

**RETOUR SUR MAMATKOULOV
DE L'EFFECTIVITE DES MESURES PROVISOIRES
DANS LE SYSTEME CONVENTIONNEL EUROPEEN***

Laurence BURGORGUE-LARSEN

*Professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne
(Université Paris I Panthéon Sorbonne),
Directeur du Centre de recherche sur l'Union européenne (CRUE)*

Protéger les droits fondamentaux des individus dans l'urgence¹. Telle est la problématique générale soulevée par l'étude des « mesures provisoires » en droit international des droits de l'homme. Cette simple assertion permet de mesurer le chemin parcouru en ce domaine. Il s'agit en effet à l'origine d'une figure processuelle issue du champ juridique interne qui – arborant le plus souvent le nom de « mesures conservatoires »² – a traditionnellement pour objet d'assurer l'égalité des droits des parties au cours d'un procès ; en un mot, assurer la sauvegarde de l'efficacité de la fonction juridictionnelle³. Dans cette lignée, la transposition dans le champ international de cette technique issue du champ interne a pris l'allure d'un mimétisme fonctionnel. L'objet des mesures provisoires en droit international public

* Rendre hommage au professeur Philippe Manin en choisissant de s'immerger dans l'univers conventionnel européen pourrait étonner, voire dérouter. En effet, on est loin *a priori* des thèmes de prédilection du dédicataire de ces Mélanges qui a consacré le plus important de sa carrière au droit des Communautés puis au droit de l'Union européenne. En réalité, ce serait oublier un peu vite les racines internationales de la carrière universitaire du Doyen Manin qui la démarra comme internationaliste. De même, ce serait faire fi des liens particulièrement ténus qui existent entre les contentieux strasbourgeois et luxembourgeois. Ils permettent aujourd'hui de considérer que les deux Europe – incarnées par les Cours européennes (CEDH et CJCE) – ont pour tâche de préserver et de développer un véritable fonds commun de valeurs. Pour toutes ces raisons, on a décidé de dédier à Philippe Manin une étude aux confins du droit international et du droit européen des droits de l'homme.

¹ L'urgence est une notion juridique peu déterminée ; relevant de l'appréciation du juge, elle apparaît comme un attribut de *l'imperium* et comme une référence à un standard, v. E. Jouannet, « Quelques observations sur la signification de la notion d'urgence », H. Ruiz-Fabri, J.-M. Sorel (dir.), *Le contentieux de l'urgence et l'urgence dans le contentieux devant les juridictions internationales, regards croisés*, Paris, Pedone, 2001, p. 205 et s.

² Le *Dictionnaire de Droit international public* rédigé sous la direction de J. SALMON (Bruxelles, Bruylant, 2001) présente des définitions très similaires des mesures provisoires et conservatoires et opère des renvois systématiques aux deux expressions (v. pp. 698 et 701).

³ La doctrine « processualiste » italienne serait celle qui aurait « autonomisé » l'action « conservatoire », v. A. Cançado Trindade, « Les mesures provisoires de protection dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », in G. Cohen-Jonathan, J.-F. Flauss (dir.), *Mesures conservatoires et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 146.

a été pendant longtemps et en toute logique⁴ de préserver les droits revendiqués par l'une des parties au litige et, ce faisant, l'intégrité de la décision quant au fond de l'affaire. En d'autres termes, il s'agissait d'empêcher que la décision soit dépourvue d'objet et d'efficacité et que le résultat final du procès ne soit malmené⁵.

La donne changea substantiellement avec l'apparition des juridictions internationales de protection des droits de l'homme dont la fonction cardinale consiste, avant toute chose, à protéger les droits des individus. Partant, la naissance, aux côtés du classique contentieux interétatique, d'un contentieux international des droits de l'homme a contribué – non pas à modifier – mais à compléter l'*objet* des mesures provisoires. A la sauvegarde de l'équilibre du procès, de l'intégrité de la décision de justice internationale, bref à la sauvegarde de la fonction juridictionnelle s'est ajoutée la protection des droits fondamentaux des individus. Or, et le fait est tout sauf anodin, c'est à l'occasion de la préservation de ce second objet des mesures provisoires que la juridiction universelle a *proprio motu* affirmé la force obligatoire de ces mesures dans l'affaire *Lagrand* alors que son texte de référence n'y faisait pas allusion dans un contexte, on ne le sait que trop, où la vie d'un homme était en jeu⁶. Elle montrait ainsi le chemin (une fois n'est pas coutume) à la Cour européenne dans l'affaire *Mamatkoulov* qui opéra un revirement de jurisprudence remarqué nonobstant la manifestation au sein du collège des juges d'opinions partiellement dissidentes amplement motivées⁷.

On peut affirmer qu'aujourd'hui dans l'ordre international ces deux fonctions coexistent quelle que soit d'ailleurs la fonction principale de la juridiction internationale en cause (*i.e.* arbitrer un contentieux interétatique ou contrôler les agissements étatiques à l'égard des individus). Dans ce contexte, il va être intéressant d'évaluer plus précisément la manière dont ces deux objets cohabitent dans le cadre du système européen de garantie des droits à travers la question de l'*effectivité* des mesures provisoires⁸. Il va être successivement question de prendre

⁴ La raison tient aux fonctions affichées des juridictions internationales « historiques » – la CPJI et la CIJ pour ne pas les nommer – qui n'avaient, *prima facie*, rien à voir avec la protection des droits fondamentaux.

⁵ Le libellé de l'article 41 du Statut de la CIJ en témoigne à l'envie : « 1. La 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. 2. En attendant l'arrêt définitif, l'indication de ces mesures est immédiatement notifiée aux parties et au Conseil de sécurité. » La jurisprudence a très souvent confirmé cet objet « classique » des mesures provisoires dont l'objet était « conservatoire », v. ad ex. CIJ, 27 juin 1986, *Nicaragua c/ Etats-Unis*.

⁶ CIJ, 21 juin 2001, *Lagrand (Allemagne c/ Etats-Unis)*, *Rec.*, 2001, pts. § 48-117.

⁷ Le revirement se fit en deux temps : affirmé par une Chambre de sept juges, il fut confirmé par la Grande chambre : CEDH, 6 février 2003, *Mamatkoulov et Abdurasulovic c/ Turquie* ; CEDH, Gde Ch., 4 février 2005, *Mamatkoulov et Askarov c/ Turquie*, v. G. Cohen-Jonathan, « Sur la force obligatoire des mesures provisoires. L'arrêt de la Grande Chambre européenne du 4 février 2005 », *RGDIP* 2005, pp. 421 et s. ; P. Frumer, « Un arrêt définitif sur les mesures provisoires : la Cour européenne des droits de l'homme persiste et signe. Commentaire de l'arrêt *Mamatkoulov et Askarov c/ Turquie* du 4 février 2005 », *RTDH* 2005, pp. 799-826 ; P. Tavernier, « Observations – Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *JDI* 2006, pp. 1077-1079 ; H. Tigroudja, « La force obligatoire des mesures provisoires indiquée par la Cour européenne des droits de l'homme. Observations sous l'arrêt du 6 février 2003, *Mamatkoulov c/ Turquie* », *RGDIP* 2003, pp. 601-632. V., d'une manière générale, sur les revirements dans le contentieux strasbourgeois, K. Lucas-Alberni, *Le revirement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008, (Préface de F. Sudre).

⁸ Définir l'effectivité au sens de caractère obligatoire, contraignant.

la mesure du *fondement* de l'effectivité des mesures provisoires (I) avant d'en décrypter les *manifestations* concrètes (II).

I - Les fondements de l'effectivité

Si l'affaire *Mamatkoulov* est si importante dans le champ conventionnel européen, c'est qu'elle s'inscrit dans un contexte conventionnel particulier. Il est connu en effet qu'à l'instar du système universel et à l'inverse du système conventionnel américain, le système européen de garantie des droits ne dispose pas d'une base juridique affirmant la force contraignante des mesures provisoires. L'article 39 du règlement de la Cour européenne⁹ apparaît en effet bien circonspect par rapport à l'article 63§1 de la Convention américaine¹⁰. En l'absence d'une disposition explicite de la Convention européenne, l'affirmation de la force obligatoire des mesures provisoires renvoie « à la question plus générale de la source ou du fondement du pouvoir du juge »¹¹. Il sera ce faisant intéressant de se pencher successivement sur la motivation de la Cour pour déterminer sa compétence (A), comme sur celle qui l'a conduite à proclamer la force contraignante des mesures provisoires (B).

A – Du pouvoir du juge

Pour prendre la mesure de l'importance de l'affirmation par la Cour de son pouvoir d'ordonner des mesures provisoires contraignantes, il n'est pas inutile de rappeler succinctement l'état du droit avant le « changement de cap »¹² dans l'affaire turque. Si dans un premier temps le silence conventionnel fut *valorisé* (1), il ne manqua pas d'être *revisité* (2) quelques années plus tard.

1 - Le silence conventionnel valorisé

Dans le silence conventionnel, la Commission européenne (article 36 de son règlement)¹³ comme la Cour européenne (article 39 de son règlement) s'étaient

⁹ Art. 39 du règlement de la Cour : « 1. 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. 2. Le Comité des Ministres en est informé. 3. La chambre peut inviter les parties à lui fournir des informations sur toute question relative à la mise en œuvre des mesures provisoires recommandées par elle. »

¹⁰ Art. 63 § 2 de la Convention américaine : « Dans les cas d'extrême gravité requérant la plus grande célérité dans l'action, et lorsqu'il s'avère nécessaire d'éviter des dommages irréparables à des personnes, la Cour pourra, à l'occasion d'un différend dont elle est saisie, ordonner les mesures provisoires qu'elle juge pertinentes. S'il s'agit d'une affaire dont elle n'a pas encore été saisie, elle pourra prendre de telles mesures sur requête de la Commission. » Il faut lire cet article de façon combinée avec l'article 25 du règlement intérieur de la Cour interaméricaine des droits de l'homme.

¹¹ C. Grewe, « Réflexions sur la fonction de juger à partir de l'arrêt *Mamatkoulov c/ Turquie* rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 4 février 2005 », *Common Values in International Law, Essays in Honour of Christian Tomuschat*, Kehl, Strasbourg, Arlington, NP Engel Verlag, 2006, p. 536.

¹² Nous avons utilisé cette expression pour porter un regard critique sur les modalités des revirements de la Cour européenne, v. L. Burgorgue-Larsen, « De l'art de changer de Cap. Libres propos sur les « nouveaux » revirements de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Libertés, Justice, Tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 329-344.

¹³ Il est entré en vigueur le 13 décembre 1973 et était libellé de la sorte : « La Commission ou, si elle ne siège pas, le Président peut indiquer aux parties toute mesure provisoire dont l'adoption paraît souhaitable dans l'intérêt des parties ou du déroulement normal de la procédure. »