



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

CINQUIÈME SECTION

AFFAIRE A.M. c. FRANCE

(Requête n° 56324/13)

ARRÊT

STRASBOURG

12 juillet 2016

Cet arrêt deviendra définitif dans les conditions définies à l'article 44 § 2 de la Convention. Il peut subir des retouches de forme.

En l'affaire A.M. c. France,

La Cour européenne des droits de l'homme (cinquième section), siégeant en une chambre composée de :

Angelika Nußberger, *présidente*,

Khanlar Hajiyev,

Erik Møse,

André Potocki,

Faris Vehabović,

Síofra O'Leary,

Mārtiņš Mits, *juges*,

et de Claudia Westerdiek, *greffière de section*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 14 juin 2016,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette date :

PROCÉDURE

1. À l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 56324/13) dirigée contre la République française et dont un ressortissant tunisien, A.M. (« le requérant »), a saisi la Cour le 4 septembre 2013 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »). Le président de la section a accédé à la demande de non-divulgateur de son identité formulée par le requérant (article 47 § 4 du règlement).

2. Le requérant, qui a été admis au bénéfice de l'assistance judiciaire, a été représenté par M^e E. Mauriac-Lapalisse, avocat à Bayonne. Le gouvernement français (« le Gouvernement ») a été représenté par son agent, M. F. Alabrune, directeur des affaires juridiques au ministère des Affaires étrangères.

3. Le requérant allègue que sa rétention administrative a méconnu l'article 5 de la Convention.

4. Le 4 août 2014, la requête a été communiquée au Gouvernement.

EN FAIT**I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE**

5. Le requérant est né en 1976 et réside à Kairouan (Tunisie)

6. Il quitta son pays au moment de la « révolution tunisienne » et entra irrégulièrement en France au mois de février 2011.

7. Interpellé par les services de police français le 4 mars 2011, il fit l'objet, le lendemain, de deux arrêtés, l'un prévoyant sa reconduite à la frontière et fixant la Tunisie comme pays de destination, et l'autre ordonnant son placement en rétention administrative. Par un jugement du 9 mars 2011, devenu définitif faute d'appel, le tribunal administratif de Pau confirma la légalité de ces décisions. Pour des raisons qui n'ont pas été communiquées à la Cour, la mesure d'éloignement ne fut jamais mise à exécution et le requérant fut remis en liberté.

8. Le 7 octobre 2011, à une heure inconnue dans l'après-midi, le requérant fut à nouveau interpellé. Il fit l'objet, à 17 heures, d'un second arrêté de placement en rétention en vue de l'exécution de l'arrêté de reconduite à la frontière du 5 mars 2011.

9. Le 9 octobre 2011, il contesta la légalité de l'arrêté de placement en rétention devant le tribunal administratif de Bordeaux. L'audience fut fixée au 11 octobre suivant à 13 heures. À 4 heures du matin le 11 octobre, le requérant fut renvoyé vers la Tunisie et ne put donc assister à l'audience. Le tribunal administratif rejeta néanmoins sa requête, le même jour, aux motifs suivants :

« Considérant (...) que [le requérant] soutient que le recours contre la décision de placement en rétention a nécessairement un effet suspensif de l'exécution de la mesure de reconduite à la frontière ; que, cependant, pour regrettable que soit l'exécution par le préfet de la mesure de reconduite préalablement au jugement de la légalité de l'arrêté de placement en rétention, en tout état de cause cette circonstance n'entache pas d'illégalité la décision attaquée de rétention, en l'absence de texte législatif ou réglementaire prévoyant le caractère suspensif de ce recours. »

10. Saisie par le requérant par l'intermédiaire de son avocat, la cour administrative d'appel de Bordeaux, le 20 mars 2012, annula l'arrêté du 7 octobre 2011 en tant qu'il prévoit que « le recours juridictionnel contre la décision de placement en rétention administrative ne suspend pas l'exécution de la mesure d'éloignement ». La cour administrative d'appel jugea notamment :

« Considérant qu'aux termes de l'article 5-4 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « 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. » ;

Considérant que ces stipulations impliquent qu'un étranger faisant l'objet d'un placement en rétention ne puisse être effectivement éloigné avant que le juge n'ait statué sur le recours qu'il a, le cas échéant, introduit contre la mesure de placement ; que, dès lors, en ne prévoyant pas, en dehors du cas visé à l'article L. 512-3 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile dans lequel le placement en rétention est contesté devant le juge en même temps que l'obligation de quitter le territoire français, que le recours devant le juge contre une mesure de placement en rétention administrative suspend l'exécution de la mesure d'éloignement tant que le juge n'a pas statué, ledit code, dans sa rédaction issue de la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011, est incompatible avec ces stipulations ; qu'il s'ensuit qu'en tant qu'il

précise que « le recours juridictionnel contre la décision de placement en rétention administrative ne suspend pas l'exécution de la mesure d'éloignement », l'arrêté litigieux est entaché d'illégalité et doit être annulé ; (...) »

11. Le 4 mars 2013, le Conseil d'État annula l'arrêt de la cour administrative d'appel et, réglant l'affaire au fond, rejeta la requête présentée par le requérant devant la juridiction d'appel. Il motiva sa décision en ces termes :

« (...) 4. Considérant qu'il ressort des dispositions du paragraphe III de l'article L. 512-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile que le législateur a organisé une procédure spéciale permettant au juge administratif de statuer rapidement sur la légalité des mesures relatives à l'éloignement des étrangers, hors la décision refusant le séjour, lorsque ces derniers sont placés en rétention ou assignés à résidence, ainsi que sur la légalité des décisions de placement en rétention ou d'assignation à résidence elles-mêmes ; que le président du tribunal administratif ou le magistrat désigné à cette fin statue alors au plus tard soixante-douze heures à compter de sa saisine ; qu'en vertu de l'article L. 512-3 du même code, lorsque le tribunal administratif est saisi d'une demande d'annulation d'une obligation de quitter le territoire français, cette mesure ne peut être exécutée d'office avant que le tribunal n'ait statué ; que les stipulations de l'article 5, paragraphe 4 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui garantissent le droit d'une personne privée de liberté de former un recours devant un tribunal qui statue rapidement sur la légalité de la détention, n'ont ni pour objet ni pour effet de conduire à reconnaître un caractère suspensif aux recours susceptibles d'être exercés contre les mesures de placement en rétention administrative prises pour assurer l'exécution des décisions, distinctes, qui ont ordonné l'éloignement des étrangers placés en rétention ; qu'il résulte de ce qui précède que la cour administrative d'appel de Bordeaux a commis une erreur de droit et que le ministre est fondé à demander l'annulation de l'arrêt qu'il attaque en tant que cet arrêt a annulé l'arrêté du 7 octobre 2011 du préfet de la Gironde en tant qu'il indique que « le recours juridictionnel contre la décision de placement en rétention administrative ne suspend pas l'exécution de la mesure d'éloignement » et a réformé dans cette mesure le jugement du 11 octobre 2011 ;

(...)

7. Considérant, ainsi qu'il a été dit, que les stipulations de l'article 5 paragraphe 4 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'ont ni pour objet ni pour effet de conduire à reconnaître un caractère suspensif au recours exercé par M. [M.] contre la décision le plaçant en rétention administrative ; qu'elles n'impliquent pas davantage la suspension de l'exécution de la décision distincte qui avait ordonné sa reconduite à la frontière, dont, au demeurant, il ne demande pas l'annulation et qui était devenue définitive après le rejet du recours qu'il avait formé contre elle devant le tribunal administratif de Bordeaux ; (...) »

II. LE DROIT PERTINENT

A. Le droit de l'Union européenne

12. L'article 15 de la 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 dispose :

« 1. À moins que d'autres mesures suffisantes, mais moins coercitives, puissent être appliquées efficacement dans un cas particulier, les États membres peuvent uniquement placer en rétention le ressortissant d'un pays tiers qui fait l'objet de procédures de retour afin de préparer le retour et/ou de procéder à l'éloignement, en particulier lorsque :

- a) il existe un risque de fuite, ou
- b) le ressortissant concerné d'un pays tiers évite ou empêche la préparation du retour ou de la procédure d'éloignement.

Toute rétention est aussi brève que possible et n'est maintenue qu'aussi longtemps que le dispositif d'éloignement est en cours et exécuté avec toute la diligence requise.

2. La rétention est ordonnée par les autorités administratives ou judiciaires.

La rétention est ordonnée par écrit, en indiquant les motifs de fait et de droit.

Si la rétention a été ordonnée par des autorités administratives, les États membres :

- a) soit prévoient qu'un contrôle juridictionnel accéléré de la légalité de la rétention doit avoir lieu le plus rapidement possible à compter du début de la rétention,
- b) soit accordent au ressortissant concerné d'un pays tiers le droit d'engager une procédure par laquelle la légalité de la rétention fait l'objet d'un contrôle juridictionnel accéléré qui doit avoir lieu le plus rapidement possible à compter du lancement de la procédure en question. Dans ce cas, les États membres informent immédiatement le ressortissant concerné d'un pays tiers de la possibilité d'engager cette procédure.

Le ressortissant concerné d'un pays tiers est immédiatement remis en liberté si la rétention n'est pas légale.

3. Dans chaque cas, la rétention fait l'objet d'un réexamen à intervalles raisonnables soit à la demande du ressortissant concerné d'un pays tiers, soit d'office. En cas de périodes de rétention prolongées, les réexamens font l'objet d'un contrôle par une autorité judiciaire.

4. Lorsqu'il apparaît qu'il n'existe plus de perspective raisonnable d'éloignement pour des considérations d'ordre juridique ou autres ou que les conditions énoncées au paragraphe 1 ne sont plus réunies, la rétention ne se justifie plus et la personne concernée est immédiatement remise en liberté.

5. La rétention est maintenue aussi longtemps que les conditions énoncées au paragraphe 1 sont réunies et qu'il est nécessaire de garantir que l'éloignement puisse

être mené à bien. Chaque État membre fixe une durée déterminée de rétention, qui ne peut pas dépasser six mois.

6. Les États membres ne peuvent pas prolonger la période visée au paragraphe 5, sauf pour une période déterminée n'excédant pas douze mois supplémentaires, conformément au droit national, lorsque, malgré tous leurs efforts raisonnables, il est probable que l'opération d'éloignement dure plus longtemps en raison :

- a) du manque de coopération du ressortissant concerné d'un pays tiers, ou
- b) des retards subis pour obtenir de pays tiers les documents nécessaires.

B. Le droit interne pertinent

13. Outre l'existence d'une mesure d'éloignement, le renvoi d'un étranger suppose, dans la plupart des cas, un placement en centre de rétention administrative dans l'attente de la mise en œuvre de la mesure d'éloignement. En France, le placement en rétention administrative est décidé par une autorité administrative, puis il est éventuellement prolongé par un juge judiciaire, le juge des libertés et de la détention (JLD).

14. Le contentieux de l'éloignement et celui de la rétention administrative sont distincts. Le contentieux de l'éloignement relève de la compétence des juridictions administratives (sauf exceptions sans pertinence dans le cadre de la présente affaire) : la mesure d'éloignement étant décidée par une autorité administrative, l'examen de la légalité de la décision relève du juge administratif. Le contentieux de la rétention administrative ressortit actuellement à la compétence des juridictions administratives et des juridictions judiciaires, les juges de ces différents ordres intervenant de façon combinée.

1. L'imbrication des compétences des juridictions administratives et judiciaires

15. Le juge administratif n'intervient que s'il est saisi d'un recours de l'étranger contre l'arrêté de placement en rétention. Il exerce un contrôle sur la légalité interne et externe de l'arrêté de placement en rétention. Dans le cadre de la légalité externe, il s'assure de la compétence de l'auteur de la décision, de la motivation de celle-ci et de la régularité de la procédure ayant conduit à son adoption. Au titre de la légalité interne, il effectue essentiellement un contrôle de la nécessité du placement en rétention, qui s'apprécie au regard de raisons objectives : l'impossibilité de trouver immédiatement un moyen de transport vers le pays de renvoi et l'absence de garanties de représentation suffisantes de l'intéressé. Il peut également rechercher si le placement en rétention constitue une atteinte disproportionnée au droit de l'intéressé à mener une vie personnelle et familiale normale. Il est également compétent pour tout litige relatif aux conditions matérielles d'exécution.

16. La rétention administrative étant une privation de liberté et le juge judiciaire étant le garant de la liberté individuelle (art. 66 de la Constitution), le JLD est également compétent (code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), art. L. 552-1). Il intervient lorsqu'il est saisi par le préfet aux fins de statuer sur la demande de prolongation du maintien en rétention. Il vérifie notamment la régularité des actes antérieurs au placement en rétention (par exemple, la régularité de l'interpellation, de la garde à vue, de l'acheminement au lieu de rétention ou de la notification des droits). Il est incompétent pour se prononcer sur la mesure d'éloignement qui a fondé la rétention administrative mais il s'assure que l'étranger est effectivement susceptible de faire l'objet d'une mesure d'éloignement et il contrôle la nécessité du maintien en rétention compte tenu des diligences de l'administration.

2. Ordre d'intervention des juridictions administratives et judiciaires

17. De 1998 à 2011, le JLD intervenait à l'issue de 48 heures de privation de liberté, saisi par l'administration elle-même, qui sollicitait le prolongement du placement en rétention. Le juge administratif pouvait être saisi de la légalité de l'arrêté de placement en rétention, dans un délai de deux mois, et n'avait pas de terme précis pour statuer. Il pouvait, par contre, être saisi par la voie de la procédure d'urgence en référé. Aucun de ces recours n'était suspensif de la mesure d'éloignement.

18. La loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, applicable lors des faits de la présente requête et toujours en vigueur, a inversé l'ordre d'intervention des juges administratif et judiciaire. Ainsi, le juge administratif, que la personne concernée peut saisir d'un recours en annulation dans un délai de 48 heures, intervient pour contrôler la légalité de la mesure de placement en rétention. Il est contraint de rendre sa décision dans un délai de 72 heures. Ce n'est qu'à l'issue de cinq jours, à compter de la décision de placement en rétention, que le JLD est désormais saisi par l'administration aux fins de prolongation de la rétention. À cette occasion, il peut contrôler les conditions de privation de liberté et ordonner ou non une prolongation de cette privation pour un délai de vingt jours, renouvelable une fois. Le juge administratif ne peut plus être saisi par la voie du référé, les dispositions relatives à la contestation de l'arrêté de placement étant exclusives de toute autre procédure.

19. Cette modification législative avait notamment pour objet de mettre fin à des situations où une mesure d'éloignement, déclarée légale par le juge administratif, ne pouvait être exécutée du fait de la libération de l'étranger par le JLD en raison d'une irrégularité liée à la procédure civile ou pénale (rapport n° 2814 de M. Mariani, fait au nom de la commission des lois, déposée le 16 septembre 2010).

20. L'interversion de l'ordre d'intervention des juges administratif et judiciaire a eu pour conséquence qu'une part non négligeable d'étrangers ont été éloignés avant même qu'un juge ait pu examiner les conditions de leur interpellation. Le juge administratif, saisi le premier, refuse effectivement de connaître des conditions d'interpellation de l'étranger, qu'il estime au cœur de la compétence judiciaire.

21. Le 7 mars 2016, la loi n° 2016-274 relative au droit des étrangers en France a été adoptée. Dans un souci de mieux coordonner l'action des deux ordres de juridiction, l'article 33 de cette loi confie au JLD la compétence exclusive pour apprécier la légalité de la décision de placement en rétention et avance à 48 heures au lieu de cinq jours son intervention pour prolonger la mesure de rétention. Ce texte s'appliquera aux décisions prises à compter du 1^{er} novembre 2016 (art. 67).

3. *Dispositions internes pertinentes*

22. Les dispositions pertinentes du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) sont ainsi libellées :

Article L. 512-1

« I. — L'étranger qui fait l'objet d'une obligation de quitter le territoire français et qui dispose du délai de départ volontaire mentionné au premier alinéa du II de l'article L. 511-1 peut, dans le délai de trente jours suivant sa notification, demander au tribunal administratif l'annulation de cette décision, ainsi que l'annulation de la décision relative au séjour, de la décision mentionnant le pays de destination et de la décision d'interdiction de retour sur le territoire français qui l'accompagnent le cas échéant. L'étranger qui fait l'objet de l'interdiction de retour prévue au troisième alinéa du III du même article L. 511-1 peut, dans le délai de trente jours suivant sa notification, demander l'annulation de cette décision.

L'étranger peut demander le bénéfice de l'aide juridictionnelle au plus tard lors de l'introduction de sa requête en annulation. Le tribunal administratif statue dans un délai de trois mois à compter de sa saisine.

Toutefois, si l'étranger est placé en rétention en application de l'article L. 551-1 ou assigné à résidence en application de l'article L. 561-2, il est statué selon la procédure et dans le délai prévus au III du présent article.

II. — L'étranger qui fait l'objet d'une obligation de quitter le territoire sans délai peut, dans les quarante-huit heures suivant sa notification par voie administrative, demander au président du tribunal administratif l'annulation de cette décision, ainsi que l'annulation de la décision relative au séjour, de la décision refusant un délai de départ volontaire, de la décision mentionnant le pays de destination et de la décision d'interdiction de retour sur le territoire français qui l'accompagnent le cas échéant.

Il est statué sur ce recours selon la procédure et dans les délais prévus au I.

Toutefois, si l'étranger est placé en rétention en application de l'article L. 551-1 ou assigné à résidence en application de l'article L. 561-2, il est statué selon la procédure et dans le délai prévus au III du présent article.

III. — En cas de décision de placement en rétention ou d'assignation à résidence en application de l'article L. 561-2, l'étranger peut demander au président du tribunal administratif l'annulation de cette décision dans les quarante-huit heures suivant sa notification. Lorsque l'étranger a fait l'objet d'une obligation de quitter le territoire français, le même recours en annulation peut être également dirigé contre l'obligation de quitter le territoire français et contre la décision refusant un délai de départ volontaire, la décision mentionnant le pays de destination et la décision d'interdiction de retour sur le territoire français qui l'accompagnent le cas échéant, lorsque ces décisions sont notifiées avec la décision de placement en rétention ou d'assignation. Toutefois, si l'étranger est assigné à résidence en application du même article L. 561-2, son recours en annulation peut porter directement sur l'obligation de quitter le territoire ainsi que, le cas échéant, sur la décision refusant un délai de départ volontaire, la décision mentionnant le pays de destination et la décision d'interdiction de retour sur le territoire français.

Le président du tribunal administratif ou le magistrat qu'il désigne à cette fin parmi les membres de sa juridiction ou les magistrats honoraires inscrits sur la liste mentionnée à l'article L. 222-2-1 du code de justice administrative statue au plus tard soixante-douze heures à compter de sa saisine. Il peut se transporter au siège de la juridiction judiciaire la plus proche du lieu où se trouve l'étranger si celui-ci est retenu en application de l'article L. 551-1 du présent code. Si une salle d'audience attribuée au ministère de la justice lui permettant de statuer publiquement a été spécialement aménagée à proximité immédiate de ce lieu de rétention, il peut statuer dans cette salle.

L'étranger peut demander au président du tribunal administratif ou au magistrat désigné à cette fin le concours d'un interprète et la communication du dossier contenant les pièces sur la base desquelles la décision contestée a été prise.

L'audience est publique. Elle se déroule sans conclusions du rapporteur public, en présence de l'intéressé, sauf si celui-ci, dûment convoqué, ne se présente pas. L'étranger est assisté de son conseil s'il en a un. Il peut demander au président du tribunal administratif ou au magistrat désigné à cette fin qu'il lui en soit désigné un d'office.

Il est également statué selon la procédure prévue au présent III sur le recours dirigé contre l'obligation de quitter le territoire français par un étranger qui est l'objet en cours d'instance d'une décision de placement en rétention ou d'assignation à résidence en application de l'article L. 561-2. Le délai de soixante-douze heures pour statuer court à compter de la notification par l'administration au tribunal de la décision de placement en rétention ou d'assignation. »

Article L. 512-3

« Les articles L. 551-1 et L. 561-2 sont applicables à l'étranger faisant l'objet d'une obligation de quitter le territoire français dès l'expiration du délai de départ volontaire qui lui a été accordé ou, si aucun délai n'a été accordé, dès la notification de l'obligation de quitter le territoire français.

L'obligation de quitter le territoire français ne peut faire l'objet d'une exécution d'office ni avant l'expiration du délai de départ volontaire ou, si aucun délai n'a été accordé, avant l'expiration d'un délai de quarante-huit heures suivant sa notification par voie administrative, ni avant que le tribunal administratif n'ait statué s'il a été saisi. L'étranger en est informé par la notification écrite de l'obligation de quitter le territoire français. »

Article L. 551-1

« À moins qu'il ne soit assigné à résidence en application de l'article L. 561-2, l'étranger qui ne peut quitter immédiatement le territoire français peut être placé en rétention par l'autorité administrative dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire, pour une durée de cinq jours, lorsque cet étranger :

1° Doit être remis aux autorités compétentes d'un État membre de l'Union européenne en application des articles L. 531-1 ou L. 531-2 ;

2° Fait l'objet d'un arrêté d'expulsion ;

3° Doit être reconduit à la frontière en exécution d'une interdiction judiciaire du territoire prévue au deuxième alinéa de l'article 131-30 du code pénal ;

4° Fait l'objet d'un signalement aux fins de non-admission ou d'une décision d'éloignement exécutoire mentionnée à l'article L. 531-3 du présent code ;

5° Fait l'objet d'un arrêté de reconduite à la frontière pris moins de trois années auparavant en application de l'article L. 533-1 ;

6° Fait l'objet d'une obligation de quitter le territoire français prise moins d'un an auparavant et pour laquelle le délai pour quitter le territoire est expiré ou n'a pas été accordé ;

7° Doit être reconduit d'office à la frontière en exécution d'une interdiction de retour ;

8° Ayant fait l'objet d'une décision de placement en rétention au titre des 1° à 7°, n'a pas déféré à la mesure d'éloignement dont il est l'objet dans un délai de sept jours suivant le terme de son précédent placement en rétention ou, y ayant déféré, est revenu en France alors que cette mesure est toujours exécutoire. »

Article L. 552-1

« Quand un délai de cinq jours s'est écoulé depuis la décision de placement en rétention, le juge des libertés et de la détention est saisi aux fins de prolongation de la rétention. Le juge statue dans les vingt-quatre heures de sa saisine par ordonnance au siège du tribunal de grande instance dans le ressort duquel se situe le lieu de placement en rétention de l'étranger, sauf exception prévue par voie réglementaire, après audition du représentant de l'administration, si celui-ci, dûment convoqué, est présent, et de l'intéressé ou de son conseil, s'il en a un. L'étranger peut demander au juge des libertés et de la détention qu'il lui soit désigné un conseil d'office. Toutefois, si une salle d'audience attribuée au ministère de la justice lui permettant de statuer publiquement a été spécialement aménagée à proximité immédiate de ce lieu de rétention, il statue dans cette salle. »

Article R. 552-17

« L'étranger en rétention qui demande, hors des audiences prévues aux articles R. 552-9 et R. 552-15, qu'il soit mis fin à sa rétention saisit le juge des libertés et de la détention par simple requête adressée par tout moyen au juge. À peine d'irrecevabilité, la requête est motivée et signée de l'étranger ou de son représentant, et accompagnée de toutes les pièces justificatives.

Il est procédé comme il est dit à la section 1 du présent chapitre. Toutefois, le juge peut rejeter la requête sans avoir préalablement convoqué les parties s'il apparaît qu'aucune circonstance nouvelle de fait ou de droit n'est intervenue depuis le placement en rétention administrative ou son renouvellement, ou que les éléments

fournis à l'appui de la demande ne permettent manifestement pas de justifier qu'il soit mis fin à la rétention. »

23. L'article L. 521-2 du code de la justice administrative prévoit :

« Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures. »

EN DROIT

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 5 § 4 DE LA CONVENTION

24. Le requérant considère qu'il a été privé de tout accès effectif à un juge contrôlant la légalité de sa détention. Il rappelle, en effet, qu'il a été renvoyé vers la Tunisie avant la saisine du juge des libertés et de la détention et avant que le tribunal administratif ne se prononce sur la légalité de la mesure de placement en rétention. Il souligne également le caractère partiel du contrôle exercé par le juge administratif, celui-ci n'ayant aucun pouvoir pour apprécier les conditions de son interpellation. Il invoque l'article 5 § 4 de la Convention, ainsi libellé :

« 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. »

A. Sur la recevabilité

25. Le Gouvernement reproche au requérant de n'avoir pas épuisé les voies de recours internes s'agissant de l'un des volets de son grief. En effet, s'il a critiqué devant les juridictions administratives l'absence d'effet suspensif de la mesure d'éloignement de son recours, il ne s'est pas plaint devant elles des conditions de son interpellation.

26. Le requérant fait valoir que le juge administratif ne se prononce que sur la légalité de l'arrêté de placement en rétention et qu'il ne peut contrôler les conditions de l'interpellation ayant abouti à la rétention. Le requérant explique, par ailleurs, que le seul juge compétent pour examiner un tel grief, le juge des libertés et de la détention, ne peut être saisi avant l'expiration d'un délai de cinq jours.

27. La Cour rappelle que c'est au Gouvernement qui excipe du non-épuisement des voies de recours internes qu'il appartient de prouver que le

requérant n'a pas utilisé une voie de recours qui était à la fois effective et disponible (*Dalia c. France*, 19 février 1998, § 38, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-I, *McFarlane c. Irlande* [GC], n° 31333/06, § 107, 10 septembre 2010). Il n'est contesté par aucune des parties que le juge administratif n'a pas compétence pour statuer sur les irrégularités de la procédure antérieure au placement en rétention administrative. Le Gouvernement ne produit d'ailleurs devant la Cour aucune jurisprudence tendant à démontrer que l'invocation d'un tel grief aurait eu une chance de prospérer devant le juge administratif. La Cour observe, par ailleurs, avec le requérant qu'un recours devant le juge des libertés et de la détention n'était pas envisageable, la privation de liberté ayant duré moins de cinq jours. Il convient donc d'écarter l'exception d'irrecevabilité du Gouvernement.

28. La Cour constate, en outre, que la requête n'est pas manifestement mal fondée au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention et qu'elle ne se heurte par ailleurs à aucun autre motif d'irrecevabilité. En conséquence, la Cour la déclare recevable.

B. Sur le fond

1. Thèses des parties

29. Le requérant soutient que l'interversion de l'ordre d'intervention du juge des libertés et de la détention et du juge administratif dans la procédure de contrôle de la rétention administrative conduit à une absence totale de contrôle juridictionnel de la privation de liberté pour une durée pouvant aller jusqu'à cinq jours.

30. Il rappelle que le juge des libertés et de la détention ne peut se prononcer sur le maintien de la rétention administrative qu'à l'issue de l'écoulement du délai de cinq jours. Sa rétention ayant duré moins de cinq jours, le requérant n'a donc pas pu saisir le juge des libertés et de la détention, pourtant seul compétent, selon lui, pour contrôler la légalité de la privation de liberté.

31. Le requérant explique que le contrôle du juge administratif est partiel : il ne porte que sur la légalité de la décision fondant le placement en rétention et non sur les conditions de son interpellation et sur les conditions du déroulement de la privation de liberté. De plus, il argue de l'ineffectivité de ce contrôle en raison de son absence d'effet suspensif. Il fait ainsi valoir qu'il a été expulsé avant même que le juge administratif ne se soit prononcé sur son recours.

32. Le requérant soutient enfin avoir épuisé toutes les voies de droit utiles à sa disposition. Se fondant sur un avis du Conseil d'État, il affirme que le recours formé contre l'arrêté de placement en rétention est exclusif de toute autre procédure. Il rappelle que la Cour a considéré que la procédure de référé-liberté, qui n'a pas d'effet suspensif, n'était pas une voie de droit

utile (*Gebremedhin [Gaberamadhien] c. France*, n° 25389/05, CEDH 2007-II).

33. Le Gouvernement fait valoir que l'article 5 § 4 exige uniquement que soit rendu dans un bref délai un jugement qui permette une libération. Citant plusieurs arrêts de la Cour, il rappelle que celle-ci vérifie seulement que la privation de liberté puisse faire l'objet d'un contrôle par un tribunal disposant d'une plénitude de juridiction et soutient, qu'en l'espèce, le contrôle juridictionnel existant en droit français à l'égard des mesures de placement en rétention est conforme aux exigences conventionnelles. Il souligne que le requérant a pu contester dans de brefs délais tant l'arrêté de reconduite à la frontière du 5 mars 2011 que l'arrêté de placement en rétention du 7 octobre 2011.

34. Le Gouvernement soutient que la Cour ne requiert nullement que le recours au sens de l'article 5 § 4 présente un caractère suspensif. Il en déduit que le recours contre la décision de placement en rétention administrative n'avait pas à être suspensif. Il souligne qu'en tout état de cause, le requérant avait la possibilité d'obtenir la suspension de la décision litigieuse en formant un référé-liberté.

35. Répondant à l'argument du requérant selon lequel le contrôle exercé par le juge administratif serait partiel, le Gouvernement rappelle que le Conseil constitutionnel français a validé le dispositif mis en place par la loi du 16 juillet 2011 qui a procédé à une interversion de l'ordre d'intervention des juges. S'appuyant sur les arrêts *Jėčius c. Lituanie* (n° 34578/97, § 100, CEDH 2000-IX), *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique* (n° 13178/03, §§ 95 et suiv., CEDH 2006-XI) et *S.D. c. Grèce* (n° 53541/07, § 72, 11 juin 2009), il soutient que le juge saisi dans le cadre d'un recours conforme à l'article 5 § 4 ne se prononce pas nécessairement sur les conditions de la détention et qu'il suffit qu'il puisse exercer un contrôle de légalité sur la mesure de privation de liberté. Or, le juge administratif exerce un contrôle aussi bien sur la légalité externe de la mesure de placement en rétention, c'est-à-dire sa motivation, la compétence de l'auteur de la décision, la régularité de la procédure ayant conduit à l'adoption de la décision, que sur la légalité interne. À cet égard, la circonstance que le juge administratif ne contrôle pas les conditions d'interpellation du requérant et de son placement en garde à vue n'a pas pour conséquence une violation de l'article 5 § 4 de la Convention dès lors qu'il se prononce dans un bref délai de 72 heures et exerce un contrôle particulièrement étendu sur la mesure de placement en rétention administrative.

2. *Appréciation de la Cour*

36. La Cour a pu estimer qu'il était superflu de se prononcer sur le grief formé sur le terrain de l'article 5 § 4 de la Convention dans le cas de privations de liberté de brève durée (voir, notamment, *Slivenko c. Lettonie* [GC], n° 48321/99, §§ 158-159, CEDH 2003-X). Elle rappelle cependant

qu'en l'espèce, la privation de liberté du requérant a débuté avec son interpellation, le 7 octobre 2011, et s'est achevée avec son expulsion, le 11 octobre 2011. Compte tenu de la durée de cette privation de liberté, elle doit statuer sur le grief du requérant selon lequel il n'aurait pu bénéficier, pendant ces trois jours et demi, d'un recours au sens de l'article 5 § 4 de la Convention (voir, en ce sens, *Čonka c. Belgique*, n° 51564/99, § 55, CEDH 2002-I ; *Sadaïkov c. Bulgarie*, n° 75157/01, § 33, 22 mai 2008).

37. En l'espèce, en saisissant le juge administratif, le requérant a utilisé le seul recours dont il disposait. C'est donc l'effectivité de ce recours que la Cour se doit d'examiner.

38. Le requérant se plaint, en premier lieu, que ce recours n'a pas d'effet suspensif de la mesure d'éloignement. La Cour rappelle qu'elle n'a, en l'état de sa jurisprudence, jamais exigé que les recours prévus dans le cadre de l'article 5 § 4 aient un tel effet à l'égard de privations de liberté relevant de l'article 5 § 1 f). De plus, dans la mesure où l'étranger demeure privé de sa liberté dans l'attente de la décision du juge administratif, une telle exigence aboutirait, paradoxalement, à prolonger la situation qu'il souhaite faire cesser en contestant l'arrêté de placement en rétention. Elle conduirait, en outre, à retarder l'exécution d'une décision définitive d'éloignement, dont, au surplus, la légalité peut, comme en l'espèce, avoir été déjà vérifiée.

39. Le requérant critique ensuite le domaine du contrôle exercé par le juge administratif sur sa privation de liberté. Ce contrôle est, selon lui, trop restrictif pour satisfaire aux exigences de l'article 5 § 4, de nombreux griefs relatifs à la privation de liberté ne pouvant être examinés que par le juge judiciaire.

40. 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. La Cour rappelle qu'en vertu de cette disposition, toute personne arrêtée ou détenue a le droit de faire examiner par le juge le respect des exigences de procédure et de fond nécessaires à la « régularité », au sens de l'article 5 § 1 de la Convention, de sa privation de liberté (*Idalov c. Russie* [GC], n° 5826/03, § 161, 22 mai 2012 ; *Brogan et autres c. Royaume-Uni*, 29 novembre 1988, § 65, série A n° 145-B). Cela signifie notamment que toute personne arrêtée ou détenue a le droit de faire contrôler la régularité de sa détention à la lumière non seulement des exigences du droit interne mais aussi de la Convention, des principes généraux qui y sont consacrés et de la finalité des restrictions permises par l'article 5 § 1 (voir, entre autres, *Suso Musa c. Malte*, n° 42337/12, § 50, 23 juillet 2013 ; *Dougoz c. Grèce*, n° 40907/98, § 61, CEDH 2001-II). L'article 5 § 4 ne garantit pas le droit à un contrôle juridictionnel d'une ampleur telle qu'il habiliterait le tribunal à substituer

sur l'ensemble des aspects de la cause, y compris des considérations de pure opportunité, sa propre appréciation à celle de l'autorité dont émane la décision. Il n'en veut pas moins un contrôle assez ample pour s'étendre à chacune des conditions indispensables à la régularité de la détention d'un individu au regard du paragraphe 1 (*Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, § 127, *Recueil* 1996-V ; *Dougoz*, précité, § 61).

41. Ainsi, dans le cadre d'une privation de liberté relevant de l'article 5 § 1 f), le contrôle judiciaire exigé par l'article 5 § 4 suppose que le juge puisse notamment contrôler qu'elle est légale au regard du droit interne, qu'elle est conforme aux principes généraux consacrés par la Convention et qu'elle respecte la finalité de l'article 5 § 1 f), c'est-à-dire qu'elle a bien lieu en vue de l'expulsion de l'intéressé. N'offre donc pas la possibilité d'obtenir une décision sur la légalité de la détention au sens de l'article 5 § 4 l'ordre juridique interne qui ne permet pas au juge d'examiner la légalité du renvoi qui constitue le fondement juridique de sa détention (*Tabesh c. Grèce*, n° 8256/07, 26 novembre 2009) ou qui ne l'autorise pas à contrôler séparément la légalité de la détention d'un étranger dont la décision d'expulsion qui le frappe est suspendue (*S.D. c. Grèce*, n° 53541/07, 11 juin 2009). De même, le requérant qui ne peut faire examiner par le juge ses griefs relatifs à ses conditions de détention ne bénéficie pas d'un contrôle d'une ampleur suffisante pour satisfaire les exigences de l'article 5 § 4 (*R.T. c. Grèce*, n° 5124/11, 11 février 2016).

42. En l'espèce, la privation de liberté du requérant a débuté au moment où ce dernier a été interpellé par les forces de l'ordre et s'est poursuivie par son placement en rétention pour s'achever lorsqu'il a été renvoyé. La Cour observe cependant que le juge administratif saisi, comme en l'espèce, d'un recours contre un arrêté de placement en rétention, n'a le pouvoir que de vérifier la compétence de l'auteur de cette décision ainsi que la motivation de celle-ci, et de s'assurer de la nécessité du placement en rétention. Il n'a, en revanche, pas compétence pour contrôler la régularité des actes accomplis avant la rétention et ayant mené à celle-ci (voir la partie « Droit interne pertinent »). Notamment, il ne peut contrôler les conditions dans lesquelles s'est déroulée l'interpellation de l'étranger. Ce faisant, il n'est pas en mesure de contrôler que 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 (voir *Čonka*, précité). La Cour estime en conséquence qu'un tel contrôle est trop limité au regard des exigences de l'article 5 § 4 dans le cadre d'une privation de liberté relevant de l'article 5 § 1 f).

43. Eu égard à ce qui précède, elle considère que le requérant n'a pas bénéficié d'un recours au sens de l'article 5 § 4 de la Convention. Partant, il y a eu violation de cette disposition.

II. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION

44. Aux termes de l'article 41 de la Convention,

« Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable. »

45. Le requérant n'a présenté aucune demande de satisfaction équitable. Partant, la Cour estime qu'il n'y a pas lieu de lui octroyer de somme à ce titre.

PAR CES MOTIFS, LA COUR,

1. *Déclare*, à l'unanimité, la requête recevable ;
2. *Dit*, par six voix contre une, qu'il y a eu violation de l'article 5 § 4 de la Convention.

Fait en français, puis communiqué par écrit le 12 juillet 2016, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement de la Cour.

Claudia Westerdiek
Greffière

Angelika Nußberger
Présidente

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé de l'opinion séparée de la Juge S. O'Leary.

A.N.
C.W.

DISSENTING OPINION OF JUDGE O’LEARY*

1. To the extent that the majority judgment confirms that Article 5 § 4 of the Convention does not require the review of the lawfulness of an individual’s administrative detention under Article 5 § 1 (f) to have suspensive effect as regards the execution of a related expulsion decision, I have little difficulty subscribing to the decision.

2. In contrast, I am not in a position, based on the information before the Chamber and the Court’s existing case-law, to conclude that the judicial review by the administrative judge pursuant to the provisions of French law in force in 2011 was unduly narrow in scope and that it failed to fulfil the requirements of Article 5 § 4 of the Convention.

Introductory remarks

3. Given the complexity of the applicable provisions of the Code on the Entry and Stay of Foreign Nationals and the Right of Asylum¹ and the distinction, in French law, between the role and jurisdiction of the administrative judge (*le juge administratif*) and that of the ordinary judge (*le juge judiciaire* ou *le juge des libertés et de la détention* or JLD), the task of a non-national judge in a case like this is an unenviable one.

4. Added to the complexity of the national legal and judicial framework is the fact, oft-ignored in immigration and asylum applications originating in EU Member States, that the provisions of national law, here the CESEDA, themselves transpose detailed provisions of EU law, in this case those of Directive 2008/115.² The fact that EU law underpins the legal basis in domestic law for the adoption of the return decision concerning the applicant and his subsequent detention awaiting the execution of that decision does not, needless to say, confer on the provisions of domestic law any presumption of Convention compatibility as the case-law of both the Strasbourg and Luxembourg courts makes clear.³ Nevertheless, in the performance of its external supervisory function and, in the specific context of Article 5 § 4 of the Convention, where it is required to assess the lawfulness of an individual’s detention and the review to which it may be

* La traduction en français de cette opinion séparée sera intégrée dans la version HUDOC dès qu’elle sera disponible.

¹ Code de l’entrée et du séjour des étrangers et du droit d’asile, hereafter “CESEDA”.

² Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council, of 16 December 2008, on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals (the Returns Directive), OJ L 348/98.

³ See, as regards the former, *Avotīns v. Latvia* [GC], no. 17502/07, judgment of 23 May 2016 and, as regards the latter, the examination of the compatibility of both returns decisions and administrative detention with the Charter of Fundamental Rights of the European Union and, indirectly, the ECHR, in, *inter alia*, *Mahdi*, C-146/14 PPU, EU:C:2014:1320; *J. N. v. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, and *Celaj*, C-290/14, EU:C:2015:640.

subjected in the light not only of the requirements of domestic law but also of the text of the Convention, the Court must understand what exactly the requirements of the former are and, where necessary, the provisions and functioning of domestic law in conjunction with and pursuant to EU law.

Requirements of Article 5 § 4

5. The following general principles, concerning both the scope of application and the general requirements of an Article 5 § 4 review, are established in the case-law:

- Article 5 § 4 is only applicable to persons deprived of their liberty, and has no application for the purposes of obtaining, after release, a declaration that a previous detention or arrest was unlawful. Consequently, Article 5 § 4 cannot, in principle, be invoked by a person who is lawfully released.⁴
- The purpose of Article 5 § 4 is to guarantee to persons who are arrested and detained the right to a judicial supervision of the lawfulness of the detention measure to which they are thereby subjected. The remedies must be made available during a person's detention with a view to that person obtaining speedy judicial review of the lawfulness of the detention capable of leading, where appropriate, to his or her release.⁵
- The notion of "lawfulness" under Article 5 § 4 has the same meaning as in Article 5 § 1, so that the detained person is entitled to a review of his detention in the light not only of the requirements of domestic law but also of the text of the Convention, the general principles embodied therein and the aim of the restrictions permitted by Article 5 § 1.⁶
- The scope of the obligations under Article 5 § 4 is not identical for every kind of deprivation of liberty and this applies notably to the extent of the judicial review afforded. It is not the Court's task to inquire into what would be the most appropriate system in the sphere under examination.⁷ Article 5 § 4 does not guarantee a right to judicial review of such breadth as to

⁴ See *X v. Sweden*, no. 10230/82, Commission decision of 11 May 1983, Decisions and Reports (DR) 32, p. 304; *A.K. v. Austria*, no. 20832/92, Commission decision of 1 December 1993, unpublished; *Stephens v Malta (no. 1)*, no. 11956/07, § 102, 21 April 2009; *Fox, Hartley and Campbell v. United Kingdom*, nos. 12244/86, 12245/86, 12383/86, § 45, 30 August 1990, and *Slivenko v. Latvia [GC]*, no. 48321/99, § 157, 9 October 2003.

⁵ See, *inter alia*, *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium*, no. 13178/03, 12 October 2006, § 112.

⁶ See, *inter alia*, *Chahal v. United Kingdom*, no. 22414/93, 15 November 1996, § 127, Reports 1996-V.

⁷ See *Shtukaturov v. Russia*, no. 44009/05, § 123, ECHR 2008.

empower the domestic court, on all aspects of the case including questions of pure expediency, to substitute its own discretion for that of the decision-making authority. The review of the lawfulness of an individual's detention should cover the obligation to conform to the substantive and procedural rules of national law and the requirement that any deprivation of liberty should be in keeping with the purpose of Article 5.⁸ The reviewing "court" must have the competence to decide on the lawfulness of the detention and to order release if the detention is unlawful.⁹

- As regards, specifically, the scope of the review of an article 5 § 1 (f) detention, in *Chahal v. United Kingdom*, the Court held as follows:

“The Court refers again to the requirements of Article 5 [§ 1 f]) in cases of detention with a view to deportation (...). It follows from these requirements that Article 5 [§ 4] does not demand that the domestic courts should have the power to review whether the underlying decision to expel could be justified under national or Convention law.”¹⁰

Application of these principles in the instant case

Facts

6. Although not determinative of the scope of review required by Article 5 § 4, it is worth clarifying the facts of the present case. On 7 October 2011, the applicant was the subject of two separate orders under French law – an expulsion order or return decision and an order placing him in administrative detention. However, these two orders were the repeat of two previous identical orders issued on 5 March 2011. The legality of those initial orders was confirmed by the administrative court of Pau on 9 March 2011; a judgment which became definitive in the absence of any appeal by the applicant. For reasons unknown and at an unknown date, that first expulsion order was not executed and the applicant was released. According to the respondent Government, when stopped on 7 October 2011, the applicant was once again placed in detention *on the basis of the previous expulsion order* and in the light of the absence of a passport, resources or a domicile. The detention order, the subject of the impugned Article 5 § 4 review, was thus not a free-standing order which followed immediately on

⁸ See *Bouamar v. Belgium*, judgment of 29 February 1988, Series A no. 129, p. 24, para. 60; *Chahal*, cited above, §§ 127-129; *Dougoz v Grèce*, no. 40907/08, § 61, 6 March 2001; *Tabesh v Grèce*, no. 8256/07, 26 November 2009, § 61; *S. D. v Greece*, no. 53541/07, § 72, 11 June 2009.

⁹ See *Chahal*, cited above, § 130.

¹⁰ *Ibid.*, § 128.

from his interception by the police, as the majority judgment appears to suggest. As is clear from the provisions of the CESEDA, an expulsion order or return decision is a necessary precondition of administrative detention and the latter is imposed only when no less stringent measures are possible. Third country nationals must be afforded an effective remedy to appeal or seek review of a return decision.¹¹ In the instant case, the applicant had recourse to such a remedy. The administrative court of Pau examined the expulsion order against him and confirmed its legality; the administrative court of Bordeaux, in its decision of 11 October 2011, also confirmed the legality of that order (the applicant's renewed challenge to the initial expulsion order was furthermore out of time given the previous, now definitive, decision of the Pau court of 9 March 2011)¹² and confirmed the lawfulness and proportionality of the administrative detention order in his case since he had no passport or resources and his temporary placement in detention was with a view to his subsequent expulsion.

Admissibility

7. As regards the admissibility of the applicant's complaint, the respondent Government raised two issues. On the one hand, they argued that, before the national judge, the applicant had essentially criticised the fact that the introduction of his action against his detention before the administrative judge did not have suspensive effect as regards the return decision. He did not, in contrast, complain about the conditions of his apprehension or interception. On the other, the respondent Government argued that the applicant could, pursuant to French law, have introduced an action before the administrative judge with jurisdiction to issue interim measures (*le juge des référés libertés*) and that the latter could have suspended the execution of an administrative decision once seized by the applicant.

8. On the first point, the Court dismisses the admissibility exception on the grounds that it is not contested that the administrative judge seized in order to review the lawfulness of his detention could not have examined any irregularities in the procedure preceding his placement in administrative detention.¹³ Since paragraph 15 of the majority judgment indicates clearly that the administrative judge in question can, *inter alia*, examine the lawfulness of the procedure leading to the adoption of the detention order, this point is far from evident. One thing is, however, clear. At no point – before the administrative courts at first instance, the administrative court of appeal or the Council of State – did the applicant, of Tunisian nationality,

¹¹ See, as regards the interpretation of the CESEDA, the Council of State factsheet on the administrative judge and immigration law, 15 June 2015. See also Article 13 of Directive 2008/115.

¹² See also the provisions of article L. 511-1 of the CESEDA on when an obligation to leave French territory can be imposed. It includes situations where a previous order of this nature has not been executed.

¹³ See § 27 of the majority judgment.

call into question the circumstances of his interception or contest that he had arrived in France illegally, from Italy, with no identity document.

9. As regards the second point, the majority judgment makes no reference to the urgent interim procedure, said by the Government to constitute an effective remedy, so it is difficult to know of what that procedure consists, whether it is effective and, if not, why not.¹⁴

10. A further issue concerning the admissibility of the applicant's complaint stems from the fact that the applicant had been released, albeit pursuant to an expulsion decision executed on 11 October 2011, before the administrative judge had ruled on the lawfulness of his detention. As regards the application *ratione materiae* of Article 5 § 4 of the Convention, the latter is said to have no application for the purposes of obtaining, after release, a declaration that a previous detention was unlawful. The majority judgment does explain, albeit briefly, why this *Slivenko/Fox, Hartley, Campbell* principle does not, in the instant case, apply. The applicant had been deprived of his liberty for 83 hours and the length of his detention is thus the basis and reason for the Court's Article 5 § 4 examination to proceed.¹⁵ Nevertheless, if the duration of an applicant's deprivation of liberty is the criterion which determines the applicability of Article 5 § 4 *despite* his release, it is important to indicate somehow or sometime what the cut-off point is. Neither in this judgment nor in the previous ones cited in paragraph 5, first indent, of this opinion, has the Court made this clear.

Merits

11. As indicated previously, I agree with the majority decision that an Article 5 § 4 review, in circumstances such as this, does not suspend execution of the expulsion order. The applicant was not, it should be emphasized, an asylum-seeker.¹⁶ I also agree with the preliminary statement in paragraph 41 of the majority judgment to the effect that the deprivation of liberty must respect the aim of Article 5 § 1 (f). In other words, the detention of the applicant must have been with a view to his expulsion. Given the circumstances of the case and the execution of the expulsion order while the administrative court was considering his request for review of the legality of his detention, the speediness of the review and respect for this aim or purpose can hardly be questioned. The expulsion proceedings were prosecuted with due diligence.

¹⁴ See article L-521-2 of the code of administrative justice, cited in paragraph 23 of the majority judgment.

¹⁵ See also *Čonka v. Belgium*, no. 51564/99, judgment of 5 February 2002, § 55, where the deprivation of liberty lasted five days.

¹⁶ That status would prevent, at least until the first decision on an asylum application was taken, execution of a return or expulsion decision. See the relevant provisions of the CESEDA; Article 2(1) and recital 9 of the Returns Directive and paragraph 49 of the CJEU decision in *Arslan*, C-534/11, EU:C:2013:343.

12. Turning to the key point on which I have difficulty subscribing to the majority judgment – the limited scope of review exercised by the French administrative judge – paragraph 41 of the majority judgment refers to a series of judgments of this Court, primarily against Greece, in which a violation of Article 5 § 4 was found. Those judgments were based either on the fact that the provisions of national law then in force did not separate the detention order from the expulsion order, so that even a successful review of the legality of the latter did not lead to the automatic lifting of the administrative detention (*Tabesh v. Greece* and *S.D. v. Greece*, cited above) or on the fact that, even when amended, they still did not permit a review of any Article 3 complaint relating to the conditions of detention (*R.T. v. Greece*, cited above). Concluding that the French system in force between 2011 and 2016 violates Article 5 § 4, paragraph 42 of the majority judgment rejects the scope of review exercised by the administrative judge and establishes that the Article 5 § 4 judge should be able to review the circumstances in which the third country national was intercepted by the police and the regularity or lawfulness of all acts preceding that person's detention and leading to his expulsion. The means of interception which led to the placement of an individual in administrative detention must be in accordance with Article 5 § 1, which is to protect individuals from arbitrariness. In my view, in judging the review provided by the administrative judge to be unduly narrow, the Court diverges from existing case-law and represents domestic law in a manner different to that done in other similar cases.

13. As regards the provisions of domestic law, the majority judgment explains in some detail the different, related, but separate, jurisdiction of the administrative and judicial judges under French law¹⁷:

- The administrative judge is empowered to examine the external and internal legality of the detention order. He intervenes rapidly to check the jurisdiction of those who adopted the detention order, the reasoning of that order and the regularity of the procedure which led to its adoption. He examines the need for the detention order and whether detention constitutes a disproportionate interference with the detainee's private and family life. It would also appear that he is competent as regards all complaints relating to the material conditions for the

¹⁷ This description, it is important to remember, is of the regime applicable between 2011 and 2016 before law n° 2016-274 accorded exclusive jurisdiction to the JLD to assess the lawfulness of a detention measure (see paragraphs 18-21 of the majority judgment).

execution of the detention order (paragraph 15 of the majority judgment).¹⁸

- The JLD, in contrast, only intervenes when seized by the prefecture (préfet) and in circumstances where, after 5 days of detention, the authorities are seeking to prolong its duration. He verifies the regularity of the interception of the third country national, his placement in police custody, the transport of the third country national to the administrative detention centre and the notification of his rights. It appears that he does not have jurisdiction to pronounce on the expulsion order which is the basis for the administrative detention but he can verify that the foreign national can be made the subject of an expulsion order and the need for the prolongation of his detention (paragraph 16 of the majority judgment).

14. In many French cases examined with reference to Article 5 §§ 1 (f) and 4, and relating to the same provisions as those applicable in the instant case, the Court has expressed no criticism of this interaction between the administrative judge and the JLD, with the former intervening speedily within 72 hours of the detention and the latter if there is a prolongation of detention after five days. Nor has the jurisdiction and scope of review by the French administrative judge caused problems as such.¹⁹

15. As regards the coherence of the present judgment with existing case-law on Article 5 § 4, as indicated previously, in *Chahal v. United Kingdom*, the Court specifically held that, in cases of detention with a view to deportation, “Article 5 [§ 1 f)] provides a different level of protection from Article 5 [§ 1 c)]. (...) Article 5 § 4 does not demand that the domestic courts should have the power to review whether the underlying decision to expel could be justified under national or Convention law”.²⁰ The problems

¹⁸ See also paragraph 11 of the majority judgment and the decision of the Council of State (Conseil d’État) in the instant case which explains that L-512-2 CESEDA established a special procedure allowing the administrative judge to decide rapidly on the “legality of the measures relating to the expulsion of third country nationals ... when the latter are placed in administrative detention or confined to their residence, as well as on the legality of decisions placing them in such detention.”

¹⁹ See variously, the judgments in *R.M. and Others v. France*, no. 33201/11; *A.M. and Others v. France*, no. 24587/12; *A.B. and Others v. France*, no. 11593/12; *R.K. and Others v. France*, no. 68264/14 and *R.C. and V.C. v. France*, no. 76491/14, all pronounced on this day. None of these judgments identify a problem either with the sharing of jurisdiction between the administrative judge and the JLD or with the manner in which the former must, in principle, exercise his jurisdiction. Where a violation of Article 5 § 4 is found in these cases it is due to a failure to seek, where possible, a less restrictive measure than detention while the families in question, with minor children, awaited execution of return decisions. An assessment of the last resort nature of the administrative detention of the applicant in our case did, however, occur. See also, *Popov v. France*, nos. 39472/07 and 39474/07, §§ 122-123, 19 January 2012, for another uncontroversial examination of the separate but related reviews by the administrative judge and JLD.

²⁰ See *Chahal*, cited above, §§ 112 and 128. Two cases which could stand out, under Article 5 § 4, are *Čonka v. Belgium* and *Mubilanzila*, both cited above. In the former, § 53, the Court held that the review by the committals division under Belgian law did not satisfy the requirements of Article 5 § 4 because that body carried out a very

which led to findings of violations in the Greek cases are not mirrored in the French system applicable in 2011, as the description, in paragraph 13 above, of the jurisdiction and powers of the administrative judge reveals. While French law has since been amended, with the JLD now exclusively competent to review the lawfulness of the detention order and decide on its prolongation within 48 hours, that fact alone is not a grounds for requiring, on the basis of the Convention, the enlarged scope of judicial review which results from paragraphs 41 and 42 of the majority judgment.

Conclusion

16. As indicated previously, the complexity of the French legal and judicial framework at issue in the instant case may mean the above presentation of domestic law, which is based on the information in the case file and the submissions of the parties, contains errors. In addition, the terms of paragraph 42 of the majority judgment *could* be read as applying uniquely to France. In that case, this judgment identifies what is now a historical violation of the Convention as French law has since changed.

17. However, if, as the terms of the judgment suggest, it defines the scope of the judicial review of administrative detention orders which must now, pursuant to Article 5 § 4, be provided, its wider impact must be considered. The risk is that paragraph 42 of the majority judgment, which reflects the French legislative choice to confer jurisdiction on the JLD in 2016, becomes the required minimum in all Council of Europe Member States, not least those subject to Directive 2008/115.²¹ This should be a cause for concern. It might be that the Court should carefully re-examine its existing case-law on Article 5 § 4 with a view to determining whether the nature and scope of the

limited review of detention orders, limited to their procedural lawfulness and without regard to the proportionality of detention in the individual case. However, the facts in *Čonka*, which led to recognition of the first collective expulsion, were very particular, and the scope of review at issue was quite different to that done by the French administrative judge, who expressly engaged in a proportionality review. In *Mubilanzila*, § 113, the Belgian authorities made arrangements for the second applicant's deportation the day after she lodged an application with the *chambre de conseil* for release, that is to say, even before the latter body had delivered its decision. However, the detainee in that case was a five year old child, detained on her own. In addition, under Belgian law, a stay applied and had not expired when she was deported, and, furthermore, the Court found that there was no link between her deportation and the exercise of the remedy or the fact that it was granted. Neither the review exercised by the French administrative judge in the instant case, nor the circumstances of the case, are comparable.

²¹ A choice is what Article 15(2)(a) and (b) of Directive 2008/115 appears to provide Member States bound by this directive. As an aside, it is worth remembering the rationale and functioning of the Returns Directive, explained recently by the CJEU in the following terms: “[T]hird-country nationals who, (...), have entered the territory of a[n EU] Member State illegally and who, on that basis, are regarded as staying there illegally (...) must be the subject of a return procedure, the order of whose stages corresponds to a gradation of the measures to be taken in order to enforce the return decision and which permits, so far as concerns deprivation of liberty, at the very most detention in a specialized facility, a measure which is, however, strictly regulated, pursuant to Articles 15 and 16 of Directive 2008/115, in order to ensure observance of the fundamental rights of the third-country nationals concerned (See the judgment of the CJEU of 7 June 2016, *Affum v. Préfet du Pas-de-Calais*, C-47/15, EU:C:2016:408, paragraphs 61-62). For a detailed examination of judicial review of administrative detention in EU Member States, see Section 2.3 of the European Commission report, *Evaluation on the application of the Return Directive*, 22 October 2013. See also, the 2010 report of the Fundamental Rights Agency of the EU, *Detention of Third Country Nationals in Return Procedures*.

review effected by a judge who must intervene speedily to verify the lawfulness of the administrative detention should be broader than has previously been the case. It is all too easy to forget that those detained in these circumstances have often committed no offence other than not being lawfully present on the territory of a particular Member State, lacking the requisite travel documents and, additionally, in many cases, being destitute. In addition, while in theory they must be placed in specialized facilities, the case-law of this Court reveals how reality and theory may diverge.²² However, problems of that nature did not arise in this case; nor did the applicant explain, at domestic level or before this Court, in what way his interception by the French authorities should have led the administrative judge, who had already confirmed the lawfulness of the order to expel him, to assess the lawfulness of his temporary administrative detention any differently. Leaving aside the plight of illegal immigrants, it is also far too easy to forget the numbers at issue and the burden imposed on domestic judicial systems called to administer immigration law and a returns policy of the type at issue here.²³ Jurisprudential developments, if and when they occur in this field, must be solidly reasoned and carefully calibrated.

18. The applicant's case is not unproblematic. Deprived of his liberty on 7 October 2011, his request for review of his detention was lodged on 9 October and heard on 11 October, when the expulsion order adopted in his regard had already been executed. However, once one concedes (i) that an action to review the lawfulness of detention pursuant to Article 5 § 4 of the Convention is not required to have suspensive effect, (ii) that Article 5 § 1 (f) requires a different level of protection to Article 5 § 1(c), entailing a different scope of review under Article 5 § 4, and (iii) that judicial review has occurred speedily, it seems to me that the game is up. The applicant's essential complaint appears doomed to fail from the moment one accepts an absence of suspensive effect and one cannot accept suspensive effect because to do so would be to prolong the very detention which the applicant is challenging. The judicial review of the lawfulness of his detention and the speediness of his release empties the Article 5 § 4 complaint of its substance, even if the release in question entails the complainant's expulsion from the respondent State; something which he obviously opposes. Curiously, the one point on which the French administrative review appears to have been lacking in this case – the question of the provision of legal aid – is passed over in silence.

²² *M.S.S. v. Belgium and Greece* [GC], no. 30696/09, 21 January 2011, is illustrative of the more extreme cases.

²³ See European Commission, *Communication from the Commission to the Council and the European Parliament on EU Return Policy*, COM (2014) 199 final, p. 3, which reports that there is a considerable gap between the persons issued with a return decision (approximately 484,000 persons in 2012, 491,000 in 2011 and 540,000 in 2010) and those who, as a consequence, have left the EU (approximately 178,000 in 2012, 167,000 in 2011 and 199,000 in 2010). See also the 2015 report of the French Council of State, which estimates that cases under the CESEDA represent over 32 % of those brought before the administrative courts, 44 % before the administrative appeal courts and 15 % of those before the Council of State itself.