



**HAL**  
open science

## Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (2020)

Laure Milano, Hélène Surrel, Gérard Gonzalez, Béatrice Pastre-Belda

### ► To cite this version:

Laure Milano, Hélène Surrel, Gérard Gonzalez, Béatrice Pastre-Belda. Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (2020). La Semaine juridique. Édition générale, 2021, pp.697 et ss. hal-04125744

**HAL Id: hal-04125744**

**<https://hal.science/hal-04125744>**

Submitted on 12 Jun 2023

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**Chronique *Revue de droit public*, 2021, pp. 857 et ss.**

CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE

Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (2020)

Sous la direction de Laure MILANO et Hélène SURREL

Avec la collaboration de

Gérard GONZALEZ et Béatrice PASTRE-BELDA<sup>1</sup>

SOMMAIRE

I.- LE RESPECT DES PRESCRIPTIONS RELIGIEUSES ALIMENTAIRES EN PRISON  
DEVANT LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

II- CONDITIONS INDIGNES DE DETENTION ET RECOURS EFFECTIFS : QUELLES  
EVOLUTIONS DU DROIT FRANÇAIS ?

III- LA PROTECTION DES DROITS DES PERSONNES LGBTI DANS LA  
JURISPRUDENCE RECENTE DE LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

IV- VERS UNE REGRESSION DES GARANTIES ACCORDEES AUX ETRANGERS EN  
MATIERE D'EXPULSION ?

---

<sup>1</sup> Laure Milano, Professeur, Université de Montpellier (IDEDH), Hélène Surrel, Professeur, Sciences Po Lyon (EDIEC-CEE), Gérard Gonzalez, Professeur, Université de Montpellier (UMR 7354 DRES Strasbourg, IDEDH), Béatrice Pastre-Belda, Maître de conférences-HDR, Université de Montpellier (IDEDH).

L'année 2020 restera comme une année historique en raison de la pandémie de Covid-19 qui s'est développée dans l'ensemble des Etats européens et des mesures sanitaires que ces derniers ont été contraints d'adopter. Nul doute d'ailleurs que le juge européen aura à juger de la conventionnalité des restrictions de liberté qui ont accompagné ces mesures. La Cour, elle-même, a pris des mesures exceptionnelles afin d'aménager la procédure et les délais d'introduction des requêtes afin de tenir compte des mesures de confinement adoptées par la France, pays hôte de la Cour. Malgré ce contexte, l'activité de la Cour s'est poursuivie quasi-normalement. Elle a ainsi complété et approfondi son œuvre de protection des droits des détenus qu'il s'agisse des prescriptions alimentaires en prison ou de l'effectivité des recours pour se plaindre de conditions de détention contraires à la dignité humaine. De même, s'agissant des personnes LGBTI ... (je vous laisse compléter car je ne sais pas exactement sur quelles questions portent les arrêts que vous avez choisis)

En revanche, les arrêts rendus en matière d'expulsion tendent à une inflexion des garanties accordées aux étrangers alors que les drames qui émaillent la crise migratoire ne connaissent, eux, pas de répit.

## **I.- LE RESPECT DES PRESCRIPTIONS RELIGIEUSES ALIMENTAIRES EN PRISON DEVANT LA COUR EDH**

(GERARD GONZALEZ)

La situation des détenus est un contentieux récurrent devant la Cour européenne des droits de l'homme qui a largement contribué à son amélioration ou, du moins, à dénoncer la faillite de certains systèmes pénitentiaires<sup>2</sup>. Avec l'article 5 (droit à la liberté et à la sûreté) qui est le réceptacle naturel de leurs revendications, l'article 3 de la Convention interdisant la torture, les traitements inhumains et dégradants est le plus sollicité, ce qui est beaucoup plus inquiétant. L'invocation de la liberté de religion demeure accessoire, voire anecdotique mais n'en donne pas moins lieu à une jurisprudence intéressante sur certains aspects de la manifestation de cette liberté qui est « l'une des assises d'une 'société démocratique'... parmi les éléments les plus

---

<sup>2</sup> Par ex. arrêts pilotes : CEDH, 10 mars 2015, n°14097/12 et a., *Varga et a. c/Hongrie* ; 25 avril 2017, n°61467/12 et a., *Rezmives et a. c/Roumanie*

essentiels de l'identité des croyants et de leur conception de la vie »<sup>3</sup>. La Cour a pu ainsi se prononcer, avec des succès divers pour les requérants, sur la participation de détenus au culte<sup>4</sup>, l'assistance d'un religieux ou d'un aumônier<sup>5</sup>, l'accès à certaines publications<sup>6</sup>, l'accomplissement de certaines tâches<sup>7</sup> ou encore la possession de certains objets rituels<sup>8</sup>. En 2020, un éclairage particulier a été porté sur les contraintes liées au respect de prescriptions alimentaires par trois arrêts (CEDH, 9 juin 2020, n°23735/16 et 23740/16, *Erlich et Kastro c/Roumanie* ; CEDH, 10 nov. 2020, n° 21969/15, *Neagu c/Roumanie* ; CEDH, 10 nov. 2020, n° 65993/16, *Saran c/Roumanie*) qui viennent conforter les principes établis dans des affaires antérieures mais aussi les développer au regard de situations nouvelles. Dans les affaires traitées jusque-là la Cour avait eu à se pencher sur le respect par les autorités pénitentiaires d'exigences de détenus se réclamant du bouddhisme et souhaitant bénéficier de repas sans viande<sup>9</sup>. Dans l'affaire *Erlich et Kastro*, les requérants de confession juive se plaignaient de ne pas recevoir de repas casher conformes aux préceptes de leur religion. Les affaires *Sarran* et *Neagu* posent la question de savoir si les autorités nationales ont pris des mesures afin de permettre aux requérants d'observer les interdits alimentaires du culte musulman, notamment après la conversion du détenu. Si le végétarisme peut assez aisément être satisfait sans complications particulières pour l'établissement pénitentiaire, il n'en va pas forcément de même dans le cas des préceptes alimentaires des cultes juif et musulman. Ainsi, les arrêts rendus en 2020 ouvrent de nouvelles perspectives qu'il s'agisse de l'identification de la religion du requérant, impliquant son droit à changer de religion (A) ou de l'obligation positive de l'Etat au regard de la fourniture d'une alimentation respectueuse de ses convictions (B).

---

<sup>3</sup> CEDH, 25 mai 1993, *Kokkinakis c/ Grèce*, § 31

<sup>4</sup> CEDH, 6 nov. 1980, n°7367/76, *Guzzardi c/Italie* ; CEDH, déc. 6 juillet 2000, n° 31143/96, *Indelicato c. Italie* ; CEDH, 29 avril 2003, n°38812/97, *Poltoratski c/Ukraine* ; CEDH, 30 nov. 2006, n°61638/00, *Igors Dmitrijevs c/Lettonie* ; CEDH, 5 janvier 2016, n°50255/12, *Süveges c/Hongrie* ; CEDH, 2 mars 2017, n°5187/07, *Moroz c/Ukraine*

<sup>5</sup> *Poltoratski* préc. ; CEDH, 24 octobre 2006, *Vincent c/France* : l'assistance d'un aumônier pour ce détenu paraplégique compense l'impossibilité d'assister au culte.

<sup>6</sup> Commission, déc. 18 mai 1976, *X. c. Royaume-Uni*, req. n°6886/75 : livre contenant un chapitre illustré consacré aux arts martiaux ;

<sup>7</sup> Commission, déc. 6 mars 1982, n°8231/78, *X. c/Royaume-Uni* : refus de porter l'uniforme pénitentiaire et de nettoyer sa cellule puisque étant de caste élevée, il était « culturellement inacceptable » pour ce détenu sikh de balayer ; Commission, déc. 10 février 1993, n°18187/91, *W. c/Royaume-Uni* : refus par un vegan d'un travail utilisant des produits testés sur des animaux

<sup>8</sup> CEDH, déc. 31 janvier 2012, n°35021/05, *Gatis Kovalkovs c/Lettonie* : bâtonnets d'encens ; CEDH, 12 février 2013, n°16117/02, *Austrianu c/Roumanie* : Le surpeuplement peut conduire les autorités à établir une liste des objets que chaque détenu est autorisé à posséder

<sup>9</sup> CEDH, 7 déc. 2010, n°18429/06, *Jakóbski c/Pologne* ; CEDH, 17 déc. 2013, n°14150/08, *Vartic c/Roumanie*. Devant la Commission la requête d'un détenu se plaignant, à tort, de ne pas bénéficier de repas kasher a été déclarée irrecevable (déc. 5 mars 2016, n°5947/72) et, devant la Cour, la partie d'une requête de musulmans placées en centre de rétention jugée manifestement mal fondée, la livraison de plats par deux restaurateurs musulmans étant avérée (CEDH, 19 déc. 2013, n°33441/10 et a., *C.D. et a. c/Grèce*, § 79).

## ***A.- L'identification de la religion du détenu***

Sur le for interne du croyant, l'autorité publique, comme privée, n'a aucune prise. Chacun est libre d'avoir (ou pas) une religion et d'en changer comme bon lui semble. L'autorité pénitentiaire, comme le juge, doivent exercer en conséquence un contrôle *a minima* de la réalité de l'attachement à la religion revendiquée et des manifestations associées (1) comme du changement de religion du détenu pendant son incarcération (2).

### *1. Le contrôle a minima de la réalité de l'attachement à la religion revendiquée et des manifestations associées*

De jurisprudence constante, s'agissant du for interne, le secret des croyances doit être respecté, la religion ne pouvant être un élément d'identification, son dévoilement pouvant susciter des discriminations<sup>10</sup>. Pourtant, notamment en milieu carcéral, le détenu peut être amené à faire la déclaration de sa religion afin de bénéficier éventuellement des aménagements nécessaires pendant sa détention pour sa manifestation, notamment en cas de régime alimentaire spécifique. L'ancienne Commission a ainsi pu affirmer que les « facilités » accordées en milieu carcéral « ne se conçoivent que si la religion à laquelle le détenu prétend adhérer est identifiable », ce qui n'est pas le cas d'un requérant n'ayant « exposé aucun fait permettant d'établir l'existence d'une religion Wicca »<sup>11</sup> ni d'un prétendu « adorateur de la lumière » qui « n'expliquait ni en quoi consisterait la pratique de sa religion ni comment les autorités auraient entravé cette pratique »<sup>12</sup>. La Cour confirme que « si un individu demande une dérogation spéciale qui lui est accordée en raison de ses croyances ou convictions religieuses, il n'est pas excessif ou en conflit fondamental avec la liberté de conscience d'exiger un certain niveau de justification de la croyance authentique et, si cette justification n'est pas fournie, de parvenir à une conclusion négative »<sup>13</sup>. Le « respect des croyances des détenus » recommandé par les Règles

---

<sup>10</sup> Par ex. CEDH, 2 février 2010, n°21924/05, *Sinan Işık c/Turquie* : la mention obligatoire ou facultative de la religion sur une pièce d'identité viole l'article 9. CEDH, GC, 29 juin 2007, n°15472/02, *Folgerø et autres c/Norvège* : un mécanisme de dispense d'un cours de religion obligeant les parents à dévoiler leurs convictions religieuses ou leur absence viole l'article 2P1

<sup>11</sup> Commission, déc. 4 octobre 1977, *X c/Royaume-Uni*, req. n°7291/75

<sup>12</sup> Commission, déc. 1<sup>er</sup> avril 1970, *X c/RFA*, req. n°4445/70

<sup>13</sup> CEDH, 10 nov. 2020, n° 21969/15, *Neagu c/Roumanie*, § 34

pénitentiaires européennes<sup>14</sup> contraint ainsi les Etats à enregistrer la religion éventuellement déclarée par le détenu au moment de son incarcération. Cette déclaration va déclencher un certain nombre de droits pour le détenu comme l'accès aux cérémonies religieuses du culte déclaré, la visite d'un aumônier, la prise en compte d'interdits ou d'exigences alimentaires. Dans les affaires examinées concernant toutes des religions traditionnelles connues (juive ou musulmane) cette déclaration a pu être faite, le droit roumain imposant le respect des « croyances religieuses assumées par la personne condamnée par une déclaration sur l'honneur »<sup>15</sup>. Des problèmes peuvent néanmoins survenir comme l'illustre l'affaire *Sarran*. Enregistré chrétien orthodoxe au moment de son incarcération, ce détenu s'est toujours revendiqué du culte musulman. Il a bien reçu une nourriture conforme aux préceptes de cette religion durant la première partie de son incarcération mais, transféré dans un autre lieu de détention, les autorités s'en sont tenus à son enregistrement comme chrétien orthodoxe, le privant ainsi de repas adaptés à la conviction revendiquée. La Cour énonce le principe selon lequel « les autorités doivent s'organiser et se coordonner entre elles de manière à assurer une circulation et un partage adéquats de l'information »<sup>16</sup>, ce qui n'a manifestement pas été le cas ici, en violation de l'article 9 de la Convention. Dans cette affaire on ne sait pas très bien si l'administration pénitentiaire a fait une erreur lors de l'enregistrement du détenu ou si celui-ci a changé de religion. Quoiqu'il en soit, changer de religion est un droit qui peut s'exercer en détention et qui doit être pris en compte par l'administration pénitentiaire. La Cour fait d'ailleurs remarquer que l'obligation des autorités de « s'organiser et se coordonner » vaut « notamment »<sup>17</sup> en cas de changement de religion.

## 2. *Le droit de changer de religion en détention*

C'est l'un des apports de l'arrêt *Kokkinakis* de faire du droit de changer de religion proclamé par l'article 9§1 de la Convention un élément consubstantiel à la liberté de religion auquel il ne peut être apporté de restrictions, lesquelles concernent seulement les manifestations de la foi. Pour le détenu, ces deux éléments vont être déterminants dans l'hypothèse où, à la religion

---

<sup>14</sup> Recommandation Rec(2006)2 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux États membres sur les Règles pénitentiaires européennes (adoptée par le Comité des Ministres le 11 janvier 2006, règle 29.2)

<sup>15</sup> Les trois affaires de l'année 2020 concernent la Roumanie. Loi no 254/2013 sur l'exécution des peines et des mesures privatives de liberté, art. 50 cité dans *Neagu* § 10. Cependant la même loi comporte, en annexe, une liste des « cultes reconnus en Roumanie », comprenant la désignation des cultes légalement admis. Qu'advierait-il si la déclaration sur l'honneur visait une religion ne faisant pas partie de cette liste ? Celle-ci ne saurait être qu'indicative pour respecter l'article 9 de la Convention.

<sup>16</sup> CEDH, 10 nov. 2020, n° 65993/16, *Saran c/ Roumanie*, § 40.

<sup>17</sup> Ibid.

déclarée, sont associées des contraintes alimentaires. Cette question est au cœur de l'affaire *Neagu*. Chrétien orthodoxe au moment de son incarcération puis converti à l'islam pendant sa détention, le requérant se plaint du refus des autorités de lui servir des repas sans porc au motif qu'il n'a fourni aucune preuve écrite d'une autorité religieuse de sa conversion. En effet, en Roumanie, la déclaration de la religion lors de l'incarcération est libre, mais toute conversion en cours de détention doit être prouvée par un acte officiel de confirmation de la nouvelle affiliation religieuse. La Cour affirme qu'« une telle réglementation avec une exigence stricte de preuve documentaire d'appartenance à un culte spécifique dépasse le niveau de justification qui peut être exigé concernant une croyance authentique »<sup>18</sup>. Dans une telle situation, l'Etat n'est néanmoins pas dépourvu de moyens de contrôle et « au vu de l'importance du caractère sérieux et sincère que doit avoir une conversion religieuse, elle estime que le devoir de neutralité des autorités nationales, au sens de sa jurisprudence, ne saurait faire obstacle à un examen des éléments factuels qui caractérisent la manifestation d'une religion »<sup>19</sup>. Plutôt que d'une preuve aussi formaliste que l'acte officiel de confirmation, les juridictions internes auraient dû se pencher sur « la manière dont l'intéressé manifestait ou entendait manifester sa nouvelle religion »<sup>20</sup>. On peut s'interroger sur cette position de la Cour. L'authentification de la conversion par une autorité religieuse (en l'espèce un imam ou un aumônier musulman) apparaît comme une preuve, certes formaliste, mais satisfaisante et moins invasive des convictions du croyant interrogé sur la manière dont il entend manifester ou manifeste sa nouvelle religion. D'autant que le requérant a fait preuve de son inconstance, revendiquant plus tard une nourriture selon les critères du culte adventiste à la suite d'une nouvelle conversion, événement néanmoins postérieur sans effet sur le constat de violation de l'article 9. Ce que la Cour semble réprover ici c'est la distinction entre la simple déclaration sur l'honneur au moment de l'incarcération et l'authentification formaliste en cas de conversion. Elle rétablit une sorte de parallélisme des formes d'acceptation de la religion du détenu.

### ***B.- Le respect des pratiques religieuses alimentaires des détenus***

L'identification de la religion du détenu déclenche l'obligation positive de l'Etat de respecter ses pratiques religieuses alimentaires (1) dans une juste mesure seulement (2).

---

<sup>18</sup> *Neagu* préc. § 39 ; implicite dans *Saran* préc. § 40

<sup>19</sup> *Ibid.* § 41

<sup>20</sup> *Ibid.*

### *1. L'obligation positive de respecter les pratiques religieuses alimentaires du détenu*

Les obligations positives peuvent être définies comme une « technique ... le procédé interprétatif, qui ... permet notamment de déduire d'une disposition conventionnelle des obligations étatiques d'action qui n'y sont pas prescrites expressément »<sup>21</sup>. Comme « instrument de garantie d'effectivité des droits individuels ... elle permet à la fois d'encadrer le pouvoir étatique et d'élever ce dernier au rang de protecteur des libertés »<sup>22</sup>, de le responsabiliser, souvent contre son gré. Bien que la Cour affirme que « si la frontière entre les obligations positives et les obligations négatives de l'État au regard de la Convention ne se prête pas à une définition précise, les principes applicables n'en sont pas moins comparables », le fait de se situer sur les obligations positives confère à la Cour un pouvoir de contrôle plus souple que celui qui découle du libellé de l'article 9§2 pour apprécier l'ingérence de l'Etat dans un droit protégé. Ce choix n'est pas neutre. La Cour peut rechercher s'il existe un cadre législatif adapté à l'effectivité de l'obligation positive reconnue. Dans l'affaire *Erlich et Castro*, là où les requérants reprochaient à l'Etat de ne pas avoir adopté une « réglementation spécifique relative aux conditions dans lesquelles les détenus de confession juive peuvent se voir attribuer des repas casher lorsqu'ils purgent une peine d'emprisonnement », la Cour se satisfait des textes généraux définissant « les modalités d'exercice du droit à la liberté religieuse en détention ... cadre normatif général, suffisamment prévisible et détaillé quant à l'exercice du droit à la liberté de religion en milieu pénitentiaire »<sup>23</sup> sur la base desquels le juge national a pu adresser un certain nombre d'injonctions aux autorités pénitentiaires. Selon la Cour, « le choix d'adopter ou pas une réglementation détaillée relative aux modalités d'exercice d'une religion donnée en milieu pénitentiaire relève plutôt de la marge d'appréciation des autorités de l'État »<sup>24</sup>, ce qui « cadre bien avec le principe de subsidiarité »<sup>25</sup>. Le respect de prescriptions religieuses en matière alimentaire est une manifestation de la religion qui doit être considérée comme une « pratique » au sens de l'article 9§1 de la Convention<sup>26</sup>. De toutes les manifestations

---

<sup>21</sup> C. Madeleine, *La technique des obligations positives en droit de la CEDH*, Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz, vol. 133, 2014, p. 24

<sup>22</sup> *Ibid.* p. 467

<sup>23</sup> *Op. cit.*, § 34

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> *Ibid.*, § 35

<sup>26</sup> *Jakobski préc.* § 45 ; *Vartic n°2*, § 35 ; *Erlich et Castro*, § 22



de la liberté de religion, les pratiques sont des plus diverses (tenues vestimentaires par exemple) et souvent soumises à restrictions.

## 2. Une obligation positive mesurée

Le principe de proportionnalité s'applique aux obligations positives des Etats, obligations de moyens, non de résultats<sup>27</sup>. Comme le confirme la Cour, les États doivent faire leur possible pour respecter les convictions des détenus sous réserve que soit trouvé « un juste équilibre entre les intérêts de l'établissement, des autres détenus » et leurs intérêts particuliers<sup>28</sup>. Deux situations doivent être distinguées selon que le régime alimentaire revendiqué consiste seulement en interdits religieux concernant certains aliments ou selon qu'il s'accompagne de règles strictes de préparations. Dans le premier cas, qu'il s'agisse de proposer des repas sans viande pour les végétariens<sup>29</sup> ou des repas sans porc pour les détenus musulmans<sup>30</sup>, la Cour peut n'être « pas convaincue que les demandes du requérant de se voir offrir un régime alimentaire conforme à sa religion aurait causé un dysfonctionnement dans la gestion de la prison ou entraîné des conséquences négatives sur le régime alimentaire offert aux autres détenus »<sup>31</sup>. Toute autre est l'hypothèse où le respect d'une pratique religieuse alimentaire s'accompagne de règles particulières d'élaboration. Comme le souligne la Cour dans *Erlich et Kastro*, « la situation en l'espèce est différente de celle qui prévalait dans les affaires *Jakóbski* et *Vartic* ..., dans lesquelles elle a observé que les requérants demandaient des repas végétariens qui ne nécessitaient pas d'être préparés, cuits ou servis d'une manière particulière et que l'allocation de tels repas n'avait pas de conséquences négatives pour la gestion des établissements pénitentiaires ou pour la qualité des repas fournis aux autres détenus »<sup>32</sup>. Dans cette affaire « l'alimentation demandée par les requérants consistait en des repas casher, qui devaient contenir des ingrédients spécifiques obtenus en suivant des règles très précises et qui devaient être préparés à part, dans des contenants et avec des ustensiles séparés, de manière spéciale et sous la supervision d'un représentant religieux »<sup>33</sup>. Pour satisfaire ces exigences « un espace séparé a été aménagé dans la cuisine de la prison ... (avec) l'aval d'une fondation religieuse

---

<sup>27</sup> *Erlich et Kastro* préc. § 43

<sup>28</sup> *Jakóbski* préc. § 50 ; *Vartic* n°2, § 48 ; *Erlich et Castro*, § 37 ; *Neagu*, § 43 ; *Saran*, § 41

<sup>29</sup> *Jakóbski* et *Vartic* n°2

<sup>30</sup> *Neagu*, § 7

<sup>31</sup> *Neagu*, § 43 ; *Jakóbski*, § 52 ; *Vartic* n°2 § 49. Dans *Saran* l'exigence alimentaire de ce détenu se réclamant de l'Islam n'est pas détaillée, d'autant que son alimentation était aussi dictée par une maladie chronique. La Cour relève simplement que « le système pénitentiaire roumain pouvait accommoder de telles demandes » (§41).

<sup>32</sup> *Erlich et Castro*, § 37

<sup>33</sup> *Ibid.*

juive »<sup>34</sup>, laquelle « a ensuite été présente dans la prison lors des fêtes religieuses juives et a fourni aux requérants des aliments spécifiques à ces occasions »<sup>35</sup> (§ 39), les requérants ont pu « se procurer, par dérogation aux normes en vigueur, des produits qui pouvaient être cuisinés et préparés sur place »<sup>36</sup>, dépenses dont ils auraient pu demander le remboursement. Ainsi, « les autorités nationales ont satisfait, à un degré raisonnable dans les circonstances de l'espèce, à leurs obligations positives découlant de l'article 9 de la Convention »<sup>37</sup>. Il faut noter que dans ces situations, l'implication par les autorités pénitentiaires d'une autorité religieuse est un élément important à prendre en considération dans la détermination du caractère satisfaisant des mesures prises<sup>38</sup>. Au vu de ces éléments on peut considérer que la position du juge administratif sur ces questions est conventionnelle. Dans son arrêt du 10 février 2016, le Conseil d'Etat a pu ainsi juger que « l'administration fournit à l'ensemble des personnes détenues des menus sans porc ainsi que des menus végétariens, que les personnes détenues peuvent demander à bénéficier, à l'occasion des principales fêtes religieuses, de menus conformes aux prescriptions de leur religion et, enfin, que le système de la cantine permet d'acquérir, en complément des menus disponibles, des aliments ou préparations contenant des viandes 'halal' ». Il retient aussi « qu'il appartient à l'administration pénitentiaire, lorsque les modalités d'organisation de l'offre journalière de menus qu'elle retient impliquent, pour que les obligations mentionnées au point 3 ci-dessus soient respectées, que les personnes détenues puissent se procurer par le système de la cantine une alimentation complémentaire conforme aux prescriptions de leur religion, de garantir à celles qui sont dépourvues de ressources suffisantes la possibilité d'exercer une telle faculté en leur fournissant, dans la limite de ses contraintes budgétaires et d'approvisionnement, une aide en nature appropriée à cette fin »<sup>39</sup>. Les autorités françaises respectent ainsi les obligations positives que la jurisprudence de la Cour européenne attache au respect de l'article 9 de la Convention concernant les prescriptions alimentaires fondées sur une religion.

---

<sup>34</sup> *Ibid.* § 38

<sup>35</sup> *Ibid.* § 39

<sup>36</sup> *Ibid.* § 40

<sup>37</sup> *Ibid.* § 44

<sup>38</sup> Commission, déc. 5 mars 1976, *X c. Royaume-Uni* ; *Erich et Kastro préc.*, § 39 ; Élément important mais non déterminant : dans *Vartic n° 2* la consultation d'une organisation bouddhiste sur les régimes végétariens n'a pas empêché le constat de violation de l'article 9.

<sup>39</sup> CE, 10 février 2016, n°385929, *Rec.* p. 27 ; voy. note P-H. Prélot, *AJDA* 2014, p.2321 sous l'arrêt de la CAA de Grenoble, 22 juillet 2014 validé par le CE.

## II. - *CONDITIONS INDIGNES DE DETENTION ET RECOURS EFFECTIFS :* *QUELLES EVOLUTIONS DU DROIT FRANÇAIS ?*

(BEATRICE PASTRE-BELDA)

Au cours de l'année 2020, l'effectivité des voies de recours prévues en droit français dans le contentieux des conditions matérielles de détention, dont la surpopulation carcérale est une des problématiques saillantes, a fait l'objet d'une analyse détaillée au sein du prétoire européen. Par deux arrêts rendus contre la France - *J.M.B.*<sup>40</sup> et *Barbotin*<sup>41</sup> - la Cour européenne des droits de l'homme<sup>42</sup>, sous l'angle de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>43</sup> relatif au droit à un recours effectif, a en effet apprécié la conventionalité, respectivement, du référé-liberté et du recours compensatoire<sup>44</sup>.

Considéré comme inhérent à l'article 3 de la Convention depuis le célèbre arrêt *Kudla*<sup>45</sup>, le droit d'être détenu dans des conditions conformes à la dignité humaine suppose, pour être concret et effectif, l'existence de voies de recours offrant à une personne détenue la possibilité d'obtenir, non seulement, l'amélioration de ses conditions matérielles de détention, ce à brève échéance, mais aussi une indemnisation adéquate. La Cour européenne exige en ce sens, au titre de l'article 13 de la Convention, que coexistent en droit interne, de manière complémentaire, un recours préventif (pour empêcher la continuation de la violation ou permettre une amélioration des conditions de détention) et un recours compensatoire (un recours indemnitaire *a posteriori*)<sup>46</sup>. Gardons néanmoins à l'esprit, au-delà des cas individuels et ainsi de l'intervention ponctuelle du juge, qu'en matière de surpopulation, des solutions de nature structurelle, relevant de choix politiques, paraissent tout autant nécessaires. Dans cette perspective, la Cour européenne n'a pas omis de « dessiner », « à travers ces arrêts pilotes, un droit commun

---

<sup>40</sup> CEDH, 30 janv. 2020, *J.M.B. et autres c. France*, n° 9671/15, § 167 (*JCP G*, 2021, 129, note L. Milano ; *JCP G*, 2020, 154, obs. B. Pastre-Belda ; *RTDH*, 2020/123, p. 730, note D. Roets ; *RDLF*, 2020, chron. n° 46, note J. Schmitz)

<sup>41</sup> CEDH, 19 nov. 2020, *Barbotin c. France*, n° 25338/16, § 46 (*JCP G*, 2021, note L. Milano, préc.)

<sup>42</sup> La Cour européenne ou la Cour, ci-après.

<sup>43</sup> La Convention ou la CEDH, ci-après.

<sup>44</sup> Ces problématiques ne sont toutefois pas nouvelles. Voy. S. Gauché, « A la recherche du recours effectif : responsabilité et référés en droit pénitentiaire », *AJDA*, 2017 p. 1837.

<sup>45</sup> CEDH, GC, 26 oct. 2000, *Kudla c. Pologne*, n° 30210/96, § 94 (*GACEDH* n° 15).

<sup>46</sup> CEDH, 21 mai 2015, *Yengo c. France*, n° 50494/12, § 50 (*JCP G*, 2015, doct. 845, F. Sudre) ; CEDH, *J.M.B.*, § 167 ; CEDH, 9 avr. 2020, déc., *Shmelev et autres c/ Russie*, n° 41743/17 et 16 autres requêtes, § 181 ; CEDH, *Barbotin*, § 46.

européen de la politique pénale »<sup>47</sup>, en recommandant aux Etats, par exemple, de recourir aux mesures alternatives à la détention<sup>48</sup> ou de faciliter les mécanismes de libération conditionnelle<sup>49</sup>. Dans son arrêt *Barbotin*, elle rappelle ainsi, en s'appuyant sur le précédent *J.M.B.*, qu'elle « ne perd pas de vue que le développement de la jurisprudence du juge administratif sur le recours indemnitaire s'inscrit dans un ensemble de réformes que l'Etat défendeur doit mettre en place pour faire face au problème de la surpopulation carcérale »<sup>50</sup>.

Alors que l'arrêt *J.M.B.* a bénéficié d'un retentissement certain eu égard à la condamnation historique de la surpopulation carcérale française<sup>51</sup>, l'intérêt de l'arrêt réside davantage dans les constats formulés par la Cour relatifs à l'effectivité du recours préventif prévu en droit français et, précisément, du référé-liberté. Dans le même sens, l'arrêt *Barbotin* donne aussi l'occasion à la Cour de faire le point sur les évolutions relatives au recours indemnitaire impulsées par le juge administratif. Si elle estime que le référé-liberté ne peut actuellement être considéré comme un recours préventif effectif (A), elle reconnaît en revanche l'effectivité du recours compensatoire (B).

#### ***A- L'absence de recours effectif préventif condamné par le juge européen***

Dans l'affaire *J.M.B.*, la France est condamnée de manière unanime pour violation des articles 3 et 13 de la Convention. La saisine de la Cour concernait trente-deux affaires relatives, d'une part, aux mauvaises conditions de détention, notamment au manque d'espace personnel, dans les centres pénitentiaires de Ducos (Martinique), Faa'a Nuutania (Polynésie française), Baie-Mahault (Guadeloupe) et dans les maisons d'arrêt de Nîmes, Nice et Fresnes et, d'autre part, au caractère ineffectif, en pratique, des procédures administratives de référé, pour remédier à ces mauvaises conditions de détention. Sur ce dernier point, relevons que la Cour européenne avait pourtant jugé, dans son arrêt *Yengo*<sup>52</sup> que le référé-liberté (art. L 521-2 CJA), en tant que recours

---

<sup>47</sup> J. Schmitz, « La CEDH, le juge du référé-liberté, et l'architecture de l'exécution des peines privatives de liberté » (note sous CEDH, *J.M.B.*), *RDLF*, 2020, chron. n° 46, préc., spéc. p. 7.

<sup>48</sup> CEDH, 10 mars 2015, *Varga et autres c. Hongrie*, n° 14097/12.

<sup>49</sup> CEDH, 10 janv. 2012, *Ananyev et autres c. Russie*, n° 42525/07.

<sup>50</sup> CEDH, *Barbotin*, § 58.

<sup>51</sup> L'arrêt rappelle les lignes directrices applicables depuis l'arrêt *Muršić c. Croatie* (CEDH, 20 oct. 2016 ; *JCP G*, 2016, act. 1216, obs. F. Sudre) en matière d'espace personnel au regard de l'article 3 CEDH. Notons, en outre, qu'en matière de surpopulation carcérale, le cas français n'est pas isolé. De nombreux arrêts Pilotes ont en effet déjà été prononcés : CEDH, 8 janv. 2013, *Torreggiani et autres c. Italie*, n° 43517/09 ; CEDH, 27 janv. 2015, *Neshkov et autres c. Bulgarie*, n° 36925/10 ; CEDH, *Varga et autres c. Hongrie*, préc. ; CEDH, 25 avr. 2017, *Rezmiveş et autres c. Roumanie*, n° 61467/12 ; CEDH, 30 janv. 2020, *Sukachov c. Ukraine*, n° 14057/17. La Cour a également prononcé des arrêts « quasi pilotes » à l'instar de l'arrêt *J.M.B.* : CEDH, 3 déc. 2019, *Petrescu c. Portugal*, n° 23190/17.

<sup>52</sup> CEDH, 21 mai 2015, *Yengo c. France*, n° 50494/12 (*JCP G*, 2015, doct. 845, F. Sudre).

préventif, et le référé-provision (art. R. 541-1 CJA), en tant que recours compensatoire, pouvaient être considérés comme « effectifs » au sens de l'article 13. S'agissant précisément du recours préventif, la Cour avait statué en ce sens à la lumière de l'ordonnance rendue par le Conseil d'Etat relative aux conditions de détention de la maison d'arrêt des Baumettes, dans laquelle des injonctions, pour remédier à de graves atteintes en matière d'hygiène, avaient été prononcées par le juge, telle la prescription d'opérations de désinsectisation et de dératisation<sup>53</sup>. Dans son arrêt *J.M.B.*, si la Cour ne remet pas en cause ce pouvoir d'injonction en tant que tel, dans la mesure où il permet de faire cesser des atteintes graves aux droits fondamentaux, elle amoindrit sa portée eu égard à son incapacité à remédier aux situations générales dénoncées, en particulier au phénomène endémique de surpopulation carcérale. La Cour estime en effet que ces évolutions contentieuses sont « *principalement* » dues à la saisine du juge du référé par l'Observatoire International des Prisons (OIP) « *en sa qualité d'observateur du système carcéral* » (§ 214). Si ce système de défense collective des détenus participe, selon elle, au caractère préventif du recours, dans la mesure où le prononcé de mesures générales peut *a priori* résoudre des problèmes de violations massives des droits (§ 214), la Cour s'interroge davantage sur l'effectivité, en pratique, du référé-liberté, celle-ci exigeant en effet de manière générale qu'un recours soit effectif en pratique comme en droit<sup>54</sup>.

La question centrale dans l'arrêt *J.M.B.* est donc celle de savoir si le juge du référé-liberté peut « *mettre réellement fin à des conditions de détention contraires à la Convention* » (§ 216). La réponse donnée par la Cour est négative, celle-ci mobilisant trois principaux arguments. Premièrement, le pouvoir d'injonction du juge des référés a une portée limitée puisqu'il ne peut ni exiger « *la réalisation de travaux d'une ampleur suffisante pour mettre fin aux conséquences de la surpopulation carcérale* », ni « *prendre des mesures de réorganisation du service public de la justice* » (§ 217). Deuxièmement, l'office du juge du référé-liberté dépend du niveau des moyens de l'administration et des actes qu'elle a déjà engagés. Or, l'administration pénitentiaire « *ne dispose d'aucun pouvoir de décision en matière de mises sous écrou* » et « *un directeur de prison est tenu d'accueillir les personnes mises sous écrou, y compris en cas de suroccupation* » (§ 218). Le Conseil d'Etat avait lui-même relevé ces limites en estimant, d'une part, que les injonctions « *qui portent sur des mesures d'ordre structurel reposant sur des choix de politique publique (...) ne sont pas au nombre des mesures d'urgence que la situation permet de prendre utilement dans le cadre des pouvoirs que le juge des référés tient de l'article L. 521-2 [CJA]* » et, d'autre part, que « *le caractère manifestement illégal de l'atteinte à la liberté fondamentale*

---

<sup>53</sup> CE, ord., 22 déc. 2012, *OIP*, n° 364584 (D. 2013, 1304, obs. J.-P. CERE, M. Herzog-Evans et E. Péchillon).

<sup>54</sup> Par ex., CEDH, *Barbotin*, § 45.

en cause doit s'apprécier en tenant compte des moyens dont dispose l'autorité administrative compétente et des mesures qu'elle a, dans ce cadre, déjà prises »<sup>55</sup>. Troisièmement, la Cour européenne juge que « le suivi de l'exécution des mesures prononcées par le juge du référé-liberté pose un certain nombre de questions » tout comme l'efficacité de certaines mesures prononcées (§ 219). En effet, dans un contexte de surpopulation carcérale généralisée, le juge européen s'interroge légitimement sur l'application pratique d'une injonction visant à changer un détenu de cellule<sup>56</sup> ou, *a fortiori*, à le placer en cellule individuelle. La loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice du 23 mars 2019 (Loi n° 2019-222) proroge à cet égard jusqu'au 31 décembre 2022 le moratoire sur l'encellulement individuel.

Le constat formulé par la Cour est dès lors sévère<sup>57</sup> : « si le référé-liberté semble offrir un cadre juridique théorique solide pour juger d'atteintes graves aux droits des détenus » (§ 220), son effectivité en pratique doit être démontrée et, précisément, sa capacité à « empêcher la continuation de la violation alléguée et [à] assurer aux requérants une amélioration de leurs conditions matérielles de détention » (§ 221). Le juge européen demeure toutefois pragmatique en considérant que « l'exécution des décisions du juge administratif se heurte à un phénomène structurel » (§ 315). Par conséquent, la Cour recommande à la France « d'envisager l'adoption de mesures générales » (§ 316). Au-delà, l'arrêt *J.M.B.* met implicitement en lumière « le constat de l'inexistence d'un véritable juge pénitentiaire »<sup>58</sup> et, ce faisant, les inconvénients résultants du partage du contentieux pénitentiaire entre deux ordres de juridiction<sup>59</sup>. Dans l'incapacité de résorber la surpopulation carcérale, le juge administratif, pourtant juge de l'exécution des peines privatives de liberté et donc des conditions matérielles de détention, doit composer avec le juge judiciaire, juge de la nature et des limites de la peine infligée. A cet égard, si ce dernier a d'abord opté pour une vision restrictive de son office, il a récemment fait évoluer sa jurisprudence à la suite de l'arrêt *J.M.B.* Considérant dans un premier temps qu'il n'était possible de faire droit à une demande de mise en liberté d'un détenu provisoire, conformément aux articles 137-3, 144 et 144-1 du Code de procédure pénale, qu'en s'en tenant aux

---

<sup>55</sup> CE, ord., 30 juill. 2015, *OIP et Ordre des avocats au barreau de Nîmes*, n° 392043 ; CE, ord., 28 juill. 2017, *OIP*, n° 410677 (*AJDA*, 2017, p. 1589, obs. M.-C. de Montecler) ; CE, ord., 27 mai 2019, *Ministre de la justice et M. X.*, n° 430631. Postérieurement à l'arrêt *J.M.B.*, le Conseil d'Etat confirme cette position et renvoie au législateur le soin de modifier l'état du droit (CE, 19 oct. 2020, *OIP*, n° 439372, pt. 11).

<sup>56</sup> Par ex., CEDH, *Yengo*, préc., § 67.

<sup>57</sup> Ce constat tranche avec la pénétration et le développement progressifs des droits fondamentaux en détention sous l'impulsion du juge administratif. Voy. J.-M. Sauvé, « Le contrôle de l'administration pénitentiaire par le juge administratif », intervention à l'Institut d'études judiciaires de l'Université de Lille II, 2009 (disponible sur le site du Conseil d'Etat).

<sup>58</sup> J. Schmitz, *RDLF*, 2020, chron. n° 46, note préc., spéc. p. 4.

<sup>59</sup> Voy., A. Tremolière, « La prison et ses juges : la détention à l'épreuve du dualisme juridictionnel », *RFDA*, 2017, p.731.

nécessités de la procédure pénale, ou à la condition de prouver des « *éléments propres à la personne concernée suffisamment graves pour mettre en danger sa santé physique ou mentale* » (art. 147-1 CPP)<sup>60</sup>, la Cour de cassation jugeait en effet qu'une atteinte à la dignité en raison des conditions de détention ne pouvait constituer un obstacle légal au placement et au maintien en détention provisoire<sup>61</sup>. Effectuant un contrôle de conventionalité, le 8 juillet 2020, la Cour de cassation décide d'opérer un important revirement de jurisprudence en considérant, dorénavant, que des allégations de conditions indignes de détention, dès lors qu'elles sont « *crédibles, précises, actuelles et personnelles* », sont susceptibles de constituer un obstacle à la poursuite d'une détention provisoire<sup>62</sup>. Saisi le 9 juillet 2020 d'une Question prioritaire de constitutionalité, mettant en cause au regard de la Constitution l'absence de recours devant le juge judiciaire permettant de mettre un terme à une atteinte à la dignité résultant des conditions matérielles de détention, le Conseil Constitutionnel y répond le 2 octobre 2020<sup>63</sup> et octroie cinq mois au législateur pour réformer les dispositions litigieuses. Il juge en effet, à la lumière de l'article 16 de la Déclaration de 1789 et du principe à valeur constitutionnelle de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, qu'il « *incombe au législateur de garantir aux personnes placées en détention provisoire la possibilité de saisir le juge de conditions de détention contraires à la dignité de la personne humaine, afin qu'il y soit mis fin* » (pt. 14). Tout comme la Cour européenne<sup>64</sup>, le Conseil Constitutionnel ne va pas jusqu'à exiger la libération du détenu, mais simplement de mettre fin à son incarcération dans des conditions contraires à la dignité (pt. 16). La Cour de cassation va donc au-delà des exigences tant conventionnelles que constitutionnelles, en conférant au juge judiciaire le pouvoir de libérer un prévenu détenu dans des conditions indignes. On peine malgré tout à déceler, à travers cette nouvelle prérogative, une solution efficiente permettant, à terme, de remédier au problème systémique de surpopulation carcérale<sup>65</sup>.

---

<sup>60</sup> Cass. crim., 29 fév. 2012, n° 11-88.441.

<sup>61</sup> Cass., crim., 18 sept. 2019, n° 19-83.950.

<sup>62</sup> Cass., crim., 8 juill. 2020, n° 1400 (*RTDH*, 2021/125, p. 141, note D. Roets ; *RDLF*, 2020 chron. n° 63, note J. Schmitz). Pour un exemple d'application : Cass., crim., 15 déc. 2020, n° 20-85.461.

<sup>63</sup> C. Const., 2 oct. 2020, Déc. n° 2020-858/859 QPC.

<sup>64</sup> CEDH, *J.M.B.*, § 208. La Cour considère d'ailleurs qu'un recours demeure inefficace, nonobstant la décision de libérer un détenu, tant que le juge interne n'a pas analysé ses conditions de détention (*Kargakis c. Grèce*, 14 janv. 2021, n° 27025/13, § 82).

<sup>65</sup> Dans ce contexte, le CE a transmis le 27 janv. 2021 (n° 445873) une QPC relative à l'absence de recours effectif permettant de mettre fin à une atteinte à la dignité lors de l'exécution des peines. En outre, en mars 2021, une proposition de loi (n° 419) « tendant à garantir le droit au respect de la dignité en détention » a été déposée par le Sénat, visant à insérer un nouvel article 803-8 dans le CPP donnant compétence non seulement au juge des libertés et de la détention mais aussi au juge de l'application des peines pour mettre fin à des conditions de vie indignes.

## ***B- L'existence d'un recours compensatoire effectif relevé par le juge européen***

Complémentaire au recours préventif, le recours compensatoire doit ensuite permettre à la personne détenue dans des conditions indignes d'obtenir une indemnité adéquate. Dans son arrêt *Barbotin*, la Cour européenne dresse un bilan des voies de recours prévues en droit français et apprécie, notamment, les évolutions impulsées en la matière par le juge administratif. Dans sa décision *Lienhardt*<sup>66</sup>, celle-ci s'était déjà prononcée sur le recours en responsabilité contre l'administration en estimant qu'il s'agissait d'un recours « disponible » et « adéquat ». Dans son arrêt *Barbotin*, la Cour va plus précisément apprécier, de manière inédite, le caractère compensatoire du recours en responsabilité ou du référé-provision (art. R.541-1 CJA), et précisément son effectivité. En l'espèce, alors qu'elle juge, *in abstracto*, le recours compensatoire efficace, elle conclut *in concreto* à une violation de l'article 13 de la Convention eu égard au faible montant alloué au requérant pour ses conditions indignes de détention et à la mise à sa charge des frais d'expertise, le rendant *in fine* débiteur de l'Etat.

La Cour estime en premier lieu que le recours compensatoire est efficace dans son principe, à la lumière tant de la portée du contrôle juridictionnel exercé par le juge interne<sup>67</sup> que du droit à une indemnisation<sup>68</sup>. En effet, depuis sa décision *Thévenot*<sup>69</sup>, le Conseil d'Etat, calquant son raisonnement sur celui mobilisé de manière générale par la Cour européenne<sup>70</sup>, admet que des conditions de détention portant atteinte à la dignité humaine constituent une faute de nature à engager la responsabilité de l'Etat et engendrent, automatiquement, un préjudice moral qu'il s'agit d'indemniser<sup>71</sup>, et ce indépendamment de la durée de la détention<sup>72</sup>. A cet égard, les critères mobilisés par le juge administratif, pour apprécier l'atteinte à la dignité des personnes détenues, sont semblables à ceux utilisés par le juge européen : il s'agit « notamment de leur vulnérabilité<sup>73</sup>, appréciée compte tenu de leur âge, de leur état de santé<sup>74</sup>, de leur

---

<sup>66</sup> CEDH, déc., 13 sept. 2011, *Lienhardt c. France*, n° 12139/10.

<sup>67</sup> CEDH, *Barbotin*, § 53. Les principes généraux relatifs au recours compensatoire sont systématisés dans l'arrêt *Neshkov*, préc., §§ 188 et s.

<sup>68</sup> CEDH, *Barbotin*, § 54.

<sup>69</sup> CE, Sec., 6 déc. 2013, n° 363290 (*AJ Pénal*, 2014, 143, obs. E. Péchillon).

<sup>70</sup> Raisonnement suivi par la CEDH à partir de son arrêt *Kudla*, préc. (§ 94). Voy. CEDH, 6 mars 2001, *Dougoz c. Grèce*, n° 40907/98, § 46 (*JCP G*, 2001, I-342, n° 4, chron. F. Sudre)

<sup>71</sup> Dans le même sens, CE, 5 juin 2015, n° 370896 ; CE, 13 janv. 2017, n° 389711 ; CE, 3 déc. 2018, n° 412010.

<sup>72</sup> Une détention brève n'exclut pas l'existence d'un préjudice. Dans le même sens, par ex., CEDH, 2 oct. 2014, *Fakailo dit Safoka et autres c. France*, n° 2871/11.

<sup>73</sup> Par ex., CEDH, 22 oct. 2009, *Norbert Sikorski c. Pologne*, n° 17599/05, § 131.

<sup>74</sup> Par ex., CEDH, 23 février 2012, *G. c. France*, n° 27244/09, §§ 79-80 (*D.*, 13 mars 2012, obs. O. Bachelet).



*handicap*<sup>75</sup> et de leur personnalité, ainsi que de la nature et de la durée des manquements constatés<sup>76</sup> et des motifs susceptibles de justifier ces manquements eu égard aux exigences qu'impliquent le maintien de la sécurité et du bon ordre<sup>77</sup> dans les établissements pénitentiaires, la prévention de la récidive et la protection de l'intérêt des victimes »<sup>78</sup>. S'agissant ensuite du droit à indemnité, la Cour européenne constate que « l'économie générale du recours indemnitaire (...) répond, en offrant la perspective d'une réparation adéquate du préjudice subi tant en ce qui concerne l'évaluation de l'indemnisation que le versement effectif des sommes allouées, aux exigences de l'article 13 » (§ 54). A cet égard, la Cour accorde de l'importance au montant de la réparation en tant qu'« élément constitutif de l'effectivité du recours au sens de l'article 13 »<sup>79</sup>. Dans cette perspective, notons que le juge administratif, prenant acte du fait que l'intensité du préjudice subi par une personne détenue dans des conditions indignes augmente avec l'écoulement du temps, admet que le montant de l'indemnisation accordée par mois de détention, dans de telles conditions, augmente corrélativement<sup>80</sup>.

Nonobstant, le requérant estimait que le recours qu'il avait exercé, pour réparer ses conditions indignes de détention, avait été inefficace dans la mesure où, d'une part, le montant de la réparation obtenue était insuffisant et, d'autre part, avaient été mis à sa charge les frais d'expertise engagés pour constater l'état de ses cellules. La Cour apprécie donc, en second lieu, l'effectivité *in concreto* du recours indemnitaire, et ce, nous l'avons souligné *supra*, à l'aune du montant de l'indemnité perçue *in fine* par le requérant, en particulier du montant net. Elle constate à cet égard, après avoir soustrait de la somme de 500 euros accordée au requérant en réparation du préjudice moral celle de 773,57 euros (les frais d'expertise) mise à sa charge au titre des dépens, que le requérant s'est retrouvé, alors même que la responsabilité de l'Etat avait été engagée, débiteur de l'Etat à hauteur de 273,57 euros (§ 56). La Cour note tout d'abord le caractère extrêmement modeste de l'indemnité, dont le montant est inférieur non seulement à celui accordé par le Conseil d'Etat depuis sa jurisprudence de 2018<sup>81</sup> mais aussi à la somme que la Cour aurait pu elle-même octroyer dans des circonstances semblables (§ 57). Elle

---

<sup>75</sup> Par ex., CEDH, 19 février 2015, *Helhal c. France*, n° 10401/12, §§ 49-52 (*JCP G*, 2015, 48, note B. Pastre-Belda).

<sup>76</sup> Par ex., CEDH, 15 juillet 2002, *Kalachnikov c. Russie*, n° 47095/99, § 102.

<sup>77</sup> Dans le contentieux des conditions matérielles de détention, la Cour EDH n'utilise pas ce critère. Tel est en revanche le cas lorsque celle-ci apprécie la conventionalité de mesures de sécurité (isolement, fouille ou rotation de sécurité).

<sup>78</sup> CE, Sec., 6 déc. 2013, préc. Ces critères ont également été précisés ultérieurement par le CE (en ce sens, voy. CE, 3 déc. 2018, n° 412010, préc.).

<sup>79</sup> CEDH, *Neshkov*, préc., § 288.

<sup>80</sup> CE, 3 déc. 2018, n° 412010, préc. L'arrêt *Barbotin* mentionne cette évolution au § 28.

<sup>81</sup> CE, 3 déc. 2018, n° 412010, préc.

constate enfin que la mise à la charge du requérant des frais d'expertise a constitué un « *fardeau excessif* » (§57) de nature à priver le recours exercé de son effectivité.

#### **IV. - VERS UNE REGRESSION DES GARANTIES ACCORDEES AUX ETRANGERS EN MATIERE D'EXPULSION ?**

(LAURE MILANO)

Les droits des étrangers sont protégés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme essentiellement par le biais de la protection par ricochet, mécanisme par lequel la Cour étend la garantie de la Convention à certains droits non expressément protégés. Ce mécanisme, inauguré dans l'arrêt *Soering*<sup>82</sup>, permet d'assurer la protection des droits des étrangers principalement sous l'angle de l'article 3 de la Convention qui interdit la torture et les traitements inhumains et dégradants<sup>83</sup> et de l'article 8 qui protège le droit au respect de la vie privée et familiale<sup>84</sup>.

Il est vrai qu'à la différence d'autres textes internationaux en matière de protection des droits de l'homme, la Convention ne contient aucune disposition accordant des droits et libertés aux étrangers<sup>85</sup>, ces derniers se voyant néanmoins reconnaître les droits et libertés garantis par la Convention dès lors qu'ils sont sous la juridiction d'une Haute partie contractante, conformément à l'article 1 de la Convention, ce qui permet le déploiement de la protection par ricochet.

En particulier, la Convention ne garantit pas le droit d'asile, ni le droit d'entrée ou de résider dans un pays particulier, la Cour rappelant régulièrement « le droit des Etats d'établir souverainement leur politique en matière d'immigration »<sup>86</sup>.

La Convention s'est toutefois enrichie de deux protocoles additionnels encadrant les expulsions des étrangers<sup>87</sup>: l'article 4 du Protocole 4 qui interdit les expulsions collectives et l'article 1 du Protocole 7 qui accorde des garanties procédurales aux étrangers sous le coup de décisions d'expulsion.

---

<sup>82</sup> CEDH, 7 juill. 1989, *Soering c/ Royaume-Uni*, n°14038/88 ; F. Sudre (Dir.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 9<sup>ème</sup> éd., 2019, n°16 (ci-après GACEDH).

<sup>83</sup> L'année 2020 compte de nombreuses applications de cette protection, par ex. CEDH, 2 juill. 2020, *N.H. et a. c/ France*, n°28820/13 et a., conditions de vie dégradantes de demandeurs d'asile ; CEDH, 27 oct. 2020, *M.A. c/ Belgique*, n°19656/18 et 17 nov. 2020, *B. et C. c/ Suisse*, n°889/19 et 43987/16, éloignement des étrangers. Voir Chron. F. Sudre, L. Milano, B. Pastre-Belda et H. Surrel, JCP G 2020, n°28 et 743.

<sup>84</sup> Pour l'année 2020, par ex. CEDH, 18 fév. 2020, *Makdoudi c/ Belgique*, n°12848/15, 7 juill. 2020 *K.A. c/ Suisse*, n°62130/15 et 21 juill. 2020, *Veljkovic-Jukic c/ Suisse*, n°59534/14 ; voir les chroniques JCP préc.

<sup>85</sup> L'article 16 de la CEDH relatif aux restrictions à l'activité politique des étrangers ne garantit pas un droit à ces derniers.

<sup>86</sup> Voir CEDH, Gde ch., 13 fév. 2020, *N.D. et N.T. c/ Espagne*, n°8675/15 et 8697/15, §167.

<sup>87</sup> Voir F. Sudre (Dir.), L. Milano, B. Pastre-Belda, H. Surrel, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 15<sup>ème</sup> éd., 2021, n°353 et ss.

Bien qu'elles aient fait l'objet de quelques applications<sup>88</sup>, en particulier dans la dernière décennie, ces dispositions restent peu invoquées devant la Cour européenne.

En ce sens, l'année 2020 est une année inédite puisque la Cour a rendu deux arrêts de Grande chambre, l'arrêt *N.D. et N.T. contre Espagne*<sup>89</sup> relatif à l'article 4 du Protocole 4 et l'arrêt *Muhammad et Muhammad contre Roumanie*<sup>90</sup> relatif à l'article 1 du Protocole 7.

L'analyse de ces arrêts se révèle toutefois ambivalente car si la Cour se livre à une interprétation extensive de ces dispositions (A), les critères utilisés aboutissent à une lecture restrictive des garanties accordées (B).

### ***A - Une interprétation extensive des dispositions en matière d'expulsion***

Confrontée pour la première fois à la question de l'applicabilité de l'article 4 du Protocole 4 à un renvoi immédiat et forcé d'étrangers à une frontière terrestre, la Cour délivre dans l'arrêt *N.D. et N.T.* une interprétation autonome du champ d'application de cette disposition (1). La question posée dans l'arrêt *Muhammad et Muhammad* était également inédite, les droits invoqués par les requérants n'étant pas explicitement garantis par l'article 1 du Protocole 7, ce qui va conduire la Cour à opérer une interprétation constructive des garantis contenues dans cette disposition (2).

#### *1. Une interprétation autonome du champ d'application de l'article 4 du Protocole 4*

Dans l'affaire *N.D. et N.T.*, les faits se sont déroulés à la frontière d'une enclave espagnole située sur la côte nord-africaine qu'un nombre important de migrants ont tenté de franchir de manière irrégulière, dont les deux requérants de nationalités malienne et ivoirienne. La Cour devait répondre à la question de savoir « si la notion 'd'expulsion' utilisée à l'article 4 du Protocole 4 recouvre également la non-admission d'étrangers à la frontière d'un Etat contractant ou, s'agissant d'un Etat faisant partie de l'espace Schengen, à une frontière extérieure à cet espace » (§173). Si elle rappelle sa jurisprudence classique en vertu de laquelle les Etats ont le droit de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux<sup>91</sup> et

---

<sup>88</sup> Pour l'art. 4 du Prot. 4, voir CEDH, 5 fév. 2002, *Conka c/ Belgique*, n°51564/99 ; Gde ch., 23 fév. 2012, *Hirsi Jamaa et a. c/ Italie*, n°27765/09 ; Gde Ch., 15 déc. 2016, *Khlaifia et a. c/ Italie*, n°16483/12. Pour l'art. 1 du Prot. 7, voir CEDH, 8 juin 2006, *Lupsa c/ Roumanie*, n°10337/04 ; 17 mai 2018, *Ljatifi c/ ex-République de Macédoine*, n°19017/16.

<sup>89</sup> CEDH, Gde ch., 13 fév. 2020, préc.

<sup>90</sup> CEDH, Gde ch., 15 oct. 2020, n°80982/12.

<sup>91</sup> CEDH, 15 nov. 1996, *Chahal c/ Royaume-Uni*, n°22414/93.

souligne « l'importance de la gestion et de la protection des frontières » (§168), notamment dans le contexte de crise migratoire auquel sont confrontés les Etats européens, elle insiste également sur le fait que les normes de droit national régissant le contrôle aux frontières ne sauraient avoir pour effet de rendre inopérants ou ineffectifs les droits garantis par la Convention ou ses Protocoles, notamment l'article 4 du Protocole 4 (§171).

Afin de déterminer si la non-admission des requérants est susceptible de constituer une expulsion au sens de cette disposition, la Cour, après avoir examiné en détail les sources du droit international et du droit de l'Union européenne, se dit confortée dans la position selon laquelle la Convention doit faire l'objet d'une interprétation autonome (§184). Confirmant sa jurisprudence antérieure<sup>92</sup>, elle interprète le terme « expulsion dans le sens générique que lui reconnaît le langage courant comme désignant tout éloignement forcé d'un étranger du territoire d'un Etat (§185). Dès lors, que les requérants tentent d'accéder au territoire d'un Etat par la voie maritime<sup>93</sup> ou par la voie terrestre et qu'ils sont renvoyés du territoire de force, il y a bien « expulsion » au sens de l'article 4 du Protocole 4.

Cette interprétation opère donc une nouvelle extension de cette disposition qui n'est pas sans soulever de critiques. La juge Koskelo dans son opinion dissidente souligne ainsi que la Convention limite la protection des droits et libertés aux personnes qui sont « sous la juridiction » d'un Etat membre. Or, l'arrêt étend « l'applicabilité de l'article 4 du Protocole 4 à toute tentative par des étrangers de franchir la frontière extérieure d'un Etat contractant par la voie terrestre, même en l'absence d'élément indiquant que les intéressés demandent une protection internationale (...) », alors que « d'importantes questions de sûreté nationale ainsi que la protection de l'intégrité territoriale et de l'ordre public sont aussi en jeu »<sup>94</sup>. Sans partager totalement cette critique d'une interprétation « illimitée » du champ de l'article 4 du Protocole 4, il est en revanche notable que l'arrêt aboutissant à une régression des garanties accordées par cette disposition (*cf infra*), on peut s'interroger sur l'utilité de l'extension de son champ d'application.

A cet accroissement du champ de la notion d'« expulsion » s'ajoute la confirmation d'une interprétation large de la notion d'expulsion « collective » qui renvoie à un « groupe », « sans faire de distinction entre les groupes en fonction du nombre de leurs membres » (§194)<sup>95</sup>. Le fait que les étrangers non admis sur le territoire ne soient en l'espèce que deux n'a donc pas d'incidence sur l'application de l'article 4 du Protocole 4, cette notion n'étant pas un critère

---

<sup>92</sup> Hirsi Jamaa et a., préc., §174.

<sup>93</sup> Hirsi Jamaa, Khlaifia, préc.

<sup>94</sup> Opinion jointe à l'arrêt.

<sup>95</sup> Voir CEDH, 3 juill. 2014, Géorgie c/ Russie (I), n°13255/07, §167.

d'applicabilité de la disposition mais un élément de la garantie. En effet, comme le mentionne l'arrêt, « pour qu'une expulsion soit qualifiée de 'collective', le critère déterminant est l'absence d'un examen raisonnable et objectif de la situation particulière de chacun des étrangers qui forment le groupe » (§195)<sup>96</sup>.

## 2. Une interprétation constructive des garanties de l'article 1 du Protocole 7

Il faut rappeler que la procédure d'expulsion d'un étranger, tout comme l'ensemble des décisions relevant de la police des étrangers, ne relève pas du champ d'application de l'article 6 §1 de la Convention<sup>97</sup>, les garanties du procès équitable ne sont donc pas invocables par l'étranger. Conscients de l'impact d'une telle procédure sur les droits des étrangers, les Etats l'ont encadrée par un minimum de garanties procédurales, énoncées à l'article 1 §1 du Protocole 7, accordées aux étrangers résidant régulièrement sur le territoire d'un Etat. Le paragraphe 2 de cette disposition prévoit cependant qu'un étranger peut être expulsé avant l'exercice de ces droits « lorsque cette expulsion est nécessaire dans l'intérêt de l'ordre public ou est basée sur des motifs de sécurité nationale ».

Dans l'affaire *Muhammad et Muhammad*, les requérants, ressortissants pakistanais, résidaient régulièrement en Roumanie et ont été expulsés du territoire au terme d'une procédure dont ils estimaient qu'elle violait la Convention puisqu'ils n'avaient reçu que des informations très générales sur la qualification juridique des faits retenus contre eux, sans qu'aucun de leurs comportements concrets susceptibles de mettre en danger la sécurité nationale ne transparaisse du dossier. De même, aucune information ne leur avait été fournie quant au déroulement de la procédure et quant à la possibilité d'avoir accès aux preuves classifiées du dossier par le biais d'un avocat titulaire d'un certificat qui autorisait la consultation de ces documents classés secrets.

Les droits revendiqués par les requérants, le droit d'être informés des raisons de leur expulsion et celui d'avoir accès aux documents versés au dossier, ne sont toutefois pas expressément consacrés par l'article 1 du Protocole 7 qui, outre la condition générale de légalité, contient trois garanties pour l'étranger : celle de faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion, celle de faire examiner son cas et celle de se faire représenter devant l'autorité compétente. Cependant, de l'avis de la Cour, « un étranger ne peut pas utilement contester les allégations des autorités selon lesquelles la sécurité nationale est en cause ni faire raisonnablement valoir

---

<sup>96</sup> Voir CEDH, 20 sept. 2007, *Sultani c/ France*, n°45223/05, §81.

<sup>97</sup> CEDH, Gde ch., 5 oct. 2000, *Maaouia c/ France*, n°39652/98, §38.

les raisons qui militent contre son expulsion sans connaître les éléments factuels pertinents qui ont conduit les autorités internes à considérer que l'intéressé met en danger la sécurité nationale. Une telle information est essentielle pour assurer un exercice effectif par l'étranger en question du droit consacré à l'article 1 § 1 a) du Protocole n°7 » (§126). Si jusqu'ici elle avait sanctionné l'absence de toute information fournie aux intéressés quant aux raisons qui fondaient la décision d'expulsion<sup>98</sup>, elle n'avait jamais consacré un droit d'être informé des raisons de l'expulsion. S'agissant du droit d'accès aux pièces du dossier, la Cour avait déjà précisé que, même lorsque la sécurité nationale est en jeu, une mesure d'éloignement doit être soumise à une forme de procédure contradictoire<sup>99</sup>, ce qui implique en principe l'accès aux pièces du dossier, mais elle va plus loin ici en reconnaissant explicitement un droit d'accès au contenu des documents et des informations du dossier sur lesquels l'autorité s'est fondée pour décider de l'expulsion (§129).

Ces droits ne sont toutefois pas absolus et doivent se concilier avec d'autres intérêts concurrents. La Cour se dit d'ailleurs consciente de « l'importance des enjeux de la lutte antiterroriste » et qu'il convient de ne pas appliquer l'article 1 du Protocole 7 d'une manière qui entraînerait pour les autorités compétentes des difficultés excessives pour combattre efficacement le terrorisme et d'autres crimes graves (...) » (§132).

Cependant, en dépit de ces interprétations extensives, les critères d'analyse utilisés par la Cour dans ces arrêts aboutissent à restreindre la protection assurée par ces dispositions.

### ***B - Une analyse restrictive des garanties accordées en matière d'expulsion***

En faisant du critère du comportement du requérant un élément déterminant de l'analyse, l'arrêt *N.D. et N.T.* affaiblit la protection contre les expulsions collectives (1). De même que, dans l'arrêt *Muhammad et Muhammad*, l'application de la théorie des éléments compensateurs est un facteur de relativisation des garanties procédurales accordées dans le cadre de l'article 1 §1 du Protocole 7 (2).

---

<sup>98</sup> Par ex. *Lupsa*, préc.

<sup>99</sup> Par ex. *Ljatifi*, préc.

*1. Le critère du comportement du requérant, facteur d'affaiblissement de l'interdiction posée à l'article 4 du Protocole 4*

Dans l'arrêt *Conka*, dans lequel elle fait pour la première fois application de l'article 4 du Protocole 4, la Cour estime qu'une expulsion collective suppose *a minima* qu'une telle mesure soit prise « à l'issue et sur la base d'un examen raisonnable et objectif de la situation particulière de chacun des étrangers qui forment le groupe »<sup>100</sup>. Il s'agit ainsi d'éviter que les États puissent éloigner des étrangers sans examiner leur situation personnelle et, par conséquent, sans leur permettre d'exposer leurs arguments s'opposant à la mesure prise par l'autorité compétente<sup>101</sup>. Afin de déterminer s'il y a eu un examen suffisamment individualisé, la Cour examine les circonstances de l'espèce et vérifie si les décisions d'éloignement ont pris en considération la situation particulière des individus concernés<sup>102</sup>.

L'arrêt *Khlaifia*<sup>103</sup> a cependant marqué un recul de cette protection, la Cour estimant que « l'article 4 du Protocole 4 ne garantit pas en toute circonstance le droit à un entretien individuel », elle a néanmoins ajouté que les exigences de cette disposition sont satisfaites lorsque chaque étranger a la possibilité, réelle et effective, d'invoquer les arguments s'opposant à son expulsion, et que ceux-ci sont examinés d'une manière adéquate par les autorités de l'État défendeur.

Dans l'affaire *N.D. et N.T.*, aucune procédure tendant à l'examen individualisé de la situation des requérants n'avait été engagée mais le gouvernement arguait qu'ils avaient adopté un comportement fautif en évitant les voies légales existantes pour entrer en Espagne.

La Cour a, en effet, eu l'occasion de juger qu'il n'y avait pas de violation de la Convention si l'absence de décision individuelle d'éloignement était la conséquence du comportement fautif des personnes intéressées<sup>104</sup>. Toutefois cet élément d'appréciation devient ici un critère déterminant de l'analyse, « la propre conduite du requérant » constituant « un élément pertinent dans l'appréciation de la protection due au titre de l'article 4 du Protocole 4 » (§200). Désormais, le raisonnement de la Cour sera le suivant : elle examinera si l'Etat a offert un accès réel et effectif à des possibilités d'entrées régulières et à des procédures à la frontière ; si tel était le cas et que le requérant n'en a pas fait usage, elle recherchera si des raisons impérieuses

---

<sup>100</sup> *Conka*, préc., §59. Voir précédemment Commission EDH, 3 oct. 1975, *Becker c/ Danemark*, n°7011/75.

<sup>101</sup> Par ex. *Hirsi Jamaa*, préc., §177, violation art. 4 P, *contra* CEDH, 24 mars 2020, *Asady et al. c/ Slovaquie*, n°24917/15.

<sup>102</sup> *Conka*, préc., §§61-63 ; voir CEDH, 25 juin 2020, *Moustahi c/ France*, n°9347/14, violation de l'art. 4 P.4 s'agissant de l'éloignement de jeunes enfants sans examen raisonnable et objectif de leur situation particulière.

<sup>103</sup> *Khlaifia*, préc., §248.

<sup>104</sup> CEDH, déc., 1<sup>er</sup> fév. 2011, *Dritsas c/ Italie*, n°2344/02.

reposant sur des faits objectifs dont l'Etat serait responsable ont empêché l'intéressé d'y recourir (§201). En l'espèce, elle constate que le droit espagnol offrait de telles possibilités, soit en demandant un visa, soit en demandant une protection internationale au poste-frontière ou auprès des représentations diplomatiques espagnoles situées dans les différents Etats dans lesquels les requérants avaient transité. Il faut souligner le caractère très théorique de ces possibilités qui auraient eu, en pratique, très peu de chances d'aboutir comme le relèvent plusieurs tiers intervenants. Constatant par ailleurs, que les requérants ne pouvaient invoquer de raisons impérieuses de ne pas recourir à ces voies légales, la Cour conclut à l'absence de violation de l'article 4 du Protocole 4.

Au-delà du constat d'espèce, ce nouveau critère d'appréciation aura nécessairement des effets dévastateurs sur la protection des étrangers, la crise des migrants qui frappe l'Europe depuis plusieurs années démontrant, drame après drame, que non seulement les passeurs ne reculent devant aucune méthode mais surtout que le malheur et le désespoir peuvent conduire les migrants à tenter de franchir les frontières par tous moyens, quitte à ce que soit au péril de leur vie.

Dès lors, « le changement de cap qui conduit à se détourner des exigences relativement bien établies découlant de l'obligation de 'non-refoulement' pour créer une 'exemption' fondée sur le critère du 'propre comportement', élaboré et circonscrit par une série de critères inédits dont l'application sur le terrain n'ira pas sans poser de difficultés »<sup>105</sup> apparaît bien moins protecteur que la jurisprudence antérieure.

## *2. L'application de la théorie des éléments compensateurs, facteur de relativisation des garanties de l'article 1 du Protocole 7*

Afin d'examiner la conventionnalité des limitations apportées aux droits d'être informé des éléments pertinents motivant la décision d'expulsion et d'avoir accès aux documents et informations sur lesquels se sont fondées les autorités nationales, la Cour décide dans l'arrêt *Muhammad et Muhammad* d'appliquer des raisonnements habituellement utilisés dans le cadre de l'article 6 de la Convention (§134). Il s'agit donc pour la Cour de rechercher si les restrictions étaient justifiées et dans l'affirmative d'apprécier si elles ont été suffisamment compensées de manière à préserver la substance de la garantie accordée par l'article 1 §1 du Protocole 7. Cependant le fait que les autorités n'aient pas examiné ou qu'elles aient insuffisamment

---

<sup>105</sup> Opinion du juge Koskelo jointe à l'arrêt.



examiné et justifié la nécessité des restrictions aux droits procéduraux des étrangers ne suffit pas, à lui seul, à emporter violation de l'article 1 §1 du Protocole 7, la Cour recherchant désormais si des éléments compensateurs ont contrebalancé ces restrictions (§144).

La transposition de ce raisonnement à cette disposition nous paraît critiquable à au moins deux égards. D'une part, la Cour, parce qu'elle consacre ici des droits non explicitement énoncés, décide qu'ils peuvent être assortis de limitations implicites. Si l'on reconnaît une démarche classique sous l'angle de l'article 6<sup>106</sup>, il existe une différence fondamentale entre l'étendue des garanties procédurales accordées par l'article 6 et celles reconnues à l'article 1 §1 du Protocole 7. Ces dernières sont des « garanties minimales » comme l'indique la Cour en se référant au rapport explicatif relatif au Protocole 7 (§118). Si le §2 contient une exception à ces droits pour des motifs d'ordre public ou de sécurité nationale, il semble donc qu'elle doive être interprétée strictement et on voit mal quel autre motif pourrait justifier des restrictions aux droits consacrés par le §1.

D'autre part, dans le cadre de l'article 6, la Cour pratique une approche globale de l'équité procédurale qui la conduit à vérifier si la limitation de l'une des garanties de l'article 6 à un stade de la procédure a pu être compensée par d'autres garanties dans la suite de la procédure. L'application du critère de l'équité globale et de la théorie des éléments compensateurs a fait l'objet ces dernières années de vives critiques tant de la part de la doctrine<sup>107</sup> que des juges à la Cour<sup>108</sup> car elle a participé à une régression des droits procéduraux, en particulier dans l'arrêt *Regner*<sup>109</sup> pourtant ici cité en référence par la Cour. Dans ces conditions, l'application de ce même raisonnement dans le cadre des garanties minimales de l'article 1 §1 du Protocole 7 ne peut qu'inquiéter.

La Cour énonce cependant de manière précise les critères qui lui permettront de vérifier si les limitations aux droits procéduraux ont été compensées par des garanties suffisantes.

Le premier critère consiste à vérifier que la nécessité des restrictions ait été contrôlée par une autorité indépendante de celle ayant autorisé la limitation et à examiner l'étendue des pouvoirs dévolus à cette autorité. Elle détaille ensuite une série d'éléments, non exhaustifs et pouvant varier en fonction des circonstances d'espèce, devant être pris en compte tels que, notamment, la pertinence des informations communiquées aux étrangers quant aux raisons de leur expulsion, les informations qui leur sont communiquées sur le déroulement de la procédure, la

---

<sup>106</sup> Voir CEDH, 21 fév. 1975, *Golder c/ Royaume-Uni*, n°4451/70 ; *GACEDH* n°27.

<sup>107</sup> Voir par ex. cette chronique, RDP 2019.862.

<sup>108</sup> Voir les opinions du juge Pinto de Albuquerque, y compris dans l'arrêt *Muhammad et Muhammad*.

<sup>109</sup> CEDH, Gde ch., 19 sept. 2017, *Régner c/ Rép. Tchèque*, n°35289/11.

possibilité pour eux d'être représentés par un avocat et l'étendue du droit d'accès au dossier dont bénéficiera ce dernier.

La Cour estime en l'espèce que les restrictions subies par les intéressés dans leurs droits procéduraux n'ont pas été compensées dans la procédure interne et conclut à la violation de l'article 1 du Protocole 7. Si l'arrêt témoigne d'une volonté d'appliquer strictement ces critères<sup>110</sup>, la théorie des éléments compensateurs et le contrôle global qu'elle induit fragilisera nécessairement la portée des droits garantis à l'article 1 §1 du Protocole 7.

Qu'il s'agisse de décisions d'expulsion ou d'expulsions collectives, l'évolution du mode de raisonnement de la Cour semble tendre vers un accroissement de la marge nationale d'appréciation au détriment des garanties accordées aux étrangers.

---

<sup>110</sup> Dans le même sens CEDH, 9 mars 2021, Hassine c/ Roumanie, n°36328/13.