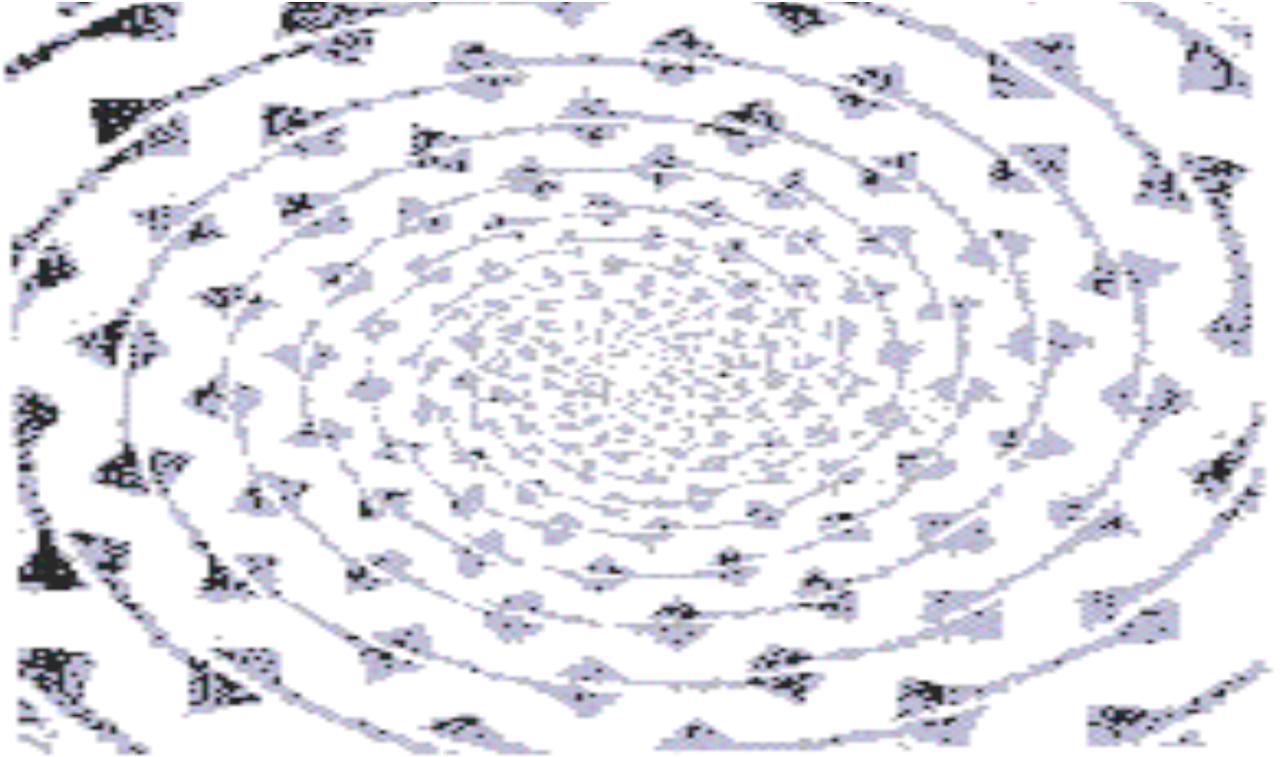


Cellule de Recherche Interdisciplinaire en Droits de l'Homme



*La contribution de la protection juridictionnelle provisoire
devant le juge national à la prévention de la violation de
la Convention européenne des droits de l'homme*

Olivier De Schutter
Gauthier De Béco

CRIDHO Working Paper 2006/02



Université catholique de Louvain
Faculté de droit
Centre de philosophie du droit
Cellule de recherche interdisciplinaire en droits de l'homme
www.cpdr.ucl.ac.be/cridho

La Cellule de recherche interdisciplinaire en droits de l'homme (CRIDHO) a été constituée au sein du Centre de philosophie du droit, Institut extra-facultaire de l'Université catholique de Louvain, par des chercheurs soucieux de réfléchir le développement contemporain des droits fondamentaux à l'aide d'outils d'autres disciplines, notamment l'économie et la philosophie politique. La CRIDHO travaille sur les rapports entre les mécanismes de marché et les droits fondamentaux, aussi bien au niveau des rapports interindividuels qu'au niveau des rapports noués entre Etats dans le cadre européen ou international.

CRIDHO Working Papers

Tous droits réservés.

Aucune partie de ce document ne peut être
publiée, sous quelque forme que ce soit,
sans le consentement de l'auteur.

The Interdisciplinary Research Cell in Human Rights (CRIDHO) has been created within the Centre for Legal Philosophy (CPDR), an extra-department Institute of the University of Louvain, by scholars seeking to understand the development of fundamental rights by relying on other disciplines, especially economics and political philosophy. The CRIDHO works on the relationship between market mechanisms and fundamental rights, both at the level of interindividual relationships as at the level of the relationships between States in the European or international context.

CRIDHO Working Papers

All rights reserved

No part of this paper may be reproduced
in any form
without consent of the author

La contribution de la protection juridictionnelle provisoire devant le juge national à la prévention de la violation de la Convention européenne des droits de l'homme

Olivier De Schutter* et Gauthier de Beco**

Ce rapport porte sur la protection juridictionnelle provisoire devant les juridictions nationales des Etats membres du Conseil de l'Europe, en tant que contribution à la prévention des violations de la Convention européenne des droits de l'homme. Le droit à un recours effectif en cas de violation des droits et libertés que reconnaît la Convention, tel qu'il est garanti à l'article 13 de celle-ci, implique dans certaines circonstances une obligation dans le chef des Etats parties d'accorder une protection juridictionnelle provisoire (I.). La Convention européenne des droits de l'homme elle-même ne définit cependant pas le régime de la protection juridictionnelle provisoire dans les Etats membres du Conseil de l'Europe. Les éléments constitutifs de ce régime se laissent pourtant déduire de l'examen des conditions auxquelles la Cour européenne des droits de l'homme elle-même accorde des mesures provisoires ainsi que certains développements concernant cette matière devant les juridictions nationales (II.). L'on peut s'interroger en conclusion sur l'opportunité d'une clarification plus complète, par exemple par la voie d'une recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, du régime de la protection juridictionnelle provisoire en cas d'atteinte portée aux droits et libertés que la Convention reconnaît (III.).

I. La protection juridictionnelle provisoire comme élément du droit à un recours effectif

L'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme prévoit que '[t]oute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles'. Il découle de cette disposition que, dès lors qu'une personne peut se prétendre victime d'une violation d'un droit ou d'une liberté protégé par la Convention, elle doit pouvoir introduire un recours devant une instance indépendante ayant la compétence de faire cesser la violation ou d'y remédier. L'allégation de violation doit être suffisamment plausible : selon la Cour en effet, '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 au regard de celle-ci'.¹ En outre, le recours doit être un recours effectif et adéquat. Il doit pouvoir dénoncer un acte violant un des droits protégés par la Convention, en pourvoyant une réparation adéquate si nécessaire.² L'instance nationale doit, par exemple, avoir la compétence de rejeter l'affirmation du pouvoir exécutif selon laquelle il existe une menace pour la sécurité nationale qui nécessite l'expulsion d'un étranger muni d'un permis de séjour permanent, lorsqu'elle juge que cette affirmation est arbitraire ou abusive.³ En ce qui concerne les recours contre l'expulsion d'étrangers qui risquent de subir des traitements inhumains ou dégradants dans leur pays d'origine, la Cour estime que 'la notion de recours effectif au sens de

* Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Louvain (UCL) et au Collège d'Europe (Natolin), membre du Centre de philosophie du droit (CPDR).

** Doctorant à l'Université de Louvain (UCL), attaché au Centre de philosophie du droit (CPDR).

¹ Cour eur. D.H., arrêt *Boyle et Rice c. Royaume-Uni*, du 24 avril 1988, Série A n° 131, § 52. Pour autant, la personne qui se prétend victime d'une atteinte aux droits que la Convention reconnaît n'est pas tenue de démontrer que sa demande n'est pas 'manifestement mal fondée' au sens de l'article 35 de la Convention : Cour eur. D.H., arrêt *Boyle et Rice c. Royaume-Uni*, précité, § 53.

² Cour eur. D.H., arrêt *Soering c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, Série A n° 161, § 120.

³ Cour eur. D.H., arrêt *Al-Nashif c. Bulgarie* du 20 juin 2002, req. n° 50963/99, § 137.

l'article 13 exige d'examiner en toute indépendance l'argument qu'il existe des motifs sérieux de redouter un risque réel de traitements contraires à l'article 3 [de la Convention]'.⁴

Pour le surplus, deux aspects de la jurisprudence relative à cette garantie de la Convention retiennent ici l'attention. Premièrement, en dépit des termes auxquels recourt l'article 13 de la Convention – qui évoque les situations où les droits qu'elle reconnaît 'ont été violés' –, l'exigence d'un droit à un recours effectif subsiste même lorsque la violation alléguée de la Convention est purement virtuelle, c'est-à-dire que la 'victime' invoque un risque de violation, là où celle-ci n'est pas encore consommée.⁵ Deuxièmement, dans certains cas exceptionnels, l'exigence d'effectivité du recours suppose que l'instance nationale devant laquelle le recours est porté ait la compétence d'accorder une protection provisoire, soit en ordonnant le sursis à exécution d'une mesure qui risquerait de porter atteinte à un droit de l'individu, soit en accordant des mesures provisoires ; il peut également découler de l'exigence d'effectivité du recours que l'introduction même de ce recours ait de plein droit pour effet de suspendre la possibilité de mise à exécution de la mesure attaquée, avant même toute intervention de l'instance saisie.

C'est cette dernière dimension du droit à un recours effectif qui retient ici l'attention. L'idée que le droit à un recours effectif pourrait exiger une protection juridictionnelle provisoire est apparue dans le cadre des recours contre les mesures d'éloignement d'étrangers qui estiment être exposés à un risque sérieux de subir, suite à leur éloignement, des traitements inhumains ou dégradants au sens de l'article 3 de la Convention. Déjà dans la Recommandation 1236 (1994) relative au droit d'asile, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe recommande au Comité des Ministres d'insister pour que les procédures d'octroi de l'asile prévoient certaines garanties juridiques minimales, parmi lesquelles la garantie que pendant le recours qu'il aura introduit contre le refus de la demande d'asile, le demandeur d'asile 'ne pourra être expulsé'. Dans la Recommandation 1327 (1997) relative à la protection et au renforcement des droits de l'homme des réfugiés et des demandeurs d'asile en Europe, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe recommande au Comité des Ministres de demander instamment aux Etats membres 'de prévoir dans leur législation l'effet suspensif de tout recours juridictionnel'.⁶ La Recommandation n° R(98)13 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur le droit de recours effectif des demandeurs d'asile déboutés à l'encontre des décisions d'expulsion dans le contexte de l'article 3 de la Convention, adoptée le 18 septembre 1998, considère que le recours devant une instance nationale en vertu de l'article 3 de la Convention n'est effectif que lorsque 'l'exécution de l'ordre d'expulsion est suspendue jusqu'à ce qu'une décision soit rendue'.⁷ La Recommandation 2001(1) du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe relative aux droits des étrangers souhaitant entrer sur le territoire des Etats membres du Conseil de l'Europe et à l'exécution des décisions d'expulsion affirme également que 'le droit à un recours effectif doit être garanti à tous ceux qui souhaitent contester une décision de refoulement ou d'expulsion du territoire. Ce recours doit être suspensif de l'exécution d'une décision d'expulsion, au moins lorsqu'il est allégué une violation éventuelle des articles 2 et 3 de la [Convention]'.⁸

La Cour européenne des droits de l'homme a adopté un même point de vue. Dès les premières affaires dont elle a été saisie en matière d'éloignement d'étrangers, la Cour avait laissé entendre qu'elle liait le caractère effectif du recours à son effet suspensif⁹; elle dispensait d'ailleurs l'étranger menacé

⁴ Cour eur. D.H., arrêt *Chahal c. Royaume-Uni* du 15 novembre 1996, Série A n° 22414/93, § 151.

⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Soering c. Royaume-Uni* du 7 juillet 1989, précité ; Cour eur. D.H., arrêt *Al-Nashif c. Bulgarie* du 20 juin 2002, précité ; Cour eur. D.H., arrêt *Chahal c. Royaume-Uni* du 15 novembre 1996, précité.

⁶ Voy. le § 8, vii, f., de la Recommandation 1327 (1997) relative à la protection et au renforcement des droits de l'homme des réfugiés et des demandeurs d'asile en Europe, *Ann. Conv.*, 1977, vol. 20, p. 83.

⁷ Voy. le § 2.2 de la Recommandation n° R(98)13 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur le droit de recours effectif des demandeurs d'asile déboutés à l'encontre des décisions d'expulsion dans le contexte de l'article 3 de la Cour eur. D.H. du 18 septembre 1998, adoptée par le Comité des Ministres lors de la 641^e réunion des Délégués des Ministres.

⁸ Voy. le § 1 de la Recommandation du commissaire aux droits de l'homme relative aux droits des étrangers souhaitant entrer sur le territoire des Etats membres du Conseil de l'Europe et à l'exécution des décisions d'expulsion du 19 septembre 2001, *CommDH/Rec(2001)1*.

⁹ Cour eur. D.H., arrêt *Soering c. Royaume-Uni*, précité, § 123; arrêt *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni* du 30 octobre 1991, Série A n° 215; arrêt *Jabari c. Turquie* du 11 juillet 2000, req. n° 40035/98.

d'éloignement vers les frontières d'un pays où il craignait de subir une violation des droits de la Convention de l'obligation d'épuiser les voies de recours ouvertes devant les juridictions nationales, lorsque l'introduction de ces recours n'avait pas pour effet d'obliger l'administration à surseoir à la mise à exécution de la décision d'éloignement.¹⁰

Ces recommandations et la jurisprudence qui a été citée demeurent cependant ambiguës quant à la signification exacte qu'elles reconnaissent à l'effet suspensif des recours devant une instance nationale au sens de l'article 13 de la Convention. La suspension demandée lors d'un recours contre une mesure étatique peut avoir lieu de plein droit et être ainsi liée à l'introduction même de la demande. Dans ce cas de figure, l'introduction de la demande fait immédiatement obstacle à l'exécution de cette mesure, au moins jusqu'à ce que l'instance saisie du recours ait pu examiner la compatibilité de cette mesure avec la Convention. Mais l'exigence d'un caractère suspensif du recours peut également signifier que l'instance devant laquelle le recours est introduit doit pouvoir accorder, sur demande, la suspension de la mesure étatique querellée. Dans ce deuxième cas de figure, il se peut qu'entre l'introduction du recours et la décision de l'instance, la mesure étatique invoquée soit exécutée, malgré la demande faite par le requérant. La question de savoir si tout recours devant une instance nationale doit être suspensif – c'est-à-dire suspensif de plein droit – sera tranché par l'arrêt *Conka c. Belgique* du 5 février 2002.

Dans cet arrêt¹¹, une famille de Tziganes de Slovaquie dont les autorités belges avaient rejeté la demande d'asile dénonçait, avec le soutien d'une organisation non-gouvernementale de défense des droits de l'homme, les modalités de son éloignement vers la Slovaquie. Elle alléguait non seulement le risque d'être soumis dans cet Etat à des traitements contraires à l'article 3 de la Convention, mais également le caractère collectif de l'expulsion, en violation de l'article 4 du Protocole n° 4 à la Convention, puisque l'éloignement devait avoir lieu dans un avion affrété spécialement en compagnie de 70 autres Tziganes de Slovaquie et qu'il avait été précédé de la convocation à plusieurs commissariats de police d'un ensemble de familles présentant cette caractéristique commune : d'appartenir à la communauté Rom de Slovaquie et d'avoir rejetée leur demande de pouvoir bénéficier de l'asile. La violation est résultée ici de ce que les requérants ont fait l'objet d'un éloignement du territoire entre le moment où leur conseil a été averti de l'arrestation dont ils avaient fait l'objet et le moment où la chambre du conseil compétente aurait pu se réunir, ce qui rendait inutile l'introduction, auprès de cette juridiction, d'un recours, et aboutissait à priver celui-ci de toute effectivité. Dans cette affaire, la Cour européenne des droits de l'homme note que cette effectivité requiert 'que les circonstances volontairement créées par les autorités soient telles que les intéressés aient une possibilité réaliste de l'intenter': tel n'est pas le cas, selon la Cour, lorsque l'étranger fait l'objet d'un éloignement forcé – suite à son placement en détention – avant d'avoir pu saisir la chambre du conseil du Tribunal correctionnel, ou avant que celle-ci, même régulièrement saisie, ait pu se prononcer sur la conformité à la loi de la privation de liberté.¹²

En réponse à notre question – de savoir si tout recours devant une instance nationale doit être suspensif – la Cour affirme que 'l'effectivité des recours exigés par l'article 13 suppose qu'ils puissent empêcher l'exécution des mesures contraires à la Convention et dont les conséquences sont potentiellement irréversibles (...). En conséquence, l'article 13 s'oppose à ce que pareilles mesures soient exécutées avant même l'issue de l'examen par les autorités nationales de sa compatibilité avec la Convention'.¹³ La suspension de la mesure étatique querellée a donc lieu de plein droit. Elle est liée à l'introduction même de la demande, faisant ainsi obstacle à la mise à exécution de la décision

¹⁰ Cour eur. D.H., arrêt *Bahaddar c. Pays-Bas* du 19 février 1998, *Recueil* 1998-I, p. 263, § 44 : 'un recours qui n'a pas pour effet de suspendre l'exécution d'une décision d'expulsion n'est pas efficace aux fins de l'article [35 de la Convention] et n'a pas à être exercé lorsque le concluant allègue une violation de l'article 3 de la Convention'. Voy. aussi, notamment, Commission eur. D.H., déc. du 27 février 1991, *A. c. France*, req. n° 17262/90; déc. du 4 juin 1991, *V. et P. c. France*, req. n°s 17550/90 et 17825/91; déc. du 10 décembre 1984, *L. c. Rép. féd. d'Allemagne*, req. n° 10564/83.

¹¹ Cour eur. D.H., arrêt *Conka c. Belgique* du 5 février 2002, req. n° 51564/99.

¹² Cour eur. D.H., arrêt *Conka c. Belgique*, précité, § 55 et 46.

¹³ Cour eur. D.H., arrêt *Conka c. Belgique*, précité, § 79.

d'éloignement et ce au moins jusqu'à ce que l'instance saisie du recours ait pu examiner la compatibilité de cette mesure avec la Convention.¹⁴

Bien qu'elle ait parfois été combattue, cette lecture des exigences de l'arrêt *Conka* semble pouvoir se déduire non seulement des termes mêmes de l'arrêt, mais encore de la lecture qui en a été faite par les instances chargées, au sein du Conseil de l'Europe, de surveiller l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour a affirmé dans l'affaire *Conka c. Belgique* que 'l'effectivité des recours exigés par l'article 13 suppose qu'ils puissent empêcher l'exécution des mesures contraires à la Convention ...'.¹⁵ C'est donc l'introduction même d'un tel recours qui doit immédiatement faire obstacle à l'exécution de desdites mesures. Le 5 avril 2006, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a rendu une Résolution intérimaire relative à cet arrêt. Dans cette résolution, le Comité prend acte de la diffusion d'une circulaire concernant l'exécution des ordres de quitter le territoire pris à l'encontre de certains demandeurs d'asile déboutés, adoptée par son Ministre de l'Intérieur, qui stipule qu' 'en cas d'introduction d'une demande de suspension d'extrême urgence au Conseil d'Etat d'un ordre de quitter le territoire pris contre un demandeur d'asile débouté, l'ordre de quitter le territoire ne sera pas exécuté aussi longtemps que le Conseil d'Etat n'aura pas statué sur cette demande de suspension d'extrême urgence'.¹⁶ Le Comité des Ministres se félicite en outre d'un projet de réforme du contentieux des étrangers, et notamment de la création d'une nouvelle juridiction, appelée le Conseil du contentieux des étrangers, qui aura la pleine juridiction en cette matière et devant lequel – la résolution le note expressément – les recours seront suspensifs de plein droit. La prise de position du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe repose donc sur une interprétation de l'arrêt *Conka c. Belgique* conforme à celle qui est présentée ici, interprétation selon laquelle la suspension de la mesure étatique querellée pour violation des droits fondamentaux garantis par la Convention doit avoir lieu *de plein droit*, et être par conséquent liée à l'introduction même de la requête.

L'arrêt *Conka c. Belgique* mérite d'autant plus l'attention que la Cour exige que le recours devant l'instance nationale ait un caractère suspensif alors même que, selon la Cour, la seule violation liée à l'éloignement de la famille de Tziganes était celle de l'article 4 du Protocole n° 4 additionnel à la Convention, qui interdit l'expulsion collective d'étrangers.¹⁷ Ainsi, l'exigence d'un caractère suspensif du recours s'impose dès lors que l'éloignement risque de porter atteinte à un droit fondamental de l'étranger qui en fait l'objet, que l'atteinte résulte des risques courus dans l'Etat de renvoi ou qu'elle résulte de la décision d'éloignement elle-même, par exemple en raison de la restriction qu'elle apporte au droit au respect de la vie privée et familiale de l'étranger.

Dans d'autres contextes que celui de l'éloignement d'étrangers, la Cour européenne des droits de l'homme a été plus hésitante à déduire une violation de l'article 13 de la Convention de l'absence d'une protection juridictionnelle provisoire. A propos de l'impossibilité en droit polonais pour le requérant d'obtenir un redressement direct suite à une violation alléguée au droit à un procès dans un délai raisonnable, la Cour relève bien que le gouvernement polonais '... n'a pu produire aucun exemple de la pratique interne attestant qu'il aurait été possible au requérant d'obtenir pareil redressement en utilisant les recours en question. Cela suffit à démontrer que les recours mentionnés ne remplissent pas le critère d' 'effectivité' aux fins de l'article 13 car, la Cour l'a déjà dit, le recours

¹⁴ O. De Schutter, 'Les recours de l'étranger contre la menace de l'éloignement du territoire', *Revue du droit des étrangers*, n°121, mai 2003, pp. 807-818.

¹⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Conka c. Belgique*, précité, § 79.

¹⁶ Voy. la Résolution intérimaire du 5 avril 2006 relative à l'arrêt de la Cour eur. D.H. du 5 février 2002 (définitif le 5 mai 2002) dans l'affaire *Conka* contre la Belgique du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, adoptée par le Comité des Ministres le 5 avril 2006, lors de la 961^e réunion des Délégués des Ministres.

¹⁷ Dès sa décision sur la recevabilité du 13 mars 2001, la Cour avait écarté l'allégation de violation de l'article 3 de la Cour eur. D.H., que les requérants liaient aux risques de mauvais traitements ou de discrimination ethnique en Slovaquie, Etat vers lequel ils avaient été renvoyés. La Cour conclut en effet au caractère manifestement mal fondé de ce grief, à défaut pour les requérants d'avoir établi 'qu'ils se trouveraient sous le coup d'une menace personnelle' (Cour eur. D.H. (3^{ème} section), déc. du 13 mars 2001, *Conka et autres, ainsi que la Ligue des droits de l'homme, c. Belgique*, req. n° 51564/99, § 8). Dans son arrêt du 5 février 2002, la Cour en déduit l'inapplicabilité de l'article 13 de la Convention à ce grief, à défaut pour celui-ci d'être 'défendable' (§ 76 de l'arrêt).

exigé doit être effectif en droit comme en pratique'.¹⁸ Mais cette affirmation ne signifie pas que l'Etat doit offrir à tout citoyen la possibilité d'intenter un recours assorti de mesures provisoires devant une instance de son pays. Compte tenu de la subsidiarité du contrôle dont elle est chargée, la Cour estime au contraire qu'un recours effectif doit être en mesure d' 'empêcher la survenance ou la continuation de la violation alléguée ou (...) [de] fournir à l'intéressé un redressement approprié pour toute violation s'étant déjà produite'.¹⁹ Elle laisse donc le choix à l'Etat de mettre immédiatement un terme à la violation en cours ou d'offrir des compensations pour cette violation.²⁰ L'affaire *Laidin c. France* (N°2) du 7 février 2003 confirme ce choix : 'un recours doit permettre soit de faire intervenir plus tôt la décision des juridictions saisies, soit de fournir aux justiciables une réparation adéquate pour les retards déjà accusés'.²¹ Cette jurisprudence paraît s'inscrire, superficiellement, dans le cadre de la volonté de la Cour européenne des droits de l'homme de transférer les contentieux relatifs au dépassement du délai raisonnable le plus possible vers les instances nationales²² et d'encourager les Etats du Conseil de l'Europe à garantir que les procès au sein de leurs juridictions se terminent dans des délais brefs en conformité avec l'article 6 de la Convention, faute de quoi le requérant doit au moins pouvoir obtenir des mesures compensatoires. En réalité, il n'en est rien : le principe de subsidiarité lui-même serait mieux servi par l'instauration, au plan national, de voies de recours efficaces, permettant en particulier, lorsque se constate un dépassement du délai raisonnable de jugement prescrit par l'article 6 § 1^{er} de la Convention, qu'une solution immédiate puisse être obtenue. En outre, rien ne sépare du point de vue logique l'hypothèse d'un dépassement du délai raisonnable de celle d'un éloignement d'étrangers effectué en violation de l'article 4 du Protocole n°4 à la Convention : les conséquences qui résultent d'un dépassement du délai raisonnable sont aussi irréversibles que celles qui résultent d'un éloignement collectif d'étrangers, et dans les deux cas, il y a lieu de considérer qu'une compensation par équivalent et *post hoc* est moins satisfaisante que l'adoption de mesures permettant d'éviter, *ex ante*, que la violation soit consommée.

Il est des situations dans lesquelles – même à défaut qu'existe sur ces situations une jurisprudence précise de la Cour – il est permis de considérer que les recours ouverts en cas de violation des droits que reconnaît la Convention ne présenteront l'effectivité requise que si ces recours permettent une protection juridictionnelle provisoire, permettant de faire cesser immédiatement la violation ou d'éviter qu'elle ne soit commise si elle est imminente. Un Etat pourrait se voir obligé de suspendre provisoirement des activités d'une centrale nucléaire qui causent des dommages graves à l'environnement en attendant l'issue d'un recours devant une instance nationale au nom des droits à la vie et au respect de l'intégrité physique garantie par les articles 2 et 8 de la Convention.²³ Il pourrait être tenu de donner la possibilité aux instances nationales de prendre de mesures provisoires tandis qu'un recours est introduit contre la décision de retirer la garde d'un enfant à sa mère afin de le confier à un service de protection de l'enfance, afin d'éviter que cette décision ne résulte en une violation du droit au respect de la vie familiale que garantit l'article 8 de la Convention.²⁴ Ces exemples illustrent l'importance que peut revêtir pour le requérant le fait de pouvoir faire cesser immédiatement la violation de ses droits tels que garantis par la Convention, même en-dehors du contentieux de l'éloignement d'étrangers où l'éloignement fait courir à la personne qui en fait l'objet un risque réel de torture ou de mauvais traitements, ou constitue une menace pour sa vie. Il est moins certain que, dans les exemples cités, des mesures conservatoires devraient être octroyées de plein droit. Au contraire, pareille automaticité de la suspension de la mesure attaquée pourrait avoir de lourdes conséquences pour d'autres personnes intéressées par ces mesures – par exemple, pour l'enfant que l'on souhaite

¹⁸ Cour eur. D.H., arrêt *Kudla c. Pologne* du 26 octobre 2000, req. n° 30210/96, § 151.

¹⁹ Arrêt *Kudla c. Pologne*, précité, § 158.

²⁰ Voy. à ce sujet : O. De Schutter, 'La protection juridictionnelle provisoire devant la Cour européenne des droits de l'homme', in H. Ruiz Fabri et J.-M. Sorel (dir.), *Le contentieux de l'urgence et l'urgence dans le contentieux devant les juridictions internationales : regards croisés*, Paris, Pedone, 2003, pp. 105-148, note 34.

²¹ Cour eur. D.H., arrêt *Laidin c. France* (N°2) du 7 février 2003, req. n° 39282/98, § 99. Voy. aussi : arrêt *Nouhaud et autres c. France* du 9 juillet 2002, req. n° 33424/96, § 37-46; déc. du 11 septembre 2002 [GC], *Mifsud c. France*, req. n° 57220/00, § 17.

²² F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 7^e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2005, p. 389, n° 220.

²³ Cour eur. D.H., arrêt *Athanassoglou et autres c. Suisse* du 6 avril 2000, req. n° 27644/95.

²⁴ Cour eur. D.H., arrêt *Johansen c. Norvège* du 7 août 1996, *Recueil* 1996-III, p. 979.

protéger des abus. L'automatisme dans le sursis à exécution des mesures dont il est allégué qu'elles aboutissent à une violation des droits fondamentaux doit sans doute demeurer l'exception, plutôt que la règle ; ceci rend d'autant plus important l'examen des conditions auxquelles, lorsqu'une protection juridictionnelle provisoire est sollicitée dans le cadre d'un contentieux portant sur le respect des droits et libertés de la Convention européenne des droits de l'homme, pareille protection doit être accordée.

II. Les recours devant les juridictions nationales du Conseil de l'Europe

A notre connaissance, il n'existe aucune étude comparative systématique des pratiques des juridictions nationales des Etats membres du Conseil de l'Europe sur cette question.²⁵ L'analyse de l'octroi de mesures juridictionnelles provisoires par les juridictions de certains Etats membres de cette organisation permet cependant de dégager trois critères qui doivent être remplis afin que de telles mesures puissent être octroyées. Tout d'abord, il doit être établi à un degré suffisant de probabilité que la mise à exécution de la mesure querellée portera atteinte à un droit subjectif ou constituera une violation de la légalité ; il s'agit du *fumus boni juris*. Ensuite, il faut que l'urgence soit établie.²⁶ Le demandeur doit démontrer qu'il risque de subir de façon imminente un préjudice grave et irréversible, provoqué par l'application de mesure dont il demande le sursis à exécution. A première vue, il pourrait sembler que l'urgence doive varier en fonction du temps estimé nécessaire pour statuer sur la demande ainsi que du moment où cette demande est introduite. En matière de droits de l'homme cependant, le risque d'une violation, même de courte durée, ou l'existence d'une violation actuelle, même dénoncée tardivement par le demandeur, ne devrait pas faire obstacle à ce que la demande de bénéficier d'une protection juridictionnelle provisoire soit favorablement accueillie. En troisième lieu, le juge national doit effectuer la balance des intérêts en présence.²⁷ Pour ce faire, il doit apprécier le préjudice pouvant découler de l'application immédiate de la mesure étatique querellée, d'une part, et l'intérêt que sert cette application immédiate, d'autre part. Ceci peut constituer une opération délicate, dans la mesure où l'intérêt poursuivi par la mesure dénoncée comme portant atteinte aux droits fondamentaux peut elle-même être justifiée par un souci de protection de ces mêmes droits : l'exemple donné plus haut, de l'enfant retiré à la garde de ses parents en raison des risques d'abus que certains indices feraient présumer, en constitue une illustration. Cette pondération des intérêts peut être plus aisée, en revanche, là où les droits fondamentaux d'une personne sont menacés par la mise à exécution d'une mesure qui sert l'intérêt public, sans que celui-ci soit défini en référence à un souci de protection des droits fondamentaux.²⁸ Le poids spécifique d'une allégation d'atteinte aux droits fondamentaux ou à certains d'entre eux a été reconnu, par exemple, par les juridictions britanniques : dans une affaire où une entreprise alléguait le risque d'atteinte à sa réputation et visait à obtenir une ordonnance faisant obstacle, à titre provisoire, à la diffusion de certaines informations de nature à nuire à cette réputation, la Court of Appeal a ainsi relevé que la mise en balance de la liberté d'expression protégée par la Convention avec le droit à la bonne réputation ne constitue pas un exercice de même nature que celle

²⁵ La Commission européenne pour l'efficacité de la Justice (CEPEJ) du Conseil de l'Europe a toutefois élaboré une 'checklist' pour la gestion du temps en matière de procédure, comprenant des indicateurs pour l'analyse des délais de procédure dans les systèmes judiciaires des Etats membres du Conseil de l'Europe, dans laquelle figure la question de savoir si des mesures intérimaires sont disponibles afin de régler provisoirement les relations entre les parties en vue d'atténuer l'impact du retard en matière de procédure sur les droits de celles-ci. Voir : CEPEJ (2005) 12 REV. Cependant, cette 'checklist' ne concerne pas les mesures juridictionnelles provisoires octroyées par le juge afin de suspendre une mesure étatique qui porterait atteinte aux droits fondamentaux d'une des parties en particulier. En outre, la 'checklist' est uniquement destinée à assister les Etats membres dans la réduction des délais excessifs de procédure sans pour autant que ces Etats doivent répondre au questionnaire. Elle ne constitue donc pas un mécanisme visant à contraindre au respect d'une quelconque obligation juridique des Etats membres.

²⁶ En droit belge : G. Closset-Marchal, 'L'urgence', in J. van Compernelle et G. Tarzia (éds.), *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien. Etude de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 19-22. En droit italien : A. Saletti, 'Les systèmes des mesures provisoires en droit italien', in J. van Compernelle et G. Tarzia (éds.), *op. cit.*, pp. 60-61. En droit français : J. Normand, 'Les fonctions des référés', in J. van Compernelle et G. Tarzia (éds.), *op. cit.*, pp. 78-79. En droit néerlandais : A. Tak et J. ten Berge, *Nederlands administratief procesrecht*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1983, pp. 134-135. En droit grec : S. Karalis, *Le contentieux administratif en Grèce*, Athènes - Bruxelles, Ant. N. Sakkoulas/Bruylant, 1999, p. 71.

²⁷ En droit belge : G. Closset-Marchal, *loc. cit.*, p. 22. En droit français : J. Normand, *loc. cit.*, p. 80. En droit néerlandais : A. Tak et J. ten Berge, *op. cit.*, pp. 131-133. En droit grec : S. Karalis, *op. cit.*, p. 72.

²⁸ Voy. par exemple en ce sens, A. Tak et J. ten Berge, *op. cit.*, p. 133.

de ladite liberté avec les droits et autres libertés garantis par cette même Convention.²⁹ Ceci rejoint la position de la Cour européenne des droits de l'homme, qui – dans un contexte certes différent – a relevé la nature spécifique des conflits opposant des droits ou libertés reconnus au sein de la Convention.³⁰

Si telles sont les conditions auxquelles l'octroi du sursis à exécution, ou – plus rarement – de mesures provisoires, se trouve subordonné, encore faut-il s'interroger sur les spécificités que peut comporter le contentieux des droits de l'homme porté devant les juridictions nationales des Etats membres du Conseil de l'Europe. Tout en relevant que, dans certaines circonstances exceptionnelles, l'effectivité du recours peut exiger qu'il présente un caractère suspensif (y compris, comme en matière d'éloignement d'étrangers, un caractère suspensif de plein droit), la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas décrit les critères à prendre en compte pour l'octroi de la protection juridictionnelle. L'on peut cependant raisonner par analogie, à partir de l'examen de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme lorsqu'il lui est demandé d'indiquer les mesures provisoires qu'il s'impose de prendre afin que la requête introduite auprès d'elle ne soit pas privée de tout effet utile.

La Convention européenne des droits de l'homme ne comprend aucune disposition relative à la possibilité pour la Cour européenne des droits de l'homme – ou, jusqu'à l'entrée en vigueur du Protocole n°11 le 1er novembre 1998, la Commission européenne des droits de l'homme – d'adopter des mesures conservatoires, dans l'attente d'une solution des litiges dont elle est saisie, sur requête individuelle ou sur requête interétatique.³¹ L'article 39 du Règlement de la Cour, relatif aux mesures provisoires, permet toutefois à la chambre saisie d'une requête ou, le cas échéant, à son président, 'soit à la demande d'une partie ou de toute autre personne intéressée, soit d'office, [d]'indiquer aux parties toute mesure provisoire qu'ils estiment devoir être adoptée dans l'intérêt des parties ou du bon déroulement de la procédure'³². Il ajoute que '[l]e Comité des Ministres [du Conseil de l'Europe] en est informé'³³ et que 'la chambre peut inviter les parties à lui fournir des informations sur toute question relative à la mise en oeuvre des mesures provisoires indiquées par elle'³⁴. En outre, bien qu'il ne s'agisse pas de l'indication d'une mesure conservatoire proprement dite, le Règlement de la Cour prévoit la possibilité de la communication en urgence d'une requête, l'effet d'une telle communication

²⁹ *Cream Holdings Ltd. v Banerjee* [2003] 2 All ER 138. Selon cet arrêt, '[i]t is one thing to say ... that the media's right to freedom of expression, particularly in the field of political discussion "is of a higher order" than "the right of an individual to his good reputation"; it is, however, another thing to rank it higher than competing basic rights' (§ 54 de l'arrêt). Malgré ce raisonnement, la Court of Appeal a décidé d'ordonner un injonction contre la publication d'une critique à l'encontre de cet entreprise. Voir : H. Tomlinson et H. Rogers, 'Privacy injunctions : reviewing the approach', *New Law Journal*, N° 153, 30 May 2003, p 118. Cet arrêt a cependant été infirmé par la House of Lords : *Cream Holdings Ltd. V Bannerjee* [2005] 1 AC 253. Celle-ci a estimé qu'il était peu probable que l'entreprise obtienne gain de cause à l'issue d'un procès et que les circonstances en l'espèce ne justifiait pas cette injonction.

³⁰ Cour eur. D.H., arrêt *Chassagnou c. France* du 29 avril 1999, req. n°s 25088/94, 28331/95 et 28443/95, § 113 (marge d'appréciation étendue de l'Etat partie à la Convention lorsqu'une ingérence dans les droits et libertés de celle-ci a pour but d'assurer la protection des droits et libertés reconnus dans la Convention).

³¹ Dès l'origine pourtant, cette question a préoccupé les organes de contrôle de la Convention. Sur cette évolution, voy. notamment C. A. Norgaard et H.C. Krüger, 'Interim and conservatory measures under the European System of protection of Human Rights', *Festschrift für Felix Ermacora*, N.P. Engel, Kehl-Arlington, 1988, p. 109; et C. Ravaut, 'Article 36', in L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert (éds.), *op. cit.*, pp. 731-736. Pour une première étude sur cette pratique, voy. M.-A. Eissen, 'Les mesures provisoires dans la Convention européenne des droits de l'homme', *R. D. H.*, 1969, p. 253.

³² Article 39, § 1^{er} du Règlement de la Cour. Selon une communication présentée par M. Michele De Salvia, juriste de la Cour européenne des droits de l'homme, à une table ronde tenue le 11 juillet 2002 à l'Institut international des droits de l'homme en collaboration avec le Centre de recherche sur les droits de l'homme et le Droit humanitaire de l'Univ. de Panthéon-Assas (Paris II), depuis le 1^{er} novembre 1998, la Cour européenne des droits de l'homme aurait été saisie de 455 demandes d'indication de mesures provisoires; elle aurait accordé ces mesures dans 64 cas.

³³ Article 39, § 2 du Règlement de la Cour.

³⁴ Article 39, § 3 du Règlement de la Cour. Il est permis de croire que par mesures provisoires au sens de l'article 39 du Règlement de la Cour, la Cour entend non seulement la possibilité de recommander à un état de suspendre certaines mesures, mais également d'adopter des mesures visant à garantir le respect des droits énoncés à la Convention. Les termes 'mise en oeuvre' au paragraphe 3 de cet article suppose en effet que les mesures recommandées par la Cour vont au-delà de la simple interdiction, pour recouvrir un pouvoir de prescription ou d'injonction positive (O. De Schutter, 'La protection juridictionnelle provisoire devant la Cour européenne des droits de l'homme', *loc. cit.*, p. 10).

étant d'attirer l'attention de l'Etat contre lequel la requête est dirigée de ce que la Cour est saisie et que telle violation est alléguée devant elle³⁵.

Afin de mieux comprendre le régime que définissent à présent ces dispositions, l'on examinera les conditions d'octroi des mesures provisoires telles qu'elles paraissent se dégager de la pratique de Cour ainsi que le terrain d'application de telles mesures d'une part, et la valeur juridique qu'on peut leur reconnaître d'autre part.³⁶

A première vue, la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas clairement établi les conditions qui doivent être remplies pour l'octroi de mesures conservatoires. Sa jurisprudence est en effet très parcimonieuse en la matière. Cependant, il est possible de dégager de sa pratique un régime qui donne une certaine cohérence dans l'indication de mesures juridictionnelles provisoires. Cette pratique permet en effet de dégager trois conditions cumulatives afin que la Cour accorde des mesures conservatoires en vertu de l'article 39 de son Règlement. Ces conditions sont quasiment identiques à celles qui sont nécessaires pour l'octroi de telles mesures devant le juge national, telles qu'elles sont mentionnées dans le chapitre précédent. Tout d'abord, la mise en œuvre de la décision étatique doit créer un risque réel et sérieux de violation d'un des droits garantis par la Convention (*fumus boni juris*). Ensuite, le requérant doit démontrer que cette violation résulterait dans un dommage grave et irréversible à son égard. En dernier lieu, la balance de l'ensemble des intérêts en présence doit pencher en faveur de l'octroi de la mesure conservatoire demandée à la Cour.

Il est vrai que cette dernière condition est difficilement applicable dans les situations où des mesures provisoires sont classiquement demandées, qui sont celles de l'éloignement d'étrangers craignant d'être soumis à la torture ou à des mauvais traitements dans le pays de renvoi, ou bien – plus récemment – lorsqu'une personne condamnée à la peine capitale court le risque d'exécution de la peine.³⁷ Le caractère absolu des droits en cause s'accommode mal d'une opération de pondération des intérêts, même dans le cadre de la discussion portant sur l'octroi ou non de mesures provisoires. Il y a eu cependant des situations autres que celles de l'expulsion d'étrangers ou de l'exécution de la peine capitale dans lesquelles la Cour ou la Commission – avant l'entrée en vigueur du Protocole n° 11 le 1^{er} novembre 1998 – ont indiqué des mesures provisoires, allant donc au-delà du simple sursis à exécution. La Commission et, récemment, la Cour ont octroyé de telles mesures pour diverses raisons : afin de protéger la santé d'un détenu en demandant le transfert ou la libération de celui-ci³⁸, afin de sauvegarder des éléments de preuve essentiels pour un procès³⁹, pour s'assurer de la conformité aux exigences de la Convention en matière de procédure pénale⁴⁰ ou encore, afin de préserver des embryons par la clinique avant que la Cour n'ait pu examiner une requête en vertu du droit au respect de la vie privée et familiale.⁴¹ Le dernier exemple cité, concernant une affaire ayant donné à un arrêt de la Cour le 7 mars 2006, semble marquer une tendance de cette juridiction à envisager plus régulièrement l'indication de mesures provisoires visant à éviter que le requérant ne subisse des dommages graves et irréparables avant l'issue du procès. Cette affaire est d'autant plus intéressante, car, comme il a été mentionné, il s'agit dans ce cas non pas d'ordonner la suspension d'une mesure

³⁵ Article 40 du Règlement de la Cour : 'En cas d'urgence, toutes autres mesures de procédure étant réservées, le greffier peut, avec l'autorisation du président de la chambre et par tout moyen disponible, informer une Partie contractante concernée de l'introduction d'une requête et de l'objet sommaire de celle-ci'.

³⁶ Voy., entre autres, à ce sujet : P. Frumer, 'Un arrêt définitif sur les mesures provisoires : La Cour européenne des Droits de l'homme persiste et signe. Commentaire de l'arrêt *Mamatkulov et Askarov c. Turquie* du 4 février 2005', *Rev. trim. dr. h.*, 2005, pp. 799-826 ; Y. Haecq et C.B. Herrera, 'Interim measures in the case law of the European Court of Human Rights', *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2003, pp. 625-675 ; J.M. Pasqualucci, 'Interim measures in International Human Rights : Evolution and Harmonisation', *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2005, pp. 1-49.

³⁷ Voy.: Cour eur. D.H., arrêt *Abdullah Öcalan c. Turquie* du 12 mai 2005, req. n° 46221/99.

³⁸ Commission eur. D.H., arrêt *Patane c. Italie* du 3 décembre 1986, req. n° 11488/85.

³⁹ Commission eur. D.H., déc. du 8 juillet 1978, *Ensslin, Baader et Raspe c. Allemagne* du 8 juillet 1978, req. n°s 7522/767, 586/76 et 7587/76, *D.R.*, 14, p. 74.

⁴⁰ Voy. Cour eur. D.H., déc. *Abdullah Öcalan c. Turquie* du 14 décembre 2000, req. n° 46221/99.

⁴¹ Cour eur. D.H., arrêt *Evans c. Royaume-Uni* du 7 mars 2006, req. n° 6336/05. La Cour a, lors de l'introduction de la requête de Madame Evans, invité le gouvernement britannique à prendre les mesures appropriées pour empêcher la destruction des embryons par la clinique en vertu de l'article 39 du Règlement de la Cour. L'on relèvera que la durée de conservation de ces embryons expirait - d'un point de vue médical - au mois d'octobre 2005.

étatique, mais bien d'obliger l'Etat à prendre des mesures de nature positive, qui plus est, dans le cadre d'une relation entre personnes privées.⁴² Dans son arrêt du 7 mars 2006, la Cour a par ailleurs décidé que les mesures qu'elle avait indiquées au Gouvernement britannique en vertu de l'article 39 de son Règlement devaient rester en vigueur jusqu'à ce que son arrêt devienne définitif ou que l'affaire soit renvoyée devant la Grande Chambre de la Cour⁴³, bien qu'elle n'ait constaté aucune violation des droits fondamentaux de la requérante : elle marque par là l'importance que la Cour accorde à la protection juridictionnelle provisoire des droits fondamentaux du demandeur tant qu'elle n'a pas définitivement tranché sur la violation alléguée. Ainsi, grâce au maintien des mesures provisoires, l'effet utile d'une éventuelle demande de renvoi de la requérante devant la Grande Chambre de la Cour est préservé jusqu'à ce que la Cour rende un arrêt définitif sur l'allégation de violation formulée dans la requête. L'on se gardera toutefois d'exagérer la portée de cette évolution. Malgré le fait que le champ d'application de la jurisprudence de la Cour en matière de mesures conservatoires tend à s'élargir peu à peu, on peut encore affirmer que le celui-ci reste l'apanage des recours contre les décisions d'expulsion d'étranger et accessoirement des recours contre les exécutions de la peine capitale.

L'évolution qu'a connue la portée juridique des mesures conservatoires appelle un commentaire d'un autre ordre. Dans son arrêt *Mamatkulov et Abdurasulovic c. Turquie* du 6 février 2003,⁴⁴ confirmé par l'arrêt de la Grande Chambre du 4 février 2005,⁴⁵ la Cour européenne des droits de l'homme a pour la première fois affirmé que l'indication de mesures provisoires sur la base de l'article 39 du Règlement de la Cour est obligatoire pour l'Etat auquel ces mesures s'adressent. L'affaire concernait l'extradition par les autorités turques vers l'Ouzbékistan, le 27 mars 1999, des deux requérants, en exécution d'une convention bilatérale liant la Turquie et la République d'Ouzbékistan. Accusés d'activités terroristes et de tentative d'attentat envers le président de la République d'Ouzbékistan, les deux requérants craignaient de faire l'objet de tortures et de mauvais traitements entre les mains des autorités ouzbeks. Le 18 mars 1999, la présidente de la chambre compétente de la Cour avait décidé 'd'indiquer au Gouvernement, en application de l'article 39 du règlement, qu'il serait souhaitable dans l'intérêt des parties et du bon déroulement de la procédure devant la Cour, de ne pas extradier les requérants vers la République d'Ouzbékistan avant la réunion de la chambre compétente (...)'. Dans son arrêt, la Grande Chambre de la Cour estime 'qu'en vertu de l'article 34 de la Convention [qui consacre le droit de requête individuelle devant la Cour], les Etats contractants s'engagent à s'abstenir de tout acte ou à se garder de toute omission qui entraverait l'exercice effectif du droit de recours d'un requérant. L'inobservation de mesures provisoires par un Etat contractant doit être considérée comme empêchant la Cour d'examiner efficacement le grief du requérant et entravant l'exercice efficace de son droit et, partant, comme une violation de l'article 34 de la Convention'.⁴⁶

Ceci constitue une évolution spectaculaire de la jurisprudence européenne. Depuis l'affaire *Cruz Varas c. Suède* du 20 mars 1991, la Cour a eu plusieurs fois l'occasion de refuser de reconnaître le caractère obligatoire des mesures provisoires recommandées par la Commission. Dans l'affaire *Cruz Varas*, il était reproché aux autorités suédoises d'avoir procédé, le 6 octobre 1989, à l'éloignement vers le Chili d'un des requérants, qui craignait que le renvoi vers le Chili l'expose à des traitements contraires à l'article 3 de la Convention, quelques heures seulement après que la Commission européenne des droits de l'homme eut fait savoir à la Suède qu'il serait souhaitable de ne pas procéder à la mise à

⁴² P. Frumer, *op. cit.*, p. 824.

⁴³ Cour eur. D.H., arrêt *Evans c. Royaume-Uni*, précité, § 77. Dans cet arrêt, la Cour 'considère que les mesures qu'elle a indiquées au Gouvernement en application de l'article 39 de son règlement ... doivent demeurer en vigueur jusqu'à ce que le présent arrêt devienne définitif ou que le collège de la Grande Chambre accepte la demande de renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre qui aurait été formulée par l'une des parties ou les deux en vertu de l'article 43 de la Convention'.

⁴⁴ Cour eur. D.H., arrêt *Mamatkulov et Abdurasulovic c. Turquie* du 6 février 2003, req. n^{os} 46827/99 et 46951/99.

⁴⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Mamatkulov et Abdurasulovic c. Turquie* du 4 février 2005, req. n^{os} 46827/99 et 46951/99.

⁴⁶ Cour eur. D.H., arrêt *Mamatkulov et Abdurasulovic c. Turquie* du 4 février 2005, précité, § 128. L'article 34 de la Cour eur. D.H. consacre le droit de requête individuelle devant la Cour : 'La Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit'.

exécution de la décision d'éloignement prise à l'encontre de la famille.⁴⁷ La Cour avait néanmoins refusé de conclure à la violation de l'article 34 – alors encore l'article 25 § 1 – de la Convention, qui consacre le droit de requêtes individuelles devant la Cour européenne des droits de l'homme. La décision de recevabilité partielle rendue dans l'affaire *Conka et autres., ainsi que la Ligue des droits de l'homme, c. Belgique*, déjà évoquée, a confirmé la jurisprudence de *Cruz Varas*.⁴⁸ En effet, dans l'affaire *Conka*, alors que la présidente de la section de la Chambre compétente pour cette affaire avait décidé d'appliquer l'article 39 du Règlement de la Cour en demandant à la Belgique de ne pas extraditer les requérants, la Belgique avait néanmoins décidé de les renvoyer en Slovaquie. La Cour n'avait cependant pas conclu à la violation l'article 34, bien qu'elle eut regretté le défaut de coopération loyale de la Belgique avec la Cour européenne des droits de l'homme dont le refus de se conformer aux mesures provisoires indiquées constituerait la manifestation.

Le revirement intervenu dans l'affaire *Mamatkulov et Abdurasulovic* s'explique à la lumière des principes généraux du droit international en comparant les jurisprudences d'autres juridictions internationales de droits de l'homme en la matière. Dans son interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour s'est tout d'abord référée à l'article 31 § 3 (c) de la Convention de Vienne sur droit des traités du 23 mai 1969, qui stipule qu'il y a lieu de tenir compte de 'toute règle pertinente du droit international applicable dans les relations entre les parties'. Il faut, selon la Cour, aussi tenir compte du caractère particulier de la Convention. La Cour rappelle par ailleurs sa jurisprudence de *Al-Adsani c. Royaume-Uni*⁴⁹ en confirmant que 'la Convention doit (...) s'interpréter, dans toute la mesure du possible, en harmonie avec les autres principes du droit international, dont elle fait partie'.⁵⁰ Pour ce faire, elle cite des décisions et ordonnances récentes dans lesquelles des juridictions internationales ou des comités d'experts constitués en vertu de traités protecteurs de droits de l'homme ont souligné l'importance et la nécessité de l'observation des mesures conservatoires. Ainsi, la Cour constate que le Comité des Droits de l'homme des Nations Unies, le Comité des Nations Unies contre la Torture, la Cour interaméricaine des droits de l'homme et la Cour internationale de justice⁵¹ considèrent que le fait pour un Etat de ne pas se conformer à des mesures provisoires prescrites dans le cadre de l'examen d'une réclamation internationale constitue un manquement aux obligations qui leurs incombent en vertu des instruments juridiques internationaux pertinents. La Cour inscrit ainsi le développement de sa jurisprudence dans le cadre de la formation d'un *jus commune* de droit international des droits de l'homme, créé à partir d'un nouveau dialogue inter-juridictionnel permettant aux différentes juridictions internationales de se référer aux jurisprudences des autres juridictions.⁵²

Le détour par le régime de la protection juridictionnelle provisoire devant la Cour européenne des droits de l'homme permet d'éclairer le rapport que noue cette protection avec le droit à un recours effectif devant une instance nationale pour violation des droits garantis par la Convention, tel que le garantit son article 13. Un élément supplémentaire est à prendre en compte, cependant. Il consiste en la priorité que la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît, de manière de plus en plus explicite, à la *restitutio in integrum*, c'est-à-dire à la réparation en nature, lorsqu'il est constaté qu'une violation de la Convention a eu lieu : à la suite d'un tel constat, il faut, autant que possible, replacer l'individu dans la situation qui aurait été la sienne en l'absence de violation. Telle qu'elle trouve à s'exprimer dans le cadre de la jurisprudence relative à l'article 41 de la Convention qui prévoit la possibilité pour la Cour d'accorder à la partie lésée par la violation d'un droit garanti par la Convention une

⁴⁷ Cour eur. D.H., arrêt *Cruz Varas et autres c. Suède* du 20 mars 1991, Série A n° 201.

⁴⁸ Cour eur. D.H. (3^{ème} section), déc. *Conka et autres, ainsi que la Ligue des droits de l'homme, c. Belgique*, précité, et arrêt *Conka et al. c. Belgique*, précité.

⁴⁹ Cour eur. D.H., arrêt *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, req. n° 35763/97, § 60.

⁵⁰ Cour eur. D.H., arrêt *Mamatkulov et Abdurasulovic c. Turquie* du 4 février 2005, précité, § 111.

⁵¹ L'article 41 du Statut de la Cour internationale de justice stipule que '[I]a Cour a le pouvoir d'indiquer, si elle estime que les circonstances l'exigent, quelles mesures conservatoires du droit de chacun doivent être prises à titre provisoire'. En prenant appui sur cette disposition, la Cour internationale de justice se réfère à un traité international, adopté par les Etats membres de l'Organisation des Nations Unies, et non à un règlement adopté par la Cour elle-même à l'instar de la Cour européenne des droits de l'homme, afin de décider que lesdites mesures ont un caractère obligatoire.

⁵² O. De Schutter, 'The Binding Character of the Provisional Measures adopted by the European Court of Human Rights', (2005) 7 *International Law FORUM du droit international* 16-23, p. 21.

satisfaction équitable, la priorité de la *restitutio in integrum* manifeste en effet qu'aux yeux de la Cour européenne des droits de l'homme, la violation d'un droit que reconnaît la Convention ne saurait jamais qu'être imparfaitement effacé par l'octroi d'une compensation monétaire.⁵³ C'est également le motif pour lequel la Cour insiste, dans sa jurisprudence récente, sur l'obligation des Etats de permettre la réouverture des procédures conduites en violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme⁵⁴, ou sur l'obligation de restituer la propriété qui a fait l'objet d'une confiscation contraire aux exigences de l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel à la Convention⁵⁵. Cette reconnaissance de l'incommensurabilité des droits fondamentaux – dont découle le refus de réduire la violation du droit au préjudice qui en résulte pour l'individu – signifie que la possibilité de revenir sur la violation qui a eu lieu, pour en effacer les conséquences autant que faire se peut, ne saurait se substituer à l'obligation de ne pas commettre cette violation en premier lieu. La compréhension actuelle du caractère effectif d'un recours au sens de l'article 13 de la Convention devrait également être harmonie avec cette exigence découlant de la réparation pour violation des droits fondamentaux. Ainsi, lorsqu'une violation à venir est certaine ou hautement probable, le juge doit pouvoir recommander de l'éviter, y compris si le dommage qui pourrait en résulter apparaît comme étant réparable et moins dramatique que ne le sont les atteintes à l'intégrité corporelle de l'individu.

Il semble découler de ce dernier constat que, s'il existe un risque certain de violation des droits fondamentaux et qu'une mesure conservatoire peut *ab initio* éviter ou du moins réduire une atteinte faite aux droits protégés par la Convention, l'Etat serait obligé d'accorder cette mesure en vertu du droit à un recours effectif devant une instance pour violation de la Convention. La volonté actuelle de la Cour européenne des droits de l'homme de remettre les choses autant que faire se peut dans leur pristin état suite à la constatation d'une violation d'un droit garanti par la Convention devrait donc influencer le juge national – responsable en premier lieu du respect des droits fondamentaux énoncés à la Convention – lorsqu'il envisage d'accorder des mesures provisoires. L'instance nationale doit, dès lors, par le biais de mesures conservatoires être en mesure, soit de mettre fin provisoirement à une mesure étatique qui, de manière hautement prévisible, viole ou violera les droits fondamentaux du requérant, soit d'obliger l'Etat à adopter des mesures positives visant à garantir le respect de ces droits. C'est également ce que l'on peut déduire d'un passage de l'arrêt *Mamatkulov et Abdurasulovic c. Turquie*, où la Cour constate que, en matière d'expulsion d'étranger, '...l'article 13 s'oppose à ce que [des mesures contraires à la Convention et dont les conséquences sont potentiellement irréversibles] soient exécutées avant même l'issue de l'examen par les autorités nationales de leur compatibilité avec la Convention (...)'.⁵⁶

L'insistance récente de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'obligation d'assurer une réparation en nature des violations des droits de l'homme commises par les Etats parties à la Convention traduit cette idée que l'atteinte portée aux droits fondamentaux demeure toujours imparfaitement compensée lorsque cette compensation prend une forme monétaire. Mais on voit également l'impact que cette conception peut produire sur le jeu des conditions habituellement mises à l'octroi de mesures provisoires, et qu'on a rappelées ci-avant : *fumus boni juris*, urgence, et balance des intérêts favorables à l'octroi d'une protection provisoire plutôt qu'à l'application immédiate de la mesure créant une menace pour le droit en cause. La condition de l'urgence implique que le demandeur démontre qu'il risque de subir un dommage grave et irréversible s'il n'est pas fait droit à

⁵³ Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Papamichalopoulos et autres c. Grèce* du 31 octobre 1995 (art. 50), Série A n° 330-B, § 34; Cour eur. D.H., arrêt *Clooth c. Belgique* du 5 mars 1998 (art. 50), Rec., 1998-I, p. 491, § 14; Cour eur. D.H., arrêt *Akdivar et autres c. Turquie* du 1^{er} avril 1998 (art. 50), Rec., 1998-II, p. 723, § 47; Cour eur. D.H., arrêt *Selçuk et Asker c. Turquie* du 24 avril 1998, Rec., 1998-II, p. 918, § 125; Cour eur. D.H., arrêt *Mentes c. Turquie* du 24 juillet 1998 (art. 50), Rec., 1998-IV, p. 1695, § 24; Cour eur. D.H., arrêt *Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni* du 25 juillet 2000 (art. 41), req. n^{os} 31417/96 et 32377/96, § 22; Cour eur. D.H., arrêt *Brumarescu c. Roumanie* du 23 janvier 2001 (art. 41), req. n° 28342/95, § 19.

⁵⁴ Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Claes et autres c. Belgique* du 2 juin 2005, req. n^{os} 46825/99, 47132/99, 47502/99, 49010/99, 49104/99, 49195/99 et 49716/99, § 53. Dans cet arrêt, la Cour estime que ' lorsqu'elle conclut que la condamnation d'un requérant a été prononcée en violation du droit à un tribunal établi par la loi, le redressement le plus approprié serait, en principe, ... de le faire rejurer ou de rouvrir la procédure en temps utile et dans le respect des exigences de l'article 6 de la Convention '.

⁵⁵ Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Porteanu c. Roumanie* du 16 février 2006, req. n° 4596/03, § 42.

⁵⁶ Cour eur. D.H., arrêt *Mamatkulov et Abdurasulovic c. Turquie* du 4 février 2005, précité, § 124.

sa demande de protection juridictionnelle provisoire. Mais que peut bien signifier cette condition si, par définition, toute atteinte à un droit fondamental ne peut adéquatement être compensée *post hoc*, par l'octroi d'une compensation par équivalent ? Le fait même d'exiger que le dommage puisse être présenté comme irréversible pour que puisse s'imposer à l'Etat une obligation de le prévenir lorsqu'il en a les moyens – par l'octroi d'une protection juridictionnelle provisoire – peut paraître en contradiction avec cette compréhension des droits fondamentaux comme n'étant par définition pas susceptibles de voir leur violation adéquatement compensée par équivalent. L'abandon de la condition d'urgence serait ainsi conforme à la nature spécifique de la violation des droits fondamentaux, telle que la Cour européenne des droits de l'homme la définit. Elle serait en outre en harmonie avec la tendance actuelle de la Cour européenne des droits de l'homme à élargir le champ d'application de l'octroi des mesures conservatoires en dehors des affaires d'éloignement d'étrangers et d'exécution de peine capitale.

La troisième condition mise classiquement à l'octroi de la mesure provisoire, qui exige de mettre en balance l'intérêt à une protection juridictionnelle provisoire avec l'intérêt que revêt une application immédiate de la mesure attaquée, mérite selon nous également d'être interprétée à la lumière de cette conception des exigences propres découlant des droits et libertés de la Convention européenne. La possibilité d'effectuer pareille pondération des intérêts en présence semble inhérente à la compétence même d'une juridiction d'accorder une protection juridictionnelle provisoire, laquelle ne saurait être exercée sans que cette juridiction apprécie si, à côté des intérêts qu'elle préserve, la mesure provisoire qu'elle s'apprête à octroyer ne porte pas atteinte à d'autres intérêts, peut-être aussi importants que les premiers. Comme il a été dit, cette condition ne bénéficie pas d'une reconnaissance explicite dans la jurisprudence de la Commission ou de la Cour européenne des droits de l'homme. Cela tient sans doute, au refus de remettre en cause le caractère dit 'absolu' des droits habituellement en jeu lorsque des mesures provisoires sont sollicitées. Il est permis de regretter ce silence, d'autant plus que le risque d'une mauvaise interprétation de cette condition n'est pas à exclure, surtout tant qu'elle demeure mobilisée de manière seulement implicite. Quelle interprétation donner alors à cette condition ? L'on relèvera d'abord que la balance des intérêts dont il s'agit est à effectuer non pas entre la préservation d'une situation favorable au requérant, d'une part, et l'atteinte portée à l'efficacité de l'action étatique en raison de l'*inexécution* d'une mesure envisagée, d'autre part, mais entre l'absence de création d'une situation irréversible privant la requête individuelle de toute utilité, d'une part, et le préjudice résultant du simple *retard de la mise à l'exécution* de la mesure étatique ou le préjudice résultant du dommage matériel créé par une mesure positive, d'autre part. La question est donc de savoir s'il est justifié de courir le risque d'une atteinte à un droit fondamental (dommage irréversible par nature, comme on vient de le souligner), par souci d'éviter un retard dans la mise à exécution de la mesure étatique (et non un défaut d'exécution de cette mesure). Selon nous, un élément décisif de la mise en balance ainsi définie se situe dans la nature des intérêts dont la mesure étatique en cause poursuit la réalisation. On se rappellera la distinction effectuée ci-dessus, entre les situations où sont en cause deux droits fondamentaux en conflit (situation où un large marge d'appréciation est reconnue à l'Etat) et les situations où le droit fondamental de l'individu fait l'objet d'une restriction motivée par le souci de protection d'un intérêt étatique d'une autre nature. Il serait conforme à cette distinction de considérer que la balance des intérêts doit en principe pencher en faveur de la préservation du droit fondamental menacé, sauf dans l'hypothèse où l'action étatique qui justifie la restriction apportée audit droit vise à la protection des droits fondamentaux d'autrui.

Le délai dans lequel l'instance nationale sera en mesure de prendre position quant à la violation alléguée d'un droit garanti par la Convention peut également influencer la manière dont cette balance des intérêts sera effectuée, et par conséquent la nécessité d'indiquer des mesures conservatoires. Plusieurs exemples peuvent l'illustrer. La séparation temporaire d'une mère ou d'un père – ou des deux parents – d'avec l'enfant peut conduire à une rupture progressive des liens entre ces deux personnes de sorte que la longueur de la séparation, qui dépend de la célérité de l'affaire, influencera la décision du juge – et donc l'issue du procès. La censure d'une information jugée condamnable perdra toute sa valeur après une certaine période : la nature de 'bien périssable' de l'information favorise ainsi un accueil favorable à la demande faite par un journaliste de pouvoir publier une information en dépit, par exemple, de l'atteinte qui peut en résulter pour la réputation d'une entreprise.

Les activités d'une centrale nucléaire ou d'une usine chimique qui causent des dommages graves à l'environnement risquent à long terme de nuire encore plus à la santé des personnes qui résident aux alentours de cette centrale ou de cette usine. La santé défaillante d'un détenu peut s'empirer avec le temps. L'écoulement du délai entre le moment d'une mise en accusation d'un prévenu et la décision définitive quant à sa culpabilité pénale aggrave la violation liée à l'interdiction du dépassement du délai raisonnable de jugement que prescrit l'article 6 § 1^{er} de la Convention. Dans tous ces cas, indépendamment de la question de savoir si la situation dénoncée constitue ou non une atteinte aux droits et libertés que reconnaît la Convention, justifiant le cas échéant qu'une protection juridictionnelle provisoire soit accordée afin de prévenir la violation ou afin d'en empêcher la continuation, le passage du temps lui-même peut aggraver la violation. Ceci implique que le délai que mettra l'instance nationale compétente à trancher sur l'allégation de violation constitue un critère décisif pour apprécier la nécessité d'octroyer une mesure provisoire. Encore convient-il de souligner que ce facteur contribue également à déterminer le poids de l'intérêt concurrent à celui du droit menacé ou violé : le retard imposé à la mise en œuvre de l'action étatique sera d'autant moins important, par définition, que le délai mis par l'instance nationale à statuer sur la violation alléguée est court.

III. Conclusion

Au départ des éléments qui ont été identifiés ci-dessus, il serait sans doute possible de définir les composantes d'un droit à la protection juridictionnelle provisoire en tant qu'aspect du droit à un recours effectif que reconnaît l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme. Faut-il nécessairement tenter de progresser vers une uniformisation de ces conditions ? Dans le cadre du droit communautaire, la Cour de justice des Communautés européennes paraît en tout cas y avoir renoncé. Cette juridiction considère bien que la protection effective des droits que le justiciable tire du droit communautaire implique qu'il puisse bénéficier de leur protection juridictionnelle immédiate, et ainsi que le juge national doit pouvoir accorder des mesures provisoires contre la mesure étatique dont l'incompatibilité avec le droit communautaire est alléguée, lorsque les moyens invoqués à l'appui de la thèse de cette incompatibilité apparaissent sérieux⁵⁷. Mais la définition des conditions d'octroi de la protection juridictionnelle provisoire lorsqu'est invoqué devant le juge national un droit tiré de l'ordre juridique communautaire pour s'opposer à une mesure étatique demeure fixée par les droits nationaux des Etats membres de l'Union, conformément au principe de l'autonomie procédurale des Etats membres⁵⁸, et sous réserve des deux limites classiquement imposées à cette autonomie⁵⁹ : la protection juridictionnelle provisoire accordée dans le cadre des recours fondés sur le droit communautaire ne doit pas être moins étendue que celle accordée dans le cadre de recours fondés sur le droit national dans des actions comparables (principe d'équivalence)⁶⁰; elle ne doit pas priver d'effectivité le droit

⁵⁷ C.J.C.E., 19 juin 1990, *The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame*, C-213/89, *Rec.*, p. I-2433. En doctrine, voy. spéc. A. Barav, 'Enforcement of Community Rights in the National Courts : The Case for jurisdiction to grant an Interim Relief', *C.M.L. Rev.*, 1989, p. 369; D. Simon et A. Barav, 'Le droit communautaire et la suspension provisoire des mesures nationales. Les enjeux de l'affaire Factortame', *R.M.C.*, 1990, p. 597; J.-Cl. Bonichot, 'Les pouvoirs d'injonction du juge national pour la protection des droits conférés par l'ordre juridique communautaire', *Rev. fr. dr. admin.*, 1990, p. 912; N.P. Gravells, 'Effective Protection of Community Law Rights : temporary disapplication of an Act of Parliament', *C.M.L. Rev.*, 1992, p. 7; R. Joliet, V. Bertrand, P. Nihoul, 'Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire', *Rev. dir. eur.*, vol. 32, 1992, p. 253; A. Barav, 'Omnipotent Courts', in R. Lawson & M. de Blois (eds.), *The Dynamics of Human Rights Protection in Europe. Essays in Honour of Henry G. Schermers*, vol. II, Martinus Nijhoff Publ., Dordrecht-Boston-London, 1994, p. 365.

⁵⁸ Principe selon lequel 'il appartient à l'ordre juridique interne de chaque Etat membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire' (C.J.C.E., 16 décembre 1976, *Rewe Zentralfinanz et autres.*, 33/76, *Rec.* p. 1989).

⁵⁹ C.J.C.E., 8 novembre 1983, *Amministrazione delle Finanze dello Stato c. Societa San Giorgio*, 199/82, *Rec.* p. 3595. Ces conditions sont régulièrement réaffirmées par la Cour de justice des Communautés européennes. Voy. par ex. C.J.C.E., 10 juillet 1997, *Palmisani*, C-261/95, *Rec.* p. I-4025, point 27; C.J.C.E., 20 septembre 2001, *Courage et Crehan*, C-453/99, *Rec.*, p. I-6297, point 29.

⁶⁰ C.J.C.E., 7 juillet 1981, *Rewe Handelsgesellschaft Nord MBH et autres ('croisières de beurre')*, 158/80, *Rec.*, p. 1805. Selon la *Déclaration relative à l'application du droit communautaire* (Décl. n° 19 annexée au Traité sur l'Union européenne), 'la Conférence – tout en reconnaissant qu'il appartient à chaque Etat membre de déterminer la meilleure façon d'appliquer les dispositions du droit communautaire, eu égard aux institutions, au système juridique et aux autres conditions

communautaire (principe d'efficacité)⁶¹. Ainsi, tout en paraissant vouloir faire figurer le droit à une protection juridictionnelle provisoire comme une condition de l'effectivité de la protection par les juridictions nationales des droits puisés dans l'ordre juridique communautaire, la Cour de justice s'est-elle refusée, jusqu'à présent, à définir un régime de la protection juridictionnelle provisoire applicable de manière uniforme devant les juridictions nationales des Etats membres.⁶²

Cette attitude est sans doute la plus sage. Les éléments constitutifs de la protection juridictionnelle provisoire dans le contentieux des droits fondamentaux peuvent être identifiés assez aisément, tant que l'on en demeure au niveau des principes généraux. Mais la mise en œuvre de ces principes exige une appréciation fortement contextualisée, d'autant plus difficile à couler dans des formules rigides que de telles formules devraient s'adapter à une diversité de systèmes juridictionnels, et valoir également pour divers types de contentieux – administratifs, pénaux, civils et sociaux, ainsi que constitutionnels – où se pose la question de la protection juridictionnelle provisoire. Dans la mesure où une certaine uniformité d'approche se constate dans les Etats membres du Conseil de l'Europe, on ne voit guère la valeur ajoutée qu'apporterait une reformulation, à un niveau élevé de généralité, de ces principes. Or si pareille reformulation devait aller au-delà d'un simple rappel de ces principes, elle devrait prendre position sur des questions dont les solutions ne peuvent que varier fortement d'une situation nationale à l'autre, et d'un type de contentieux à l'autre, et qui devraient en outre ménager la possibilité d'une grande souplesse du juge dans l'application qui en est faite. Ici comme ailleurs, au phantasme de ramener le droit à des équations de mathématiciens, l'on doit sans doute accepter de substituer le travail patient de la mise à jour progressive, au fil des affaires, des conséquences découlant de l'exigence d'effectivité des droits fondamentaux.

qui lui sont propres, mais, en tout état de cause, dans le respect de l'article 189 du traité instituant la Communauté européenne [devenu l'article 249 CE, énonçant les sources du droit CE obligatoire] - estime qu'il est essentiel, pour le bon fonctionnement de la Communauté, que les mesures prises dans les différents Etats membres aboutissent à ce que le droit communautaire y soit appliqué avec une efficacité et une rigueur équivalentes à celles déployées dans l'application de leur droit national'.

⁶¹ C.J.C.E., 27 février 1980, *Hans Just I/S c. Ministère danois des affaires fiscales*, 68/79, *Rec.*, p. 501; C.J.C.E., 5 mars 1980, *H. Fewerda B.V. c. Produktschap voor Vee en Vlees*, 265/78, *Rec.* p. 617.

⁶² L'occasion était pourtant clairement donnée à la Cour, dès l'affaire *Factortame* de 1990, de définir les contours d'un tel régime. En effet, trahissant la portée véritable de la question que lui adressait la House of Lords dans cette affaire, Certes, dans son arrêt du 19 juin 1990 précité, la Cour de justice a choisi de se situer entièrement sur le terrain de la primauté du droit communautaire, sans offrir de réponse à la question de savoir notamment *quel degré de sérieux* les moyens prétendument tirés du droit communautaire devaient présenter pour que le juge national puisse être tenu d'accorder une protection juridictionnelle provisoire – ou, plus largement, à quelles conditions l'octroi d'une protection juridictionnelle provisoire devant être considéré comme une condition de l'efficacité du droit communautaire. La Cour de justice a esquivé par là la question qui lui était adressée par la House of Lords. L'arrêt de renvoi de cette dernière juridiction partait du constat que la jurisprudence de la Cour de justice (notamment les arrêts *Salgoil* (C.J.C.E., 19 décembre 1968, *Salgoil*, 13/68, *Rec.* p. 661) et *Simmenthal* (C.J.C.E., 9 mars 1978, *Simmenthal*, 106/77, *Rec.* p. 629)), étant centrée sur la primauté du droit communautaire sur toute règle de droit national qui lui serait contraire (l'arrêt *Simmenthal* notamment contenant l'affirmation que le juge national a 'l'obligation d'appliquer intégralement le droit et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers, en laissant inappliquée toute disposition éventuellement contraire du droit national'), ne suffisait nullement à répondre à la question qui se présentait au juge anglais en cas de doute sur le sérieux des moyens de droit communautaire invoqués pour demander que la règle nationale demeure inappliquée, y compris provisoirement, jusqu'à une décision définitive sur l'incompatibilité alléguée entre droit communautaire et droit national. La House of Lords évoquait à cet égard les 'putative rights', les droits 'supposément' puisés dans l'ordre juridique communautaire : *Factortame and others v. Secretary of State for Transport*, (1990) 2 A.C. 85. Il est renvoyé à O. De Schutter, *Fonction de juger et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 186-193.