor Puppınck

La Cour européenne des droits de l'homme (ci-après « CEDH » ou « Cour ») a développé une vaste jurisprudence au soutien des droits et libertés des étrangers présents sur le territoire d'un État partie à la Convention européenne des droits de l'homme, ou placés sous sa responsabilité, visant en particulier à empêcher leur expulsion dans l'hypothèse où celle-ci risquerait de porter atteinte à leurs droits garantis au titre de ladite convention. Mais cette protection accordée aux étrangers deviendrait ineffective si elle n'était assortie de la faculté pour la Cour de suspendre les procédures d'expulsions litigieuses en cours. Il est donc apparu essentiel, du point de vue de la CEDH, de posséder le pouvoir d'obliger les États à suspendre ces expulsions, dans l'attente de son jugement sur le fond. Cette suspension s'opère au moyen d'une procédure appelée « mesures provisoires » ou « mesures conservatoires ».

Ces mesures s'appliquent en présence d'un risque imminent d'atteinte irréparable à un droit protégé par la Convention européenne des droits de l'homme, lorsqu'elles sont estimées nécessaires par la Cour dans l'intérêt des parties ou du bon déroulement de la procédure. Elles sont employées principalement en matière d'éloignement d'étrangers, c'est-à-dire d'expulsion ou d'extradition¹, mais peuvent porter sur toute situation, y compris à l'occasion d'affaires interétatiques. Même si la plupart des cas concernent des menaces d'atteintes à la vie ou de mauvais traitements des requérants si leur éloignement avait lieu, la Cour a étendu leur application, notamment à des demandes relatives au droit à un procès équitable², au respect de la vie privée et familiale³, ou encore à la liberté d'expression⁴. Plus récemment, elle a appliqué ces mesures pour obliger des gouvernements à offrir des hébergements à des familles roms⁵ et à des migrants⁶ (affaires *et Camara c. Belgique, entre autres*).

La possession de ce pouvoir d'émettre des mesures provisoires obligatoires garantit l'effectivité de l'autorité juridictionnelle de la Cour. Ce pouvoir est essentiel non seulement pour prévenir les expulsions qui exposeraient des étrangers au risque de violation de leurs droits et libertés, mais aussi pour garantir l'effectivité de la jurisprudence de la CEDH en la matière. En effet, les mesures provisoires sont comme le verrou, la dernière maille du filet de protection des étrangers tissé par la CEDH. En vertu du principe de subsidiarité, les États doivent appliquer par eux-mêmes la jurisprudence de la CEDH, celle-ci ne les condamnant que dans le cas contraire. Les mesures provisoires sont donc appliquées par la Cour lorsque celle-ci estime, *prima facie*, que les autorités nationales n'ont probablement pas appliqué sa jurisprudence dans un cas particulier. Si les mesures provisoires n'étaient pas obligatoires et reconnues comme telles, les États pourraient expulser des étrangers quitte à se faire condamner par la suite, ce qui serait sans effet sur la situation réelle des personnes étrangères en cause.

Or, le caractère obligatoire des mesures provisoires de la CEDH est contesté par plusieurs gouvernements dès lors que celles-ci font obstacle à leur politique de lutte contre l'immigration illégale. C'est le cas en particulier du Royaume-Uni dont le Parlement a adopté le 25 avril 2024 une loi faisant interdiction aux juges nationaux de tenir compte des mesures provisoires de la CEDH à l'encontre du transfert au Rwanda d'immigrés illégaux (loi intitulée « Safety of Rwanda (Asylum and Immigration) Act 2024 »). Cette loi est une réponse aux mesures provisoires édictées par la CEDH le 13 juin 2022 et s'opposant déjà à un tel transfert. La France s'est aussi illustrée par son refus de respecter de telles mesures provisoires. Elle fut condamnée deux fois en 2018 pour avoir ainsi expulsé des étrangers et binationaux liés au terrorisme contre

¹ CEDH, *Soering c. Royaume-Uni*, n°14038/88, 7 juillet 1989.

² CEDH, *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni*, n° 8139/09.

³ CEDH, *Evans c. Royaume-Uni*, n° 6339/05.

⁴ CEDH, *Ano Rid Novaya Gazeta et autres c. Russie*, n° 11884/22, décisions sur les mesures provisoires du 10 mars 2022.

⁵ CEDH, *P.H. et autres c. Italie*, n° 27157/19, 5 juillet 2022.

⁶ CEDH, *Camara c. Belgique*, n° 49255/22, 31 oct. 2022, décision sur les mesures provisoires. Voir aussi CEDH 15 nov. 2022, n° 48987/22 et 147 autres ; *Msallem et 147 autres c. Belgique*, décision sur les mesures provisoires ; 13 déc. 2022, n° 52208/22 et 142 autres ; *Al-Shujaa et autres c. Belgique* ; n° 55140/22 et 16 autres, *Niazai c. Belgique et autres*, décisions sur les mesures provisoires.

les mesures indiquées par la Cour, provoquant sa condamnation par la CEDH en 2018⁷. Plus récemment, le ministre français de l'Intérieur a assumé avoir expulsé un ressortissant étranger en Ouzbékistan en passant outre les mesures provisoires prescrites par la CEDH, déclarant à la presse : « Ce que j'assume, c'est de ne pas attendre la décision que prend la Cour européenne des droits de l'homme alors que le tribunal administratif, la cour d'appel et le Conseil d'État ont donné raison à l'État⁸ ».

En raison de l'importance majeure des questions relatives au contrôle de l'immigration, il est opportun de clarifier la question du caractère obligatoire des mesures provisoires de la CEDH. Nous adoptons pour cela une approche chronologique retraçant l'origine de cette procédure, le refus des États de leur donner une valeur conventionnelle, l'affirmation tardive de leur force obligatoire par la Cour, l'explosion du nombre de demandes qui s'en est suivie, et enfin la persistance de leur contestation.

Une procédure introduite par la Cour dans son Règlement intérieur

En 1949, lors de la rédaction de la Convention européenne, le Mouvement Européen, qui lança l'idée d'une convention européenne des droits de l'homme, proposa d'insérer dans un projet de statut de la Cour européenne une disposition relative aux mesures provisoires. Ce texte dotait la cour du « pouvoir d'indiquer, [si elle] estime que les circonstances l'exigent, les mesures provisoires qui devraient être prises pour préserver les droits respectifs de l'une ou l'autre partie⁹ ». Cette disposition était inspirée de l'article 41 du Statut de la Cour internationale de Justice. Elle ne fut toutefois pas conservée dans le texte final de la Convention qui ne prévoit donc pas cette faculté.

À défaut d'un tel pouvoir conféré par les États dans la Convention, la Cour introduisit par elle-même dans son Règlement de 1959 une disposition prévoyant la faculté de « signaler à l'attention des Parties les mesures provisoires dont l'adoption paraît souhaitable » (art. 34). La formulation fut légèrement modifiée en 1982, prévoyant alors la possibilité d'« indiquer à toute Partie et, le cas échéant, au requérant les mesures provisoires dont l'adoption par eux se recommande¹⁰ ». Il est alors incontesté que ces mesures provisoires ne sont pas obligatoires, ainsi que cela transparaît d'ailleurs nettement dans leur énoncé. Il s'agit de recommandations généralement respectées par les parties dans un esprit de coopération loyale avec la Cour. Les États *se doivent* de les respecter, par respect pour leur propre engagement envers le système de la Convention, et non par obéissance à la Cour ou à l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme. Les États qui ne respectaient pas ces demandes n'étaient pas condamnés à ce titre, car leur non-respect ne constituait pas une violation de la Convention européenne. Cela

⁷ CEDH, *M.A. c. France*, n° 9373/15, 1^{er} février 2018, s'agissant d'un ressortissant algérien lié au terrorisme ; CEDH, *A.S. c. France*, n° 46240/15, 19 avril 2018, s'agissant d'un ressortissant Marocain binational lié au terrorisme.

⁸ « Gérard Darmanin au JDD : “Aucun tabou pour protéger les Français” », *Journal du dimanche*, 22 octobre 2023.

⁹ Conseil de l'Europe, Recueil des travaux préparatoires, vol. I, p. 31.

¹⁰ La version anglaise dit “indicate to any Party and, where appropriate, the applicant, any interim measure which it is advisable for them to adopt”.

étant, ces demandes de mesures provisoires étaient généralement respectées, la Cour et l'ancienne Commission faisant peu usage de cette faculté, et uniquement dans des cas extrêmes de danger pour la vie ou l'intégrité physique des personnes.

Désireuse de renforcer le système de la Convention, l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe recommanda en 1971 aux États membres de rédiger un protocole additionnel à la Convention qui « conférerait aux organes de la convention, et en particulier à la Commission européenne des Droits de l'Homme, le pouvoir de prescrire des mesures intérimaires dans les cas appropriés¹¹ ». Ceci fut refusé par les États au motif que ce ne serait pas utile¹².

L'ancienne Commission européenne des droits de l'homme, supprimée en 1998, avait pour rôle de recevoir les requêtes, de se prononcer sur leur recevabilité, de rechercher un accord amiable et à défaut de les transmettre à la Cour européenne. Elle était donc directement confrontée aux situations urgentes pouvant nécessiter l'adoption de mesures provisoires.

La reconnaissance par la Cour du caractère non obligatoire de ses mesures provisoires

Dans l'arrêt *Cruz Varas et autres c. Suède* du 20 mars 1991 (n° 15576/89), la Cour procéda à un examen approfondi de la force des mesures provisoires, dans une affaire mettant en cause une expulsion réalisée malgré l'indication contraire formulée par l'ancienne Commission. Dans cet arrêt, la Cour a écarté l'un après l'autre chaque argument invoqué au soutien de la force obligatoire, en ayant recours à une interprétation stricte de la Convention européenne. Se référant d'abord à la lettre de la Convention, la Cour a constaté que la formulation de mesures provisoires est une « simple norme de procédure » prévue par le Règlement, et qu'elle « ne saurait passer pour créer une obligation juridique à la charge d'un État contractant » (§ 98), laquelle ne peut résulter que de la Convention. La Cour écarta ensuite l'argument selon lequel l'extradition du requérant malgré des mesures provisoires contraires constituerait une violation du droit du requérant à un recours effectif auprès de la CEDH, car « on forcerait le sens de cet article [garantissant ce droit] si l'on déduisait des mots "s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit" une obligation de se conformer à une indication [de mesures provisoires] donnée en vertu (...) du règlement intérieur » (§ 99). La Cour écarta aussi l'argument selon lequel le fait que les États aient presque toujours respecté les mesures provisoires attesterait leur caractère obligatoire, estimant à l'inverse que « l'usage consistant à respecter lesdites indications ne peut avoir été fondé sur la conviction qu'elles revêtaient un caractère contraignant (...); il reflète plutôt le souci de coopérer loyalement avec la Commission quand l'État en cause le juge possible et raisonnable. » Enfin, en réponse à l'argument selon lequel le caractère obligatoire des mesures provisoires se déduirait des principes généraux du droit international, la Cour opposa nettement que « la question de la force obligatoire des mesures provisoires indiquées par les juridictions internationales prête à controverse et il n'existe pas de règle juridique uniforme » (§ 101). La Cour arriva ainsi à la conclusion qu'elle ne peut déduire de la Convention un pouvoir d'ordonner des mesures

¹¹ Assemblée consultative, Recommandation 623 (1971), *Mesures provisoires complémentaires à la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Annuaire de la Convention, vol. 14, pp. 68-71.

¹² Documents de séance, 25e session ordinaire (25 septembre-2 octobre 1973), Doc. 3325, pp. 4-6.

provisaires. Dès lors, le non-respect de celles-ci ne serait pas en soi constitutif d'une violation de la Convention, mais aurait pour effet d'aggraver le cas de l'État défendeur si la mesure en cause (en l'occurrence une expulsion) était jugée ensuite par la Cour comme constitutive d'une violation de la Convention (§ 103). L'État défendeur ne pourrait pas prétendre avoir été dans l'ignorance du risque de violation des droits du requérant.

La Cour nota aussi, incidemment, qu'« il appartient aux États contractants d'apprécier l'opportunité de remédier à cette situation en adoptant une nouvelle disposition » (§ 102), c'est-à-dire en modifiant la Convention ou en adoptant un protocole additionnel conférant ce pouvoir à la Cour. Cette remarque n'était pas gratuite et s'adressait aux États alors que le chantier de la réforme institutionnelle du système de la Convention européenne allait s'ouvrir. Mais ce fut une nouvelle déception pour la Cour ; déception qu'elle exprima en 1994 lorsque consultée sur le projet de protocole 11 réformant le système de la Cour, elle déplora que les États ne lui aient pas conféré à cette occasion le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires¹³, malgré une proposition du Gouvernement Suisse allant en ce sens. Les États écartèrent la proposition suisse afin de ne pas faire retarder l'avancée des travaux¹⁴. Autrement dit, la proposition n'était pas suffisamment consensuelle pour parvenir à un accord.

La Cour se borna alors, lors de la révision de son règlement en 1998 à la suite de l'entrée en vigueur dudit protocole supprimant l'ancienne commission, à adopter un article 39 disposant que « la chambre ou, le cas échéant, son président peuvent, soit à la demande d'une partie ou de toute autre personne intéressée, soit d'office, indiquer aux parties toute mesure provisoire qu'ils estiment devoir être adoptée dans l'intérêt des parties ou du bon déroulement de la procédure ». Bien que l'expression « devoir être adoptée » connote une volonté de renforcer l'autorité des mesures provisoires, celles-ci restent indicatives. Ceci fut encore confirmé dans un jugement *Čonka c. Belgique* de 2001¹⁵.

5

Le revirement spectaculaire de 2005 : des mesures dorénavant obligatoires

La situation changea brutalement en 2005 lorsque la Cour opéra le tour de force de condamner pour la première fois un gouvernement pour non-respect des mesures provisoires. Elle le fit dans l'arrêt de grande chambre *Mamatkulov et Askarov contre la Turquie* portant sur l'extradition par la Turquie vers l'Ouzbékistan de personnes accusées de terrorisme¹⁶. Ne pouvant condamner un État pour non-respect d'une disposition de son règlement (l'article 39),

¹³ Opinion of the Court on Draft Protocol No 11 to the European Convention on Human Rights DH-PR (94)4, 31 January 1994, p. 3.

¹⁴ Voir Alphonse Spielmann et Dean Spielmann, « L'indication de mesures provisoires par la Cour unique et permanente – La nécessité d'une réforme », in P. Mahoney, F. Matscher, H. Petzold, L. Wildhaber (éd.), *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag KG, Cologne, Berlin, Bonn, Munich, 2000, p. 1347-1358 ; ainsi que Dean Spielmann, « Les mesures provisoires et les organes de protection prévus par la Convention européenne des droits de l'homme », in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts au Professeur Jacques Velu*, Bruylant, Bruxelles, 1992, p. 1294-1317.

¹⁵ *Čonka c. Belgique*, déc., n° 51564/99, 13 mai 2001.

¹⁶ *Mamatkulov et Askarov c. Turquie* [GC], n° 46827/99 et 46951/99, 4 février 2005.

la Cour accorda une force obligatoire à ses mesures provisoires de façon indirecte, en jugeant que leur non-respect porte atteinte aux droits de recours individuel et effectif garantis aux articles 34 et 13 de la Convention, contredisant ainsi l'arrêt *Cruz Varas* de 1991. Elle s'appuya, pour ce faire, sur le constat de l'existence d'une tendance parmi les instances internationales, en particulier sur la décision *LaGrand*¹⁷ de 2001 par laquelle la Cour internationale de Justice (CIJ) avait affirmé la force obligatoire de ses propres mesures provisoires. Ce revirement spectaculaire de la CEDH fut contesté par plusieurs juges, dans une opinion dissidente, qui notèrent notamment que la CEDH n'est pas dans la même situation que la CIJ car la faculté de celle-ci d'indiquer de telles mesures a été prévue par les États dans son traité constitutif (art. 41 du Statut de la CIJ) à la différence de la CEDH¹⁸. En conséquence, il s'agissait pour la CIJ d'interpréter une disposition de son propre traité, et non de créer une nouvelle obligation. Pour ces juges, une telle conclusion « équivaut à un *excès de pouvoir* ». Même si « une telle compétence peut paraître souhaitable », ils rappellent, comme le fit l'arrêt *Cruz Varas*, que « c'est aux Parties contractantes qu'il appartient de la conférer à la Cour. » La Cour confirma cette nouvelle position dans ses arrêts postérieurs¹⁹, estimant que le non-respect des mesures provisoires constitue en soi une violation de l'article 34 de la Convention, même si le risque que les mesures voulaient prévenir ne s'est finalement pas réalisé²⁰. La Cour assimile ainsi la prise d'un risque de violation à la violation elle-même. Ainsi, même s'il apparaît *a posteriori* que les autorités nationales avaient procédé à une évaluation correcte des risques encourus en cas d'exécution de sa décision, le non-respect des mesures provisoires suffit en soi à emporter le constat de violation de l'article 34²¹.

Enfin, pour déclarer obligatoires ses mesures provisoires, la Cour a tordu le droit au nom de la morale, convaincue que sa décision était moralement bonne et qu'elle constituait un progrès. Peu importe dès lors qu'elle contredise le droit antérieur, car il n'est pas tant contredit que dépassé dans le mouvement dialectique du progrès des droits de l'homme. En déclarant obligatoires ses mesures provisoires, la CEDH a aussi voulu renforcer son propre pouvoir, pour fonctionner sur le modèle des juridictions nationales et fédérales, alors qu'elle a été instituée sur le modèle des instances internationales fondées sur la coopération loyale et la bonne foi. Ce faisant, elle a remplacé la coopération par l'obligation.

¹⁷ Affaire *LaGrand* ; *Allemagne c. États-Unis d'Amérique*, Arrêt du 27 juin 2001, CIJ, Recueil 2001, §§ 48 et 117.

¹⁸ La CEDH, à la différence d'autres traités ou instruments internationaux, ne renferme aucune clause explicite en la matière. Voir par exemple les articles 41 du Statut de la Cour internationale de Justice, 63 de la Convention américaine des Droits de l'Homme de 1969, 185 et 186 du Traité de 1957 instituant la Communauté économique européenne.

¹⁹ CEDH, *Aoulmi c/ France*, n° 50278/99, 17 janv. 2006, § 112. V. également : CEDH, *Olaechea Cahuas c/ Espagne*, n° 24668/03, 10 août 2006, § 63-83.

²⁰ CEDH, *Olaechea Cahuas c. Espagne*, n° 24668/03, 10 août 2006.

²¹ Haeck Y, Herrera CB, Zwaak L. Non-compliance with a Provisional Measure Automatically Leads To a Violation of the Right of Individual Application ... or Doesn't It?: Strasbourg Court Takes Away Any Remaining Doubts and Broadens Its Pan-European Protection. *European Constitutional Law Review*. 2008;4(1):41-63.

L'explosion du nombre de demandes de sursis à l'exécution de mesures d'éloignement

Une conséquence probable de ce jugement fut l'explosion des demandes de mesures provisoires de sursis à l'exécution de mesures d'éloignement, d'extradition ou d'expulsion d'étrangers. Le Président de la Cour européenne en 2011, Jean-Paul Costa, s'inquiéta publiquement de cette « augmentation alarmante », notant qu'elles ont augmenté entre 2006 et 2010 de « plus de 4 000 %²² », ce qui « menace de la transformer [la Cour] en tribunal de premier degré de l'immigration²³ ». La Cour a été saisie en 2012 de 1972 demandes²⁴.

En réponse à cette explosion des demandes, la Cour a pris dès 2011 des dispositions visant à en réduire le nombre et à mieux les gérer en publiant, d'une part, une nouvelle « instruction pratique » présentant la procédure et ses conditions à destination des requérants, et en instituant d'autre part une « unité article 39 » chargée de répondre dans de très brefs délais aux demandes de mesures provisoires. L'appel du Président Costa fut entendu par les représentants des États membres qui, dans la déclaration adoptée au terme de la Conférence de haut niveau d'Izmir sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme, les 26 et 27 avril 2011, exprimèrent leurs préoccupations et le souhait de voir baisser le nombre de mesures provisoires. Plus précisément, les États ont souligné la nécessité pour la Cour de « concilier au mieux la pratique des mesures provisoires avec le principe de subsidiarité », c'est-à-dire de ne pas empiéter sur le rôle des juridictions nationales, « rappelant que la Cour n'est pas [c'est à dire ne doit pas être] un tribunal d'appel traitant des questions d'immigration ni un tribunal de quatrième instance ». De façon plus significative encore, les États ont invité « la Cour, à l'occasion des requêtes relatives à l'asile et à l'immigration, à évaluer et à tenir pleinement compte de l'effectivité des procédures nationales et, lorsqu'il apparaît que ces procédures fonctionnent de manière équitable et dans le respect des droits de l'homme, à éviter d'intervenir sauf dans les circonstances les plus exceptionnelles ». Les États invitent donc la Cour à la retenue en matière d'immigration. Cette conférence de haut niveau fait partie d'un second processus de réforme de la Cour européenne, initié lors de la Conférence d'Interlaken de 2010 et visant à renforcer le système de la Cour, face notamment à l'afflux croissant de requêtes.

7

Le refus persistant de conférer un fondement conventionnel aux mesures provisoires

C'est dans le cadre de ce processus de réforme de la Cour qu'il fut une nouvelle fois envisagé de donner une valeur conventionnelle au pouvoir d'indiquer des mesures provisoires, en intégrant l'article 39 du Règlement soit dans la Convention, soit dans un nouveau traité qui conférerait un statut à la Cour, à l'instar de celui de la CIJ. Un tel statut contiendrait les normes relatives au fonctionnement de la Cour, mais adoptées par les États, et disposant donc d'une

²² Déclaration du Président concernant les demandes au titre de l'article 39 du règlement, n° 127 14.02.2011. <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-5297776-6592690>

²³ Discours de M. Jean-Paul Costa, président de la Cour européenne des droits de l'homme, à l'occasion de la cérémonie d'ouverture de l'année judiciaire, 28 janvier 2011.

²⁴ Guillaume Le Floch, Les mesures provisoires devant la Cour européenne des droits de l'homme, Quelques remarques à partir de l'affaire *Lambert*, in Procédure contentieuse, Actes de colloque, en ligne.

valeur conventionnelle à la différence du règlement de la Cour. Les représentants des États renoncèrent toutefois à cette idée, l'estimant trop complexe²⁵. Certains États voulurent préciser à cette occasion les critères d'application des mesures provisoires, tandis que d'autres estimèrent à l'inverse que « toute tentative de réguler la capacité de la Cour d'exercer cette compétence irait à l'encontre de l'objectif d'augmenter sa capacité à réagir de manière flexible²⁶ ». En d'autres termes, si certains États voulaient conférer à la Cour un véritable pouvoir conventionnel d'ordonner des mesures provisoires, d'autres voulaient à l'inverse saisir cette occasion pour l'encadrer davantage. Ce fut donc un échec.

Tout au plus, les États convinrent de rappeler, dans la déclaration de Bruxelles adoptée à l'issue de la quatrième conférence de haut niveau sur la réforme de la Cour de 2015²⁷, que le respect des mesures provisoires participe au respect des obligations des États parties en vertu de l'article 34 de la Convention²⁸, tout en réaffirmant la « nature subsidiaire du mécanisme de contrôle institué par la Convention et, en particulier, le rôle premier joué par les autorités nationales, à savoir les gouvernements, les tribunaux et les parlements, et leur marge d'appréciation dans la garantie et la protection des droits de l'homme au niveau national ». Les États s'accordèrent aussi à inviter « la Cour à envisager de motiver, de manière brève, ses décisions indiquant des mesures provisoires²⁹ ». Cette invitation à justifier ses décisions fut déclinée par la Cour au motif que « procéder ainsi n'aurait pas été compatible avec la nécessité de statuer sur les demandes de mesure provisoire dans un délai très bref, généralement le jour même de la réception de la demande³⁰ ».

Depuis, le nombre de demandes de mesures provisoires est resté élevé, atteignant 1936 demandes en 2021, et même 3634 en 2023 dont 1419 furent octroyées cette même année, selon les statistiques de la CEDH. La Cour ne se plaint plus publiquement de l'explosion de ces demandes, mais s'emploie à les gérer. Elle a pour cela créé en octobre 2022 un site dédié permettant aux requérants de déposer des demandes de mesures provisoires auprès de la Cour européenne par la voie électronique (le site r39.echr.coe.int).

²⁵ Voir document CDDH(2012)R75 Addendum I, paragraphes 32 e) et f) et 33.

²⁶ Comité Directeur pour les Droits de l'Homme (CDDH), Comité d'experts sur une procédure simplifiée d'amendement de certaines dispositions de la convention européenne des droits de l'homme (DH-PS), Projet de rapport final du CDDH, 4e réunion, Strasbourg, 14-16 mai 2012. DH-PS(2012)R4, Addendum I, p. 37.

²⁷ Conférence de haut niveau sur la mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme, une responsabilité partagée. Déclaration de Bruxelles 27 mars 2015.

²⁸ La Conférence de haut niveau « Souligne les obligations des États parties en vertu de l'article 34 de la Convention de ne pas entraver l'exercice du droit de recours individuel, y compris en respectant l'article 39 du Règlement de la Cour concernant les mesures provisoires, ainsi qu'en vertu de l'article 38 de la Convention de fournir à la Cour toutes les facilités nécessaires durant l'examen des affaires ».

²⁹ CDDH, Déclaration de Bruxelles, 26-27 mars 2015, Plan d'action, A 1 d). V. également résolution 1788 (2011), préc., § 16.3.

³⁰ Rapport annuel de la CEDH, 2016, p. 13.

La contestation persistante de la force obligatoire des mesures provisoires

La force obligatoire des mesures provisoires demeure contestée. La CEDH déplora cette situation par la voix de sa Présidente³¹, rappelant que « en 2023, certains États ont continué à affirmer qu'ils doutaient d'être liés par des mesures provisoires », et estimant « très préoccupant que certains États contractants soient prêts à faire ainsi abstraction de leurs obligations internationales³² ». C'est le cas notamment de la Russie, mais aussi du Royaume-Uni et de la France, comme cela fut évoqué en introduction.

S'agissant de la France, leur force obligatoire a été entérinée par le juge administratif, lequel a décidé en 2008 d'annuler une décision d'expulsion prise en violation d'une mesure provisoire indiquée par la CEDH³³. Le Conseil d'État jugea lui aussi que le non-respect d'une mesure provisoire constituait une atteinte grave et manifestement illégale au droit de recours individuel garanti par l'article 34 de la Convention européenne des droits de l'homme³⁴. Toutefois, cela n'a pas empêché le gouvernement d'expulser des étrangers et binationaux liés au terrorisme contre les mesures indiquées par la Cour, provoquant sa condamnation par la CEDH en 2018³⁵. Plus récemment, le Conseil d'État a condamné le gouvernement pour avoir expulsé un ressortissant étranger en Ouzbékistan en passant outre les mesures provisoires prescrites par la CEDH, y voyant une « atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale », et ordonnant au ministère de l'intérieur « de prendre dans les meilleurs délais toutes mesures utiles afin de permettre le retour, aux frais de l'État, de M. A. en France³⁶ ». Critiqué pour cette décision, le Ministre déclara alors, ainsi qu'il a déjà été dit en introduction : « Ce que j'assume, c'est de ne pas attendre la décision que prend la Cour européenne des droits de l'homme alors que le tribunal administratif, la cour d'appel et le Conseil d'État ont donné raison à l'État³⁷ ».

Auprès d'une autre instance internationale, la France a aussi dénié tout caractère obligatoire aux mesures provisoires édictées le 3 mai 2019 par le Comité international des droits des personnes handicapées des Nations unies (CDPH) et enjoignant le Gouvernement français à maintenir les soins dispensés à Vincent Lambert (affaire *Lambert c. France*). Ce refus est d'autant plus marquant que la faculté de prescrire ces mesures provisoires a été prévue par les États dans le Protocole facultatif se rapportant à la Convention relative aux droits des personnes handicapées. Saisie par les parents Lambert, la Cour d'appel de Paris réfuta les arguments de l'État français et lui ordonna de « prendre toutes mesures aux fins de faire respecter les mesures provisoires demandées par le Comité international des droits des personnes handicapées le 3

³¹ Voir les déclarations de la Présidente de la CEDH dans les rapports annuels 2022 et 2023.

³² Síofra O'Leary, Présidente de la CEDH, rapport annuel 2023, p. 7.

³³ TA Paris, 17 avr. 2008, n° 0800755, *Subramaniam Rajathurai c/ Préfet de police* : JurisData n° 2008-002934 ; AJDA 2008, p. 1445, concl. P. Letourneur.

³⁴ CE, ord., 30 juin 2009, n° 328879, *Ministre de l'Intérieur c/ Beghal* : JurisData n° 2009-004779 ; Rec. CE 2009, p. 240 ; JCP G 2009, act. 139, obs. M.-C. Rouault. Le Conseil d'État laisse néanmoins entendre que le juge administratif peut ne pas se conformer aux mesures provisoires indiquées par la CEDH en cas « *d'exigence impérieuse d'ordre public* » « *ou de tout autre obstacle objectif* ». Cf. Le Floch.

³⁵ CEDH, *M.A. c. France*, n° 9373/15, 1^{er} février 2018, s'agissant d'un ressortissant algérien lié au terrorisme ; CEDH, *A.S. c. France*, n° 46240/15, 19 avril 2018, s'agissant d'un ressortissant Marocain binational lié au terrorisme.

³⁶ Conseil d'État, Juge des référés, n° 489817, 07 décembre 2023.

³⁷ « Gérald Darmanin au JDD : “Aucun tabou pour protéger les Français” », *Journal du dimanche*, 22 octobre 2023.

mai 2019 tendant au maintien de l'alimentation et l'hydratation » de Vincent Lambert³⁸. Saisie par l'État, la Cour de cassation cassa l'arrêt de la Cour d'appel, mais en évitant toutefois de se prononcer sur la force des mesures provisoires³⁹. Saisie à son tour par les parents Lambert, la CEDH n'a étonnamment rien trouvé à redire sur le refus de la France de respecter les mesures provisoires émises par le comité des Nations Unies. Elle a écarté la nouvelle demande des parents de Vincent Lambert, entérinant ainsi le non-respect des mesures provisoires édictées par le Comité⁴⁰.

S'agissant du Royaume-Uni, son gouvernement actuel conteste la force obligatoire des mesures provisoires après que des juridictions britanniques aient empêché le transfert au Rwanda d'étrangers en situation illégale au motif que la CEDH avait été saisie et avait émis (le 13 juin 2022) une demande de mesures provisoires en ce sens. Les juridictions britanniques imposèrent ainsi au gouvernement le respect des mesures provisoires émises par la CEDH.

Ce transfert au Rwanda repose sur un accord bilatéral conclu avec le Royaume-Uni prévoyant les conditions et modalités de délocalisation d'immigrés illégaux en vue de traiter dans ce pays d'accueil leurs demandes de titres de séjours, aux frais du Royaume-Uni. Toute personne ayant obtenu l'asile continuerait de résider au Rwanda, tandis que les demandeurs d'asile déboutés seraient renvoyés vers leur pays d'origine. Cet accord poursuit un objectif dissuasif.

La décision de la CEDH fit grand bruit au Royaume-Uni, et suscita de nouvelles tensions entre le gouvernement britannique et la Cour européenne. Ces mesures furent contestées publiquement. Il fut aussi reproché à la Cour d'imposer ces mesures sans respect des formes élémentaires en usage dans les juridictions car les mesures provisoires sont adoptées par un juge unique, qui plus est non identifié, et sont adressées par simple courrier non signé, sans motivation ni possibilité de débat contradictoire. Il fut aussi reproché à la Cour de ne pas publier ces décisions⁴¹. Ces critiques sur les carences de la CEDH dans la prise de ces décisions, bien que formulées avec une particulière force au Royaume-Uni, sont de portée générale et sont partagées ailleurs en Europe⁴².

Confrontée à une telle critique, la CEDH chercha à y répondre en publiant en 2024 une version révisée de l'article 39 de son règlement, ainsi que de [l'instruction pratique sur les mesures provisoires](#). La nouvelle version de l'article 39 ne change rien à la pratique, mais la précise et la codifie. Elle indique notamment que des mesures provisoires trouvent à s'appliquer en présence d'un « risque imminent d'atteinte irréparable à un droit protégé par la Convention ». La Cour décida en outre que les mesures provisoires prendraient à présent la forme de décisions

³⁸ CA Paris, Pôle 1er, 3ème ch., 20 mai 2019, n° 19/08858.

³⁹ Cour de cassation, Arrêt n° 647 du 28 juin 2019 (19-17.330 ; 19-17.342).

⁴⁰ Le 29 avril 2019, la CEDH a rejeté la demande de mesures provisoires présentée par les parents de Vincent Lambert.

⁴¹ Voir notamment Richard Ekins KC (Hon), *Rule 39 and the Rule of Law*, Policy Exchange, Londres, 2023, avec une préface de Lord Hoffmann et une postface de Lord Sumption. Voir aussi Thibaut Larrouturou, « Plaidoyer pour la motivation des mesures provisoires adoptées par la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, 2023/2 (N° 134), p. 343-364.

⁴² Voir par ex. Saccucci, A. (2021). Interim Measures at the European Court of Human Rights: Current Practice and Future Challenges. In: Palombino, F.M., Virzo, R., Zarra, G. (eds) *Provisional Measures Issued by International Courts and Tribunals*. T.M.C. Asser Press, The Hague ; Dzehtsiarou, K., & Tzevelekos, V. P. (2021). Interim Measures: Are Some Opportunities Worth Missing?. *European Convention on Human Rights Law Review*, 2(1), 1-10.

judiciaires formelles adressées aux parties et comportant l'identité du ou des juges ayant adopté ces décisions. Toutefois, la Cour refusa de motiver et de publier toutes les décisions d'octroi de mesures provisoires, se conservant la faculté de le faire au cas par cas. Il n'est donc pas possible d'effectuer un travail d'analyse approfondi sur l'action de la CEDH en la matière, ce qui est regrettable au regard de son importance et de l'impératif de transparence de l'action publique. Quant à l'instruction pratique, elle est largement complétée et précisée. C'est seulement dans ce document, publié par la Présidence de la Cour, qu'il est affirmé explicitement que les mesures provisoires sont obligatoires. Finalement, tout en répondant partiellement aux critiques britanniques, la Cour a renforcé l'autorité de ses mesures provisoires en leur conférant la forme de décisions judiciaires, et non plus de simples mesures procédurales.

L'épilogue actuel de cette histoire se situe une fois encore au Royaume-Uni, où le Parlement a adopté le 25 avril 2024 une nouvelle loi intitulée « Safety of Rwanda (Asylum and Immigration) Act 2024 », par lequel il affirme que le Rwanda est un pays sûr pour accueillir des immigrants illégaux présents au Royaume-Uni. Le but de cette loi est de réduire l'immigration clandestine par la menace d'une « délocalisation » au Rwanda. Elle prévoit de restreindre les facultés de recours individuels contre cette délocalisation ainsi que la faculté des juges britanniques de l'empêcher. Concernant les mesures provisoires de la CEDH, elle fait interdiction expresse aux juges nationaux d'en tenir compte, affirmant qu'il n'appartient qu'au gouvernement de décider s'il y a lieu de les respecter, les mesures provisoires étant adressées aux gouvernements. Filippo Grandi, Haut-Commissaire des Nations unies pour les réfugiés, et Volker Türk, Haut-Commissaire des Nations unies aux droits de l'homme, ont réagi à l'adoption de cette loi, exprimant « leur vive inquiétude quant au fait que cette loi permettrait le transfert de demandeurs d'asile dans le cadre du partenariat entre le Royaume-Uni et le Rwanda, en ne prenant que très peu en compte la situation individuelle des intéressés ou les risques en matière de protection. » Ils ont aussi estimé que « cette situation est d'autant plus préoccupante que la nouvelle loi autorise expressément le Gouvernement à ne pas tenir compte des mesures de protection provisoires prises par la Cour européenne des droits de l'homme⁴³ ».

D'autres gouvernements européens envisagent, ou ont déjà entrepris de conclure un accord similaire pour délocaliser les immigrants illégaux dans des destinations sûres. C'est le cas en particulier de l'accord conclu entre l'Italie et l'Albanie.

⁴³ Déclaration de Filippo Grandi, Haut-Commissaire des Nations Unies pour les réfugiés, et Volker Türk, Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, « *Loi britannique prévoyant l'expulsion des demandeurs d'asile au Rwanda : des dirigeants de l'ONU mettent en garde contre ses conséquences néfastes* », 23 avril 2024.

En conclusion

L'adoption de mesures provisoires est une procédure classique au sein des juridictions nationales. Au sein d'une juridiction internationale, elles ne peuvent toutefois avoir une force obligatoire qu'à la condition que les États soumis à cette juridiction l'aient acceptée, conformément aux règles générales du droit international public. C'est la raison pour laquelle la CEDH n'a pu affirmer leur force obligatoire que de façon indirecte, via l'article 34 de la Convention, supposant hardiment que les États y avaient implicitement consenti, alors qu'elle avait déclaré le contraire auparavant et que l'absence de consensus entre les États sur cette question était apparue durant l'élaboration du Protocole 11. En d'autres termes, la Cour a mis les États devant le fait accompli, confiante dans le fait qu'une large majorité de gouvernements et de la doctrine est favorable au renforcement de son pouvoir ; les opposants demeurant isolés. En déclarant obligatoires ses mesures provisoires, la CEDH a voulu renforcer son pouvoir sur le modèle des juridictions nationales, là où elle fonctionnait jusqu'alors sur le modèle des instances internationales fondées sur la coopération loyale et la bonne foi. Ce faisant, elle a remplacé la coopération par l'obligation.

L'explosion sans précédent de l'immigration illégale est venue compliquer la mise en œuvre de cette décision, provoquant un accroissement considérable et imprévu du nombre des demandes de mesures provisoires tendant à la suspension d'expulsions d'étrangers. Celles-ci ont pu s'appuyer sur un corpus de jurisprudence particulièrement protectrice des droits des étrangers et s'appliquant dès que ceux-ci se trouvent sur le territoire ou sous la responsabilité d'un État membre. C'est alors la fonction même de la CEDH qui a été affectée en devenant une sorte de juridiction de la dernière chance pour les milliers d'étrangers en instance d'éloignement. La Cour a été saisie de requêtes souvent mal rédigées, comportant des documents écrits en des langues extra-européennes et s'appuyant sur des allégations souvent invérifiables par la Cour. Finalement, il en est résulté que le simple fait de demander, et plus encore d'obtenir des mesures provisoires peut suffire à faire échapper l'étranger en cause à la surveillance des autorités et à son expulsion.

La Convention et la Cour européennes n'ont pas été conçues pour faire face à une vague migratoire. Il en résulte un décalage croissant entre la logique des gouvernements et celle de la Cour. Là où certains gouvernements voient un problème d'immigration illégale massive mettant en cause l'avenir de la civilisation, la Cour européenne voit un problème quantitatif de requêtes mettant en cause les droits d'individus. La Cour européenne veut protéger des personnes là où des gouvernements veulent protéger la société en contenant l'immigration. La Cour se fonde sur des principes moraux tandis que les gouvernements répondent à des nécessités politiques. Seule la conciliation de ces deux logiques peut être digne de l'Europe, c'est-à-dire être fidèle à ses principes sans mettre en péril la survie de sa culture. D'ailleurs, l'expérience montre que la Cour se heurte à un refus politique lorsqu'elle tente d'imposer ses principes contre les nécessités. Et les politiques se heurtent à une désapprobation morale s'ils répondent aux nécessités causées par l'immigration massive dans l'ignorance complète des principes. Toutefois, une société ne peut être et durer qu'à la condition d'assurer la primauté de son bien commun sur les droits des personnes étrangères à cette société.

Le fait, pour la CEDH, d'imposer aux États l'obligation de respecter ses mesures provisoires est non seulement une entorse aux règles classiques du droit international public, mais cela va

à l'encontre de la conciliation nécessaire entre principes et nécessités. Et c'est précisément ce manque de conciliation qui conduit parfois à un usage irresponsable des mesures provisoires, et qui motive finalement la contestation de leur force obligatoire.

Nul ne peut contester la faculté de la Cour, et l'utilité de recommander l'adoption de mesures provisoires, mais non de les imposer, car ce pouvoir ne lui a jamais été conféré. Cela étant, même déclarées obligatoires, les mesures provisoires n'en deviennent pas pour autant contraignantes, car la CEDH ne peut pas, par elle-même, en imposer le respect aux États ; elle ne peut que constater leur non-respect et condamner ce manquement. Pour s'imposer aux gouvernements nationaux, la Cour européenne doit circonvenir leur refus éventuel en s'appuyant sur l'intervention rapide de leurs juridictions nationales.

Finalement, à travers le conflit sur les mesures provisoires, c'est d'une part la tendance de la Cour à accroître son pouvoir aux dépens des États qui est mise en cause, mais aussi son refus de principe de distinguer entre étrangers et nationaux dans la garantie des droits, et plus encore son cadre de pensée individualiste qui fait primer a priori les droits de tout individu, même étranger et dangereux, sur l'intérêt de la société. À l'inverse, la crise migratoire conduit des gouvernements à réclamer l'usage de leur souveraineté pour contrôler l'immigration, à distinguer entre nationaux et étrangers, et à redécouvrir la nécessaire primauté du bien commun sur les droits individuels.

* * *