

question trans-  
sance d'un avocat  
garanties qui  
système similaire  
un éloignement  
de recours dé-  
mbien il serait  
dès le moment

après par les ex-  
es dans ce nu-  
ciens et autres  
de liberté en  
ent attirer l'at-  
r qu'évolue ce  
ni assez enlisé.

## Le recours effectif contre la détention – Un droit fondamental\*

Tristan Wibault

Avocat au Barreau du Bruxelles

### I PRINCIPE

L'exigence d'un recours effectif contre toute décision de placement en détention est fermement inscrite dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) qui lui consacre une disposition spécifique à l'article 5 paragraphe 4 :

« Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale. »

L'article 5 §4 est une *lex specialis* qui fixe des exigences plus strictes si on les compare à celles plus générales de l'article 13 de la CEDH.<sup>1</sup> Cette disposition spécifique précise les obligations des États signataires en énonçant certaines composantes indispensables au recours à mettre en œuvre en cas de privation de liberté : le recours doit être examiné par un tribunal, ce dernier doit statuer à bref délai, il examine la légalité de la détention et a le pouvoir d'ordonner la remise en liberté du détenu.

Le concept de « légalité » exprimé à l'article 5, § 4 doit avoir le même sens que celui présent à l'article 5, § 1, de sorte qu'une personne détenue a le droit de faire contrôler la « légalité » de sa détention sous l'angle non seulement du droit interne, mais aussi de la Convention, des principes généraux qu'elle consacre et enfin, du but et des restrictions autorisées par l'article 5, § 1.<sup>2</sup>

Il s'agit essentiellement, au-delà du droit national formel, de protéger l'intéressé contre l'arbitraire. La Cour EDH a explicité à maintes reprises l'insuffisance du seul respect de la lettre d'une législation nationale pour l'examen de la légalité de la détention :

« En matière de « régularité » d'une détention, y compris l'observation des « voies légales », la Convention renvoie pour l'essentiel à la législation nationale et consacre l'obligation d'en observer les normes de fond comme de procédure. Toutefois, le respect du droit national n'est pas suffisant : l'article 5 § 1 exige de surcroît la conformité de toute privation de liberté au but consistant à protéger l'individu contre l'arbitraire (...). Il est un principe fondamental selon lequel nulle détention arbitraire ne peut être compatible avec l'article 5 § 1, et la notion d'« arbitraire » que contient l'article 5 § 1 va au-delà du défaut de conformité avec le droit national, de sorte qu'une privation de liberté peut être régulière selon la législation interne tout en étant arbitraire et donc contraire à la Convention. »<sup>3</sup> (nous soulignons)

Sans pour autant énoncer de définition globale des situations ou des pratiques susceptibles de relever de l'arbitraire au sens de l'article 5 § 1, la Cour EDH a dégagé au cas par cas quelques principes clés. Ainsi une détention est arbitraire lorsque, même si elle est parfaitement conforme à la législation nationale, il y a eu un élément de mauvaise foi ou de tromperie de la part des autorités. La condition d'absence d'arbitraire exige par ailleurs que non seulement l'ordre de placement en détention mais aussi l'exécution de cette décision cadrent véritablement avec le but des restrictions de liberté. Il doit enfin exister un certain lien entre, d'une part, le motif invoqué pour justifier la privation de liberté autorisée et, de l'autre, le lieu et le régime de détention.<sup>4</sup>

\* La rédaction de cet article a été finalisée le 4 mai 2018.

<sup>1</sup> Cour EDH, Chahal c. Royaume-Uni (requête n° 70/1995/576/662), GC 25 octobre 1996 ; §126.

<sup>2</sup> Cour EDH, Khlaifa et autres c. Italie (Requête n° 16483/12), GC 15 décembre 2016 ; §128.

<sup>3</sup> Cour EDH, Saadi c. Royaume-Uni (Requête n° 13229/03), GC 29 janvier 2008 ; § 67.

<sup>4</sup> Cour EDH, Saadi c. Royaume-Uni, *op cit.* ; §§68-74.

Dans l'arrêt Saadi, la Cour EDH a rappelé que la notion d'arbitraire implique également la recherche de la nécessité de la détention pour atteindre le but déclaré. En principe, elle ne se justifie qu'en dernier recours, lorsque d'autres mesures, moins sévères, ont été considérées et jugées insuffisantes. Le principe de proportionnalité garanti quant à lui qu'un équilibre soit ménagé entre la nécessité de détenir et l'importance du droit à la liberté. La durée de la détention est un élément clé dans la recherche de cet équilibre. Mais la Cour EDH ne retient un tel examen de nécessité que pour certaines des finalités admises par l'article 5, § 1. Lorsqu'il s'agit de la détention d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours (article 5, § 1, f)), le respect de la Convention n'exige pas que soient fournis des motifs raisonnables de croire à la nécessité de la détention.<sup>5</sup>

Cette approche définie dans l'arrêt Saadi c. Royaume-Uni est sensiblement différente de celle exprimée par le Comité des droits de l'homme des Nations-Unies. Dans A. c. Australie, le Comité a ainsi jugé :

« (...) qu'il ne faut pas donner au mot « arbitraire » le sens de « contraire à la loi », mais qu'il faut l'interpréter plus largement pour viser notamment ce qui est inapproprié et injuste. De plus, la détention provisoire pourrait être considérée comme arbitraire si elle n'est pas nécessaire à tous égards, par exemple pour éviter que l'intéressé ne prenne la fuite ou soustraie des preuves : l'élément de proportionnalité doit intervenir ici. (...) »<sup>6</sup> (nous soulignons)

Sans revenir ici sur les critiques importantes qui ont pu être formulées à l'encontre de l'arrêt Saadi, à commencer par l'importante opinion dissidente qui l'accompagne, il faut noter que la jurisprudence de la Cour EDH est appelée à évoluer sensiblement sur ce point. En effet, depuis le prononcé de l'arrêt Saadi en 2008, l'examen de la nécessité et le principe de proportionnalité ont désormais été pleinement intégrés à l'arsenal juridique régissant la détention administrative des étrangers. L'article 15 de la directive 2008/115/CE<sup>7</sup> (dite directive retour) prévoit explicitement de conditionner la privation de liberté d'un étranger en séjour irrégulier en vue de son éloignement au respect des principes de nécessité et de proportionnalité. La Cour de Justice de l'Union européenne confirme l'obligation des États membres de mettre en œuvre une procédure de retour où la détention est une mesure de contrainte de dernière instance, toute mesure de contrainte

de la liberté, de la moins contraignante à la plus contraignante, faisant l'objet d'un contrôle de proportionnalité.

« 41. (...) l'ordre de déroulement des étapes de la procédure de retour établie par la directive 2008/115 correspond à une gradation des mesures à prendre en vue de l'exécution de la décision de retour, gradation allant de la mesure qui laisse le plus de liberté à l'intéressé, à savoir l'octroi d'un délai pour son départ volontaire, à des mesures qui restreignent le plus celle-ci, à savoir la rétention dans un centre spécialisé, le respect du principe de proportionnalité devant être assuré au cours de toutes ces étapes. »<sup>8</sup>

Parallèlement, l'article 8 de la directive 2013/33/UE<sup>9</sup> (dite directive accueil) soumet la détention des demandeurs d'asile à ces mêmes principes généraux.<sup>10</sup> La Cour de Justice a ici replacé une telle disposition dans le cadre plus large des droits garantis par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et les principes généraux du droit de l'Union.

« 50. (...) conformément à l'article 52, paragraphe 1, de la Charte, toute limitation de l'exercice des droits et des libertés reconnus par celle-ci doit être prévue par la loi et respecter leur contenu essentiel. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées à l'exercice de ces droits et de ces libertés que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection »<sup>11</sup>

Les États membres de l'UE sont donc tenus d'introduire dans leurs législations des dispositions précises permettant au final de mettre en œuvre un tel usage restrictif de la détention administrative des étrangers, conformément aux droits fondamentaux garantis par le droit de l'Union.

« 60. (...) lorsque les dispositions d'une directive laissent aux États membres une marge d'appréciation pour définir des mesures de transposition qui soient adaptées aux différentes situations envisageables, il leur incombe, lors de la mise en œuvre de ces mesures, non seulement d'interpréter leur droit national d'une

5 Cour EDH, Saadi c. Royaume-Uni, *op cit.* ; §§70, 72.

6 CCPR, A. c. Australie ; Communication No. 560/1993, 30/04/97, CCPR/C/59/D/560/1993.

7 Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 2008, relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

8 CJUE, Hassen El Dridi, alias Soufi Karim, (C-61/11) PPU, 28 avril 2011 ; §41.

9 Directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2013, établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale.

10 Les mêmes principes et quelques règles spécifiques sont également présents dans le Règlement n° 604/2013 du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (refonte).

11 CJUE, J. N. contre Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, (C-601/15) PPU, 15 février 2016 ; §50.

*manière conforme à la directive dont il s'agit, mais également de veiller à ne pas se fonder sur une interprétation de celle-ci qui entrerait en conflit avec les droits fondamentaux ou avec les autres principes généraux du droit de l'Union (...).* »<sup>12</sup>

Dans l'arrêt *Suso Mussa*, la Cour EDH rejoint le plaignant pour juger que l'arrêt *Saadi* ne peut aucunement être interprété comme donnant carte blanche aux États pour organiser la détention des demandeurs d'asile.<sup>13</sup> Il faut désormais compter sur les limitations que les États de l'Union ont eux-mêmes décidées dans les différents directives et règlements balisant le recours à la détention dans les politiques migratoires.

Venons-en aux différents éléments constitutifs du recours effectif.

## II CARACTÈRE JUDICIAIRE

« Si la procédure au titre de l'article 5 § 4 ne doit pas toujours s'accompagner de garanties identiques à celles que l'article 6 § 1 de la Convention prescrit pour les procès civils ou pénaux, il faut qu'elle revête un caractère judiciaire et offre des garanties adaptées à la nature de la privation de liberté en question. »<sup>14</sup>  
 « La procédure doit être contradictoire et garantir dans tous les cas « l'égalité des armes » entre les parties. »<sup>15</sup> « L'article 5 § 4 ne va pas jusqu'à exiger une forme particulière de recours et il n'appartient donc pas à la Cour d'affirmer quelle voie de recours interne serait plus opportune qu'une autre, ni, a fortiori, de porter une appréciation sur la répartition des compétences opérée par les autorités internes entre les juges judiciaires et administratifs. Au regard de l'article 5 § 4, seule importe en effet l'ampleur du contrôle exercé. »<sup>16</sup> « Les formes de contrôle juridictionnel qui satisfont aux exigences de l'article 5 § 4 peuvent varier d'un domaine à l'autre et dépendent du type de privation de liberté en question. »<sup>17</sup>

<sup>12</sup> CJUE, J. N., (C-601/15) PPU, *op cit.*, §60.

<sup>13</sup> Cour EDH, *Suso Musa c. Malte* (requête n° 42337/12), 23 juillet 2013 ; §97.

<sup>14</sup> Cour EDH, *Idalov c. Russie* (requête n° 5826/03), GC 22 mai 2012 ; §161.

<sup>15</sup> Cour EDH, S.C. c. *Roumanie* (requête n° 9356/11), 10 février 2015 ; §72.

<sup>16</sup> Cour EDH, A.M. c. *France* (requête n° 56324/13), 12 juillet 2016 ; §40.

<sup>17</sup> Cour EDH, *Khalifa et autres c. Italie*, *op cit.*, §129.

## III CIRCONSTANCES DE LA MISE EN DÉTENTION

Le juge compétent doit pouvoir contrôler les conditions dans lesquelles s'est déroulée l'interpellation de l'étranger, et donc contrôler si les modalités de l'interpellation ayant conduit à la rétention sont conformes au droit interne ainsi qu'au but de l'article 5 qui est de protéger l'individu contre l'arbitraire. Un juge n'ayant le pouvoir que de vérifier la compétence de l'auteur de la décision de détention ainsi que la motivation de celle-ci, exerce un contrôle trop limité au regard des exigences de l'article 5 § 4.<sup>18</sup>

## IV UN EXAMEN SÉPARÉ

Il est indispensable que le contrôle de la légalité de la mesure de détention puisse être conduit de façon autonome. Toute détention dont la légalité serait exclusivement liée à la légalité de la mesure d'éloignement ou de refoulement ne peut faire l'objet d'un recours effectif. Un examen séparé de la légalité de la détention doit exister, indépendamment de la légalité de l'expulsion.<sup>19</sup>

## V L'OBJET DE LA DÉTENTION

L'éloignement constitue l'objet de la détention autorisée sous l'article 5, § 1, f) de la CEDH. Il s'agit donc du seul objet pouvant justifier légalement la détention d'un étranger. Il est alors indispensable que le juge puisse examiner la légalité du renvoi qui constitue le fondement juridique de la détention. Ceci implique évidemment en premier lieu que les autorités désignent avec clarté quelle est la destination de l'étranger.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> Cour EDH, A.M. c. *France*, *op cit.*, §42.

<sup>19</sup> Cour EDH, S.D. c. *Grèce* (requête n° 53541/07), 11 juin 2009 ; §73.

<sup>20</sup> Cour EDH, *Auad c. Bulgarie* (requête n° 46390/10), 11 octobre 2011 ; §133.

Le juge doit concrètement pouvoir contrôler la faisabilité de l'éloignement. Elle n'est pas établie quand les autorités n'ont pas de perspective réaliste d'expulser les intéressés pendant la période où ils sont détenus sans les exposer à un risque réel de mauvais traitements.<sup>21</sup>

Une procédure d'expulsion en cours est la condition *sine qua non* du maintien en détention.

Il en va de même si l'État n'organise pas ou n'est pas en mesure d'organiser concrètement l'expulsion de l'étranger. L'administration doit pouvoir démontrer que des démarches concrètes et individualisées sont entamées avec la diligence requise.<sup>22</sup> Une telle détention ne peut se prolonger si l'éloignement apparaît virtuellement impossible.<sup>23</sup> Si tel est le cas, et quand bien même l'étranger refuse de coopérer à son éloignement, la détention ne peut se poursuivre dans le but de sanctionner ou contraindre un étranger à coopérer à son identification.<sup>24</sup> Une telle détention prolongée aurait un objet dépassant le cadre limitatif posé par l'article 5, §1 CEDH.

## VI CONDITIONS DE DÉTENTION

Le contrôle de légalité doit également être en mesure d'aborder tout grief d'une certaine gravité relatif aux conditions de détention.<sup>25</sup> Tel est évidemment le cas si l'étranger fait face à des conditions de détention constituant un traitement inhumain ou dégradant contraire à l'article 3 CEDH où rendant la détention arbitraire. Si un étranger formule une plainte contre d'éventuels mauvais traitements, les autorités ont par ailleurs un devoir d'enquête. L'enquête doit être approfondie dans le sens où les autorités doivent toujours s'efforcer sérieusement de découvrir ce qui s'est passé. Elles doivent également assurer la participation effective de la victime à l'enquête.<sup>26</sup>

<sup>21</sup> Cour EDH, M.S. c. Belgique (Requête n° 50012/08), 31 janvier 2012 ; §150.

<sup>22</sup> Cour EDH, Louled Massoud c. Malte (Application no. 24340/08), 27 juillet 2010 ; §66.

<sup>23</sup> Cour EDH, Abdic. Royaume-Uni (requête n° 27770/08), 9 avril 2013 ; §74.

<sup>24</sup> Cour EDH, Mikolenko c. Estonie (requête n° 10664/05), 8 Octobre 2009 ; §§ 64-65.

<sup>25</sup> Cour EDH, R.T. c. Grèce (requête n° 5124/11) 11 février 2016 ; §§97-98.

<sup>26</sup> Cour EDH, Bouyid c. Belgique (requête n° 23380/09), GC 28 septembre 2015 ; §§ 119-123.

## VII LE CONTRÔLE RÉGULIER DE LA DÉTENTION

« Le droit à un recours juridictionnel consacré par l'article 5 § 4 et les garanties procédurales qui y sont prescrites visent à protéger l'individu contre une détention arbitraire ou contre la poursuite d'une détention qui, quoiqu'initialement ordonnée de manière régulière, a pu par la suite devenir irrégulière et perdre toute justification. »<sup>27</sup> C'est la raison pour laquelle il est indispensable que la mesure de détention puisse faire l'objet d'un examen à la fois rapide et périodique, à des intervalles raisonnables. Un détenu ne doit pas courir le risque de rester en détention longtemps après le moment où sa privation de liberté a perdu toute justification.

## VIII CÉLÉRITÉ DU RECOURS

Un étranger doit pouvoir faire examiner très rapidement la légalité de sa détention. Dans le cas où la détention n'est effective que durant un très bref délai, il est possible que l'examen de sa légalité ne puisse être mené durant la période de détention elle-même. Pour la Cour EDH, l'article 5 § 4 ne traite que des voies de recours qui doivent être disponibles durant la détention d'un individu.<sup>28</sup> Une exigence contraire aboutirait paradoxalement, à prolonger la situation que le détenu souhaite faire cesser en contestant l'arrêté de placement en rétention.<sup>29</sup> Ceci étant dit, un ancien détenu maintient un intérêt légal à faire examiner la légalité de sa détention, même après avoir été libéré.<sup>30</sup>

Si un État organise un double degré de juridiction, il doit en principe accorder les mêmes garanties aussi bien en appel qu'en première instance. La Cour a toutefois considéré que l'exigence de célérité pouvait être moins contraignante s'agissant de la procédure en appel, en particulier lorsque

<sup>27</sup> Cour EDH, M.M. c. Bulgarie (requête n° 75832/13), 8 juin 2017 ; §52.

<sup>28</sup> Cour EDH, Slivenko c. Lettonie (requête n° 48321/99), GC 9 octobre 2003 ; §158.

<sup>29</sup> Cour EDH, A.M. c. France, *op cit.* ; §38.

<sup>30</sup> Cour EDH, Aden Ahmed c. Malte (requête n° 55352/12), 23 juillet 2013 ; §120.

## DÉTENTION

cré par l'article 5  
prescrites visent à  
traire ou contre la  
lement ordonnée  
venir irrégulière et  
pour laquelle il est  
puisse faire l'objet  
à des intervalles  
e risque de rester  
à sa privation de

la régularité de la détention a été confirmée par un premier degré de juridiction.<sup>31</sup>

En Belgique, c'est l'examen de la Cour de Cassation qui aux yeux de la Cour EDH retarde inutilement la remise en liberté effective d'un étranger, en violation du principe de célérité. Dans l'arrêt *Firoz Muneer*, la Cour constate que le requérant a été privé de sa liberté pendant près de quatre mois sans pouvoir obtenir de décision finale sur la légalité de sa détention, alors qu'il avait entamé à deux reprises une procédure en vue de sa mise en liberté, que les dernières décisions juridictionnelles sur le bien-fondé des requêtes de mise en liberté, lui étaient à chaque fois favorables. La détention s'était néanmoins prolongée en raison de pourvois en cassation de l'État belge.<sup>32</sup> Peu de temps après, la Cour EDH rend un second arrêt similaire où là encore, un étranger libéré par les juridictions d'instruction voit sa détention prolongée suite à un pourvoi en cassation, cassant la décision favorable pour un motif d'ordre procédural, ce qui de l'avis de la Cour, aggrave encore la situation du requérant quant à son droit d'obtenir une décision à bref délai sur la légalité de sa détention.<sup>33</sup>

Au final, l'exigence du « bref délai » doit s'apprécier à la lumière des circonstances de chaque cas d'espèce et, entre autres, en fonction de la complexité des questions à trancher.<sup>34</sup>

## IX ACCESSIBILITÉ DU RECOURS

« (...) une voie de recours, au sens de l'article 5 § 4 de la Convention, doit toujours exister à un degré suffisant de certitude, sans quoi lui manquent l'accessibilité et l'efficacité requises par cette disposition. (...) »<sup>35</sup>

La Convention vise à garantir des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs. Ceci implique que le recours soit accessible et notamment que les circonstances

volontairement créées par les autorités soient telles que les intéressés aient une possibilité réaliste de l'intenter. Tel ne fût pas le cas dans l'affaire *Čonka* où les autorités ont dissimulé leur action de telle façon que leur avocat n'aurait pu saisir en temps utile la chambre du conseil.<sup>36</sup>

Des complications procédurales peuvent également aboutir à rendre le recours inefficace. Dans l'arrêt *MS*, la Cour EDH constate ainsi que différentes applications des règles de saisine *ratione loci* des juridictions d'instruction ont abouti à priver le requérant d'un recours effectif contre sa détention.<sup>37</sup> La pratique du réécrou consistant à reprendre un titre de détention autonome lors d'un refus d'embarquer n'a pas été considérée par la Cour EDH comme constituant un obstacle au recours effectif, à défaut pour la requérante de démontrer en l'espèce qu'il existait bien dans le chef de l'administration une pratique systématique consistant à faire obstacle aux procédures judiciaires intentées en délivrant de nouveaux titres de privation de liberté.<sup>38</sup>

De façon plus élémentaire, l'étranger doit être informé valablement. L'article 5, § 2 CEDH exige que « Toute personne arrêtée doit être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle. » La Cour EDH établit un lien étroit entre cette exigence et l'accès à un recours effectif (article 5, § 4). « (...) l'article 5, § 2 énonce une garantie élémentaire : toute personne arrêtée doit savoir pourquoi elle a été privée de liberté. Intégrée au système de protection qu'offre l'article 5, elle oblige à signaler à une telle personne, dans un langage simple accessible pour elle, les raisons juridiques et factuelles de sa privation de liberté, afin qu'elle puisse en discuter la légalité devant un tribunal en vertu du paragraphe 4. Elle doit bénéficier de ces renseignements « dans le plus court délai » (...). »<sup>39</sup>

La Cour examine cette obligation de communication sans formalisme. C'est la finalité qui prime, est-ce que la personne intéressée est bien mise en capacité de contester la mesure de détention litigieuse ? Si cette information ne doit pas être fournie dès le moment de l'arrestation, elle doit néanmoins être communiquée par l'administration très rapidement. Dans l'arrêt *Saadi*, la Cour estime que l'explication orale fournie par l'avocat du requérant 76 heures après l'arrestation n'est pas compatible avec le prescrit de l'article 5, § 2.<sup>40</sup>

31 Cour EDH, *M.M. c. Bulgarie*, *op cit.* ; §54.

32 Cour EDH, *Firoz Muneer c. Belgique* (requête n° 56005/10), 11 avril 2013 ; §§84-86.

33 Cour EDH, *M.D. c. Belgique* (requête n° 56028/10), 14 novembre 2013 ; §§42-43.

34 Cour EDH, *M.M. c. Bulgarie*, *op cit.* ; §57.

35 Cour EDH, *Jurjevs c. Lettonie* (requête n° 70923/01), 15 juin 2006 ; §58.

36 Cour EDH, *Čonka c. Belgique* (requête n° 51564/99), 5 février 2002 ; §46.

37 Cour EDH, *M.S. c. Belgique*, *op cit.* ; §165.

38 Cour EDH, *Ntumba Kabongo c. Belgique* (requête n° 52467/99), Déc. 2 juin 2005 ; p. 20.

39 Cour EDH, *Čonka c. Belgique* *op cit.* ; §50.

40 Cour EDH, *Saadi c. Royaume-Uni*, *op cit.* ; §84.

Mais un étranger ne pourrait invoquer un manque de communication des autorités alors que lui-même est par ailleurs parfaitement informé dès son placement en détention de sa situation légale et prompt à le contester.<sup>41</sup>

### X LA REMISE EN LIBERTÉ EFFECTIVE

Le juge doit avoir le pouvoir d'ordonner la remise en liberté du détenu.<sup>42</sup> En cas de libération ordonnée par le juge, la personne concernée doit être libérée sans délai. La Cour EDH a déjà conclu que les formalités administratives liées à la remise en liberté ne pouvaient justifier qu'un délai de quelques heures. Au-delà, la détention devient arbitraire.<sup>43</sup>

Il faut être attentif ici à la jurisprudence de la Cour de Justice, laquelle donne aux juridictions d'instruction plus de pouvoir que la seule confirmation de la mesure de détention ou le constat de son illégalité. Pour la Cour de Justice, la juridiction d'instruction « doit être en mesure de statuer sur tout élément de fait et de droit pertinent pour déterminer si une prolongation de la rétention est justifiée (...), ce qui nécessite un examen approfondi des éléments de fait propres à chaque cas d'espèce. Lorsque la rétention initialement ordonnée ne se justifie plus au regard de ces exigences, l'autorité judiciaire compétente doit être en mesure de substituer sa propre décision à celle de l'autorité administrative ou, le cas échéant, à celle de l'autorité judiciaire ayant ordonné la rétention initiale et de statuer sur la possibilité d'ordonner une mesure de substitution ou la remise en liberté

41 Cour EDH, *Horshill c. Grèce* (Requête n° 70427/11), 1<sup>er</sup> août 2013 ; §69.

42 Cour EDH, *Rashed c. République Tchèque* (requête n° 298/07), 27 novembre 2008 ; §52.

43 Cour EDH, *Nikolov c. Bulgarie* (requête n° 38884/97), 30 janvier 2003 ; §§80, 82.

du ressortissant concerné d'un pays tiers. À cette fin, l'autorité judiciaire statuant sur une demande de prolongation de rétention doit être en mesure de prendre en considération tant les éléments de fait et les preuves invoqués par l'autorité administrative ayant ordonné la rétention initiale que toute observation éventuelle du ressortissant concerné d'un pays tiers. En outre, elle doit être en mesure de rechercher tout autre élément pertinent pour sa décision au cas où elle le jugerait nécessaire. Il s'ensuit que les pouvoirs détenus par l'autorité judiciaire dans le cadre d'un contrôle ne peuvent, en aucun cas, être circonscrits aux seuls éléments présentés par l'autorité administrative concernée. »<sup>44</sup> La question posée à la Cour de Justice limitait concrètement l'interrogation sur le pouvoir d'instruction aux décisions de prolongation d'une mesure de détention. Il semble néanmoins peu logique de penser que le contrôle de légalité de la décision de maintien originelle puisse être plus réduit que celui retenu par la Cour de Justice dans l'arrêt Mahdi lors d'un contrôle de légalité d'une éventuelle prolongation du maintien.

### CONCLUSION

L'objectif de cet article était de fournir une brève synthèse de l'apport de la CEDH à la notion de recours effectif en matière de détention. Il apparaît que la CEDH façonne l'organisation des recours contre la privation de liberté tels que nous les connaissons, en en déterminant les caractères les plus essentiels.

La jurisprudence de la Cour EDH nous rappelle toujours utilement qu'au-delà de la conformité de la loi avec la Convention, leur application quotidienne sollicite un regard toujours renouvelé par le prisme des droits fondamentaux.

44 CJUE, *Bashir Mohamed Ali Mahdi (C-146/14) PPU*, 5 juin 2014 ; §62.