

# 5

## Les mesures provisoires à Strasbourg : un refuge pour les migrants

---

**Emmanuelle NERAUDAU**

Avocate, chargée d'enseignements à l'Université de Nantes  
Chercheuse au CeDIE (U.C.L.)

**Sylvie SAROLEA**

Avocate  
Professeure à l'U.C.L.

|   |            |
|---|------------|
| SECTION 1   |            |
| Introduction générale   | <b>76</b>  |
| SECTION 2   |            |
| Les mesures provisoires en droit de l'immigration ?   | <b>79</b>  |
| SECTION 3   |            |
| Les mesures provisoires face aux transferts dits « Dublin II »  | <b>93</b>  |
| SECTION 4   |            |
| Conclusion générale : les mesures provisoires,<br>un baromètre de l'effectivité des recours internes<br>en droit de l'immigration ? | <b>104</b> |

## Introduction générale

### 1.1 Une approche quantitative

Le plus grand nombre de mesures provisoires indiquées par la Cour européenne des droits de l'homme intervient dans le domaine du droit des migrants<sup>1</sup>. En effet, la majeure partie des mesures provisoires demandées et accordées par la Cour européenne (ci-après Cour E.D.H.) se situe dans le contexte des procédures d'éloignement des étrangers. Il s'agit essentiellement des procédures d'expulsion, d'extradition vers un État tiers à l'Union européenne (ci-après U.E.) ou de réadmission vers un autre État membre de l'U.E.

« Entre 2006 et 2010, la Cour a connu une augmentation de plus de 4000 % du nombre de demandes d'indication de mesures provisoires en vertu de l'article 39 du règlement<sup>2</sup> : elle en a reçu 4786 en 2010, contre 112 en 2006<sup>3</sup> » uniquement dans le domaine de l'immigration.

Entre octobre 2010 et janvier 2011, un pic exceptionnel de demandes a pu être constaté dont près de 2500 demandes d'indication de mesures concernait des retours vers le même État dont 1930 dirigées contre la Suède<sup>4</sup>. En outre, dans le courant de l'année 2010, la plupart des demandes d'indication de mesures provisoires se sont concentrées autour de certains États : plus de 2000 demandes contre le Royaume-Uni ; 400 demandes contre les Pays-Bas et plus de 300 contre la France.

« Si les demandes de mesures provisoires n'ont cessé de croître, *il est tout aussi significatif et révélateur qu'en 2010, près de 40 % de ces demandes aient finalement été acceptées par la Cour (1 440 accordées contre 1 823 refusées)* »<sup>5</sup>.

1. Nous utilisons plutôt l'expression droit de l'immigration que droit des étrangers dès lors que ce qui est en cause est le déplacement transfrontalier davantage que la qualité d'étranger. Ces deux facteurs vont souvent de pair mais pas nécessairement. Des nationaux peuvent être concernés par la migration d'un de leur proche, ressortissant d'un pays tiers, et des étrangers peuvent être autorisés au séjour et dénoncer une violation de leurs droits qui ne concerne pas ce dernier.

2. Article 39 du règlement intérieur de la Cour E.D.H., nouvelle édition entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2011, disponible sur le site de Cour ([www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)).

3. Déclaration du Président de la Cour E.D.H., Monsieur Jean-Paul Costa, relative aux demandes de mesures provisoires, 11 février 2011, page 1 et annexe I.

4. Étant à préciser qu'une large majorité de ces demandes étaient incomplètes, ne comportant pas suffisamment d'informations et de documents pour permettre à la Cour d'évaluer correctement les risques afférents au retour vers cet État. Voir la déclaration du Président de la Cour E.D.H., Monsieur Jean-Paul Costa, relative aux demandes de mesures provisoires, 11 février 2011, page 1.

5. Propos du Président Jean-Paul Costa, lors de la Conférence de presse annuelle de la Cour E.D.H. le 27 janvier 2011, rapportés par : Nicolas HERVIEU, *L'abus des mesures provisoires et l'absence de recours suspensif sont dangereux pour la santé de la Cour de Strasbourg*, CREDOF, Actualités Droits-Libertés du 14 février 2011, <https://listes.cru.fr/sympa/arc/droits-libertes/2011-02/msg00006.html>.

La question des mesures provisoires en droit des étrangers ne peut se réduire aux seules données quantitatives. Cette approche nous permet de constater que c'est dans le domaine migratoire que la Cour E.D.H. reçoit le plus grand nombre de demandes d'indication de mesures et en accorde. Cette matière retient donc l'attention des observateurs et acteurs de telles procédures devant la Cour E.D.H.

## 1.2 Les raisons de ce constat ?

Pour tenter de décrypter ce constat, il y a lieu de se tourner vers la base juridique sur laquelle la Cour se fonde pour indiquer de telles mesures, l'article 39 de son règlement intérieur qui prévoit que :

« La Chambre ou, le cas échéant, son Président peuvent, soit à la demande d'une partie ou de tout autre personne intéressée, soit d'office, indiquer aux parties toutes mesures provisoires qu'ils estiment devoir être adoptées dans l'intérêt des parties ou du bon déroulement de la procédure ».

La rédaction de l'article 39 du règlement *précité* ne pose pas de restriction spécifique quant au domaine ou quant au champ d'application de ces mesures provisoires. De telle sorte que l'on ne peut trouver une justification à cette concentration des mesures provisoires dans le domaine du droit des étrangers à la seule lecture de cette base juridique. Au contraire, la Cour dispose sans doute d'une latitude assez importante du fait de la rédaction générale de l'article 39 du règlement *précité*<sup>6</sup>.

Toutefois, l'approche de la jurisprudence et de la pratique de la Cour en matière de mesures provisoires semble très encadrée. En effet, la Cour indique des mesures provisoires si elle constate *de prima facie* « un risque imminent de dommages irréparables »<sup>7</sup>. Il en résulte que le champ d'application de l'article 39 du règlement *précité* s'en trouve réduit à ce « risque imminent de dommages irréparables ».

La conséquence immédiate est que la Cour indique des mesures provisoires essentiellement lorsque des violations aux articles 2 et 3 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après C.E.D.H.) sont invoquées. Ce sont donc les risques d'atteinte à la vie (article 2 C.E.D.H.) et les risques de torture ou de mauvais traitement (article 3 C.E.D.H.) qui sont essentiellement entendus comme des risques « imminents de dommages irréparables » ouvrant l'indication de mesures provisoires par la Cour. Les procédures d'éloignement d'un « étranger » du territoire d'un État signataire de la C.E.D.H. peuvent entraîner

6. Voir Pamela McCORMICK, « 'A Risk of Irreparable Damage' : Interim Measures in Proceedings before the European Court of Human Rights Pamela McCormick », in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* : v. 12, Hart Publishing, 18 décembre 2010, pp. 313 et s.

7. *Ibidem* pp. 313 et s.

des risques d'atteinte aux droits garantis par ces deux articles. La Cour n'accorde qu'à de très rares exceptions des mesures provisoires lorsqu'un risque de violation de l'article 8 de la C.E.D.H. (le respect de la vie privée et de la vie familiale) est invoqué.

L'état actuel de la jurisprudence de la Cour en matière de mesures provisoires donne une première explication de son intervention principalement en droit des étrangers, dans le cadre des procédures d'éloignement du territoire.

Un autre facteur résulte du caractère « effectif » ou non des recours ouverts en droit national à l'encontre de ces décisions d'éloignement. De nombreux recours nationaux<sup>8</sup> dans cette matière ne rencontrent pas les exigences du recours « effectif » au sens de la jurisprudence de la Cour E.D.H.<sup>9</sup>. Par conséquent, le requérant se tourne de manière plus systématique vers le juge européen et vers cette possibilité qu'il a de solliciter que la Cour prenne « toutes mesures provisoires » dans son intérêt ou dans l'intérêt du bon déroulement de la procédure.

En outre, la mesure d'éloignement doit souvent être contestée dans des délais très rapprochés et ses effets peuvent être définitifs voire irréversibles en cas d'exécution. Les droits nationaux peuvent prévoir un placement en détention ou rétention administrative en vue de l'éloignement. En conséquence, et si le droit national ne garantit pas de recours « effectif » pour contester ladite décision, le requérant n'a d'autre voie pour tenter d'en empêcher l'exécution que de solliciter des mesures provisoires à la Cour E.D.H.

Lorsque la Cour E.D.H. est saisie d'une demande en urgence, dans le cadre d'une telle procédure, elle s'attache à la traiter le plus rapidement possible et, le cas échéant, à donner des indications à l'État concerné en vue de suspendre l'éloignement le temps de son examen. Sa réactivité et l'effet des mesures provisoires indiquées justifient ainsi également leur déploiement dans cette matière.

Par-delà les aspects quantitatifs, il y a lieu d'insister sur les aspects qualitatifs et souvent déterminants de l'indication de mesures provisoires à l'égard du

---

8. La Cour E.D.H. a condamné certains des États membres de l'U.E. sur cette question : notamment la France, dans son arrêt C.E.D.H., 26 avril 2007, GEBREMEDHIN c/France, req. n° 25389/05 : « Si le juge européen s'était déjà prononcé sur les obligations des États en matière de garanties procédurales, dans la décision Gebremedhin, il rappelle avec force l'importance de l'application effective d'un droit au recours suspensif au bénéfice des demandeurs d'asile à la frontière. Le législateur français a dû tenir compte de ces nouvelles exigences européennes (...) », Christel COUNIL, « Les droits de l'Homme en zones d'attente : condamnations européennes et résistances françaises », *Cultures & Conflits*, n° 71, automne 2008, p. 76 ; ou encore la Belgique et la Grèce dans son arrêt C.E.D.H., 21 janvier 2011, M.S.S./Belgique et Grèce, req.n° 30696/09 (voir *infra* – II).

9. Voir *infra* (Partie II,3) : « Un recours interne est effectif lorsqu'il est suspensif, qu'il offre les garanties procédurales suffisantes et permet un contrôle adéquat du respect des droits protégés par la convention ».

respect des droits fondamentaux du requérant que ce soit lorsqu'il est soumis à une mesure d'éloignement vers un pays tiers à l'U.E. (II) ou à un transfert vers un autre État membre de l'U.E. (III).

## II

### Les mesures provisoires en droit de l'immigration

L'article 39 du règlement général de la Cour E.D.H. lui donne la compétence d'adopter toute mesure provisoire dans l'intérêt des parties ou du bon déroulement de la procédure. Un lien est à faire entre cette disposition et l'article 34 de la convention qui impose aux États contractants de n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace du droit de recours à la Cour. Comme nous l'a appris la contribution introductive relative aux mesures provisoires et à leur exécution, la jurisprudence leur a conféré un caractère obligatoire en déduisant de la non-application de mesures provisoires une violation de l'article 34 et parfois de la disposition matérielle en cause.

Les mesures provisoires ont un double objectif : éviter les situations irréversibles de manière à ne pas entraver l'examen de la requête et protéger la jouissance pratique et effective du ou des droits en cause.

Il s'agit sous ce titre d'analyser la manière dont la Cour fait usage des mesures provisoires en droit de l'immigration. Les indications données ci-dessous et l'analyse qui en est faite sont à certains égards davantage des suppositions ou des déductions de la pratique et de la jurisprudence de la Cour. La motivation des indications de mesures provisoires n'est pas communiquée aux parties, de sorte que les critères déterminant quand une mesure provisoire est indiquée et quand elle ne l'est pas ne peuvent être cernés avec précision. Ils se déduisent des arrêts concluant à la violation de l'article 34 en raison du non-respect des mesures provisoires et de notre pratique qui demeure limitée.

Les conditions imposées sont de trois ordres. Il s'agit d'établir l'existence d'un risque *réel et imminent* d'un dommage *irréparable* après avoir démontré une *utilisation préalable des recours internes effectifs ou leur indisponibilité, voire leur inexistence*. Qu'est-ce qu'un risque réel et imminent ? (II.1). Quel dommage peut être qualifié d'irréparable ? (II.2). Que recouvre l'exigence d'utilisation préalable des recours internes effectifs ? (II.3).

#### II.1 La preuve d'un risque réel et imminent

Le droit des étrangers est un terrain privilégié d'application des mesures provisoires. La majeure partie du contentieux migratoire concerne un risque futur

d'atteinte aux droits de l'homme dans le pays de destination, qualifié communément de violation « par ricochet ». L'atteinte directe aux droits de l'homme risque de se produire dans un pays tiers, le pays éloignant ou refusant l'accès à son territoire étant considéré comme responsable de cette violation du fait de l'expulsion ou d'un refus d'accès à un étranger dont il connaissait la situation dans le pays d'origine. Il est un maillon de la chaîne de causalité et, à ce titre, impliqué. Le passage des frontières du pays éloignant vers le pays d'origine ou de transit a pour conséquence que l'étranger renvoyé quitte l'espace de souveraineté (« la juridiction » visée par l'article premier de la Convention européenne des droits de l'homme) de l'État qui l'éloigne pour le remettre à la souveraineté d'un État tiers, ce qui confère, en soi, une forme d'irréversibilité aux actes posés.

Le risque doit être réel et non éventuel. Il ne s'agit pas uniquement de démontrer qu'un étranger s'est vu notifier une mesure d'éloignement du territoire ; il faut prouver le risque d'éloignement effectif. Cela n'implique pas d'établir que l'expulsion est programmée de manière très précise parce qu'une date et une heure auraient été fixées. Certes, dans la majeure partie des cas, la situation est telle. L'analyse de la réalité du risque se situe entre ces deux moments que sont la décision et l'éloignement. Le risque réel et imminent se déduit de ce que l'éloignement aura lieu dans une perspective proche, des indications concrètes ayant déjà été données au sujet de son exécution.

Il n'est pas exclu que des mesures provisoires soient adoptées dans des cas où l'éloignement effectif du territoire n'est pas encore programmé, mais uniquement parce qu'un étranger se trouve en situation illégale à la suite de la notification d'une décision négative. Ce n'est pas tant ou uniquement le risque d'atteinte aux droits fondamentaux dans le pays de destination qui est en cause mais leur violation dans le pays d'accueil à laquelle il veut être pallié. En raison de circonstances particulières, il est soutenu que les conditions de vie dans la clandestinité s'apparentent à un traitement inhumain et dégradant. Ainsi, dans plusieurs cas d'éloignement fondés sur le Règlement « Dublin II »<sup>10</sup>, la Cour E.D.H. a pu indiquer des mesures provisoires à l'État éloignant. Les recours prévus en droit national ne sont pas suspensifs. Il faudra plusieurs mois avant que les juridictions internes se prononcent et, au cours de ceux-ci, l'étranger seul ou l'étranger et les membres de sa famille se trouvent dans une situation difficile sur le plan de leur survie. Dans des cas particulièrement dramatiques (enfant malade, famille nombreuse avec jeunes enfants...), des mesures provisoires ont pu être ordonnées sans certitude d'un départ imminent.

La preuve de l'existence de ce risque réel et imminent repose sur l'étranger puisqu'à ce stade de la procédure, il lui appartient de le démontrer de manière concrète.

---

10. Voir *infra* III.

## II.2 Dommages irréparables irréversibles

Le champ d'application de l'article 39 est potentiellement illimité, bien que circonscrit par l'exigence du caractère irréparable de la violation des droits. Une juste mesure est à trouver entre une position de principe qui considérerait que toute violation d'un droit protégé est irréparable une fois consommée, eu égard au caractère « fondamental » des droits garantis par la Convention, et une position beaucoup plus restrictive, voire réaliste sur le plan quantitatif jugeant que pour que le dommage puisse être considéré comme étant irréversible, il faut qu'il procède de l'atteinte au noyau dur de la Convention. Celui-ci se compose essentiellement des articles 2 protégeant le droit à la vie et 3 interdisant la torture et les traitements inhumains et dégradants.

Même si les indications de mesures provisoires sont effectuées « sans préjudice de la décision « au fond », l'appréciation du caractère irréparable du dommage est calquée sur l'analyse à laquelle procède la Cour quant à la portée des droits matériels. Les indications permettant d'identifier une atteinte à un droit comme étant particulièrement grave et causant un dommage irréparable ou non sont à trouver dans les arrêts qu'elle prononce.

Comme nous l'avons évoqué, les mesures provisoires sont majoritairement indiquées dans des cas de violation des droits dits indérogeables ou absolus tels les articles 2 et 3 de la Convention. Le caractère intangible et indérogeable de l'article 3 qui participe du noyau dur de la Convention<sup>11</sup> lui donne un poids tout particulier. La soumission d'une personne à la torture ou à des traitements inhumains et dégradants ne peut être réparée par la seule constatation que son éloignement avait violé ces dispositions. Il en va de même du droit à la vie visé à l'article 2, désormais quasiment intangible dans la jurisprudence par les apports des protocoles 6 et 13<sup>12</sup>. Les articles 2 et 3 constituent l'essentiel mais pas l'exclusivité du champ des mesures provisoires<sup>13 14</sup>.

11. Selon l'expression utilisée par le juge Russo dans l'opinion dissidente qu'il a émise à l'occasion de l'arrêt *Vilvarajah* (Cour eur. D. H., *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*, arrêt du 30 octobre 1991, Série A, n° 215-A). Voyez ensuite dans plusieurs affaires dont Cour eur. D. H., *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, arrêt du 4 février 2005, req. n° 46827/99 et 46951/99, § 108.

12. Voyez notamment Cour eur. D.H., *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, arrêt du 2 mars 2010, requête n° 61498/08.

13. Des indications de mesures provisoires interviennent aussi au sujet de l'article 8 relatif à la vie privée et à la vie familiale. Il en va de même de l'article 4 interdisant le travail forcé, de l'article 4 du protocole 4 au sujet des expulsions collectives ou encore de l'article 13 garantissant l'effectivité des recours. Outre le présent exposé qui concerne le contentieux de l'immigration, l'on renvoie à celui consacré à l'extension du champ matériel des mesures provisoires.

14. Voyez également N. MOLE, C. MEREDITH, *Asylum and the European Convention on Human Rights*, éd. du Conseil de l'Europe, Human Rights Files, n° 9, 2010, pp. 217 et s.

## II.2.1 La violation de l'article 2 : le droit à la vie

L'affaire ayant conduit la Cour à rendre les mesures provisoires obligatoires – l'arrêt *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*<sup>15</sup> – concernait un risque de violation des articles 2 et 3 – même si *in fine* la violation de l'article 2 n'a pas été suivie. Il s'agissait d'une extradition vers un pays tiers.

L'affaire *Al-Saadoon c. Royaume-Uni* concerne également une violation potentielle de l'article 2<sup>16</sup>. La Cour a condamné le Royaume-Uni qui n'avait pas respecté la mesure provisoire demandant la suspension du transfert. Les requérants ont été renvoyés vers l'Iraq pour y être jugés par les tribunaux internes. Ils y risquaient la peine de mort. Le Royaume-Uni, malgré une indication de mesures provisoires, a procédé au transfert. La Cour a souligné qu'elle « ne considérerait pas que les autorités de l'État contractant aient fait tout ce qui était raisonnablement en leur pouvoir pour faire respecter la mesure provisoire qu'elle leur avait indiquée. En ne respectant pas cette mesure et en transférant les requérants hors de la juridiction britannique, elles les ont exposés à un risque sérieux de dommages graves et irréparables ».

Pour conférer un caractère obligatoire aux mesures provisoires, la Cour s'appuie sur la jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations Unies qui s'était déjà prononcée en ce sens, notamment en cas d'extradition vers un pays où la personne concernée risque la peine capitale. Le Comité avait enjoint de surseoir à l'exécution de la peine capitale dans l'affaire *Glen Ashby c. Trinité-et-Tobago*<sup>17</sup>. « En ratifiant le Protocole facultatif, l'État partie [s'était] engagé à coopérer avec le comité dans le cadre de la procédure prévue par ce Protocole (...) que l'État partie ne s'était pas acquitté des obligations qui lui incomb[ai]ent en vertu du Protocole facultatif et du Pacte ». Il avait confirmé cette approche dans sa décision du 19 octobre 2000 en l'affaire *Dante Piantadiong, Jesus Morallos et Archie Bulan c. Philippines*<sup>18</sup>. Cette affirmation du rôle

15. Cour eur. D. H., *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, arrêt du 4 février 2005, req. n° 46827/99 et 46951/99, §§ 128 et 129 : « 128. La Cour rappelle qu'en vertu de l'article 34 de la Convention les États 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 État 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. 129. Compte tenu des éléments en sa possession, la Cour conclut qu'en ne se conformant pas aux mesures provisoires indiquées en vertu de l'article 39 de son règlement, la Turquie n'a pas respecté les obligations qui lui incombent en l'espèce au regard de l'article 34 de la Convention ».

16. Cour eur. D.H., *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, arrêt du 2 mars 2010, requête n° 61498/08.

17. C.D.H. U.N., *Glen Ashby c. Trinité-et-Tobago*, décision du 26 juillet 1994, rapport du Comité des droits de l'homme, volume I.

18. « Indépendamment donc d'une violation du Pacte qui lui est imputée dans une communication, un État partie contrevient gravement aux obligations qui lui incombent en vertu du Protocole facultatif s'il prend une mesure qui empêche le Comité de mener à bonne fin l'examen d'une communication

fondamental des mesures provisoires ressort également de la jurisprudence du Comité contre la torture<sup>19</sup>. La Cour cite aussi la position de la Cour internationale de justice ou encore la jurisprudence de ses homologues régionales américaines, la Commission et la Cour américaines des droits de l'homme.

## II.2.2 L'article 3 et l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants

Le risque de violation de l'article 3 C.E.D.H. est celui qui a donné lieu à la majeure partie des mesures provisoires en matière d'éloignement du territoire<sup>20</sup>. L'éloignement peut procéder d'une expulsion ou d'un refoulement mais également d'une extradition.

Des indications de mesures provisoires quant à l'article 3 C.E.D.H. sont intervenues dans plusieurs dossiers d'extraditions de personnes considérées comme appartenant à des groupements terroristes ou ayant commis des crimes graves. Elles dénonçaient leur éloignement invoquant la protection absolue contre la torture et les traitements inhumains et dégradants. Des mesures provisoires ont été ordonnées mais n'ont pas été respectées dans l'affaire *Trabelsi c. Italie*<sup>21</sup>. Le requérant était condamné pour terrorisme. Il invoquait l'existence d'un risque individuel de violation de l'article 3 en cas de renvoi par l'Italie vers la Tunisie. La Cour a jugé que l'existence d'un risque de préjudice irréparable avait été alléguée de manière plausible. L'inobservation des mesures provisoires l'a empêchée d'examiner efficacement le grief du requérant et a entravé l'exercice efficace de son droit. Il en résulte une violation de l'article 34.

---

faisant état d'une violation du Pacte, ou qui rend l'action du Comité sans objet et l'expression de ses constatations sans valeur et de nul effet. (...) L'adoption des mesures provisoires en application de l'article 86 du règlement intérieur conformément à l'article 39 du Pacte est essentielle au rôle confié au Comité en vertu du Protocole facultatif. Le non-respect de cet article, en particulier par une action irréparable comme l'exécution d'une victime présumée ou son expulsion, sape la protection des droits consacrés dans le Pacte assurée par le Protocole facultatif ».

Voir également C.D.H. U.N., affaire *Sholam Weiss c. Autriche*, décision du 15 mai 2003.

19. C.C.T., affaire *Rosana Núñez Chipana c. Venezuela*, décision du 10 novembre 1998. L'État n'a pas « respecté l'esprit de la Convention (...) en ratifiant la Convention et en acceptant volontairement la compétence du Comité au titre de l'article 22, s'est engagé à coopérer de bonne foi avec le Comité dans l'application de la procédure d'examen de communications. En ce sens, le respect des mesures conservatoires demandées par le Comité dans les cas où il l'estime judicieux, est indispensable pour épargner à la personne que ces mesures concernent des préjudices irréparables qui, en outre, pourraient rendre nul le résultat final de la procédure engagée devant le Comité ». Cette position a été réitérée dans l'affaire *T.P.S. c. Canada*, décision du 16 mai 2000.

20. Voyez notamment Cour eur. D. H., *Soering c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 juillet 1989, Série A, n° 161, § 88 ; *Einhorn c. France*, arrêt du 16 octobre 2001, req. n° 71555/01, § 25. Sur l'arrêt *Einhorn*, voyez PUECHAVY, M., « L'extradition et les risques de violation des articles 3 et 6 de la Convention par ricochet », note sous l'arrêt *Einhorn c. France* du 16 octobre 1981, *R.T.D.H.*, 2002, p. 685.

21. Cour eur. D.H., *Trabelsi c. Italie*, arrêt du 13 avril 2010, requête n° 50163/08 ; voyez dans le même sens l'arrêt rendu le 5 avril 2011 dans l'affaire *Toumi c. Italie*, requête no 25716/09.

Cette affaire se distingue de l'affaire *Saadi c. Italie*<sup>22</sup>, affaire semblable sur le fond, où l'Italie avait par contre respecté les mesures provisoires ordonnées par la Cour européenne des droits de l'homme. Dans l'affaire *Trabelsi*, le fait d'avoir soustrait le requérant à la juridiction de l'Italie est un obstacle sérieux au respect des obligations imposées par l'arrêt et une entrave au recours effectif individuel. Les faits de la cause, tels qu'ils sont exposés ci-dessus, montrent clairement qu'en raison de son expulsion vers la Tunisie, le requérant n'a pu développer tous les arguments pertinents pour sa défense et que l'arrêt de la Cour risque d'être privé de tout effet utile. « Le fait que le requérant a été soustrait à la juridiction de l'Italie constitue un obstacle sérieux qui pourrait empêcher le Gouvernement de s'acquitter de ses obligations (découlant des articles 1 et 46 de la Convention) de sauvegarder les droits de l'intéressé et d'effacer les conséquences des violations constatées par la Cour. Cette situation a constitué une entrave à l'exercice effectif par le requérant de son droit de recours individuel garanti par l'article 34 de la Convention, droit que son expulsion a réduit à néant »<sup>23</sup>.

Dans la toute récente affaire *Toumi c. Italie*, la Cour juge, comme elle l'avait fait dans l'affaire *Trabelsi* que l'expulsion vers la Tunisie d'un homme précédemment condamné pour terrorisme constitue une violation « par ricochet » de l'article 3 imputable à l'Italie, et ce alors qu'une mesure provisoire l'avait interdit. À l'unanimité, le non-respect de la mesure provisoire est jugé contraire à l'article 34. Par contre, ce n'est qu'à une courte majorité de quatre contre trois que la Cour juge qu'il n'est pas « nécessaire de trancher séparément la question de savoir si ladite expulsion a méconnu également le droit au respect de la vie privée et familiale du requérant »<sup>24</sup>.

L'article 3 C.E.D.H. a plus souvent été invoqué par des étrangers dont l'éloignement n'est pas lié à leur dangerosité. Il s'agit soit de demandeurs d'asile déboutés, d'étrangers invoquant un risque pour leur santé dans leur pays d'origine ou un danger lié à la situation générale qui y règne. La Cour a ainsi ordonné des mesures provisoires dans l'affaire *Aoulmi c. France*<sup>25</sup>. Une menace pour la santé ainsi qu'une séparation familiale étaient alléguées. La France a refusé de

22. Cour eur. D. H., *Saadi c. Italie*, arrêt du 28 février 2008, req. n° 37201/06, § 127.

23. Cour eur. D.H., *Trabelsi c. Italie*, arrêt du 13 avril 2010, requête n° 50163/08, § 70.

24. Cour eur. D.H., *Toumi c. Italie*, § 61.

25. Cour eur. D.H., *Aoulmi c. France*, arrêt du 17 janvier 2006, requête n° 50278/99, §§ 109-112. « 109. La Cour rappelle que, dans son arrêt *Mamatkulov et Askarov c. Turquie*, elle a admis qu'il est dans l'intérêt de la sécurité juridique et de la prévisibilité qu'elle ne s'écarte pas sans motif valable de ses propres précédents.

Elle a toutefois également réitéré qu'il est d'une importance cruciale que la Convention soit interprétée et appliquée d'une manière qui en rende les garanties concrètes et effectives et non pas théoriques et illusives. [...]

110. La Cour estime que dans la présente affaire, le renvoi du requérant vers l'Algérie a gêné l'examen, de manière appropriée, des griefs du requérant conformément à sa pratique constante dans des affaires similaires et, en fin de compte, l'a empêchée de le protéger en cas de besoin des violations potentielles

respecter les mesures provisoires et a procédé à l'éloignement. Elle a été condamnée pour violation de l'article 34 conjugué à l'article 3. L'article 8 C.E.D.H. n'a pas été retenu. La Cour a jugé que le renvoi du requérant vers l'Algérie avait gêné l'examen de manière appropriée des griefs du requérant et avait empêché la Cour de le protéger en cas de besoin des violations potentielles de la convention. L'arrêt *Aoulmi* est important quant à l'article 34 qui y est envisagé comme une disposition autonome. La Cour a conclu, *in fine*, à l'absence d'une violation des articles 3 et 8, mais bien de l'article 34. Même si l'éloignement était conforme à la Convention, le fait de ne pas avoir respecté les mesures provisoires conduit à un arrêt de condamnation. La Cour rappelle aux États l'obligation de respecter le mécanisme mis en place par la Convention quitte à courir le risque d'avoir maintenu sur le territoire une personne qui devait finalement pouvoir en être éloignée. Comme le souligne la communication du Conseil du contentieux des étrangers, juridiction belge, du 18 février 2011, « le dommage que le Conseil causerait en considérant, dans la phase du référé, comme non sérieux un moyen qui s'avèrerait ensuite, dans la phase définitive du procès, quand même fondé, est bien plus grand que le dommage qu'il causerait dans le cas contraire. Dans le premier cas, le préjudice grave difficilement réparable peut avoir eu lieu ; dans le deuxième cas, la décision administrative aurait été suspendue sans raison au maximum pendant une période limitée »<sup>26</sup>.

Face aux éloignements de personnes invoquant un risque lié à la situation générale dans leur pays d'origine, la question de l'individualisation du risque se pose en ce qui concerne les mesures provisoires de la même manière que lors de l'examen au fond. La jurisprudence de la Cour E.D.H. de ces dernières années<sup>27</sup> a nuancé l'exigence d'un risque individuel. L'étranger peut démontrer qu'il fait partie d'un groupe qui est particulièrement la cible de violations des droits de l'homme comme un clan particulier en Somalie dans l'affaire *Salah Sheekh c. Pays-*

---

de la Convention. La conséquence de cet empêchement est que le requérant a été entravé dans l'exercice effectif de son droit de recours individuel, garanti par l'article 34 de la Convention.

111. La Cour rappelle qu'en vertu de l'article 34 de la Convention, les États 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.

Elle souligne que, même si, à l'époque où le requérant a été expulsé dans la présente affaire, la force obligatoire des mesures prises en application de l'article 39 de son Règlement n'avait pas été affirmée explicitement, il n'en demeure pas moins que l'article 34 et les obligations en découlant s'imposaient déjà aux États contractants. ».

26. À la suite des arrêts rendus par l'assemblée générale le 17 février 2011, n° 56.201, 56.202, 56.203, 56.204, 56.205, 56.207 et 56.208 (C.C.E., 17 février 2011, arrêts 56201 à 56208 et communiqué du 18 février 2011 accessible sur [www.cce-rvv.be](http://www.cce-rvv.be)) suite à l'arrêt C.E.D.H., *M.S.S./Belgique et Grèce*, précité.

27. Cour eur. D.H., 11 janvier 2007, *Salah Sheekh c. Pays-Bas*, 11 janvier 2007, n° 1948/04, pt 148 ; *N.A. c. Royaume-Uni*, 17 juillet 2008, n° 25904/07, pts 115-116 ; Cour eur. D.H. (GC), *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, 21 janvier 2011, req. n° 30696/09, pt 359. Contra Cour eur. D.H., 29 avril 1997, *H.L.R. c. France*, *Recueil* 1997-III, p. 758, pts 41-42 ; 26 avril 2005, *Müslim c. Turquie*, req. n° 53566/99, pt 70 ; 20 septembre 2007, *Sultani c. France*, req. n° 45223/05, pt 67.

*Bas.* Le requérant peut aussi faire état d'une situation de violation massive des droits de l'homme telle celle sévissant au Sri Lanka dans l'affaire *N.A. c. Royaume-Uni*.

Cette ouverture peut être rapprochée de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire *El Gafaji*<sup>28</sup> qui concernait l'interprétation de l'article 15c de la directive dite qualification.

Dans l'affaire *M.S.S. c. Belgique*, l'État belge soulignait aussi que le requérant n'avait pas démontré que sa situation était différente de celles des autres candidats réfugiés afghans en Grèce. La Cour E.D.H. écarte cette exigence d'individualisation se fondant sur les rapports internationaux clairs relatifs à l'ensemble des demandeurs d'asile, notamment afghans en Grèce. Il suffit que le risque soit suffisamment concret et probable. Même si dans cette affaire la Cour n'a pas ordonné de mesures provisoires à la Belgique (à la suite probablement de l'arrêt *K.R.S.*<sup>29</sup> où elle avait considéré qu'il y avait lieu de faire confiance à la Grèce quant au mécanisme mis en place pour respecter les textes internationaux et européens en matière d'asile), l'arrêt *M.S.S.* prononcé au fond laisse augurer que des mesures provisoires pourraient être ordonnées en cas de défaillance du système d'asile d'un État européen même si l'étranger ne peut pas démontrer que sa situation individuelle est pire que la situation d'autres candidats réfugiés qui seraient renvoyés vers un tel pays<sup>30</sup>.

Ces affaires concernent toutes des éloignements du territoire et un risque par ricochet. Un risque de violation de l'article 3 peut être également retenu en cas de violation de cette disposition dans le pays d'accueil. Tel peut être le cas lorsque les conditions d'accueil ou les conditions de détention d'un étranger en situation illégale sont telles qu'elles peuvent s'apparenter à la torture ou à un traitement inhumain et dégradant<sup>31</sup>. Ces cas d'application sont beaucoup plus

28. C.J., 17 février 2009, aff. C-465/07, *Elgafaji*, *Rec.*, 2009, p. I-921.

« L'existence de menaces graves et individuelles contre la vie ou la personne du demandeur n'est pas subordonnée à la condition que ce dernier rapporte la preuve qu'il est visé spécifiquement en raison d'éléments propres à sa situation personnelle ; [elle] peut exceptionnellement être considérée comme établie lorsque le degré de violence aveugle caractérisant le conflit armé en cours, apprécié par les autorités nationales compétentes saisies d'une demande de protection subsidiaire ou par les juridictions d'un État membre auquel une décision de rejet d'une telle demande est déférée, atteint un niveau si élevé qu'il existe des motifs sérieux et avérés de croire qu'un civil renvoyé dans le pays concerné ou, le cas échéant dans la région concernée courrait, du seul fait de sa présence sur le territoire de ceci, un risque réel de subir lesdites menaces ».

29. Cour eur. D.H., décision du 2 décembre 2008, *K.R.S. c. Royaume-Uni*, req. n° 32733/08.

30. Voir *infra* III.

31. Sur les conditions d'accueil des demandes d'asile, voyez notamment Cour eur. D.H., *Tabesh c. Grèce*, arrêt du 26 février 2009, req. n° 8256/07 ; *S.D. c. Grèce*, arrêt du 11 juin 2009, n° 53541/07 ; *A.A. c. Grèce*, arrêt du 22 juillet 2010, req. n° no 12186/08 ; *Rahimi c. Grèce*, arrêt du 5 avril 2011, req. n° 8687/08 ; Cour eur. D.H. (GC), 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, req. n° 30696/09.

rare mais la pratique de la Cour n'exclut pas de les indiquer face à des circonstances individuelles particulièrement dramatiques.

### II.2.3 L'article 4 et l'interdiction du travail forcé

L'article 4 de la convention européenne des droits de l'homme prohibe le travail forcé. Des mesures provisoires ont pu être ordonnées dans une affaire *M. c. Royaume-Uni*<sup>32</sup>. Une requérante alléguait un risque de retomber entre les mains des trafiquants d'êtres humains dans son pays d'origine et d'être sujettes à de mauvais traitements et à du travail forcé obligatoire dans le cadre d'une exploitation sexuelle.

### II.2.4 L'article 8 C.E.D.H. et la protection de la vie familiale

L'article 8 C.E.D.H. protège de manière relative la vie familiale. Des ingérences sont autorisées pour autant qu'elles respectent les conditions énumérées par l'article 8, § 2. L'ingérence doit être prévue par la loi, nécessaire dans une société démocratique à l'un des objectifs limitativement énumérés par le paragraphe 2. L'article 8 impose aux États des obligations négatives et positives. Il s'agit de ne pas briser la vie familiale sans que cela ne soit justifié au regard de l'article 8 § 2 mais aussi d'agir de manière à ce que la vie familiale ou la vie privée puisse être sauvegardée.

En matière d'immigration, l'interprétation de l'article 8 laisse aux États une large marge d'appréciation. Il ne s'agit pas ici d'aborder la jurisprudence sur l'article 8 ; son caractère restrictif est largement contesté. La retenue avec laquelle la Cour européenne des droits de l'homme applique le droit au respect de la vie familiale en matière migratoire se ressent quant à sa réserve à ordonner des mesures provisoires. La jurisprudence exige, pour ordonner des mesures provisoires, la preuve que la séparation des membres de la famille causera des dommages irréparables à la vie familiale<sup>33</sup>. Une séparation de longue durée n'est pas suffisante sans que des circonstances particulières soient démontrées. Celles-ci ont été retenues dans un cas extrême où un enfant de neuf mois risquait d'être séparé de sa mère, éloignée du territoire alors que cette dernière était gravement malade.

L'exigence de telles circonstances pour indiquer des mesures provisoires s'agissant de familles migrantes est en décalage avec la jurisprudence de la Cour s'agissant de l'article 8 en situation non migratoire. Elle se montre particulièrement sévère lorsque des membres d'une famille, particulièrement des mineurs,

32. Cour eur. D. H., *M. c. Royaume-Uni*, req. n° 16081/08.

33. Pamela McCORMICK, « 'A Risk of Irreparable Damage' : Interim Measures in Proceedings before the European Court of Human Rights Pamela McCormick », in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies : 2009-2010* : v. 12, Hart Publishing, 18 décembre 2010, pp. 313 et s.

sont séparés. Dans les affaires d'enlèvement international d'enfants, la Cour sanctionne les États qui ne veillent pas à mettre en place des procédures rapides pour permettre à un parent séparé de son enfant de le retrouver. La Cour souligne la nécessaire protection de l'enfant qui est la première victime du traumatisme causé par son déplacement ou son non-retour. Le caractère adéquat d'une mesure se juge à la rapidité de sa mise en œuvre. Les procédures relatives au retour de l'enfant enlevé, y compris les procédures préalables ou l'exécution des décisions rendues à leur issue, exigent un traitement urgent. Le temps peut avoir des conséquences irrémédiables pour les relations entre l'enfant et celui des parents qui ne vivent pas avec lui<sup>34</sup>.

Il est difficilement compréhensible que la Cour ne manifeste pas la même sévérité s'agissant de mesures prises à l'égard de familles migrantes lorsque celles-ci ont comme conséquence la séparation de membres d'une famille pendant un temps indéterminé. Le constat des conséquences irrémédiables d'une séparation effectuée dans les affaires d'enlèvements doit à l'évidence être identique en cas de séparation d'un enfant membre d'une famille migrante.

Est-il admissible qu'un enfant migrant ait moins de droits qu'un enfant d'une famille non migrante à une protection face aux séparations d'avec ses parents. Une telle interprétation paraît incompatible avec la jurisprudence certes nouvelle de la Cour quant à l'interdiction des discriminations fondées sur la situation illégale de séjour. Dans l'affaire *Anakomba Yula c. Belgique*<sup>35</sup>, la Cour a estimé qu'il fallait des raisons très fortes pour discriminer entre une personne se trouvant en situation de séjour légale et une personne se trouvant en situation de séjour illégale au sujet de ses droits familiaux. Il s'agissait dans cette affaire d'obtenir l'assistance judiciaire pour qu'un lien de paternité soit établi entre un parent et son enfant, la mère de l'enfant étant en situation illégale sur le territoire.

Dans un arrêt récemment prononcé en grande chambre, l'arrêt *Neulinger et Shuruk c. Suisse*<sup>36</sup>, la Cour évoque les mesures provisoires qu'elle avait ordonnées. Il s'agissait du rapatriement d'un enfant enlevé vers son père vivant en Israël et appartenant à un mouvement orthodoxe extrémiste. Le 27 septembre 2007, le Président de la Chambre a indiqué au Gouvernement suisse, en vertu de l'article 39 du règlement de la Cour, qu'il était souhaitable, dans l'intérêt des parties et du bon déroulement de la procédure devant la Cour, de ne pas procéder au retour de l'enfant et ce eu égard à son intérêt supérieur. La Cour avait statué dans le même sens dans une affaire *Eskinazi et Chellouche c. Turquie*<sup>37</sup> quelques

34. Voyez notamment l'affaire *Mac Ready c. République tchèque*, arrêt du 22 avril 2010, requête n° 4824/06 et 15512/08 ou l'affaire *Leschiutta et Fraccaro c. Belgique*, § 34, entre de nombreux autres arrêts.

35. Cour. Eur. D. H., *Anakomba Yula c. Belgique*, arrêt du 10 mars 2009, Req. n° 45413/07, § 37.

36. Cour Eur. D. H., grande chambre, *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, arrêt du 6 juillet 2010, requête n° 41615/07.

37. Cour Eur. D.H., *Eskinazi et Chellouche c. Turquie*, décision du 6 décembre 2005, req. n° 14600/05.

années plus tôt au sujet du retour d'un enfant consécutif à son enlèvement par sa mère. L'affaire *Neulinger et Shuruk* est particulièrement intéressante même si elle ne concerne pas le droit de l'immigration parce que la Cour y indique qu'elle s'est alignée sur le raisonnement qu'elle adopte en matière d'immigration. Elle souligne pouvoir raisonner par analogie avec la posture qu'elle adopte dans le contentieux migratoire. Elle rappelle que lorsqu'elle est confrontée à un éloignement du territoire d'une personne qui a un ancrage familial ou social, elle met en balance la rupture des liens et la dangerosité. Elle procède de même dans l'arrêt *Neulinger et Shuruk* et invite à une analyse de la proportionnalité qui met balance le retour immédiat et ses exceptions. Cette analogie doit être maniée avec prudence. D'une part, l'éloignement en matière d'immigration est souvent définitif alors que la Convention de La Haye exige que la situation soit remise dans son pristin état pour que le juge du pays de la résidence habituelle puisse statuer au fond. D'autre part, si l'on opte pour une analyse conforme à la Convention de La Haye, le retour immédiat et les exceptions ne peuvent être mis en concurrence sur un pied d'égalité en omettant le privilège du premier qui est la règle. Il demeure que si la Cour a pu ordonner des mesures provisoires dans le cas où la séparation est une séparation temporaire, destinée à ce qu'un juge se prononce au fond sur l'autorité parentale et l'hébergement de l'enfant, a *fortiori* des mesures provisoires devraient être ordonnées en matière d'immigration où les conséquences de l'éloignement sont souvent d'une durée imprévisible, voire définitives.

De récentes affaires révèlent une percée de l'article 8 dans le champ des mesures provisoires. Ainsi, dans l'affaire *Toumi* où les violations des articles 3 et 34 ont été retenues, la Cour avait jugé l'argument tiré de la violation de l'article 8 recevable<sup>38</sup>. Elle n'a toutefois pas estimé utile de se prononcer dès lors que le constat de violation de l'article 3 avait été fait. L'opinion dissidente des juges Malinverni, David Thor Björgvinsson et Popovic en fait le reproche à la Cour. À la différence de l'affaire *Saadi*, l'éventuelle violation de l'article 8 de la Convention ne peut plus être considérée comme une « question hypothétique » dans l'affaire *Toumi*. « Du fait de l'expulsion, elle est devenue une réalité. Le requérant a effectivement été séparé de son épouse et de ses trois enfants. La Cour n'aurait dès lors pas dû se satisfaire, comme elle l'a fait dans l'arrêt *Saadi*, d'examiner la requête sous le seul angle de l'article 3. Elle aurait également dû examiner le bien-fondé du grief tiré de la violation alléguée de l'article 8 ». Même si cet avis porte sur le fond et non sur les mesures provisoires, le lien entre l'article 34 et les dispositions matérielles de la Convention est étroit.

## II.2.5 Article 4 du protocole 4 : les expulsions collectives

Par un communiqué du 18 novembre 2008, la Cour européenne des droits de l'homme a exposé qu'elle avait indiqué des mesures provisoires dans onze

38. Cour eur. D.H., *Toumi c. Italie*, § 61.

requêtes déposées par des ressortissants afghans placés en rétention administrative dans l'attente d'être renvoyés vers leur pays d'origine par un vol franco-britannique. Ils dénonçaient un risque de violation des articles 3 et 4 du protocole 4 interdisant les expulsions collectives des étrangers. La Cour a fait usage de l'article 40 permettant une communication urgente à l'état et a indiqué des mesures au regard de l'article 39. Elle l'avait déjà fait s'agissant d'un éloignement vers l'Afghanistan en 2005 dans l'affaire *Sultani c. France*<sup>39</sup>. Elle avait aussi indiqué des mesures provisoires dans l'affaire *Conka c. Belgique*<sup>40</sup>. Elles n'avaient pas été respectées.

Les articles 40 et 41 sont des alternatives ou des compléments intéressants à la demande d'indications de mesures provisoires. Il y est recouru soit lorsque les conditions ne sont pas réunies pour qu'elles soient demandées soit lorsqu'elles ont été indiquées. L'article 40 permet la notification urgente d'une requête à l'État concerné là où elle n'intervient en principe qu'après plusieurs mois, voire plusieurs années. « 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 ». L'article 41 prévoit qu'un dossier peut bénéficier d'un traitement prioritaire. Ce dernier est souvent octroyé lorsque des mesures provisoires ont été indiquées ; elles contribuent ainsi à accélérer son examen par la Cour. Tel fut le cas dans les affaires *Abdolkhani et Karimnia c. Turquie* et dans l'affaire *N.A. c. Royaume-Uni*.

## II.2.6 L'article 13 C.É.D.H. et le droit à bénéficier d'un recours

Dans l'affaire *Al Saadoon c. Royaume-Uni*, la Cour a conjugué l'article 34 à l'article 13 de la Convention. Elle souligne que « la remise des requérants aux autorités irakienne a anéanti de manière injustifiée l'effectivité de tout recours devant la Chambre des Lords. Partant, la Cour conclut que le grief tiré de l'article 13 est recevable et que l'État défendeur a violé les articles 13 et 34 de la convention »<sup>41</sup>. Elle l'avait souligné sans formellement l'affirmer dans plusieurs affaires où elle a regretté que le non-respect des mesures provisoires ait empêché l'exercice effectif des recours disponibles.

Ce constat permet de faire le lien avec la troisième condition imposée pour que des mesures provisoires soient ordonnées. Il faut avoir utilisé de manière préalable les recours internes qui peuvent être qualifiés d'effectifs.

39. Cour Eur. D.H., *Sultani c. France*, arrêt du 20 septembre 2007, req. n° 45223/05, pt 67.

40. Cour eur. D.H., 5 février 2002, *Conka et autres, et Ligue des droits de l'homme c. Belgique*, req. n° 51564/99, pt 79.

41. Cour eur. D.H., *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, arrêt du 2 mars 2010, requête n° 61498/08.

### II.3 L'épuisement préalable des recours internes effectifs

L'appréciation de cette condition se fait *in concreto*. Pour déterminer si un recours interne est effectif, il y a lieu d'avoir égard à la jurisprudence relative à l'article 13 de la convention mais également aux arrêts appliquant l'article 35. Cette disposition soumet l'admissibilité d'une requête à l'épuisement préalable des voies de recours internes. La Cour fait preuve de souplesse et n'impose aucun formalisme. Les voies de recours devant être utilisées sont celles qui sont disponibles et effectives tant en théorie qu'en pratique ; elles doivent également être accessibles et susceptibles d'offrir le redressement des griefs invoqués avec une perspective raisonnable de succès. Il y a dispense d'utilisation des voies de recours internes en cas de renouvellement d'actes contraires à la Convention ou d'obstacles n'ayant pas permis au requérant d'utiliser ces recours internes.

Un recours interne est effectif lorsqu'il est suspensif, qu'il offre les garanties procédurales suffisantes et permet un contrôle adéquat du respect des droits protégés par la Convention.

L'exigence d'un caractère suspensif du recours se déduit de plusieurs arrêts parmi lesquels l'arrêt *Conka c. Belgique*. La Cour y souligne que « l'effectivité des recours exigée par l'article 13 suppose qu'il puisse empêcher l'exécution des mesures contraires à la convention et dont les conséquences sont potentiellement irréversibles »<sup>42</sup>. Une pratique administrative de suspension de l'éloignement est jugée « trop aléatoire »<sup>43</sup> dès lors que la protection des droits protégés par la Convention est « de l'ordre de la garantie »<sup>44</sup>. Cette exigence est confirmée dans l'affaire *Abdolkhani et Karimnia* du 22 septembre 2009<sup>45</sup>. « Lorsqu'un demandeur cherche à empêcher son éloignement d'un État contractant, un recours ne sera effectif que s'il a un effet suspensif ». L'effet suspensif doit être automatique. L'arrêt *Baysakov et autres c. Ukraine* du 18 février 2010 va dans le même sens. Il y a violation de l'article 13 dès lors que le recours contre l'extradition n'est pas automatiquement suspensif.

Le contrôle institué doit permettre que les juridictions internes se prononcent sur le respect des droits protégés par la Convention. Dans l'affaire *Vilvarajah c. Royaume-Uni*<sup>46</sup>, la Cour avait estimé que le contrôle juridictionnel par la High Court, limité à l'examen de l'illégalité et de l'irrationalité, était suffisant dès lors qu'il impliquait un examen du risque pour la violation des droits fonda-

42. Cour eur. D.H., 5 février 2002, *Conka*, § 79.

43. Cour eur. D.H., 5 février 2002, *Conka*, § 83.

44. Cour eur. D.H., 5 février 2002, *Conka*, § 84.

45. Cour eur. D.H., *Abdolkhani et Karimnia c. Turquie*, req. n° 30471/08, pts 108 et 116.

46. Cour eur. D.H., 30 octobre 1991, *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*, Série A, n° 215-A.

mentaux. Dans l'affaire *Jabari c. Turquie*<sup>47</sup>, la Cour considère que l'analyse par la Cour administrative d'Ankara n'est pas suffisante dès lors que la Cour n'a pas à prendre en compte le respect dû à la Convention de Genève.

Dans le récent arrêt *M.S.S. c. Belgique*, la Cour estime qu'un recours n'est suffisant que s'il permet au juge saisi d'examiner « le contenu du grief » et d'offrir le redressement approprié<sup>48</sup>. Cet arrêt met en cause la suffisance du contrôle de légalité tel qu'il est souvent prévu par les juridictions administratives en matière d'immigration et, en l'occurrence, par le Conseil du contentieux des étrangers en droit belge. La Cour a estimé que le contrôle effectué par ce dernier était trop limité dans le cadre de la procédure de suspension d'extrême urgence pour garantir un recours effectif. D'une part, cette procédure, de l'aveu même de l'État belge, réduit à sa plus simple expression l'exercice des droits de la défense et l'instruction de la cause. D'autre part, l'examen auquel procède le Conseil du contentieux des étrangers n'est pas complet puisque certaines chambres « limitent leur examen à vérifier si les intéressés avaient produit la preuve concrète du caractère irréparable du préjudice pour en résulter de la violation potentielle alléguée de l'article 3 ». Ce faisant, le Conseil alourdit la charge de la preuve dans des proportions telles que cela fait obstacle à un examen au fond du risque des violations alléguées. Ce caractère limité de l'examen est aggravé par le fait que les intéressés ne peuvent compléter leurs dossiers entre l'entretien à l'Office des étrangers et la décision prise en ce qui concerne l'éloignement sur la base du Règlement dit « Dublin II ». Les requérants se trouvent dès lors dans l'impossibilité d'établir le caractère défendable des griefs au regard de l'article 3 de la Convention alors même que la Cour prescrit, au sujet de l'article 3, une analyse concrète à la date de l'éloignement et non à la date de la prise de la décision administrative dont la conséquence est l'éloignement. La Cour avait également souligné les obstacles pratiques à l'introduction d'un recours. Au cours des procédures internes, l'avocat avait introduit un recours en extrême urgence mais n'avait pas pu se rendre en temps utile au Conseil du contentieux des étrangers, la cause ayant été fixée à l'audience une heure après introduction du recours. Aucun service de permanence ou de remplacement ne venait palier ces difficultés pratiques. L'on ne pouvait davantage reprocher au requérant de ne pas avoir poursuivi la procédure au stade de l'annulation dès lors que cette procédure ne pouvait offrir au requérant un redressement approprié puisqu'il eût été postérieur à l'éloignement déjà effectué.

L'arrêt *M.S.S.* pose la question du caractère suffisant du recours devant un Conseil du contentieux des étrangers tant eu égard à son caractère non suspensif qu'au sujet de l'ampleur du contrôle effectué par le juge. Le juge se place à la date de la décision administrative et, se concentrant sur l'existence d'un risque

47. Cour eur. D.H., 11 juillet 2000, *Jabari c. Turquie*, req. n° 40035/98, pt 50.

48. Cour eur. D.H. (GC), 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, req. n° 30696/09, pt 387.

de préjudice grave difficilement réparable, ne contrôle pas à suffisance le respect des droits fondamentaux. L'arrêt reste par contre peu explicite en ce qui concerne le caractère satisfaisant du recours en suspension d'extrême urgence en raison des brefs délais dans lesquels il doit être effectué. L'on peut en tout cas déduire des reproches adressés par la Cour à la Belgique au sujet de la tenue de l'audience qu'un recours, même en extrême urgence, doit permettre au requérant d'être défendu et doit être organisé de manière à permettre l'exercice des droits de la défense et, par là, la protection des droits fondamentaux.

L'exigence d'effectivité des recours devra à l'avenir tenir compte de l'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme mais également du droit de l'Union européenne et de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Son éclairage sera précieux notamment en ce que la Cour de justice sera amenée à appliquer l'article 47 de la charte des droits fondamentaux. Les conclusions de l'Avocat général Cruz Villazon du 1<sup>er</sup> mars 2011 dans l'affaire C 69/10 en cause Samba Diouf sont une première ébauche d'interprétation de l'exigence d'effectivité des recours. L'Avocat général souligne que des procédures accélérées peuvent être admises pour autant que « le délai imparti [...] soit matériellement suffisant pour préparer et former un recours effectif ».

### III

## Les mesures provisoires face aux transferts dits « Dublin II »

Après avoir constaté que la grande majorité des mesures provisoires indiquées par la Cour intervient dans le domaine de l'éloignement d'un pays signataire de la Convention vers un État tiers à l'Union européenne (ci-après U.E.), il y a lieu de s'attarder sur les transferts d'un État membre vers un autre État membre de l'U.E., pris sur le fondement du Règlement n° 343/2003 *relatif à la détermination de l'État membre responsable des demandes d'asile dans l'espace de l'Union Européenne* (ci-après « Dublin II »)<sup>49</sup>.

Les transferts dits « Dublin II » sont abordés de manière distincte, en raison de ce qu'ils concernent des demandeurs d'asile qui sont transférés d'un État membre de l'U.E. vers un autre, tous deux signataires de la Convention de Genève et de la Convention européenne des droits de l'homme (C.E.D.H.).

49. Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers (J.O.C.E., n° L 050 du 25 février 2003, pp. 1-10).

Leur spécificité découle aussi de ce qu'ils sont pris en application de règles de l'U.E. validées par tous les États membres, en l'occurrence le Règlement « Dublin II ». De surcroît, le droit de la C.E.D.H. est censé être respecté dans chacun d'entre eux, puisqu'ils en sont tous signataires.

Il en résulte une problématique singulière puisque, *a priori*, ces transferts ne devraient pas interroger les droits fondamentaux notamment ceux garantis par la C.E.D.H. dans la mesure où le transfert s'effectue entre deux États parties à ce texte. D'ailleurs, le Règlement « Dublin II » pose comme principe que « les États membres, qui respectent tous le principe de non-refoulement, sont considérés *comme des pays sûrs* par les ressortissants de pays tiers »<sup>50</sup>. Le dispositif prévu par le Règlement « Dublin II » repose sur une présomption selon laquelle les transferts entre États membres dans ce cadre ne devraient pas poser de difficultés en termes de respect des droits fondamentaux.

C'est sans doute une des raisons pour lesquelles la jurisprudence de la Cour E.D.H. face à ces transferts semble s'être définie de manière progressive. D'abord observatrice de la mise en œuvre et des effets de ce mécanisme de l'U.E. (III.1), la Cour a ensuite précisé les exigences de protection posées par la Convention, même dans les cas de transferts « Dublin » (III.2). Il semble possible d'en dégager des tendances pour l'indication de mesures provisoires dans ce domaine (III.3).

### III.1 Les réserves de la Cour face à un mécanisme de l'Union européenne ?

La question de la responsabilité de l'examen des demandes d'asile est apparue dès lors que les États membres des Communautés européennes se sont entendus pour supprimer graduellement le contrôle aux frontières intérieures dans un espace de libre circulation. Le mécanisme de détermination d'un État membre responsable d'une demande d'asile introduite dans l'U.E. est une idée ancienne. D'abord traduite dans la Convention de Schengen, puis de manière plus spécifique dans la Convention de Dublin (1990-1997)<sup>51</sup>, adoptée dans le cadre de la coopération intergouvernementale. Ce mécanisme a ensuite été précisé et « communautarisé »<sup>52</sup> dans le cadre du Règlement n° 343/2003 du 18 février 2003, relatif à la détermination de l'État membre responsable d'une demande

50. Considérant n° 2 du Règlement « Dublin II » précité.

51. Convention de Dublin relative à la détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres des Communautés européennes, signée le 15 juin 1990, J.O.C.E., 97/C254/01 et entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 2007.

52. Le Règlement dit « Dublin II » précité a pour base juridique le Traité d'Amsterdam, plus précisément le Titre IV « visa, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes », et se présente comme l'un des premiers instruments juridiques entérinés par les États membres en matière d'asile sur cette base.

d'asile dans l'Union Européenne<sup>53</sup> (ci-après Règlement « Dublin II »). Comme tout règlement de l'U.E., il est « obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans les États membres » de l'U.E., sans mesure de transposition nationale imposée<sup>54</sup>.

Le principe est que le demandeur de protection internationale qui se présente sur le territoire d'un État membre de l'U.E. voit sa demande d'asile traitée par *un seul État* membre désigné de « responsable » en fonction des critères objectifs et prédéfinis<sup>55</sup>. À l'inverse, celui qui introduit une demande dans un autre État membre que celui qui est « responsable » au sens du texte, pourra être transféré vers l'État dit « responsable » de sa demande.

Comme évoqué *supra*, ce mécanisme de transfert entre États membres repose sur une présomption selon laquelle le pays de renvoi est un « pays sûr »<sup>56</sup>. Il est membre de l'Union Européenne, signataire de la Convention européenne des droits de l'homme et signataire de la Convention de Genève<sup>57</sup>. Ils sont donc soumis aux mêmes obligations juridiques et se sont assigné des objectifs communs dans le sens de la construction d'un régime d'asile européen qui, s'il tarde à se concrétiser, n'en demeure pas moins le cadre dans lequel s'inscrivent les différents textes en matière d'asile dans l'U.E.

Ce mécanisme institué par le Règlement « Dublin II » visait au moins quatre objectifs identifiés : un accès rapide à la demande d'asile, la suppression de demandes d'asile multiples dans l'Union et des demandeurs d'asile « sur orbite », ainsi qu'une forme de répartition des demandes dans l'espace de l'Union sur le fondement de critères hiérarchiques objectifs.

En revanche, la mise en œuvre du système s'est rapidement révélée problématique tant du point de vue des États que des demandeurs d'asile<sup>58</sup>. Il a fait l'objet de remises en cause pour des raisons directement liées à son fonctionnement (longueur des procédures, faible nombre de demandes concernées pour seulement 50 %

53. Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers (J.O.C.E., n° L 050 du 25 février 2003, p. 1-10).

54. Claude BLUMANN, Louis DUBOIS, *Droit Institutionnel de l'Union européenne*, Litec, 3<sup>e</sup> édition, 2007, pp. 451 et s.

55. Pour atteindre l'objectif fixé par l'article 3 § 1 du Règlement « Dublin II », à savoir déterminer la responsabilité d'un État par demande d'asile dans l'U.E., les États membres se sont entendus sur des critères hiérarchiques, établis pour s'appliquer dans l'ordre dans lesquels ils sont présentés (article 5 § 1 du Règlement « Dublin II »).

56. Considérant n° 2 du Règlement « Dublin II » précité.

57. Le Règlement « Dublin II » rappelle, en son considérant n° 2, que les États ont « convenu de travailler à la mise en place d'un régime d'asile européen commun, fondé sur l'application intégrale et globale de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 ».

58. Du point de vue des États, le processus de détermination de l'État responsable est apparu plus compliqué que prévu en pratique. Ils se sont parfois heurtés à des difficultés dans la coopération administrative (communication, preuves, respect des délais...), au point que les procédures de détermination se sont révélées longues (moyenne de 17 mois environ hors reprise en charge Eurodac) et

de transferts effectifs, absence de recours effectif, demandes multiples<sup>59</sup>) et pour d'autres raisons tenant aux limites du régime d'asile européen commun en l'état de son avancement (taux de reconnaissance disparate, traitement différencié des demandes d'asile et des conditions d'accueil, ainsi que de la protection accordée).

Dans un contexte où le Régime d'Asile Européen Commun (R.A.E.C.) tarde à émerger, il est alors nécessaire de s'interroger sur les effets de cet instrument juridique dès lors que les standards de protection ne sont pas assurés de manière identique en tous points du territoire de l'U.E.<sup>60</sup>. Les flux induits par le Règlement « Dublin II », même sous forme de transferts entre États membres, sont susceptibles d'interroger les droits fondamentaux<sup>61</sup> et notamment ceux garantis par la Convention européenne des droits de l'homme.

À la lumière de ces éléments, la jurisprudence de la Cour E.D.H. semble marquée par une progression. Rappelons que la Commission EDH s'était fondée sur le fait que le requérant éloigné vers un État partie à la Convention est en mesure de saisir les juridictions de Strasbourg, en cas de violation d'un droit conventionnel protégé, pour dire qu'il existe une « présomption de ce que des traitements contraires à cette disposition (article 3 C.E.D.H.) ne se produisent pas dans cet État »<sup>62</sup>. Est-ce à dire que cette présomption écarte toute analyse des

---

que seuls 50 % des transferts ont été effectifs. En outre, cette procédure ne concerne que 10 % du nombre total de demandes d'asile introduites dans les États membres de l'U.E.

Du point de vue des demandeurs d'asile, la longueur de la procédure, l'absence de prise en compte de leur parcours familial, personnel parfois médical dans la détermination de l'État responsable, la précarité de leur situation pendant la procédure initiée avec des possibles placements en détention ont été autant d'éléments qui les ont incités à perdre confiance dans ce système « Dublin » et à rechercher des possibilités de contourner son application, au risque parfois de se retrouver dans une situation irrégulière en Europe.

59. « Alors qu'un des objectifs du système de Dublin consistait à prévenir l'« asylum shopping », les demandes multiples en 2008 ont pourtant augmenté de 1,5 % par rapport à l'année précédente. Sur un total de 219 557 demandes d'asile enregistrées dans Eurodac en 2008, 17,5 % étaient des demandes multiples », Forumréfugiés, *Pour un régime d'asile européen commun, protecteur et pleinement respectueux de la Convention de Genève*, janvier 2011, page 8, www.forumrefugiés.org.

60. D'aucuns affirmant qu'« il existe un large accord pour dire que le système Dublin ne peut fonctionner de manière satisfaisante qu'à condition que tous les États membres appliquent des standards de protection qui soient à la fois adéquats et équivalents », Partie sous la direction de Francesco MAIANI in *La mise en place d'un système européen d'asile commun*, Étude pour le Parlement Européen, n° PE425.622, Direction Générale des politiques internes, Département thématique C, Droit des citoyens et affaires constitutionnelles, Bruxelles, 2010, p. 115.

61. La Cour de Justice de l'Union européenne devrait être amenée à se prononcer sur ces questions vis-à-vis du droit de l'U.E., dans le cadre de questions préjudicielles posées par plusieurs juridictions nationales (cf. CJ, aff. C-411/10, *N.S. c. Secretary of State for the Home Department*, JO 2010 C 274/21 ; CJ, aff. C-493/10, *M.E. c. Refugee Applications Commissioner*, JO 2011 C 13/18 ; CJ, aff. C-4/11, *République fédérale d'Allemagne c. Kaveh Puid*, JO 2011 C 95/3). Pour l'usage de la procédure préjudicielle urgente (P.P.U.) devant la Cour de Justice de l'U.E., notamment en cas de détention voir : L. Leboeuf, « Étrangers détenus et questions préjudicielles : apports du Traité de Lisbonne », *J.T.*, 2011, à paraître.

62. La Commission européenne des droits de l'Homme, dans son arrêt Commission E.D.H., 12 janvier 1998, IRURETAGOYENA / France, req. n° 32829/96, a eu l'occasion de se prononcer sur l'extradition d'un État de l'U.E. vers un autre. Elle a rappelé que « l'État espagnol en adhérant à la Convention EDH s'est engagé à respecter les droits y inclus, notamment son article 3 (art. 3). Il a également reconnu le droit au recours individuel prévu par cette Convention. Dès lors, il existe une présomption de ce que des traitements contraires à cette disposition ne se produisent pas dans cet État » et, partant, elle a déclaré la requête irrecevable.

risques allégués de violation lors d'une décision d'éloignement vers un État signataire de la Convention ?

Dans *un arrêt T.I. contre Royaume-Uni, du 7 mars 2000*<sup>63</sup>, la Cour se trouve confrontée pour la première fois à un transfert sur base de la Convention « Dublin » d'un demandeur d'asile sri-lankais. Elle adopte une approche pouvant être qualifiée de prudente, face à ce transfert du Royaume-Uni vers l'Allemagne, même si elle fait déjà preuve de vigilance à l'égard des effets du transfert sur les droits protégés par la C.E.D.H.. Elle rappelle que chaque État membre, même dans le cadre de la coopération intergouvernementale, est tenu de respecter ses obligations conventionnelles. À ce titre, « Le refoulement indirect [...] vers un pays qui se trouve être également un État contractant n'a aucune incidence sur la responsabilité du Royaume-Uni, *qui doit veiller à ne pas exposer le requérant à un traitement contraire à l'article 3 de la Convention, par sa décision de l'expulser* ». La Cour souligne l'obligation de l'État d'accueil d'assurer qu'il existe, sous une quelconque forme, des garanties effectives protégeant le requérant d'un éloignement vers un pays tiers<sup>64</sup>. Dans cette affaire, la Cour a analysé le système juridique du pays de renvoi avant de conclure qu'il répondait aux exigences de l'article 3 C.E.D.H., et déclarer la requête irrecevable. À ce terme, les bases d'une exigence de vigilance à l'égard des transferts pris en application de la réglementation « Dublin » sont posées.

L'*arrêt K.R.S. contre Royaume-Uni du 2 décembre 2008*<sup>65</sup> est significatif d'une évolution du regard de la Cour sur ce mécanisme du droit de l'Union Européenne. Face à une décision de transfert « Dublin » du mois de *mai 2008* du Royaume-Uni vers la Grèce, la Cour indique au gouvernement des mesures provisoires. Elle met en avant les conséquences de ce transfert sur le respect de l'interdiction absolue posée par l'article 3 de la C.E.D.H. Elle rappelle au détour de cette décision que si la réglementation « Dublin » se fonde sur une présomption de transfert entre pays « sûrs », cette présomption est réfragable et ne saurait être absolue. Il s'agit d'une avancée de la Cour qui est toutefois relativisée par la décision au fond, puisque la Cour conclut à l'irrecevabilité de la requête. La Cour retient que le requérant est en mesure d'introduire une requête auprès de la Cour dans le pays de renvoi (à savoir la Grèce) en cas de risque de violation de l'article 3 de la C.E.D.H. La Cour prend le parti de ne pas renverser la présomption de pays « sûr », dans le cas d'espèce. Cette décision est prise à

63. C.E.D.H., 7 mars 2000, T.I. c. Royaume-Uni, req. n° 43844/98.

64. « La Cour européenne des Droits de l'Homme en l'affaire *T.I. c. Royaume-Uni* (Requête n° 43844/98) (...) a considéré que cette condition est d'autant plus justifiée lorsque l'État vers lequel la personne à éloigner est renvoyée – et d'où elle craint d'être expulsée vers un État tiers – n'est pas membre du Conseil de l'Europe et, par conséquent, n'est pas lié par la C.E.D.H. », Vingt principes directeurs sur le retour forcé, Document du Conseil de l'Europe, septembre 2005, p. 14 ([http://www.coe.int/t/dg3/migration/Source/MalagaRegConf/20\\_Guidelines\\_Forced\\_Return\\_fr.pdf](http://www.coe.int/t/dg3/migration/Source/MalagaRegConf/20_Guidelines_Forced_Return_fr.pdf))

65. C.E.D.H., 1<sup>er</sup> décembre 2008, *K.R.S. c. Royaume-Uni*, req. n° 32733/08.

l'unanimité et a pu être considérée, notamment par les États membres de l'U.E. comme un arrêt de principe en matière de transfert « Dublin » concluant à ce « qu'en l'absence de preuve contraire, il fallait présumer que la Grèce se conformait aux obligations (...) communautaires (...) et qu'elle respectait l'article 3 de la Convention »<sup>66</sup>. Toutefois, dans cet arrêt K.R.S., où la Cour a pris des mesures provisoires, si elle conclut à l'irrecevabilité de la requête au motif que le requérant pouvait saisir la Cour dans son pays de transfert (Grèce), elle laisse entendre que la présomption sur laquelle se fondent les règles de transfert « Dublin » est réfragable. Elle pose par ailleurs des exigences procédurales, indiquant qu'il faut qu'un recours potentiellement suspensif soit organisé.

### III.2 Les exigences de protection rappelées par la Cour en cas de transfert « Dublin »

C'est dans le même contexte qu'un Afghan en provenance de Grèce dépose une demande d'asile en Belgique. Deux mois après l'arrêt K.R.S, une demande de mesures provisoires visant à suspendre le transfert « Dublin » vers la Grèce est introduite dans cette nouvelle affaire.

Ce dossier donnera lieu à un *arrêt de grande Chambre le 21 janvier 2011*<sup>67</sup>. Ce requérant afghan en provenance de Grèce se voit notifier une décision de refus de séjour avec ordre de quitter le territoire vers la Grèce, en application des règles « Dublin » le 12 mai 2009. Il sollicite auprès de la Cour l'indication de mesures provisoires à l'encontre de la Belgique invoquant un risque de violation de l'article 3 de la C.E.D.H. à la fois en Grèce (*conditions de traitement de sa demande d'asile et conditions d'accueil*) mais également pour des risques de renvoi vers son pays d'origine (*où il indique craindre des persécutions et des mauvais traitements*).

Le 12 juin 2009, la Cour n'accorde pas de mesure provisoire à l'encontre de la Belgique<sup>68</sup>, mais sollicite immédiatement des autorités grecques des précisions, rappelant la confiance qu'elle a dans le respect par la Grèce de ses obligations de la Convention et dans la mise en œuvre de la législation communautaire en matière d'asile (§ 32 de l'arrêt MSS) :

---

66. Dans cette décision *K.R.S. c. Royaume-Uni* elle a jugé « qu'en l'absence de toute preuve contraire, il fallait présumer que la Grèce se conformerait aux obligations que lui imposaient les directives communautaires prévoyant les normes minimales en matière de procédure et d'accueil des demandeurs d'asile, qui avaient été transposées en droit grec, et qu'elle respecterait l'article 3 de la Convention » (Voir notamment § 343 de l'arrêt *M.S.S c. Belgique et Grèce*, précité).

67. C.E.D.H., 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, req. n° 30696/09.

68. L'État belge, dans l'espèce, rappellera à la Cour que « Au demeurant, la Cour elle-même n'a pas estimé utile d'indiquer une mesure provisoire au Gouvernement belge pour suspendre le transfert du requérant » (§§ 326 et 327 de l'arrêt M.S.S. précité).

« Je sais donc gré à votre gouvernement de bien vouloir se charger d'informer la Cour des progrès de toute demande d'asile formulée par le requérant en Grèce ainsi que de son lieu de détention, au cas où il serait incarcéré à son arrivée dans ce pays ».

Le 15 juin 2009, le transfert du requérant vers la Grèce est exécuté par la Belgique. Il est placé en détention à son arrivée, puis une carte de demandeur d'asile lui est délivrée. Le requérant informe son avocat en Belgique de ses conditions de détention à son arrivée et de ce qu'il se trouve sans solution de logement en tant que demandeur d'asile sur le sol grec.

Dans le même temps, la Greffière de la Cour adresse une nouvelle lettre au gouvernement grec en lui laissant un délai pour fournir certaines observations, notamment sur la possibilité que l'intéressé a ou non de formuler une demande d'asile effective, les risques de renvoi du requérant vers son pays d'origine et ses moyens de subsistance. Toutefois, la situation générale d'insécurité grandissante en Afghanistan, la réalité des risques invoqués par le requérant en cas de retour dans son pays d'origine, ainsi que l'absence de réaction des autorités grecques *incitent la Cour à prendre des mesures provisoires à l'encontre de l'État grec en application de son article 39 du règlement le 2 juillet 2009*<sup>69</sup>. La Cour demande au gouvernement grec de ne pas expulser le requérant dans l'attente de l'issue de la procédure devant la Cour.

Il résulte de ce rappel du déroulement des faits que la Cour ne prend pas de mesures provisoires au mois de juin 2009 à l'encontre de la Belgique, mais elle met en place un suivi individuel et exige de l'État grec de nombreuses garanties qu'il ne donnera pas. Cela semble expliquer en grande partie que, quinze jours plus tard, la Cour prenne finalement des mesures provisoires à l'encontre de la Grèce, le temps de la procédure devant la Cour.

Si l'indication de mesure provisoire n'a pas été immédiate dans le cas d'espèce, la situation des demandeurs d'asile en Grèce et la crédibilité du récit du requérant pesaient suffisamment pour que la Cour exige du gouvernement grec des garanties immédiates et individuelles<sup>70</sup> (au moment de la décision de transfert) aux fins de s'assurer que le requérant ne serait pas soumis à un risque de violation de l'article 3 du C.E.D.H.. Dès lors, sans indiquer de mesure provisoire à l'égard de l'État belge, la Cour semble avoir indiqué au gouvernement grec des mesures provisoires « de fait », en instituant une surveillance étroite et individuelle induisant qu'un « risque imminent de dommages irréparables » était quasi-caractérisé. Sa seule retenue semble donc s'être située au niveau de cette

69. C.E.D.H., 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, req. n° 30696/09, § 40.

70. Quoiqu'elle n'ait pas pris de mesure provisoire pour suspendre le transfert « Dublin » vers la Grèce, la Cour explique qu'en l'espèce « il ressort clairement des courriers adressés par la Cour, que pleinement consciente de la situation en Grèce, elle a demandé au gouvernement grec d'assurer un suivi individuel de la demande du requérant et de la tenir informée » (§ 335 de l'arrêt M.S.S. précité).

« confiance » qu'elle accordait à la Grèce en termes de respect des droits de la Convention et des droits de l'Union en matière d'asile et de protection des droits fondamentaux, comme dans l'arrêt K.R.S. précité <sup>71</sup>.

Or, le parcours du demandeur d'asile en Grèce dès son retour donne raison à ses doutes, au point que la Cour va prendre des mesures provisoires à l'encontre de la Grèce, alors que le transfert « Dublin » est déjà exécuté. Elle condamne ensuite la Grèce pour les violations de l'article 3 de la C.E.D.H. (conditions de détention et d'existence) et des articles combinés 13 et 3 de la C.E.D.H. (défaillance de la procédure d'asile, pas d'examen sérieux des risques et pas de recours effectifs), ce qu'elle avait déjà fait dans les mois précédant cette affaire.

Il est plus inattendu que la Cour condamne la Belgique pour avoir exposé le requérant dans ce transfert « Dublin vers la Grèce » à un risque de violation de l'article 3 C.E.D.H. (résultant des défaillances de la procédure d'asile, des conditions de détention et d'existence contraire à la convention en Grèce) et de l'article 13 combiné aux articles 2 et 3 (défaut de recours effectif). C'est la première fois qu'un État membre de l'Union Européenne, signataire de la Convention de Genève et de la Convention européenne des droits de l'homme, est condamné pour avoir transféré un demandeur d'asile vers un autre État membre, en application du droit de l'Union Européenne.

Alors qu'auparavant, elle avait rappelé que la présomption sur laquelle est fondé ce mécanisme de transfert « Dublin » est réfragable, dans l'arrêt M.S.S. contre Grèce et Belgique, la Cour va plus loin en condamnant l'État membre qui prend la décision de transfert « Dublin » vers une destination où le requérant risque d'être exposé à une violation de l'article 3 C.E.D.H. et qui n'a pas garanti le respect de l'article 13 C.E.D.H. (le recours effectif). L'État belge s'était réfugié derrière l'application du mécanisme « Dublin », rappelant la présomption sur laquelle il se fonde <sup>72</sup>.

Sans entrer trop dans le détail du raisonnement de la Cour <sup>73</sup>, il est possible de dégager trois étapes qui intéressent notre sujet, soit la condamnation de

---

71. La Cour rappelle cette jurisprudence (§ 343) et, constatant que le requérant se prévaut d'un « grief défendable » (§ 344), indique qu'elle « doit maintenant se demander si les autorités belges auraient dû écarter la présomption selon laquelle les autorités grecques respectaient leurs obligations internationales en matière d'asile, nonobstant la jurisprudence K.R.S. que, selon le Gouvernement, les autorités administratives et judiciaires ont voulu suivre en l'espèce » (§§ 343 à 345 de l'arrêt M.S.S. précité).

72. L'État belge affirme en l'espèce que « par l'application du règlement « Dublin », la Belgique n'était pas responsable de l'examen de la demande d'asile du requérant et qu'il ne lui appartenait donc pas d'examiner les craintes pour sa vie et son intégrité physique en Afghanistan. Le règlement « Dublin » a été établi dans le respect du principe de non-refoulement figurant dans la Convention de Genève et le respect des droits fondamentaux ainsi que sur le principe que les États membres sont des pays sûrs » (§ 326 de l'arrêt M.S.S. précité).

73. Pour une analyse plus large de l'arrêt M.S.S., voir notamment : J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, « Le droit d'asile dans l'Union européenne contrôlé par la Cour européenne des droits de l'homme. À propos de l'arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce* », *J.T.* n°6436 – 18/2011, 30 avril 2011.

l'État belge qui a procédé au transfert du demandeur vers la Grèce, en application du Règlement « Dublin II » :

1. l'État belge « savait » quelle était la situation des demandeurs d'asile en Grèce :
  - le point de départ : la Cour s'attache à rappeler qu'en l'espèce il est possible de retenir l'existence d'un grief défendable article 3 C.E.D.H. (*recevabilité*),
  - le cœur des débats : la Cour s'interroge sur le fait de savoir si la présomption peut être écartée en l'espèce. Elle conclut en ce sens en rappelant que depuis son arrêt *K.R.S.* (voir *supra*) de nombreux rapports sont intervenus, le HCR a adressé une lettre à tous les États membres de l'U.E. pour faire état des défaillances de l'État grec et les États membres se sont engagés à reformer le régime d'asile européen en vue de le rendre plus uniforme, plus cohérent<sup>74</sup>. La Cour accepte une forme de partage de la charge de la preuve en reconnaissant que l'État belge avait suffisamment d'informations à sa disposition pour connaître de la situation des demandeurs d'asile dans ce pays<sup>75</sup>,
  - le surplus : la Cour souligne que la procédure de l'Office des étrangers belge ne permettait aucune possibilité au requérant de faire état des raisons qui s'opposaient à son transfert « Dublin » vers la Grèce ;
2. l'État belge « pouvait » éviter le transfert Dublin vers la Grèce :
  - le rappel : la Cour rappelle le respect des obligations conventionnelles par les États signataires,
  - le constat : elle rappelle également la possibilité ouverte aux États membres de déroger au transfert « Dublin », comme le prévoit le Règlement « Dublin II » (soit au titre de la clause de souveraineté de l'article 3 § 2 dudit Règlement ou soit au titre de la clause humanitaire de l'article 15 dudit Règlement pour des motifs humanitaires ou familiaux),
  - la conséquence : dès lors que la Grèce ne remplit pas ses obligations conventionnelles, la Cour estime qu'il s'agit d'un motif suffisant pour déclencher cette « clause de souveraineté »<sup>76</sup> ;
3. l'État belge « devait » éviter le transfert vers la Grèce :
  - la condamnation : la Cour condamne la Belgique pour violation de l'article 3 C.E.D.H. par ricochet, puisque c'est le transfert « Dublin » qui est jugé exposer le requérant à un risque de violation de cet article,

74. C.E.D.H., 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, req. n° 30696/09, §§ 347 à 453.

75. C.E.D.H., 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, req. n° 30696/09, § 358.

76. C.E.D.H., 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, req. n° 30696/09, § 358.

ainsi que pour violation de l'article 13 combiné aux articles 2 et 3 (défaut de recours « effectif »<sup>77</sup>),

- le contexte : le raisonnement de la Cour semble vouloir trouver écho dans une dynamique de partage des responsabilités entre États qui se sont entendus pour construire un régime d'asile européen commun<sup>78</sup>.

Tout au long de l'arrêt, la Cour ne cesse de rappeler qu'au cœur de ce transfert « Dublin », il y a un « demandeur d'asile » dont le statut doit être appréhendé comme celui d'une « personne particulièrement défavorisée et vulnérable qui a besoin d'une *protection spéciale* »<sup>79</sup>. La Cour donne un signal fort aux États membres de l'U.E. en insistant<sup>80</sup> sur la particularité du statut du demandeur d'asile qui doit, même dans la mise en œuvre d'un mécanisme entre États dits « sûrs », faire l'objet d'une attention et d'une protection spéciale.

Cette décision au fond de la Cour semble pouvoir -si ce n'est préfigurer- pour le moins éclairer les conditions dans lesquelles des mesures provisoires pourraient indiquées désormais dans les cas de transfert « Dublin ».

### III.3 Les enseignements de l'arrêt MSS quant à l'indication de mesures provisoires

Quels sont les apports de l'arrêt MSS dans l'emploi et l'indication de mesures provisoires par la Cour en cas de transfert « Dublin » ?

La Cour a rappelé aux États membres leurs obligations conventionnelles en les adaptant au cas particulier des transferts « Dublin » :

1. *L'État doit examiner la situation des demandeurs d'asile avant leur transfert « Dublin »* : il doit donc mettre en place un examen préalable avec le demandeur au cours duquel il examine les risques de violation et les éventuelles raisons de son refus d'être transféré vers tel ou tel pays ; la possibilité pour le requérant de renverser la présomption réfragable doit être assurée ; la charge de la preuve des risques en cas de retour est répartie entre le demandeur et l'État et la particulière vulnérabilité des demandeurs d'asile doit être prise en compte.

77. Voir *supra* (Partie I, C) : « Un recours interne est effectif lorsqu'il est suspensif, qu'il offre les garanties procédurales suffisantes et permet un contrôle adéquat du respect des droits protégés par la convention ».

78. C.E.D.H., 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, req. n° 30696/09, notamment § 350.

79. « La Cour accorde un poids important au statut du requérant qui est demandeur d'asile et appartient de ce fait au groupe de la population particulièrement défavorisé et vulnérable qui a besoin d'une protection spéciale (voir, mutatis mutandis, Orsus et autres c. Croatie) », C.E.D.H., 21 janvier 2011, *M.S.S./Belgique et Grèce*, req. n° 30696/09, § 251.

80. La Cour fait plusieurs mentions à la vulnérabilité du demandeur d'asile : § 232, 232, 251, 259, 263, 375 etc. (C.E.D.H., 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, req. n° 30696/09).

2. *L'État doit « respecter les garanties procédurales »* : il doit s'assurer du respect des garanties procédures existantes dans le Règlement « Dublin » (information dans une langue, délais, suivi de la procédure), mais aussi de l'accès effectif à un recours C.E.D.H. dans le pays de renvoi et permettre un accès à un recours « effectif » au sens de la jurisprudence de la Cour<sup>81</sup>.
3. *L'État doit éviter le transfert « Dublin » s'il y a un risque de violation des droits fondamentaux* : il ne doit pas y avoir d'automatisme dans l'application du Règlement « Dublin »<sup>82</sup> et l'État doit suspendre tout transfert s'il y a des risques de violation notamment en appliquant la clause de souveraineté.

À défaut de respecter leurs obligations dans le cas de transfert « Dublin », les États s'exposent à ce que la Cour leur indique des mesures provisoires. En outre, la Cour précise les trois conditions qu'elle examine au moment de décider de l'indication de mesures provisoires à l'égard d'un transfert « Dublin » à savoir : la définition du risque imminent de dommages irréparables, la condition d'épuisement des voies internes exclusivement « suspensives » et une approche de la charge de la preuve nuancée<sup>83</sup>.

Quoique temporaires et conservatoires, les mesures provisoires sont un outil essentiel dès lors que des droits fondamentaux sont en jeu et que les droits internes ne prévoient pas de recours « effectifs » au sens de la jurisprudence de la Cour.

Dans le domaine de transfert « Dublin », si elles sont suivies par l'État, elles permettent :

- *une suspension du transfert* : pendant la durée de la demande d'informations ou jusqu'au jugement national et/ou européen (ce qui permet de compenser quelque peu les failles du Règlement « Dublin » qui n'impose pas de recours « suspensif »<sup>84</sup> et du régime d'asile européen commun en l'état d'avancement) ;
- *un examen effectif du risque de violation qui, dans le doute, intervient « plus tôt » que dans le pays de renvoi* : l'esprit de solidarité<sup>85</sup> entre les

81. Voir *supra* (Partie I, C) : « Un recours interne est effectif lorsqu'il est suspensif, qu'il offre les garanties procédurales suffisantes et permet un contrôle adéquat du respect des droits protégés par la convention ».

82. Cette « automatisme » dans l'application du Règlement « Dublin » a été reprochée à l'État belge par la Cour : « Elle tient également à souligner qu'il ne saurait d'aucune manière être reproché au requérant de ne pas avoir informé les autorités administratives belges des raisons pour lesquelles il ne souhaitait pas être transféré en Grèce. Elle a en effet constaté que la procédure devant l'Office des étrangers ne permettait pas d'en faire état et que les autorités belges appliquaient le règlement « Dublin » de façon automatique (paragraphe 352 ci-dessus) » (C.E.D.H., 21 janvier 2011, M.S.S./Belgique et Grèce, req. n° 30696/09, § 366).

83. Voir *supra* (Partie II).

84. Articles 19 § 2 et 20 § 1 e) du Règlement « Dublin II » précité.

85. Considérant n° 8 du Règlement « Dublin II » précité.

États membres qui sont liés par le respect des droits fondamentaux au sein de l'U.E. pourrait être mis en avant ;

- *un traitement plus rapide de l'examen de la requête par la Cour* : puisque lorsque des mesures provisoires sont indiquées, la Cour juge plus rapidement (dans le cas de l'arrêt MSS, deux ans se sont écoulés entre la demande d'asile et le jugement intervenu).

Il est possible de s'interroger sur le caractère casuistique de cet arrêt M.S.S., puisqu'il s'agit du renvoi vers un pays qui se trouve dans une situation très particulière sur le plan de l'asile. Toutefois, la Cour prend des mesures provisoires dans le cas de transfert « Dublin » vers d'autres États membres (notamment la Pologne ou l'Italie en exigeant des observations de ces gouvernements et dont la durée est variable <sup>86</sup>).

En tout état de cause, cet arrêt est un avertissement fort fait aux États membres de l'U.E., pour les raisons évoquées *supra*. Il devrait aussi les inciter à avancer dans le sens de la réforme du système « Dublin » dont la proposition de refonte date de 2008 <sup>87</sup>. D'autant que certaines des exigences de protection rappelées par la Cour dans son arrêt M.S.S. sont formalisées dans cette Proposition de refonte du Règlement « Dublin II » : examen préalable imposé, respect des garanties procédurales, mécanisme de suspension des transferts et recours effectifs. À cet avertissement s'ajoutent les déclarations du Président Costa <sup>88</sup>.

## IV

### Conclusion générale : les mesures provisoires, un baromètre de l'effectivité des recours internes en droit de l'immigration ?

Les mesures provisoires sont en principe doublement subsidiaires. D'une part, le recours à la Cour E.D.H. est en soi subsidiaire par rapport aux remèdes internes qui doivent être effectifs et épuisés préalablement à son usage. D'autre part, les mesures provisoires ne sont ordonnées que lorsqu'aucun mécanisme interne n'a permis ou ne pourrait pallier la violation des droits fondamentaux et éviter un risque de préjudice durable difficilement réparable.

86. Voir notamment la Fiche thématique « Affaires Dublin », MAJ janvier 2011, sur le site de la Cour ([www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)).

87. *Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil, du 2 décembre 2008*, établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale présentée dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte), *COM(2008)820 final*.

88. Voir *infra* – Conclusion générale.

Les défaillances des recours internes quant à leur effectivité conduisent en réalité à ce que ces mesures en principe doublement subsidiaires et donc exceptionnelles deviennent des mesures palliatives, substitutives et complémentaires. Le même constat a pu être fait en droit interne en ce qui concerne le référé civil auquel il a été largement recouru en droit des étrangers en raison des défaillances des procédures administratives mises en place dans le contentieux migratoires<sup>89</sup>.

Le rappel à l'ordre du Président Costa quant à l'usage de mesures provisoires est destiné tant aux requérants qu'aux États<sup>90</sup>. Aux requérants, il rappelle qu'il ne peut être recouru à ce mécanisme que dans des cas exceptionnels. Les dossiers doivent être complets et donner suffisamment de précisions au greffe notamment quant aux dates de retour envisagées pour que la priorité respective des différentes demandes puisse être appréciée. À défaut, il existe un risque que les cas des requérants dont la vie ou l'intégrité physique sont réellement menacées ne soient pas examinés à temps pour empêcher leur éloignement. La Cour rappelle aux États qu'elle n'est « pas une instance d'appel européenne des décisions en matière d'asile et d'immigration rendues par les juridictions nationales, pas plus qu'elle n'est une instance d'appel en matière pénale des condamnations prononcées au niveau national ». Il faut que les procédures nationales relatives à l'immigration et à l'asile comportent un exercice d'appréciation des risques. Si l'on peut considérer qu'elles ont été conduites équitablement et dans le respect des droits de l'homme, la Cour ne devrait intervenir que dans des cas exceptionnels<sup>91</sup>. Il importe dès lors que les États prévoient au niveau national des recours à effet suspensif, fonctionnant de manière effective et juste conformément à la jurisprudence de la Cour, ainsi qu'un examen équitable dans un délai raisonnable de la question du risque.

Ce n'est qu'à ce prix que les mesures provisoires retrouveront leur caractère exceptionnel et doublement subsidiaire. À défaut, les requérants n'ont d'autre solution que de s'adresser à la Cour pour pallier aux déficiences du droit interne et du droit de l'U.E.

89. J.-Y. CARLIER, « L'évolution procédurale du statut de l'étranger », *J.T.*, 2011, p. 6425 ; S. SAROLEA, « Le juge civil en droit des étrangers : Parachute ou paravent ? », in Actes du Colloque organisé par le Jeune Barreau de Bruxelles, *Le référé civil dans toutes les matières*, 23 octobre 2003.

90. La déclaration du Président Costa invite les États et les requérants (ainsi que leurs conseils) à la coopération et à la mesure (Déclaration du Président de la Cour E.D.H., Monsieur Jean-Paul Costa, relative aux demandes de mesures provisoires, 11 février 2011, p. 2).

91. « Lorsque les procédures nationales relatives à l'immigration et à l'asile comportent déjà un exercice d'appréciation des risques et qu'on peut considérer qu'elles sont conduites équitablement et dans le respect des droits de l'homme, on ne devrait demander à la Cour d'intervenir que dans des cas véritablement exceptionnels », Déclaration du Président de la Cour E.D.H., Monsieur Jean-Paul COSTA, relative aux demandes de mesures provisoires, 11 février 2011, p. 2.