

**INSTITUT D'ÉTUDES JUDICIAIRES
UNIVERSITÉ DE CERGY-PONTOISE**

NOTE DE SYNTHÈSE

EXAMEN D'ENTRÉE AU CRFPA

**LA RÉTENTION ADMINISTRATIVE
DES ÉTRANGERS**

Liste des documents

Doc. 1. S. CORNELOUP, « Du régime de la rétention administrative d'un étranger dans un « local » ou dans un « centre » de rétention », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 8 avril 2009, *M. Gubernaciu*, n° 08-13306), *Revue critique de droit international privé*, 2009 p. 506

Doc. 2. Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, articles L551-1, L551-2, L552-1, L552-2, L552-3, L552-4. (source : Légifrance)

Doc. 3. K. PARROT, C. SANTULLI, La « directive retour », l'Union européenne contre les étrangers, *Revue critique de droit international privé* 2009 p. 205

Doc. 4. La CIMADE, *Rapport 2010 sur les centres et locaux de rétention administrative*, publié le 13 décembre 2011 (www.cimade.org), publié le 13 décembre 2011

Doc. 5. V. TCHEN, « Absence de contrôle du juge judiciaire sur le choix du centre de rétention administrative », note sous Cass. 1^{ère} civ., 26 janv. 2011, n° 09-12.665, in *Droit administratif*, avril 2011, comm. 39

Doc. 6. M. HENRY, « A Marseille, un centre de rétention peut cacher un tribunal Des affaires de sans-papiers sont jugées dans des enceintes dépendant de l'Intérieur : des avocats protestent. », *Libération*, 26 septembre 2006

Doc. 7. V. TCHEN, « L'exécution des mesures d'éloignement des étrangers en situation irrégulière », note sous Cass. crim., avis, 5 juin 2012, n° 11-19.250, 11-21.792, 11-19.378, 11-19.251, 11-30.371, 11-30.530, 11-30.384, in *Droit Administratif* n° 8, août 2012, comm. 74

Doc. 8. Assemblée nationale, T. MARIANI, *Rapport d'information sur les centres de rétention administrative et les zones d'attentes*, n° 1776, 24 juin 2009, p. 17

Doc. 9. L. GUINAMANT, « Certaines interpellations échappent-elles au contrôle du juge ? », note sous Cass. civ. 1^{ère}, 28 mars 2012 n° 11-30.454, in *AJ pénal* 2012 p. 296

Doc. 10. V. BARBE, « La loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n° 27, 4 Juillet 2011, 2243

Doc. 11. Cl. SAAS, « Les avatars de la pénalisation du droit des étrangers », *AJ pénal* 2011 p. 492

Doc. 12. CEDH, Grande Ch., 5 octobre 2000, req. N° 39652/98, *Maaouia c/ France*, CEDH/ECHR 1999-II (extrait)

Doc. 13. H. GACON, « Des droits réels ou virtuels pour les étrangers placés en rétention administrative ? », note sous Cass. 1^{ère} civ., 31 janv. 2006, n° 04-50.093, 04-50.121, 04-50.128, in *AJ Pénal* 2006 p. 165

Doc. 14. S. de ROYER, « Centres de rétention hors normes », *La Croix*, 4 août 2004

Doc. I. S. CORNELOUP, « Du régime de la rétention administrative d'un étranger dans un « local » ou dans un « centre » de rétention » (Cour de cassation (1^{re} Ch. civ.) - 8 avril 2009, M. Gubernaciuc, n° 08-13306), Revue critique de droit international privé 2009 p. 506.

Viola l'article R. 551-3 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile le premier président qui confirme une ordonnance du juge des libertés et de la détention ayant prolongé, au-delà de la période de quarante-huit heures, le maintien, dans un local de rétention administrative, d'un étranger ayant fait l'objet d'une obligation de quitter le territoire français, alors qu'en l'absence d'appel de l'ordonnance dans le délai de quarante-huit heures ayant couru depuis son placement en rétention, l'étranger ne pouvait être retenu que dans un centre de rétention administrative après l'expiration de ce délai (1).

La Cour : - *Sur le moyen unique, pris en sa première branche* : - Vu l'article R. 551-3 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ; Attendu que les étrangers ne peuvent être maintenus dans un local de rétention administrative au-delà d'une période de quarante-huit heures sauf en cas de recours contre l'arrêté de reconduite à la frontière ou d'appel de l'ordonnance du juge des libertés et de la détention, dans ce délai, et s'il n'y a pas de centre de rétention administrative dans le ressort de la cour d'appel où se situe le local ; Attendu, selon l'ordonnance attaquée, rendue par le premier président d'une cour d'appel, que M. Gubernaciuc, de nationalité moldave, qui avait fait l'objet d'une obligation de quitter le territoire français, s'est vu notifier, le 28 septembre 2007 à 18 heures 30, une décision de placement en rétention dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire et a été placé dans un local de rétention administrative ; qu'un juge des libertés et de la détention a ordonné la prolongation du maintien en rétention le 30 septembre à 11 heures 35 ; Attendu que, pour confirmer cette décision, le premier président a retenu que l'obligation de quitter le territoire français autorisait une rétention administrative jusqu'au 30 septembre à 19 heures ; qu'en ayant statué le 30 septembre à 11 heures 35, la décision du premier juge a prorogé la situation de l'appelant dont le recours n'est pas suspensif, que le grief du dépassement du délai de 48 heures en local de rétention apparaît donc sans fondement ; Qu'en statuant ainsi, alors qu'en l'absence d'appel de l'ordonnance du juge des libertés et de la détention dans le délai de 48 heures ayant couru depuis son placement en rétention, M. Gubernaciuc ne pouvait être retenu que dans un centre de rétention administrative après l'expiration de ce délai, le premier président a violé le texte susvisé ;

Vu l'article L. 411-3 du Code de l'organisation judiciaire ; Et attendu que, les délais légaux de rétention étant expirés, il ne reste rien à juger ;
Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur la seconde branche : - Casse.

L'arrêt rappelle que le régime de la rétention administrative n'est pas le même selon que l'étranger a été placé dans un « centre » ou dans un « local » de rétention administrative. En principe, l'étranger retenu est placé dans un établissement dénommé « centre de rétention administrative » (art. R. 551-2 CESEDA) mais lorsque des circonstances particulières, notamment de temps ou de lieu, ne permettent pas un placement immédiat dans un centre de rétention, le préfet a la possibilité de placer l'étranger dans d'autres locaux adaptés à cette fin, dénommés « locaux de rétention administrative » (art. R. 551-3 CESEDA). Les conditions de prolongation de la rétention ne sont alors pas les mêmes. En l'espèce, un ressortissant de nationalité moldave, M. Gubernaciuc, qui avait fait l'objet d'une obligation de quitter le territoire français, s'est vu notifier une décision de placement en rétention administrative le 28 septembre 2007 à 18h30 et a été placé dans un local de rétention administrative. Le juge des libertés et de la détention a ordonné la prolongation de son maintien en rétention le 30 septembre à 11h35. Sur appel de M. Gubernaciuc qui a été envoyé par télécopie au greffe de la cour le 1^{er} octobre 2007 à 10h58, la décision de prolongation du juge des libertés et de la détention a été confirmée par le premier président de la Cour d'appel de Limoges, au motif qu'elle a été prise avant l'expiration du délai de 48 heures. L'intéressé a formé un pourvoi en cassation. Il reproche au premier président de la cour d'appel d'avoir violé, par fausse application, l'article 6 du décret du 30 mai 2005 (art. R. 551-3 CESEDA). Selon le requérant, ce n'était pas le délai dans lequel le juge des libertés et de la détention a

statué qui était en cause, mais la circonstance qu'au moment où l'appel a été interjeté, le délai de 48 heures avait déjà expiré. L'argument a emporté la conviction de la première chambre civile qui a cassé l'ordonnance, au visa de l'article R. 551-3 du CESEDA, en énonçant que « en l'absence d'appel de l'ordonnance du juge des libertés et de la détention dans le délai de 48 heures ayant couru depuis son placement en rétention. M. X ne pouvait être retenu que dans un centre de rétention administrative après l'expiration de ce délai ».

Cette décision, qui s'inscrit dans un courant d'interprétation stricte de l'article R. 551-3 du CESEDA, est irréprochable (par ex., CA Poitiers, 20 février 2008, n° de RG : 08/04ETR et CA Pau, 21 juillet 2008, n° de RG : 08/03042 : annulation de l'ordonnance de prolongation de la rétention rendue respectivement 4 heures et 1h15 après l'expiration du délai de 48 heures ; CA Douai, 21 octobre 2006, ord. n° 06/00014 : annulation d'une ordonnance de prolongation de la rétention en raison de l'existence d'un centre de rétention dans le ressort de la cour d'appel). En effet, selon l'article R. 551-3, le maintien au-delà du délai de 48 heures dans un local de rétention ne peut être prononcé que dans deux cas : en cas d'appel de l'ordonnance du juge des libertés et de la détention et en cas de recours contre l'arrêté de reconduite à la frontière, à la condition dans les deux hypothèses qu'il n'existe pas de centre de rétention administrative dans le ressort de la cour ou du tribunal où se situe le local. Lorsque ces conditions ne sont pas remplies, l'étranger ne peut être retenu après l'expiration de ce délai que dans un centre de rétention administrative. Or, en l'espèce, l'appel a été interjeté seulement après l'expiration du délai de 48 heures. Cela signifie, en d'autres termes, qu'au moment où le juge des libertés et de la détention a statué sur la prolongation, les conditions d'un maintien dans le local de rétention administrative n'étaient pas réunies. Dans ces conditions, la première chambre civile ne pouvait que casser l'ordonnance attaquée.

L'arrêt invite à s'intéresser de plus près aux différences qui caractérisent les centres et les locaux de rétention. Les centres de rétention administrative sont créés par arrêté ministériel (art. R. 553-1 CESEDA). Ils ont une vocation nationale et reçoivent les étrangers sans considération de la compétence géographique du préfet, dans la limite de leur capacité d'accueil. Ils sont donc en nombre limité (26, selon l'arrêté du 21 mai 2008), mais depuis quelques années, le gouvernement en crée régulièrement de nouveaux conduisant à une augmentation importante de la capacité d'accueil d'étrangers en procédure d'éloignement. En 2007, les 1 724 places ont accueilli 35 008 étrangers, pour une durée moyenne du séjour de 10 jours (CIMADE, *Centres et locaux de rétention administrative, Rapport 2007*). L'objectif du gouvernement est d'atteindre 2 326 places en 2010. Toutefois, malgré cette augmentation du nombre de places, les centres ne peuvent accueillir tous les étrangers faisant l'objet d'une mesure d'éloignement. Parallèlement, le décret n° 2005-617 du 30 mai 2005 donne ainsi compétence aux préfets pour créer, à titre permanent ou pour une durée déterminée, des locaux de rétention administrative (art. R. 553-5 CESEDA). Ces locaux doivent être adaptés à cette fin et disposer d'un équipement minimal énuméré à l'article R. 553-6 du CESEDA. Il s'agit le plus souvent de commissariats, plus rarement d'aéroports ou de chambres d'hôtel. Il existe sur tout le territoire environ 70 locaux permanents avec une capacité de 450 places. En 2007, 14 000 étrangers y ont séjourné. S'y ajoutent les locaux temporaires dont plusieurs sont créés chaque année. En 2007, 1 083 personnes y ont été placées (v. pour ces chiffres les travaux du Sénat relatifs au projet de loi de finances pour 2009).

Les locaux de rétention administrative sont moins bien encadrés que les centres. En particulier, les exigences quant à l'aménagement et à l'équipement des locaux sont moins élevées. On peut citer, à titre d'illustration, quelques conditions posées pour les centres qui n'ont pas d'équivalent pour les locaux : une surface utile minimum de 10 m² par retenu, un bloc sanitaire pour 10 retenus au maximum, un téléphone pour 50 retenus au maximum, des locaux nécessaires à la restauration, une salle de loisir et de détente au-delà de 40 retenus ou encore un espace de promenade à l'air libre. De plus, les centres qui sont susceptibles d'accueillir des familles doivent disposer de chambres adaptées équipées de matériel de puériculture, ce qui n'est pas le cas pour les locaux. Ce niveau d'exigence extrêmement réduit applicable aux locaux de rétention administrative se traduit dans la pratique par des situations parfois très préoccupantes. Ainsi, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté, M. Jean-Marie Delarue, a pu constater, lors de sa visite du local de rétention de Choisy-le-Roi le 8 juillet 2008,

des conditions de rétention des femmes qualifiées d'attentatoires à la dignité humaine, ne garantissant en particulier aucun respect de leur intimité (Contrôleur général des lieux de privation de liberté, *Rapport d'activité 2008*, chapitre 9, p. 158 s. Les hommes retenus, pour accéder aux sanitaires, devaient passer devant la chambre des femmes. Or celle-ci était séparée du couloir par une paroi entièrement vitrée que rien ne pouvait obturer). Le gouvernement a tiré les conséquences du rapport sur ce point puisque désormais le local est réservé aux retenus de sexe masculin (*JOAN* 28 avril 2009, p. 4043, rép. min. n° 37791). Néanmoins, personne ne doute qu'ailleurs des dysfonctionnements comparables subsistent toujours. Selon les rapports annuels de la CIMADE, il n'est pas rare de constater des conditions d'hygiène totalement insuffisantes, des repas en quantité insuffisante et de mauvaise qualité, ou encore l'absence d'un téléphone en libre accès. Ainsi, très récemment à Nancy, la cour d'appel a déclaré nulle une rétention administrative dans une cellule de garde à vue du commissariat en raison de la non-conformité des locaux au CESEDA (CA Nancy, 5 mai 2009, v. *Le Point*, 7 mai 2009. La jeune femme dormait sur une couche en béton, était enfermée dans une geôle, n'avait pas libre accès aux sanitaires et n'avait pas de téléphone). Dans ces conditions, on comprend pourquoi le régime de la prolongation de la rétention dans un local de rétention administrative est très restrictif.

A propos du local de rétention administrative de Limoges qui est en cause dans l'affaire commentée, on peut encore ajouter que l'assistance des retenus par la CIMADE n'est pas pleinement garantie, puisque la CIMADE intervient seulement à distance, par téléphone, sans assurer une permanence dans les locaux mêmes. M. Gubernaciuc en avait déjà fait l'expérience une année auparavant. En effet, il avait déjà fait l'objet d'une décision de placement dans ce même local de rétention administrative en septembre 2006. Le juge des libertés et de la détention avait accordé deux prolongations successives, la première pour 15 jours, la seconde pour 5 jours supplémentaires. Au total, M. Gubernaciuc a séjourné en 2006 pendant 18 jours dans le local. A cette occasion, il n'a pu bénéficier d'une assistance de la CIMADE que par téléphone. Elle lui a préparé l'acte d'appel contre la seconde décision de prolongation, puis l'a transmis à un avocat qui s'est rendu dans le local de rétention. Ces complications ont eu pour conséquence que la déclaration d'appel a été émise une minute après l'expiration du délai de recours. Le premier président de la Cour d'appel de Limoges a néanmoins déclaré l'appel recevable et a ordonné la mise en liberté immédiate de M. Gubernaciuc, en constatant que le retard résultait uniquement du maintien irrégulier de la rétention au commissariat de Limoges (CA Limoges, 11 octobre 2006, ord. n° 793, soulignant que si M. Gubernaciuc avait été transféré dans un centre de rétention, comme il aurait dû l'être après 48 heures de rétention au commissariat, il aurait pu bénéficier de l'assistance directe de la CIMADE ce qui aurait évité l'envoi tardif de la déclaration d'appel).

Avec l'arrêt commenté de la première chambre civile du 8 avril 2009, on constate que cette première déclaration d'irrégularité n'a visiblement pas servi de leçon aux autorités limousines. En effet, un an plus tard, M. Gubernaciuc a de nouveau été placé dans le local de rétention administrative de Limoges. Dans cette seconde affaire, objet de l'arrêt commenté, le litige portait sur la possibilité d'une prolongation de la rétention dans un local en cas d'appel contre l'ordonnance de prolongation du juge des libertés et de la détention. Reprenons la chronologie des événements : la décision de placement a été notifiée à M. Gubernaciuc le 28 septembre 2007 à 18h30. Cette décision permet une rétention pendant 48 heures, c'est-à-dire jusqu'au 30 septembre à la même heure. Le préfet a demandé au juge des libertés et de la détention une prolongation de la durée de rétention pour une durée de 15 jours que le juge a ordonné le 30 septembre à 11h35. La date de cette ordonnance fait courir le délai d'appel qui est de 24 heures (art. R. 552-20 CESEDA). Par conséquent, M. Gubernaciuc avait la possibilité d'interjeter appel jusqu'au 1^{er} octobre à 11h35. Sa déclaration d'appel a été reçue au greffe de la cour le 1^{er} octobre 2007 à 10h58, soit avant l'expiration du délai d'appel mais après l'expiration du délai initial de rétention. Or, la prolongation de la rétention dans le local n'aurait été possible que si M. Gubernaciuc avait exercé son recours dans le laps de temps entre l'ordonnance du juge des libertés et de la détention et l'expiration du délai de 48 heures, soit le 30 septembre entre 11h35 et 19h.

Ces règles, qui peuvent paraître extrêmement techniques, poursuivent une logique tout à fait implacable. Soit l'appel est interjeté avant l'expiration du délai de rétention, et le retenu peut alors être maintenu dans le local de rétention administrative jusqu'à ce que le premier président de la cour

d'appel ait statué sur l'appel. Cette exception permet d'allonger la durée de la rétention de 48 heures au terme desquelles le premier président doit avoir rendu son ordonnance (art. L. 552-9 CESEDA). Si la prolongation est confirmée en appel, le retenu doit être transféré dans un centre de rétention. Soit l'appel n'a pas été interjeté avant l'expiration du délai et la rétention ne peut alors se prolonger que dans un centre de rétention administrative. Le contraire serait intolérable au regard de la faiblesse des normes matérielles imposées à ces locaux.

Doc. 2. Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (source : Légifrance)

Article L551-1

Modifié par LOI n°2011-672 du 16 juin 2011 - art. 44

A 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 Etat 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 L551-2

- Modifié par LOI n°2011-672 du 16 juin 2011 - art. 45

La décision de placement est prise par l'autorité administrative, après l'interpellation de l'étranger et, le cas échéant, à l'expiration de sa garde à vue, ou à l'issue de sa période d'incarcération en cas de détention. Elle est écrite et motivée. Elle prend effet à compter de sa notification à l'intéressé. Le procureur de la République en est informé immédiatement.

L'étranger est informé dans une langue qu'il comprend et dans les meilleurs délais qu'à compter de son arrivée au lieu de rétention, il peut demander l'assistance d'un interprète, d'un conseil ainsi que d'un médecin. Il est également informé qu'il peut communiquer avec son consulat et avec une personne de son choix. Un décret en Conseil d'Etat précise, en tant que de besoin, les modalités selon lesquelles s'exerce l'assistance de ces intervenants.

Les meilleurs délais, au sens du deuxième alinéa, s'entendent compte tenu du temps requis pour informer chaque étranger de ses droits lorsqu'un nombre important d'étrangers doivent être simultanément placés en rétention.

Lorsque l'étranger ne parle pas le français, il est fait application des dispositions de l'article L. 111-7.

Article L552-1

- Modifié par LOI n°2011-672 du 16 juin 2011 - art. 51

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 L552-2

- Modifié par LOI n°2011-672 du 16 juin 2011 - art. 52

Le juge rappelle à l'étranger les droits qui lui sont reconnus et s'assure, d'après les mentions figurant au registre prévu à l'article L. 553-1 émargé par l'intéressé, que celui-ci a été, dans les meilleurs délais suivant la notification de la décision de placement en rétention, pleinement informé de ses droits et placé en état de les faire valoir à compter de son arrivée au lieu de rétention. Le juge tient compte des circonstances particulières liées notamment au placement en rétention simultané d'un nombre important d'étrangers pour l'appréciation des délais relatifs à la notification de la décision, à l'information des droits et à leur prise d'effet. Il informe l'étranger des possibilités et des délais de recours contre toutes les décisions le concernant. L'intéressé est maintenu à disposition de la justice, dans des conditions fixées par le procureur de la République, pendant le temps strictement nécessaire à la tenue de l'audience et au prononcé de l'ordonnance.

Article L552-3

- Modifié par LOI n°2011-672 du 16 juin 2011 - art. 54

L'ordonnance de prolongation de la rétention court à compter de l'expiration du délai de cinq jours fixé à l'article L. 552-1.

Article L552-4

- Modifié par LOI n°2011-672 du 16 juin 2011 - art. 46

A titre exceptionnel, le juge peut ordonner l'assignation à résidence de l'étranger lorsque celui-ci dispose de garanties de représentation effectives, après remise à un service de police ou à une unité de gendarmerie de l'original du passeport et de tout document justificatif de son identité, en échange d'un récépissé valant justification de l'identité et sur lequel est portée la mention de la mesure d'éloignement en instance d'exécution. L'assignation à résidence concernant un étranger qui s'est préalablement soustrait à l'exécution d'une obligation de quitter le territoire français en vigueur, d'une interdiction de retour sur le territoire français en vigueur, d'une mesure de reconduite à la frontière en vigueur, d'une interdiction du territoire dont il n'a pas été relevé, ou d'une mesure d'expulsion en vigueur doit faire l'objet d'une motivation spéciale.

Doc. 3. « La "directive retour", l'Union européenne contre les étrangers », *Revue critique de droit international privé* 2009, p. 205

Karine Parrot, Professeur à l'Université de Valenciennes

Carlo Santulli, Professeur à l'Université Panthéon Assas (Paris II)

La directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008 se donne pour objectif d'harmoniser les règles nationales organisant la fin du séjour irrégulier des ressortissants des Etats tiers sur le territoire des Etats membres. A cette fin, elle prescrit à ceux-ci l'obligation de prendre une décision de retour qui, à défaut d'exécution volontaire dans le délai imparti, sera l'objet d'une exécution forcée assortie d'une

interdiction d'entrée s'étendant au territoire européen. Il s'agit d'un traitement politique de la question des flux migratoires inattentif aux droits fondamentaux en ce que, d'une part, il entoure la décision de retour de garanties si faibles qu'on en vient à douter que la liberté de circulation soit le principe et l'éloignement seulement l'exception et prévoit des modalités d'exécution trop peu soucieuses des considérations élémentaires d'humanité et en ce que, d'autre part, il attache à cette décision des effets d'une rigueur accrue dans le cadre territorial en durcissant la rétention administrative et sur le plan extra territorial avec une interdiction du territoire des autres Etats membres difficilement compatible avec la Convention européenne des droits de l'homme. La légitimité de cette directive se fragilise davantage encore à l'examen de la compétence communautaire et de l'efficacité de ses choix. Simple organe de la Communauté, le Conseil qui a initié cet ouvrage n'a pu sans abus investir celle-ci de la compétence nécessaire et l'exercice de cette non-compétence ne permettra pas d'atteindre l'homogénéité de traitement des étrangers en situation irrégulière dès lors que la sanction est uniforme là où les conditions de son application varient d'un Etat membre à l'autre.

(...)

Il aura fallu plus de trois ans après le dépôt par la Commission d'une proposition⁽¹⁾ pour que la « directive-retour »⁽²⁾, soit adoptée le 16 décembre 2008, suivant la procédure de codécision associant Parlement et Conseil européens⁽³⁾. Premier texte approuvé par le Parlement en matière de politique migratoire, la directive-retour s'inscrit dans la ligne définie jusqu'alors par l'Union européenne, consistant notamment à ériger « la lutte contre l'immigration clandestine » au rang des priorités⁽⁴⁾.

Le texte a pour objectif l'harmonisation européenne des règles nationales devant organiser la fin du séjour irrégulier des ressortissants des « Etats tiers » (i.e. non membres des Communautés européennes)⁽⁵⁾ sur le territoire des Etats membres. A grands traits, la directive repose sur l'obligation faite aux Etats membres de prononcer « une décision de retour à l'encontre de tout ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier sur leur territoire »⁽⁶⁾. Faveur de principe étant donnée au retour volontaire de l'étranger, ladite décision de retour devrait le plus souvent être assortie d'un délai pour quitter le territoire de l'Etat. Si, exceptionnellement, aucun « délai de départ volontaire » n'est accordé à l'étranger - en raison, par exemple, d'un risque de fuite - ou si, à l'expiration du délai, l'étranger n'a pas respecté son obligation de départ, l'Etat membre a alors l'obligation de faire exécuter la décision de retour, c'est-à-dire d'organiser l'éloignement de l'étranger. L'étranger faisant ainsi l'objet d'un retour forcé verra en outre automatiquement prononcée à son encontre une interdiction d'entrée sur le territoire des Etats membres de l'Union européenne⁽⁷⁾. Telles sont donc les grandes lignes du dispositif communautaire harmonisé concernant la « fin du séjour irrégulier »⁽⁸⁾ : une procédure en principe articulée en deux temps autour d'une décision quasi systématique de retour assortie d'un délai de départ volontaire et, si nécessaire, une procédure d'éloignement accompagnée d'une interdiction de séjour sur le territoire de l'Union européenne.

C'est par exclusion que le texte caractérise les « ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier » auxquels il a vocation à s'appliquer. D'abord, se trouvent exclus du domaine de la directive, outre les individus qui possèdent la nationalité d'un Etat membre, certaines catégories d'étrangers qui bénéficient également du droit de libre circulation en Europe. Cette dernière exclusion, qui opère maladroitement par renvoi au code frontière Schengen⁽⁹⁾, vise les ressortissants de pays tiers membres de la famille d'un citoyen de l'Union européenne, ainsi que ceux qui jouissent du droit de circulation en vertu d'accords passés entre la Communauté et leur Etat d'origine⁽¹⁰⁾.

De son côté, le « séjour irrégulier » est défini comme la présence sur le territoire d'un Etat membre d'une personne qui ne satisfait pas ou plus aux conditions d'entrée sur le territoire prévues par le code frontière Schengen⁽¹¹⁾ ou à d'autres conditions d'entrée, de séjour ou de résidence fixées par l'Etat membre concerné. Ainsi, comme avait pris soin de le préciser la Commission, « la présente directive ne concerne pas les motifs justifiant la cessation d'un séjour régulier »⁽¹²⁾. Dès lors, puisque la régularité du séjour de l'étranger s'appréciera au regard tant du code Schengen que des différentes législations nationales, la catégorie des étrangers en situation irrégulière continuera, pour l'application de la directive, de varier singulièrement d'un Etat membre à l'autre.

De surcroît, les Etats se voient offrir la possibilité d'exclure du champ de la directive ainsi défini deux catégories d'étrangers en situation irrégulière. *Ex* article 2.2, les étrangers faisant l'objet d'un refus d'entrée sur le territoire ou d'une condamnation pénale devant déclencher leur retour pourront continuer à relever du droit national⁽¹³⁾. Ces deux exclusions potentielles visent à permettre le maintien en vigueur de procédures nationales de refoulement et d'expulsion, le plus souvent moins favorables à l'étranger que celle prévue par la directive⁽¹⁴⁾. Ainsi, l'étranger interpellé à l'occasion du franchissement de la frontière, comme celui sous le coup d'une condamnation pénale grave, pourront voir leur retour ordonné sans que le mécanisme communautaire trouve à s'appliquer. Cela étant, ledit mécanisme harmonisé de retour est loin de se caractériser par le haut niveau de protection garanti à la personne de l'étranger.

La logique économique du texte suit les orientations internationales contemporaines (d'avant-crise, du moins) : à mesure que l'Union européenne s'ouvre à la libre importation des marchandises en provenance des Etats tiers, elle restreint la libre circulation des ressortissants de ces mêmes Etats. La technique juridique empruntée par la directive, en revanche, est plutôt originale : elle encadre l'exercice d'un pouvoir de police national par les Etats membres (le prononcé de la « décision de retour ») et en organise la reconnaissance automatique dans les autres Etats membres, tenus de refuser l'accès territorial au vu de la décision (étrangère) de retour. Or, non seulement la reconnaissance automatique et inconditionnée des décisions de police est suffisamment singulière pour qu'elle interroge mais, surtout, elle paraît difficilement conciliable avec les obligations résultant des accords internationaux relatifs aux droits de l'homme souscrits par la France, et particulièrement avec la Convention européenne des droits de l'homme, dont l'effet d'éviction ne peut pas être lui-même écarté par une directive.

Comme en contrepoint à l'article premier qui affirme solennellement que « la présente directive fixe les normes et procédure communes à appliquer dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, conformément aux droits fondamentaux en tant que principes généraux du droit communautaire ainsi qu'au droit international, y compris aux obligations en matière de protection des réfugiés et de droits de l'homme », l'analyse du texte révèle un droit communautaire dérivé pour le moins décevant au regard de la protection accordée à la personne de l'étranger. L'ensemble des règles - mécanisme du retour et conditions effectives de son exécution - traduit un traitement politique de la question des flux migratoires comptable et désincarné, intrinsèquement inapte à garantir aux migrants certains droits, pourtant jugés « fondamentaux » à l'endroit des citoyens de l'Union européenne. La faiblesse des garanties qui entourent le prononcé de la décision de retour (I) est d'autant plus grave qu'elle contraste avec la rigueur accrue des effets qui lui sont attachés par la directive (II). A rebours, le constat de choix rédactionnels si peu soucieux des réalités humaines que la directive prétend régir pose avec une force particulière la question de la compétence de l'Union pour l'adopter (III).

(...)

II. - Les effets de la décision de retour : rétention nationale et exclusion européenne

Erigée en règle, la décision de retour se voit attacher un régime extrêmement rigoureux. D'abord, la privation de liberté (rétention) de la personne ayant fait l'objet d'une décision de retour est généralisée (A). Ensuite, les effets des décisions nationales sont étendus aux autres Etats membres au titre de l'interdiction territoriale (B). Enfin, et en contrepoint de la gravité des conséquences de l'éloignement, les garanties procédurales de l'étranger sont bien limitées (C).

A. - Les effets territoriaux : la privation administrative de liberté comme principe ?

Vers un recours généralisé à la rétention ? On sait que la recherche du compromis, combinée aux méandres de la traduction, peuvent donner naissance à un droit communautaire de facture médiocre, source de confusions et d'agacement. L'article 15 spécialement consacré à la rétention, c'est-à-dire à la privation de liberté des étrangers par décision administrative, est un modèle du genre. Voici son

paragraphe 1 : « A moins que d'autres mesures suffisantes, mais moins coercitives, puissent être appliquées efficacement dans un cas particulier, les Etats 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 ». De cette syntaxe joviale, on retiendra d'abord que si la mise en rétention est trompeusement présentée comme l'ultime mesure, à laquelle on recourt lorsqu'aucune autre, nécessairement moins coercitive (57), n'apparaît suffisante, elle est érigée en hypothèse résiduelle, c'est-à-dire, en droit, en solution de principe. Si l'on prenait ce texte au sérieux (mais qui pourrait sérieusement le faire ?), il faudrait en déduire que les mesures moins coercitives doivent être motivées au regard de leur efficacité dans un cas concret, l'atteinte plus radicale non ! Ensuite, le fait que la rétention soit censée servir uniquement à « préparer le retour et/ou procéder à l'éloignement » (58) n'apporte aucune garantie, puisque ce n'est qu'un rappel de l'objet-même de la procédure, et il est donc satisfait dès que l'étranger est en situation irrégulière. Enfin, les hypothèses dans lesquelles l'article autorise expressément le placement en rétention ne sont pas limitativement énumérées, ce qui ne fait que renforcer l'incertitude stupéfiante qui entoure dans ce texte la privation administrative de la liberté des étrangers.

L'article 15, en effet, vise « en particulier » l'hypothèse d'« un risque de fuite » (59) de l'étranger et celle où son comportement constitue une entrave à la préparation du retour ou de l'éloignement - dont on voit mal à vrai dire à quoi elle se reconnaîtrait. Mais, d'après la formule de l'article, d'autres circonstances non définies peuvent valablement justifier la décision de mise en rétention de l'étranger... A ce titre, il est opportun de revenir rapidement sur l'article 7 consacré au départ volontaire. Parmi les cas où l'étranger pourra être privé de délai pour partir volontairement, l'article vise, outre le risque de fuite, le cas où « la demande de séjour a été rejetée comme manifestement non fondée ou frauduleuse » et celui où l'étranger « constitue un danger pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sécurité nationale ». Dans toutes ces hypothèses, l'Etat peut opter pour un départ immédiat de l'étranger et prononcer éventuellement sa mise en rétention. La rétention pourra ainsi être préconisée au titre de mesure protectrice de l'ordre public ou de la sécurité publique. L'on pourra alors décider du placement en rétention d'un étranger qui avec d'autres compatriotes s'est construit une maison de fortune au bord de l'autoroute sur le terrain communal, ou qui dort régulièrement dans un jardin public (60). Autrement dit, la liste simplement indicative de l'article 15, et sa syntaxe acrobatique, pourraient conduire à faire de la rétention un moyen de mettre à l'écart une population indésirable et de la placer sous contrôle (61).

La durée de la rétention. Cette lecture du texte que l'on aimerait croire alarmiste se trouve pourtant corroborée par d'autres éléments. Le plus probant tient à la durée maximale de rétention posée par la directive. D'abord, le texte prévoit que chaque Etat membre fixera une durée déterminée de rétention qui ne peut dépasser six mois (62). Puis, les Etats se voient exceptionnellement accorder le droit de proroger ce délai pour une période pouvant atteindre jusqu'à 12 mois (63). Lorsque l'on sait qu'en France, par exemple, durant l'année 2007, 84,5 % des retenus éloignés l'ont été dans les 17 premiers jours de leur rétention (64) - avec un pic très marqué autour de la seconde journée - on est en droit de s'interroger sur le dessein et le bien-fondé d'une règle qui ouvre la voie à une rétention d'une durée de 18 mois. Bien sûr, le texte prévoit que « 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 » (65). Mais, quelles que soient ces orientations suggérées, ni le délai prorogé de 18 mois, ni même le délai initial de 6 mois, ne sauraient correspondre aux finalités affichées, à la rétention comme ultime remède destiné uniquement à préparer le départ de l'étranger (66). Certains pourront toujours se réjouir de ce que le texte aura pour effet de contraindre certains Etats membres à fixer un délai légal maximal de rétention (67). De notre point de vue, on ne peut que s'indigner de voir ainsi les Etats européens s'unir pour mener une politique migratoire illusoire et brutale encourageant le changement de nature de la rétention administrative. On renverra ceux qui ont choisi d'ignorer encore la réalité des centres de rétention des « grandes démocraties européennes » à la lecture du dernier Rapport annuel de la CIMADE (68).

Les conditions de l'attente en rétention. Les conditions auxquelles les Etats peuvent recourir à la rétention et la durée prévue pour celle-ci doivent par ailleurs être appréciées à l'aune des maigres garanties offertes à l'étranger au cours de cette période. D'après l'article 16 consacré aux « conditions de rétention », cette dernière doit « en règle générale » s'effectuer dans des centres spécialisés ; mais elle peut également, si nécessaire, avoir lieu dans un établissement pénitentiaire, la seule réserve étant que les étrangers concernés soient « séparés des prisonniers de droit commun »⁽⁶⁹⁾. Or, cette unique réserve peut elle-même être écartée, « lorsqu'un nombre exceptionnellement élevé de ressortissants de pays tiers soumis à une obligation de retour fait peser une charge lourde et imprévue sur la capacité des centres de rétention d'un Etat membre ou sur son personnel administratif et judiciaire »⁽⁷⁰⁾. Autrement dit, dès lors qu'une telle « situation d'urgence » est constituée d'après l'Etat, les étrangers en séjour irrégulier peuvent être incarcérés suivant le régime applicable aux détenus de droit commun⁽⁷¹⁾. Le postulat de la directive suivant lequel tout étranger en séjour irrégulier doit faire l'objet d'une décision de retour, combiné aux conditions du recours à la rétention, autorisent à craindre que l'augmentation déjà observée du nombre d'étrangers placés en rétention sur le territoire de l'Union européenne ne continue de plus belle. Les situations dites d'urgence pourraient ainsi prospérer et avec elles le droit d'emprisonner jusqu'à 18 mois une personne en séjour irrégulier qui n'a commis le moindre délit. Qu'advient-il par ailleurs de la protection spéciale accordée aux familles avec enfants si la rétention a lieu en prison⁽⁷²⁾ ? La prison pourra-t-elle leur offrir « un lieu d'hébergement séparé qui leur garantit une intimité adéquate »⁽⁷³⁾ ? Plus généralement, concernant le sort des « personnes vulnérables » pendant la rétention - femmes enceintes, personnes âgées, personnes handicapées, victimes de torture, de viol... - la protection offerte par le droit communautaire figure au paragraphe 3 de l'article 16 : « Une attention particulière est accordée à la situation des personnes vulnérables ».

Seules deux catégories de personnes vulnérables ont eu grâce aux yeux du Parlement et du Conseil européens : les personnes malades d'abord, l'article 16.3 garantissant pendant la rétention « les soins médicaux d'urgence et le traitement indispensable des maladies » ; les mineurs ensuite, apparemment, puisque les conditions de rétention des « mineurs non accompagnés et [d]es familles comportant des mineurs » font l'objet d'un article *ad hoc*. D'abord, il est prévu que les mineurs placés en rétention puissent pratiquer des activités de loisirs et qu'ils aient selon « la durée de leur séjour, accès à l'éducation »⁽⁷⁴⁾. L'intention serait louable si elle était crédible, mais comment en pratique garantir un accès à l'éducation qui ne soit pas de façade dans un centre de rétention - voire dans une prison ? Poussera-t-on la « civilisation » jusqu'à organiser des classes, des gymnases et des piscines en centre de rétention ? Et n'y a-t-il pas là un paradoxe, si ce n'est une certaine hypocrisie, à édicter une telle règle en préconisant parallèlement le retour des mineurs sans s'inquiéter de leurs conditions futures de subsistance ? Par ailleurs, l'autre règle protectrice - celle garantissant aux familles accompagnées d'enfants mineurs un lieu d'hébergement séparé - devient pour sa part facultative, si l'Etat ne peut faire face à un trop grand nombre d'étrangers à placer en rétention⁽⁷⁵⁾. Sans doute un tel état d'exception sera-t-il prétexté par la France pour justifier qu'à Mayotte s'entassent dans les pièces insalubres du centre de rétention de Pamandzi, jusqu'à 240 personnes, dont de très nombreux enfants, dans un centre habilité à n'en recevoir que 60.

La protection spéciale accordée aux mineurs non accompagnés lors de la rétention n'est pas garantie davantage par le texte. C'est uniquement « dans la mesure du possible » que les mineurs isolés seront hébergés « dans des institutions disposant d'un personnel et d'installations adaptés aux besoins des personnes de leur âge »⁽⁷⁶⁾. Bref, la directive ne garantit pas à elle seule, loin s'en faut, que les étrangers « placés en rétention [soient] traités humainement et dignement dans le respect de leurs droits fondamentaux »⁽⁷⁷⁾. En particulier, aucune de ses dispositions ne permet d'assurer une prise en compte inconditionnelle par les Etats membres de « l'intérêt supérieur de l'enfant » placé en rétention. Sans surprise, les règles concernant « l'attente du retour », hors l'hypothèse où l'étranger a été placé en rétention, ne sont guère plus satisfaisantes.

Les conditions de l'attente en liberté. La directive prévoit au bénéfice de l'étranger en liberté certaines « garanties dans l'attente du retour »⁽⁷⁸⁾. Ces dernières ont vocation à s'appliquer tant à la période octroyée en principe à l'étranger pour son départ volontaire qu'à la période couvrant un éventuel report

de l'éloignement. Cela étant, ces « garanties » portent mal leur nom et apparaissent ici encore particulièrement peu contraignantes pour les Etats. D'après l'article 14, ces derniers se contentent de veiller « dans la mesure du possible » à ce que certains principes « soient pris en compte ». Les quatre principes visés ont beau être de premier ordre - ils concernent respectivement le maintien de l'unité familiale avec les membres de la famille présents sur le territoire, le bénéfice des soins médicaux d'urgence et des traitements indispensables, l'accès des mineurs à un système éducatif et la prise en compte des besoins particuliers des personnes vulnérables - la formulation de l'article 14 prévient la caractérisation de toute véritable garantie due aux étrangers dans l'attente du retour. Là encore, les dispositions du droit communautaire apparaissent insuffisamment protectrices de la personne de l'étranger. Les Etats de l'Union européenne refusent ainsi de s'engager à scolariser un enfant dans l'attente de son éloignement comme ils refusent de s'engager à prodiguer les soins d'urgence à un étranger dans l'attente de son retour. La terminologie du devoir est utilisée pour la privation de liberté et pour l'éloignement, le langage de l'incitation (veillent) modérée (dans la mesure du possible) pour les garanties attachées au traitement de la personne humaine.

En revanche, la directive prévoit que, pendant cette période où l'étranger vit dans l'attente d'un retour programmé, « certaines obligations visant à éviter le risque de fuite (...) peuvent [lui] être imposées ». Précisément, d'après l'article 7, l'étranger pourra être tenu « de se présenter régulièrement aux autorités, de déposer une garantie financière adéquate, de remettre des documents ou de demeurer en un lieu déterminé ». Ainsi donc, aucune garantie en termes de regroupement familial, d'accès aux soins ou à l'éducation n'est accordée à l'étranger mais, sur le fondement de la directive, les Etats pourront le soumettre à des mesures de contrôle plus ou moins astreignantes pouvant aller jusqu'à l'assignation à résidence⁷⁹.

Pour conclure sur cette question, il faut souligner qu'ici l'article 4 relatif aux dispositions nationales plus favorables a un rôle à jouer plus important qu'au sujet de la décision de retour et du principe de son exécution. Ainsi, l'Etat français n'est pas tenu d'autoriser la rétention des étrangers en situation irrégulière dans l'enceinte des établissements pénitentiaires. On sait que, par ailleurs, le droit français prévoit un délai maximum de rétention de 32 jours et, ici encore, rien n'oblige l'Etat français à s'aligner sur le délai maximum de 18 mois autorisé par le droit communautaire. En pratique, l'ancien ministre de l'Immigration, de l'Intégration, de l'Identité nationale et du Développement solidaire s'était engagé, lors de l'élaboration de la directive, à maintenir le délai français en l'état. Gageons que son successeur garde mémoire de cet engagement et mette un terme à la tendance ininterrompue ces dernières années consistant à augmenter la durée légale maximale de rétention⁸⁰. (...)

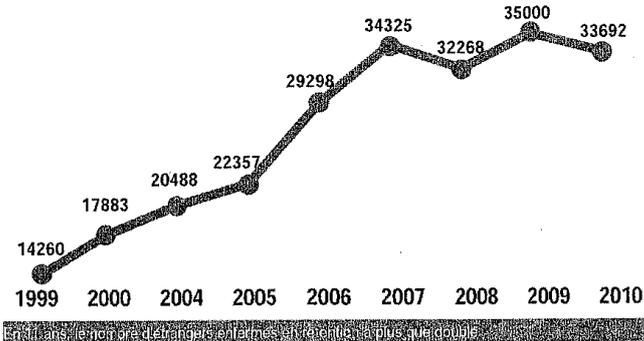
Doc. 4. La CIMADE,
Rapport 2010 sur les centres
et locaux des rétentions
administratives,
publié le 13 décembre 2011,
pp. 10-11-14
(www.cimade.org).

associations font apparaître 27 639¹⁶ mesures de ce type. La différence s'explique notamment parce que l'administration ne comptabilise pas les 356 enfants ayant pourtant connu ce type d'enfermement.

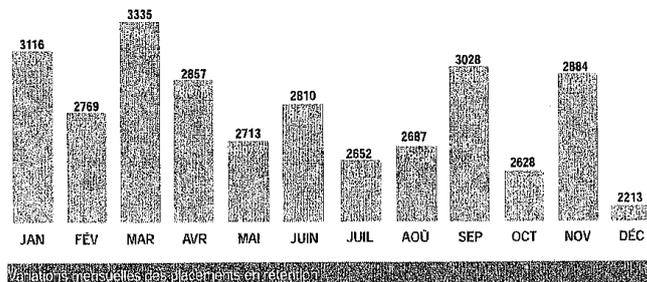
Par ailleurs, la comparaison des deux sources statistiques met en évidence le fait que l'administration ne communique pas le nombre de personnes placées dans des LRA. Si le total des placements en LRA est inconnu, il n'est pas négligeable. Ainsi, 1400

étrangers ont connu les cellules des seuls LRA de Cergy-Pontoise et de Choisy-le-Roi. En à peine plus de huit ans, le nombre de placement en rétention en métropole et en Guyane a plus que doublé, passant de 14 260 à 33 692.

Depuis 2007, l'enfermement massif des étrangers demeure relativement constant, variant entre 32 268 et 35 000 personnes¹⁷.



En 8 ans, le nombre d'étrangers en centres en rétention a plus que doublé



Évolutions mensuelles des maximums de placements en rétention

UN ENFERMEMENT MASSIF ET PARFAITEMENT RATIONNALISÉ

En 2010, l'administration a prononcé 33 692 placements dans les centres de rétention où nos associations étaient présentes (dont la Guyane).

Ces chiffres ne comprennent pas les étrangers placés dans les LRA, ni dans les centres de rétention de Mayotte, de Guadeloupe ou de l'île de La Réunion.

En prenant en compte ces derniers, en 2010 plus de 60 000 étrangers ont été enfermés dans des centres de rétention. Les 27 centres de rétention existants en France totalisaient 1746 places.

Pour l'ensemble des centres de rétention métropolitains, le ministère de l'Intérieur comptabilise 27 401 placements. Les données des

12 - Voir partie La criminalisation injustifiable des migrants en situation irrégulière

13 - <http://www.lejdd.fr/Societe/Actualite/Immigration-Les-policiers-de-la-PAF-a-Modane-temoignent-sur-les-conditions-de-leur-travail-2714467?alternapnews>

14 - « L'Europe vacille sous le fantôme de l'invasion tunisienne. Vers une remise en cause du principe de libre circulation dans l'espace Schengen ? » rapport de missions d'observation à la frontière franco-italienne, Anafé, GISTI, avril 2011.

15 - Voir partie Les atteintes à la libre circulation

16 - Afin de comparer le nombre de placements en rétention en métropole communiqué par les services de l'Etat avec celui des associations, les données du CRA de Guyane ont été sous-traitées.

17 - Ensemble des centres de rétention métropolitains, y compris le centre de rétention de Guyane. Cette comparaison annuelle ne prend pas en compte les autres centres de rétention ultramarins.

Les arrivées d'étrangers en rétention sont remarquablement stables si l'on considère les moyennes mensuelles. Cette stabilité traduit parfaitement la rationalisation des quotas d'éloignement fixés pour chaque préfecture et contrôlés par le ministère compétent tout au long de l'année. Ainsi les légères variations observables se produisent-elles en début et en fin d'année. En début d'année les préfectures ont globalement tendance à prendre une légère avance sur les objectifs qu'elles doivent atteindre, et à ralentir le nombre de placements en rétention en fin d'exercice lorsque les quotas sont atteints.

DURÉE DE L'ENFERMEMENT

En 2010 la durée de rétention pouvait varier entre 1 et 32 jours. Depuis juillet 2011 elle peut durer 45 jours.

La durée moyenne d'enfermement en 2010 aura été de 10 jours.

Cette moyenne masque des situations nombreuses qui s'en écartent. Des placements en rétention très rapides suivis de reconduites éclaircies organisées de plus en plus largement par l'administration. Et des étrangers maintenus en rétention durant 32 jours même si les possibilités d'obtention d'un laissez-passer consulaire nécessaire à leur éloignement sont faibles, voire nulles.

Mais cette moyenne reflète également un phénomène connu depuis de nombreuses années. Une très forte proportion des reconduites est effectuée durant les 15 premiers jours de la rétention administrative. Si bien que statistiquement, plus la rétention dure, plus la proportion de personnes éloignées est faible. Autrement dit l'allongement de la durée de rétention à 45 jours, comme le fait de maintenir en rétention au-delà du 15^{ème} jour permet peu de reconduite supplémentaire mais entraîne une forte augmentation du nombre de jours d'enfermement subis.

DAVANTAGE DE FEMMES EN RÉTENTION

ANNÉE	NOMBRE	%
2004	1823	8,90%
2005	1769	7,91%
2006	2730	9,32%
2007	2511	7,33%
2008	1967	6,09%
2009	1761	6,07%
2010	2513	9,24%

En 2010, il y a eu 24 696 hommes placés en rétention, soit 90,76% de l'ensemble des personnes.

Après trois années durant lesquelles il a baissé significativement, le nombre de femmes remonte en 2010 à un niveau similaire à 2006.

UNE POPULATION JEUNE ET DES MINEURS

0 A 6 ANS	7 A 15 ANS	16 A 17 ANS	18 A 24 ANS	25 A 39 ANS	40 A 59 ANS	60 ANS ET +
201	137	162	5300	16207	4473	140
0,76%	0,51%	0,61%	19,91%	60,68%	16,80%	0,53%
TOTAL			26620 ¹⁸	100,00%		

Age des personnes retenues

La population des centres de rétention est jeune, 80 % (21 507) des retenus étaient âgés de 18 à 39 ans au moment de leur placement. Selon leurs déclarations et les constats des associations, il s'agit essentiellement de travailleurs.

On peut noter que 140 personnes âgées de plus de 60 ans ont été enfermées en 2010, ainsi que 500 mineurs. Parmi ces mineurs, 356 étaient accompagnés d'un de leurs parents dans le centre de rétention¹⁹, 146 autres se sont déclarés mineurs mais l'administration les a considérés majeurs²⁰.

UN NOMBRE DE FAMILLES ET D'ENFANTS ENFERMÉS TOUJOURS PLUS GRAND

Le constat du rapport de La Cimade sur les centres de rétention en 2009 peut presque être repris mot pour mot pour l'année 2010. A une nuance près : en 2009, un triste record était battu avec 318 enfants enfermés. 2010 est l'année d'un nouveau record avec 356 enfants placés dans des centres de rétention accompagnés d'au moins un de leurs parents (178 familles au total).

EVOLUTION DU NOMBRE D'ENFANTS EN RÉTENTION

2004	165
2005	262
2006	197
2007	242
2008	222
2009	318
2010	356

Parmi ces enfants, 57 étaient âgés de moins d'un an, et 210 de moins de six ans.

ÂGE DES ENFANTS PLACÉS EN RÉTENTION

CATÉGORIE D'ÂGE	NOMBRE	%
NOURRISSONS (1 MOIS - 1 ANS)	57	16 %
ENFANT EN BAS ÂGE (2 ANS - 6 ANS)	153	43 %
ENFANTS (7 ANS - 12 ANS)	96	27 %
ADOLESCENTS (13 ANS - 17 ANS)	50	14 %
TOTAL	356	100 %

DURÉE MOYENNE DE LA RÉTENTION POUR LES FAMILLES

La durée moyenne de rétention de ces familles s'est raccourcie depuis 2009, passant de 5 à 2,7 jours. Cette évolution a permis de réduire la durée d'un enfermement très pénible mais qui n'en a pas moins existé. En outre, cette accélération des placements en rétention traduit un autre phénomène portant atteinte aux droits des familles : des reconduites à la frontière exécutées si rapidement que de plus en plus fréquemment aucun recours n'est possible.

DES FAMILLES INTERPELÉES ET ENFERMÉES SURTOUT AU MOIS D'AOUT

L'administration a tenté d'éloigner trois fois plus de familles durant le mois d'août que le reste de l'année. En août, 34 familles composées de 109 personnes au total ont eu à connaître la rétention, contre 11 familles composées de 48 personnes en moyenne les autres mois de l'année.

Nombre de membres de familles placés en rétention en moyenne mensuelle sur 11 mois :

11 familles

48 personnes

Nombre de membres de familles placés en rétention en moyenne au mois d'août

34 familles

109 personnes

18 - Ces données portent sur un effectif partiel de 26 620 personnes, la date de naissance n'ayant pas été recueillie pour les autres. Cependant, les âges des mineurs ont tous été recensés.

19 - Voir partie La famille ébranlée par la rétention.

20 - Voir partie L'enfermement des mineurs isolés.

55,5 % D'ÉTRANGERS LIBÉRÉS À L'ISSUE DE LA RÉTENTION

Deux raisons principales président à ces libérations. D'une part celles qui sont prononcées par des juges (29,5 %). Et d'autre part celles qui sont décidées par l'administration (24,6 %). Pour ces dernières, il s'agit presque exclusivement de cas où l'administration et la police ne sont pas parvenues à déterminer l'identité et la nationalité de l'étranger et/ou à obtenir une autorisation de son consulat pour pouvoir l'éloigner de force. Les recours gracieux formulés par les associations auprès de préfetures ou du ministère compétent n'aboutissant presque jamais²⁹.

En ce qui concerne les décisions des juges, une forte proportion des libérations (71 %) vient sanctionner les atteintes aux droits des étrangers commises au cours de la procédure judiciaire : interpellation, garde à vue, notification des droits, etc.

Ces mêmes juges judiciaires ont également décidé d'assigner à résidence des personnes en considérant que, contrairement à ce qu'indiquait la décision préfectorale, elles présentaient des garanties de représentation suffisantes pour ne pas demeurer enfermées dans l'attente d'un éloignement (16 % des libérations).

Parmi les décisions de libération prononcées par la Justice, 11 % l'ont été par des magistrats administratifs. Les tribunaux administratifs sont venus sanctionner des décisions préfectorales d'éloignement, de placements

en rétention ou du pays de destination fixé. Ces décisions de justice ont porté sur le respect de la vie privée et familiale, sur les risques encourus de traitement inhumain ou dégradant en cas de retour, sur l'inopportunité d'un placement en rétention préalable à l'éloignement forcé, ou plus largement sur des procédures administratives viciées.

Au regard de l'entrée en vigueur durant l'été 2011 de la nouvelle loi sur l'immigration, cet état de fait est appelé à évoluer. Le législateur ayant clairement cherché à écarter le juge judiciaire qui, en faisant respecter le droit, fut encore la cause principale des libérations en 2010.

D'une part, le droit européen prévoit que la rétention doit intervenir en dernier recours après que l'administration ait cherché une autre solution moins coercitive. En droit français, cette solution réside dans l'assignation à résidence que l'administration n'utilise quasiment jamais. Les premiers mois d'application de la loi confirment qu'effectivement la rétention demeure la règle et l'assignation l'exception.

D'autre part, le JLD intervient depuis juillet 2011 après cinq jours de rétention contre 48 heures en 2010. En conséquence, le nombre d'étrangers reconduits à la frontière sans qu'un juge puisse contrôler la procédure judiciaire devrait naturellement augmenter en 2011. La nouvelle possibilité de saisir le juge administratif pour contester le placement en rétention ne pourra compenser ce déficit de

contrôle des actions de la police et de l'administration entre l'interpellation et l'arrivée au centre de rétention.

Enfin, saisie en urgence depuis les centres de rétention d'une demande de suspension des éloignements forcés, dans 83 cas au moins la CEDH a enjoint l'Etat français à en stopper provisoirement l'exécution. D'après ses propres chiffres³⁰, en 2010 la CEDH a été saisie de 320 demandes de suspension émanant du territoire français. Pour 123 de ces saisines, elle a ordonné à l'Etat de suspendre les éloignements forcés.

La CEDH est un dernier rempart pour les personnes risquant de subir des traitements inhumains et dégradant en cas de retour dans leur pays. Sa réactivité permet de compenser partiellement des risques qui ne sont pas toujours pris en compte par les juridictions françaises. Son action traduit également le manque d'examen individuel caractéristique d'un grand nombre de mesures d'éloignement prononcées par l'administration. Enfin, le recours dans l'urgence à cette juridiction est lié au fait que les conditions d'une demande d'asile effectuée en rétention sont particulièrement défavorables au plein exercice de ce droit fondamental (demande à effectuer durant les cinq premiers jours de la rétention, rédigée en français sans assistance d'un interprète pris en charge par l'Etat).

29 - Toutefois en Guyane, la situation est particulière. Aucun recours suspensif ne permet de contester les mesures d'éloignement. Aussi la préfecture fait-elle parfois droit aux recours gracieux formulés depuis le centre de rétention par La Cimade (225 décisions favorables représentant 12,6 % des recours gracieux).

30 - Etude statistique thématique, demandes de mesures provisoires en 2010, CEDH, 2011.

Doc. 5. « Absence de contrôle du juge judiciaire sur le choix du centre de rétention administrative », *Droit Administratif* n° 4, Avril 2011, comm. 39
Commentaire par Vincent TCHEN

Le juge judiciaire saisi en application de l'article L. 551-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, ne peut se prononcer sur la légalité de la décision administrative désignant le centre de rétention administrative dans lequel l'étranger sera maintenu.

Cass. 1re civ., 26 janv. 2011, n° 09-12.665,

Sur le moyen unique :

Vu le principe de la séparation des pouvoirs et les articles L. 551-1 et R. 551-2 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ;

Attendu que, pour dire n'y avoir lieu à prolongation de la rétention administrative de Mme B. épouse H., de nationalité togolaise, en situation irrégulière en France, interpellée dans le département des Pyrénées-Atlantiques, l'ordonnance attaquée, rendue par le premier président d'une cour d'appel, retient qu'il n'est pas contesté que le centre de rétention administrative de Hendaye est actuellement quasiment vide, que de nombreuses personnes retenues dans ce centre ont été transférées à Toulouse depuis que s'est développée, dans le ressort de la cour d'appel de Pau, une jurisprudence contestée par l'Administration, à tel point que le centre de rétention de Toulouse est actuellement très chargé, et que cette pratique de l'administration,

qui lui permet de choisir son juge, n'est pas conforme au respect des droits de la défense ;

Qu'en statuant ainsi, alors que le juge judiciaire saisi en application de l'article L. 551-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, ne peut, sans excéder ses pouvoirs, se prononcer sur la légalité de la décision administrative désignant le centre de rétention administrative dans lequel l'étranger sera maintenu, le premier président a violé le principe et les textes susvisés ;

Vu l'article L. 411-3 du Code de l'organisation judiciaire ;

Et attendu que les délais légaux de rétention étant expirés, il ne reste plus rien à juger. Par ces motifs : casse et annule, en toutes ses dispositions, l'ordonnance rendue le 19 mars 2009, entre les parties, par le premier président de la cour d'appel de Toulouse ; dit n'y avoir lieu à renvoi ; dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'ordonnance cassée ; ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du 26 janvier 2011.
(...)

Note :

Une pratique aussi répandue que contestable consiste, pour l'Administration, à « choisir son juge » en s'abstenant de placer un étranger en instance d'éloignement forcé dans un centre de rétention administrative situé dans le ressort d'une juridiction qui ne statue pas dans le sens qu'elle estime opportun. Ce comportement est constitué lorsque le préfet refuse systématiquement de retenir des étrangers dans un centre, dans le cas présent celui de Hendaye, pourtant interpellés dans le département et alors même que ce centre est notoirement inutilisé. Un magistrat délégué de la cour d'appel de Toulouse avait observé que ce transfert était décidé « depuis que s'est développée, dans le ressort de la cour d'appel de Pau, une jurisprudence contestée par l'Administration, à tel point que le centre de rétention de Toulouse est actuellement très chargé ». Il en avait conclu que « ce comportement n'est pas conforme au respect des droits de la défense. » Sans se prononcer sur le fond de cette question, la Cour de cassation a cassé l'ordonnance d'appel. Elle a estimé que l'appréciation de la légalité de l'arrêté de placement en rétention ne relevait pas de la compétence du juge des libertés et de la détention (JLD).

1. L'argumentation du juge d'appel de Toulouse pointait une atteinte aux droits de la défense.

Ce moyen lui permettait de justifier son droit de regard sur une décision administrative et de refuser le maintien en rétention. Pour classique qu'elle soit (l'atteinte aux droits de la défense explique environ 30 % des remises en liberté), cette conclusion sous-entendait que la mise en échec de la compétence

du JLD de Bayonne avait préjudicié aux droits de l'étranger (défaut de notification, privation d'une garantie...). Si le raisonnement ne manquait pas d'audace, il était sur le fond doublement périlleux. L'atteinte aux droits de la défense n'était tout d'abord guère appropriée si l'on veut bien admettre que ces droits doivent avoir été bafoués avant la demande de prolongation ou dans le cadre du maintien en rétention. C'est à ce titre que le JLD peut prononcer la remise en liberté d'un étranger irrégulièrement interpellé puis placé en rétention. L'ordonnance d'appel ne soulevait aucune atteinte de cette nature. Elle dénonçait simplement le fait d'avoir privé un étranger d'une jurisprudence locale, celle du JLD de Bayonne, réputée plus favorable et estimait que ce transfert constituait une violation des droits de la défense.

Le magistrat délégué de Toulouse mettait par ailleurs en cause le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires en se prononçant sur la légalité de la décision de placement en rétention. Or celle-ci prend la forme d'un acte pris dans l'exercice d'une prérogative de puissance publique au même titre que la mesure d'éloignement forcé et de l'arrêté fixant le pays de retour. Par sa nature, l'appréciation de sa légalité relève donc de la seule compétence du juge administratif (V. sur ce point T. confl., 20 juin 1994, n° 2932, Madaci et Youbi : [JurisData n° 1994-043291](#) ; Rec. CE 1994, p. 603). En conséquence, le juge judiciaire doit formellement s'abstenir de prononcer une remise en liberté pour des raisons tirées de l'illégalité d'une telle mesure, fut-ce indirectement par le biais de l'exception d'illégalité. Les pouvoirs du préfet pour assurer l'exécution des mesures de départ forcé reposant sur une habilitation législative, aucune voie de fait ne peut non plus être invoquée pour justifier dans ce domaine la compétence du JLD (V. par exemple, CA Paris, 1er avr. 2009, n° 09/01232, Préfet Val-de-Marne).

2. L'affaire jugée par la Cour de cassation posait également la question de la marge de manoeuvre ouverte au préfet lorsqu'il décide de placer un étranger en rétention. Ce point n'a pas été tranché par l'arrêt dans la mesure où, comme cela vient d'être souligné, cette question relève de la seule compétence de la juridiction administrative.

En première analyse, le préfet peut se prévaloir d'un pouvoir discrétionnaire au sens où les centres de rétention ont une « vocation nationale » pour recevoir les étrangers en instance d'éloignement « sans considération de la compétence géographique du préfet ayant pris l'arrêté de placement en rétention » et « quel que soit le lieu de (...) résidence ou d'interpellation » des intéressés ([C. étrangers, art. R. 551-2](#)). Le préfet met alors en oeuvre la mesure d'éloignement « quel que soit le lieu où l'étranger en cause est maintenu en rétention » (ibid.). Pareille rédaction ménage sans contestation possible le pouvoir d'appréciation du préfet qui peut ainsi choisir en opportunité le centre de rétention sans avoir à motiver sa décision. Méconnaissant au passage le champ de sa propre compétence, un autre juge délégué de la cour d'appel de Toulouse avait conclu en ce sens le même jour que l'ordonnance contestée et déferée à la Cour de cassation. Il avait ainsi été observé qu'« il appartient aux autorités administratives de choisir le centre de rétention en fonction notamment des contingences matérielles et des disponibilités » (CA Toulouse, ord., 19 mars 2009, n° 67/2009, Ahmed Z.). On appréciera au passage la cohérence de la jurisprudence de la cour d'appel de Toulouse qui a donc produit le même jour deux ordonnances concluant en des directions strictement contraires.

Une autre lecture de l'article R. 551-2 du code peut être livrée. Le pouvoir réglementaire a conféré au préfet une marge d'appréciation pour assurer un placement effectif des étrangers et éviter de compromettre un départ forcé au seul motif que le centre situé dans le lieu d'interpellation est complet. De fait, le manque de places dans les centres de rétention constitue une cause importante d'inexécution des mesures de départ forcé, en dépit d'une amélioration constatée ces dernières années : 18 % en 2008 ; 20 % en 2007 ; 30 % en 2006 (5e Rapp. annuel sur l'immigration : Doc. fr. 2010, p. 96). Le code se réfère d'ailleurs à « la limite de [la] capacité d'accueil » du centre pour justifier un placement. L'article R. 551-2 du code devant être lu à l'aune de cette seule considération, on inclinera à penser que le préfet détourne cette disposition de son objet lorsqu'il ne place pas un étranger dans le centre situé dans le ressort du lieu d'interpellation. Cette présomption de détournement de la loi pourrait bien évidemment être renversée par le préfet en établissant une saturation de ce centre ou encore la nécessité de retenir un étranger à proximité d'un aéroport pour faciliter l'exécution du départ forcé.

Si ce n'était déjà la douloureuse question des transferts des étrangers, l'enjeu de ce débat serait sans doute mineur si la jurisprudence judiciaire présentait une unité incontestable. Presque taboue, l'absence notoire d'unité des décisions rendues par les JLD en première instance comme en appel s'inscrit donc en filigrane de l'affaire tranchée par la Cour de cassation le 26 janvier 2011. Pour cette

raison centrale, au-delà de la qualification que pourrait retenir le juge administratif s'il était saisi du choix du lieu de rétention, le véritable enjeu demeure donc celui de la clarification du contentieux de la prolongation des étrangers placés en rétention. Autant le dire, le projet de loi en cours de discussion au Parlement et qui doit être adopté prochainement n'apporte sur ce chapitre aucun motif d'espoir.

Doc. 6. « A Marseille, un centre de rétention peut cacher un tribunal. Des affaires de sans-papiers sont jugées dans des enceintes dépendant de l'Intérieur : des avocats protestent » ?, *Libération*, 26 septembre 2006.

Par HENRY Michel

Un quartier excentré de Marseille, Le Canet. Une affiche de pub pour des vacances propose le «*droit à l'évasion*». Rien de tel, ici. Au bout du boulevard des Peintures, une grille verte coulisse, un panneau indique : «*CRA ZA DZ PAF*». Tout le monde a compris qu'il s'agit du nouveau centre de rétention administrative, qui a remplacé celui d'Arenc. On y retient des étrangers en situation irrégulière. On les y juge, aussi, et c'est nouveau : d'habitude, la justice se rend dans des tribunaux. Mais là, il y a exception, depuis le 4 septembre : on appelle ça la «*délocalisation*». Drôle d'endroit pour un tribunal. «*Personne, passant dans la rue, ne peut penser qu'une salle d'audience est sise en ce lieu*», regrette Me Yves Perrot, pour le syndicat des avocats de France (SAF). Les avocats grondent. Protestent. Se battent. En vain. Jean-Yves Martorano, juge des libertés et de la détention, qui officie ici, leur a répondu hier : «*Si, à titre personnel, nous regrettons de devoir nous déplacer et rendre justice ailleurs que dans l'enceinte habituellement réservée à notre office, nous ne pouvons qu'obtempérer à l'ordre du législateur.*»

Ailleurs, à Roissy, la salle d'audience construite dans l'aéroport, ne fonctionne pas : les magistrats de Bobigny et les avocats refusent de s'y rendre. Au centre de rétention de Coquelles (Pas-de-Calais), des audiences ont débuté. Pareil à Cornebarrieu, près de Toulouse. Là aussi, les avocats ont protesté. En vain. Maintenant, c'est au tour de Marseille. «*Et demain, toute la France ? Voir des salles d'audience dans les maisons d'arrêt ?*», s'indigne Me Didier Liger.

Hier, il est venu, au nom du Conseil national du barreau (CNB), représentant les 45 000 avocats de France, protester au nom du «*principe de séparation des pouvoirs*» : «*C'est une évidence, la justice se rend dans les palais de justice.*» Au centre de rétention, on est au ministère de l'Intérieur. Même si la salle d'audience est indépendante, on ne trouve «*aucun symbole de la justice*». Pendant l'audience, hier, alors qu'on juge quatre retenus, une policière répond à son téléphone portable : dans un palais de justice, elle chasserait quiconque ferait de même. «*M. le juge, vous avez le choix. Vous pouvez refuser de siéger !*», implore Me Liger. A Toulouse, les avocats ont choisi le boycott. Ils ne se rendent qu'aux audiences à la cour d'appel. Du coup, la cour d'appel délocalise ses audiences... au centre de rétention. A Marseille, les avocats refusent le boycott : ils veulent défendre les étrangers. Dans une drôle d'ambiance. Mais la cour d'appel d'Aix-en-Provence a estimé la procédure régulière : «*Le fait que la salle d'audience [...] dépende d'un ensemble immobilier plus vaste dont la gestion dépend du ministère de l'Intérieur n'affecte en rien l'indépendance de la justice.*»

**Doc. 7. « L'exécution des mesures d'éloignement des étrangers en situation irrégulière »
Droit Administratif n° 8, Août 2012, comm. 74**

Commentaire par Vincent TCHEN, professeur de droit public à l'université du Havre

Un avis de la chambre criminelle de la Cour de cassation indique qu'il n'est pas possible de placer en garde à vue un étranger en situation irrégulière pour le seul motif qu'il est en situation irrégulière.

Cass. crim., avis, 5 juin 2012, n° 11-19.250, 11-21.792, 11-19.378, 11-19.251, 11-30.371, 11-30.530, 11-30.384 : JurisData n° 2012-011915

(...)

Vu la demande d'avis formulée le 3 avril 2012 par la première chambre civile à l'occasion de l'examen des pourvois B1119250, Q1121792, R1119378, C1119251, N1130530, D1130384, Q11130371 et ainsi libellée : «*À la lumière des arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne du 28 avril 2011 (El Dridi) et du 6 décembre 2011 (Achugbajian) ainsi que, d'une part, de l'article 63 du Code de procédure pénale dans sa version antérieure à celle issue de la loi du 14 avril 2011, d'autre part, des articles 62-2 et 67 du Code de procédure pénale dans leur rédaction actuellement en vigueur, un*

ressortissant d'un État tiers à l'Union européenne peut-il être placé en garde à vue, sur le fondement du seul article L. 621-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) ? » ;

Vu la communication faite au procureur général ;

Vu la directive 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 situation irrégulière ;

Vu les arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne du 28 avril 2011 (El Dridi) et du 6 décembre 2011 (Achughabian) ;

A émis l'avis suivant :

« Il résulte de l'article 62-2 du Code de procédure pénale issu de la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 qu'une mesure de garde à vue ne peut être décidée par un officier de police judiciaire que s'il existe des raisons plausibles de soupçonner que la personne concernée a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'emprisonnement ; qu'en outre, la mesure doit obéir à l'un des objectifs nécessaires à la conduite de la procédure pénale engagée ; qu'à la suite de l'entrée en application de la directive du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants d'États tiers en séjour irrégulier, telle qu'interprétée par la Cour de justice de l'Union européenne, le ressortissant d'un État tiers mis en cause, pour le seul délit prévu par l'article L. 621-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers, n'encourt pas l'emprisonnement lorsqu'il n'a pas été soumis préalablement aux mesures coercitives visées à l'article 8 de ladite directive ; qu'il ne peut donc être placé en garde à vue à l'occasion d'une procédure diligentée de ce seul chef ;

Pour les mêmes raisons, il apparaît que le ressortissant d'un État tiers ne pouvait, dans l'état du droit antérieur à l'entrée en vigueur de la loi du 14 avril 2011, être placé en garde à vue à l'occasion d'une procédure diligentée pour entrée ou séjour irréguliers selon la procédure de flagrant délit, le placement en garde à vue n'étant possible, en application des articles 63 et 67 du Code de procédure pénale alors en vigueur, qu'à l'occasion des enquêtes sur les délits punis d'emprisonnement. Le même principe devait prévaloir lorsque l'enquête était menée selon d'autres formes procédurales » (...).

Note :

Acteurs et observateurs du droit des étrangers espèrent assez unanimement que l'avis de la chambre criminelle du 5 juin 2012 mettra un terme à une odyssée judiciaire suscitée par l'entrée en vigueur de la directive « retour » du 16 décembre 2008. En se conformant un mois plus tard à la position de la chambre criminelle, la première chambre civile ne laisse d'ailleurs aucune marge de manœuvre aux pouvoirs publics (Cass. 1re civ., 5 juill. 2012, n° 11-30.371 – Cass. 1re civ., 5 juill. 2012, n° 11-30.530 et Cass. 1re civ., 5 juill. 2012, n° 11-19.250). En visant cette directive « telle qu'interprétée par la Cour de justice de l'Union européenne », l'avis suggère une interprétation qui se déduit d'une lecture pointilleuse mais implacable du droit européen (sur ces sources, CJUE, gde ch., 6 déc. 2011, aff. C-329/11, Achughabian c/ Préfet du Val-de-Marne : Dr. adm. 2012, comm. 17, V. Tchen. – CJUE, 28 avr. 2011, aff. C-61/11, El Dridi : Dr. adm. 2011, comm. 62, V. Tchen). C'est ici la première vertu d'une solution radicale qui avait fait jusqu'alors défaut, plongeant le contentieux judiciaire de la rétention administrative dans un profond chaos. Il est en effet recommandé de prohiber toute garde à vue d'un étranger que l'on sait en situation irrégulière en l'absence de délit susceptible de justifier ce placement. Selon la chambre criminelle, de telles poursuites, qu'elles soient ou non diligentées, contredisent l'objectif de la directive « retour » qui contraint les autorités nationales à rechercher en priorité l'éloignement administratif des étrangers en situation irrégulière. La même directive impose de respecter une échelle graduée de mesures pour parvenir à cette fin : départ spontané dans un délai déterminé ; refus d'accorder un délai de départ volontaire ; mesures contraignantes s'il existe un risque de fuite au premier rang desquelles l'assignation à résidence ou la rétention. Dans cette logique qui interdit de promouvoir la répression pénale au rang d'outil de régulation de l'immigration, la détention d'un étranger en situation irrégulière ne saurait, par nature, que retarder l'exécution de la mesure de retour.

La radicalité de la position de la chambre criminelle tranche singulièrement avec l'attentisme des pouvoirs publics qui ont, jusqu'alors, préféré se nourrir de la complexité de la jurisprudence européenne au risque d'entretenir des interprétations contentieuses contradictoires. Ce désastre judiciaire aurait pu être évité si, au lieu de préférer la voie de circulaires décernant un brevet de

conformité du droit français, les ministres de la Justice et de l'Intérieur avaient suscité une réforme de la garde à vue des étrangers et du délit de séjour irrégulier.

1 – Le coeur de la question transmise à la chambre criminelle par la première chambre civile dans le cadre d'une procédure assez exceptionnelle se concentrait sur la compatibilité du délit de séjour irrégulier avec la directive « retour » (C. étrangers, art. L. 621-1). En constatant une incompatibilité de principe, les magistrats interdisent pour l'avenir toute garde à vue d'étrangers en situation irrégulière dans la mesure où, depuis la réforme du 14 avril 2011, la loi française conditionne ce placement à la commission d'un crime ou d'un délit puni d'une peine d'emprisonnement (CPP, art. 62-2). Or, précisément, les intéressés ne peuvent plus commettre de délit, sauf à faire l'objet de poursuites pénales qui s'avéreraient contraires à la directive « retour ». Le même constat est dressé pour les gardes à vue diligentées avant le 14 avril 2011 selon la procédure de flagrant délit et qui n'étaient possibles que dans le cadre d'une enquête portant sur un délit puni d'emprisonnement (CPP, art. 63 et 67). Dans ses arrêts rendus le 5 juillet 2012, la Cour de cassation reprend ce raisonnement : la directive s'oppose à une réglementation réprimant le séjour irrégulier d'une peine de prison si cet étranger est simplement non disposé à quitter le territoire volontairement alors qu'il n'a pas déjà été soumis à une mesure coercitive ou, point non soulevé par la chambre criminelle, « a déjà fait l'objet d'un placement en rétention, mais n'a pas vu expirer la durée maximale de cette mesure ».

À l'heure où tous les commentateurs s'autocongratulent d'avoir prédit cette solution, on observera benoîtement que cette incompatibilité entre le délit de séjour irrégulier et la directive « retour » n'avait pas été formellement dressée par la Cour de justice de l'Union européenne. À deux reprises, celle-ci s'était bornée à identifier les limites de l'action pénale en droit des étrangers. Selon la Cour, cette action ne peut être ouverte que si les pouvoirs publics ont d'abord cherché à éloigner par la voie administrative un étranger en situation irrégulière. Si la clarté de ce principe n'a jamais été discutée au lendemain de son désormais célèbre arrêt du 28 avril 2011, il demeure que la Cour de justice n'a jamais dénoncé en tant que tel le délit de séjour irrégulier. On peut même déduire de sa deuxième décision qu'il concourt, à sa manière, à la réalisation de l'objectif général de la directive « retour ». Il a en effet été souligné que celle-ci « ne s'oppose pas à ce que le droit d'un État membre qualifie le séjour irrégulier de délit et prévoit des sanctions pénales pour dissuader et réprimer la commission d'une telle infraction aux règles nationales en matière de séjour » (CJUE, 6 déc. 2011, préc., § 28).

Deux circulaires des 12 mai 2011 et 13 décembre 2011 signées par les ministres de l'Intérieur et de la Justice ont feint de croire que le juge européen avait sauvé le dispositif français qui fait du délit de séjour irrégulier et de la garde à vue la pierre angulaire du processus administratif d'éloignement forcé. Suivant leur raisonnement, l'incrimination serait indépendante de toute décision d'éloignement, la directive « retour » ne s'opposant à des poursuites pénales que lorsqu'une mesure de départ forcé a été édictée. L'intéressé ne peut alors qu'être, tout au plus, placé en rétention administrative. Preuve de la complexité du débat, ce raisonnement n'était, à la vérité, pas entièrement erroné au sens où les étrangers en instance de départ forcé ne relèvent pas tous de la directive « retour ». C'est le cas des étrangers visés par une expulsion, une réadmission ou une interdiction du territoire français. On songe surtout aux personnes qui, après s'être opposées à l'exécution d'une procédure administrative de départ forcé ou après être revenues illégalement en France, s'exposent à des poursuites pénales au titre de l'article L. 621-1 du Code des étrangers. Simultanément, ce délit ne se borne pas à énoncer un champ d'application aussi restrictif en incriminant de manière indéterminée « l'étranger qui a pénétré ou séjourné en France irrégulièrement ». Intangible depuis le décret-loi « Daladier » du 2 mai 1938, la formule se distingue par sa généralité et n'exonère pas les étrangers simplement visés par une procédure de départ forcé pour séjour irrégulier. Pour la chambre d'accusation, cette indétermination scelle l'illégalité d'un délit de séjour irrégulier visant l'ensemble des étrangers, y compris ceux placés sous la protection ô combien paradoxale de la directive « retour ».

2 – Cette première conclusion ruine par déduction toute perspective de garde à vue d'un étranger relevant de ce texte dès lors qu'un tel placement est, depuis la réforme du 14 avril 2011, conditionné à l'existence d'un délit puni d'une peine de prison.

Une lecture plus conciliante aurait pu être envisagée pour autoriser une garde à vue destinée à établir si un étranger peut faire l'objet de poursuites pénales ou si, relevant de la directive « retour », il doit être éloigné par la voie administrative. Cette interprétation pouvait s'alimenter des conclusions de la Cour

de justice de l'Union européenne qui avait souligné que la directive ne s'opposait pas à une « arrestation initiale » pour s'assurer qu'un étranger séjourne ou non régulièrement (CJUE, 6 déc. 2011, préc., § 30). On pouvait déduire de ce constat que la vérification d'identité de quatre heures et la garde à vue entraient dans ce périmètre, à charge pour les pouvoirs publics d'opter, au terme de ces vérifications, pour l'action administrative ou pénale. Ce raisonnement avait été présenté par l'avocat général Claude Mathon lors de l'audience devant la chambre criminelle, le 22 mai 2012. Il observait notamment que l'article L. 621-1 du Code des étrangers, « en ce qu'il prévoit une peine d'emprisonnement, peut (...) être le support d'un placement en garde à vue (...) aussi brève que possible mais suffisante pour permettre aux autorités en charge de prendre la mesure d'éloignement de disposer d'un délai raisonnable à cette fin ».

Très favorable aux pratiques de l'Administration, cette interprétation a été écartée par la chambre d'accusation pour le motif premier que l'article 62-2 du Code de procédure pénale n'autorise la garde à vue, on l'a dit, que si l'infraction est punie d'emprisonnement. Or cette perspective ne vise qu'un nombre très limité d'étrangers contrôlés en situation irrégulière. Plus précisément, la garde à vue doit constituer « l'unique moyen » de permettre des investigations ou de garantir la mise en oeuvre de mesures destinées à faire cesser une infraction. En l'inscrivant dans une logique administrative alors qu'elle n'est qu'une mesure d'enquête pénale, les autorités la détournent de son objet. Comme l'avait relevé maître Francis Spinosi dans ses conclusions devant la chambre d'accusation, « on ne peut donc, ainsi que semble le croire le gouvernement, scinder artificiellement la mesure de garde à vue et l'infraction qu'elle a pour finalité de caractériser. Comment retenir qu'une garde à vue est régulière quand il n'existe aucun délit qui soit susceptible de venir la justifier ? ».

On insistera par ailleurs sur le fait que la Cour de justice de l'Union européenne est loin d'avoir validé sans réserve le placement en garde à vue d'un étranger pour permettre à l'autorité de clarifier sa situation administrative. Certes, sa décision du 6 décembre 2011 qui concernait la France vise bien la « garde à vue » (§ 30). Cette référence ne renvoie toutefois pas à l'architecture du droit français et, notamment, ne dit rien de la subordination de cette mesure à la commission d'un crime ou d'un délit puni d'emprisonnement. Tout au plus, la Cour concède la possibilité de mesures internes pour mettre les autorités à même d'identifier une personne contrôlée et de vérifier la régularité de son séjour. Sur ce seul point, elle relève qu'« il serait porté atteinte à l'objectif de la directive, à savoir le retour efficace des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, s'il était impossible pour les États membres d'éviter, par une privation de liberté telle qu'une garde à vue, qu'une personne soupçonnée de séjour irrégulier s'enfuit avant même que sa situation n'ait pu être clarifiée » (ibid. § 30). Ce délai de privation de liberté doit toutefois être « bref mais raisonnable » (ibid., § 31). En droit français, le contrôle de quatre heures prévu par l'article 78-3 du Code de procédure pénale satisfait seul à cette dernière exigence même si la chambre d'accusation ne se prononce pas sur ce point. Ce délai est réputé suffisant pour identifier une personne contrôlée sur la voie publique et s'assurer de la régularité de son séjour. Il est en revanche trop bref pour organiser le placement en rétention administrative...

On concédera à l'avis de la chambre d'accusation la très grande vertu de faire cesser le dévoiement d'une mesure de procédure pénale mise notoirement au profit d'une action administrative. Le délai de garde à vue est en effet utilisé non pour établir la réalité du délit de séjour irrégulier mais pour réaliser les formalités préalables à la rétention (constitution d'une escorte, recherche d'une place dans un centre, détermination du pays de retour, etc.). Les statistiques font foi de cette pratique. Alors que 60 000 gardes à vue sont justifiées chaque année par l'article L. 621-1 du Code des étrangers, 597 condamnations pour séjour irrégulier ont seulement été prononcées en 2010. Dans le même temps, 32 880 étrangers ont été placés en rétention administrative, pour la quasi-totalité d'entre eux après avoir été préalablement gardés à vue.

3 – L'avis de la chambre d'accusation a immédiatement suscité trois réactions très contrastées des acteurs du contentieux de la rétention administrative.

La première, semble-t-il majoritaire, a conduit des juges des libertés et de la détention à annuler les procédures au cours desquelles les étrangers avaient été placés en garde à vue avant d'être placés en rétention administrative. Cette solution radicale n'est pas inédite. Au lendemain de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 6 décembre 2011, plusieurs juges s'étaient déjà prononcés en ce sens (V. ainsi CA Aix-en-Provence, 8 déc. 2011, n° 11/00383 et CA Aix-en-Provence, 8 févr. 2012, n° 12/00064). Deux circulaires du 6 juillet 2012, non publiées à ce jour, des ministres de la Justice et

de l'Intérieur confortent cette interprétation. La garde des Sceaux a ainsi invité « les officiers de police judiciaire à éviter de recourir désormais à une mesure de garde à vue du seul chef de séjour irrégulier », réservant cette mesure aux délits connexes ou détachables du délit de séjour irrégulier (violence, usage de faux, usurpation d'identité, récidive de refus d'éloignement forcé...). ». Selon cette perspective, l'étranger peut simplement être retenu sur place ou, pendant quatre heures, dans le local de police aux fins de vérification d'identité à la suite d'un contrôle d'identité diligenté dans le cadre du seul article 78-3 du Code de procédure pénale (sur l'impossibilité de contrôler un titre de séjour sur la base de l'article L. 611-1 du Code des étrangers, CJCE, 22 juin 2010, aff. C-188/10 et C-189/10, Melki, Abdel et Cass. 1re civ., 6 juin 2012, n° 10-25.233 : JurisData n° 2012-011927). L'intéressé peut également faire l'objet d'une audition libre sous la stricte réserve de n'avoir fait l'objet d'aucune contrainte par les forces de l'ordre (CPP, art. 73).

Dans le même temps, d'autres juges et parquets ont continué de se conformer aux instructions du ministre de la Justice des 12 mai 2011 et 6 décembre 2011 qui invitaient les procureurs à faire « systématiquement » appel des décisions de libération fondées sur « l'inconventionnalité alléguée de l'article L. 621-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile au regard de la directive du 16 décembre 2008 ». Intenable depuis les circulaires du 6 juillet 2012, cette posture dérisoire a été condamnée par un communiqué du syndicat de la magistrature en date du 13 juin 2012 qui visait notamment l'attitude du procureur de la République de Paris. Le communiqué appelle à « rompre avec cette pratique détestable et renoncer à faire de la garde à vue la salle d'attente des décisions des préfets. »

Une troisième option tout aussi regrettable pourrait inciter les parquets à invoquer abusivement un délit connexe (outrage, rébellion, etc.) pour justifier le placement en garde à vue, quitte à ne pas engager de poursuites ultérieures et à préférer la voie administrative de l'éloignement forcé. Une solution médiane pourrait consister ici à justifier une garde à vue par l'article L. 624-1 du Code des étrangers. Non visé par la demande d'avis, ce délit sanctionne l'étranger qui se soustrait à l'exécution d'une mesure de départ forcé, qui revient en France sans autorisation après avoir fait l'objet d'une telle mesure ou qui ne présente pas les documents ou renseignements adéquats pour permettre son départ. La garde à vue serait ici justifiée par la nécessité de s'assurer qu'un étranger contrôlé en situation irrégulière n'entre pas dans ce champ d'incrimination qui ne nous paraît pas contraire à l'objectif de la directive « retour ». On espère toutefois qu'aucun parquet ne s'engagera dans une telle aventure qui continuerait d'utiliser une mesure de procédure pénale pour des fins purement administratives au sens où les étrangers concernés seraient, de toute évidence, placés en rétention au terme du délai de garde à vue.

Ce contexte très incertain ne devrait être que provisoire dans l'attente d'une réforme esquissée par la circulaire du ministre de l'Intérieur du 6 juillet 2012 qui promet, dès l'automne 2012, de « nouvelles règles, prenant en compte les impératifs constitutionnels et européens (pour) garantir un équilibre indispensable entre le respect des libertés individuelles et les exigences de maîtrise des flux migratoires. Ce nouveau cadre législatif serait spécialement dédié à la situation des étrangers contrôlés en situation irrégulière sur la voie publique et déconnecté de toute perspective de poursuites pénales. Limitée dans le temps, la nature de cette mesure pourrait toutefois poser problème. Comment, en effet, justifier une mesure pénale qui n'aurait pour autre finalité que d'organiser le placement en rétention ? Dans ce contexte, une mesure administrative privative de liberté et préparatoire à la rétention soulèverait un problème de constitutionnalité. En l'état du droit, le préfet peut placer un étranger en rétention pour une durée initiale de cinq jours (C. étrangers, art. L. 551-1). Ce délai a été jugé conforme à l'article 66 de la Constitution (Cons. const., déc. 9 juin 2011, n° 2011-631 DC, consid. 62 : Journal Officiel 17 Juin 2011). On doute que le Conseil constitutionnel s'accommode d'une durée supérieure de privation de liberté diligentée par une autorité administrative, sauf à limiter dans le temps la durée de placement initial en rétention. Cette perspective remettrait de facto en cause les bénéfices allégués de la réforme du 16 juin 2011 qui devait permettre au juge administratif de se prononcer sur la légalité de la procédure de départ forcé avant que le juge judiciaire soit saisi de la demande de prolongation en rétention.

Le législateur pourrait se saisir également du délit de séjour irrégulier. Jugé « nécessaire » et « proportionné » par un Conseil constitutionnel qui avait refusé de s'inviter dans le débat et d'engager un dialogue des juges (Cons. const. déc. 3 févr. 2012, n° 2011-217 QPC, Mohammed Alki B. : JurisData n° 2012-002027 ; Dr. adm. 2012, comm. 38, V. Tchen), le délit se caractérise, on l'a

souligné, par son imprécision. Sa suppression pourrait toutefois ne pas être décidée. Comme cela a été noté, il est, d'une certaine manière, « utile » à l'objectif de la directive « retour ». Par ailleurs, des poursuites peuvent être engagées, sous certaines limites, à l'encontre d'un étranger sans contrevenir au droit européen. Le délit devrait donc être simplement reformulé pour limiter son champ d'application aux cas de récidive. Cette perspective est loin d'être inédite. Dans le passé, plusieurs instructions ministérielles se sont prononcées dans ce sens, reléguant ce délit au rang de moyen détestable de pression et d'alibi de la garde à vue.

Doc. 8. Assemblée nationale, T. MARIANI, Rapport d'information sur les centres de rétention administrative et les zones d'attentes, n° 1776, 24 juin 2009, p. 17

B. LE PLACEMENT EN RÉTENTION DES ÉTRANGERS EN INSTANCE D'ÉLOIGNEMENT

Tout étranger, âgé de plus de dix-huit ans, présent sur le territoire français doit se trouver en situation régulière au regard de la législation sur les conditions de séjour sur le territoire. Pour un séjour d'une durée supérieure à trois mois, un étranger doit être titulaire d'un titre de séjour, sauf s'il est ressortissant d'un État de l'Union européenne.

Ainsi, un étranger ne disposant pas d'un titre de séjour a vocation à quitter le territoire : celui-ci a pu se voir refuser l'octroi d'un titre de séjour, son titre de séjour a pu venir à expiration sans être renouvelé ou a pu lui être retiré ; il peut également ne jamais avoir demandé de titre de séjour. Dans la mesure où la plupart des étrangers concernés par une mesure d'éloignement n'exécutent pas spontanément la décision administrative prise à leur encontre, il est nécessaire de prévoir des modalités d'exécution forcée de la mesure d'éloignement. Afin de s'assurer que la personne qui est frappée d'une mesure d'éloignement ne se soustraie à cette mesure pendant la phase nécessaire à l'examen des recours auxquels elle a droit et à l'organisation matérielle de son retour, celle-ci doit être temporairement privée de liberté par l'autorité administrative, sous le contrôle de l'autorité judiciaire. Cette forme de détention administrative est qualifiée de rétention administrative.

1. La lente mise en place d'un cadre juridique de la rétention des étrangers en situation irrégulière

a) Jusqu'aux années 1970 : une rétention sans régime juridique et sans contrôle juridictionnel

L'article 120 du code pénal de 1810 punissait « les gardiens et concierges des maisons de dépôt, d'arrêt, de justice ou de peine, qui auront reçu un prisonnier sans mandat ou jugement, ou sans ordre provisoire du Gouvernement ». Cette rédaction n'offrait donc qu'une application limitée du principe de l'*habeas corpus* en autorisant implicitement la détention de personnes sur « ordre du gouvernement ». Cependant, en votant la loi du 7 février 1933, le législateur a limité cette exception au principe de l'autorisation judiciaire de la détention aux seuls cas d'expulsion et d'extradition d'étrangers.

Ainsi, sur la base de l'article 120 du code pénal, l'administration pouvait mettre en détention des étrangers en instance d'éloignement du territoire, puisque ses agents ne risquaient pas de sanction pénale en procédant. Pour autant, si la détention administrative des étrangers se trouvait implicitement autorisée, elle ne l'était pas explicitement, ce qui induisait qu'elle ne faisait l'objet d'aucune réglementation, et donc d'aucun encadrement.

Malgré l'entrée en vigueur de la Constitution du 4 octobre 1958, et notamment de son article 66, une circulaire du ministre de l'Intérieur du 11 juillet 1967 confirmait que l'article 120 du code pénal était une base suffisante pour détenir les personnes expulsées le temps d'organiser matériellement leur expulsion. Toutefois, cette circulaire précisait que la détention ne devait pas avoir lieu dans des locaux pénitentiaires, contrairement à la lettre de l'article 120 du code pénal.

b) La difficile mise en place d'un encadrement de la détention administrative des étrangers dans des locaux pénitentiaires

Bien que les plaintes formulées par des étrangers pour détention ou séquestration arbitraire aboutissent toutes à des non-lieux, confirmés par la Cour de cassation, le Gouvernement estima, à la fin des années 1970, qu'il était temps d'encadrer le dispositif de détention des étrangers. En effet, plusieurs polémiques se développèrent quant à la légalité de la détention d'étrangers en instance d'expulsion notamment dans un hangar sur le port de Marseille (futur Centre de rétention administrative d'Arenc).

Dans la mesure où la seule base légale de la détention administrative d'étrangers était l'article 120 du code pénal, la décision fut alors prise de mettre enfin en place un régime encadrant cette détention administrative. Cela impliquait notamment de respecter strictement l'article 120 du code pénal en détenant les étrangers expulsés dans des maisons d'arrêt :

— une circulaire des ministres de l'intérieur et de la justice du 21 novembre 1977 vint ainsi préciser l'application de l'article 120 : le ministre de l'intérieur détenait seul le pouvoir d'incarcérer dans des maisons d'arrêt les étrangers, pour une durée de sept jours au maximum. Cependant, cette circulaire fut annulée par le Conseil d'État, celui-ci estimant que ses dispositions relevaient du pouvoir réglementaire général, et donc d'un décret ;

— un décret du 9 décembre 1978 fut donc pris « pour l'application de l'article 120 aux étrangers faisant l'objet d'un arrêté d'expulsion » qui reprenait les dispositions de la circulaire ;

— l'intervention du législateur sembla cependant rapidement inévitable, notamment en raison du projet d'étendre l'utilisation de l'expulsion, jusque-là réservée aux étrangers troublant l'ordre public, à la lutte contre l'immigration irrégulière.

Ainsi, le texte de la loi du 10 janvier 1980, tel qu'adopté par le Parlement, prévoyait que l'étranger en instance d'expulsion pouvait être détenu administrativement pendant une durée de sept jours. Au-delà, la prolongation de la détention devait être décidée par le juge judiciaire. Ce texte donnait donc un fondement législatif clair à une pratique mise en œuvre depuis plus de cinquante ans. Pourtant, saisi du texte adopté de cette loi, le Conseil constitutionnel invalida ces dispositions, considérant que « la liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible ». Il estimait alors que si l'intervention du juge au bout de 48 heures dans le domaine du maintien en zone d'attente était acceptable, il n'en va de même pour la rétention administrative dans la mesure où « l'intervention du juge n'est déclarée nécessaire que pour prolonger, au-delà de sept jours, le régime de détention auquel l'étranger est soumis ».

Afin de tenir compte de la décision du Conseil constitutionnel, la loi n°81-82 du 2 février 1981 renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes permettait de réglementer enfin la détention administrative des étrangers en instance d'expulsion. Ceux-ci restaient détenus dans des locaux pénitentiaires sur décision du préfet, mais la prolongation de la détention au-delà de 48 heures ne pouvait être autorisée que par le juge judiciaire.

c) Depuis 1981 : une rétention dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire

La loi n°81-973 du 29 octobre 1981 relatives aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France insère dans l'ordonnance du 2 novembre 1945 l'article 35 *bis* (aujourd'hui codifié aux articles L. 551-1 à L. 551-3 du CESEDA). Cet article prévoit la rétention administrative, « dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire » des étrangers en instance d'expulsion. Le juge judiciaire doit autoriser la prolongation de la rétention au bout de 24 heures, lorsqu'il considère qu'il n'est pas possible d'assigner à résidence l'intéressé. En effet, jusqu'en 1993, l'assignation à résidence était en théorie le principe et la rétention administrative l'exception.

Depuis 1981, le régime de la rétention administrative a connu de nombreuses évolutions, relatives notamment au délai d'intervention du juge judiciaire, fixé à 48 heures depuis la loi du 24 avril 1997, et à la durée maximale de la rétention. Pour autant, l'architecture du dispositif mis en place en 1981 n'a pas bougé : le principe reste celui d'une rétention de caractère administrative dans des locaux non pénitentiaires — les centres de rétention administrative (CRA) — des étrangers en instance d'éloignement. Cette rétention est décidée par le préfet mais elle doit être nécessairement confirmée par le juge judiciaire dans un délai n'excédant pas 48 heures.

Doc. 9. L. GUINAMANT, « Certaines interpellations échappent-elles au contrôle du juge ? », *AJ pénal* 2012 p. 296,

Arrêt rendu par Cour de cassation, 1^{re} civ. 28 mars 2012 n° 11-30.454

Le 27 mai 2011, le préfet de la Seine-Maritime transmet ses instructions à la direction départementale de la police aux frontières aux fins de mise à exécution d'une décision portant obligation de quitter le territoire français en date du 14 janvier 2011. Le 10 juin 2011, les fonctionnaires de police se présentent au domicile de la personne concernée, lui demandent la confirmation de son identité, procèdent à son interpellation, lui notifient l'arrêté de placement en rétention administrative et la conduisent dans un centre de rétention administrative. Le premier président de la cour d'appel de

Rouen, dans une ordonnance en date du 13 juin 2011, déclare la mesure de placement en rétention administrative nulle et de nul effet, au motif que, s'agissant d'une interpellation, le préfet ne dispose d'aucune compétence juridique pour donner des instructions de police judiciaire aux services de police.

Texte intégral :

« Qu'en statuant ainsi, alors que l'interpellation aux fins de placement en rétention administrative d'un étranger faisant l'objet d'une mesure d'éloignement ressortit à la police administrative, le premier président a violé les textes susvisés ».

Texte(s) appliqué(s) :

Code de procédure pénale - art. R. 2

Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile - art. L. 551-1 s.

Loi du 16 août 1790

Loi du 24 août 1790

Par cette décision en date du 28 mars 2012, la première Chambre civile de la Cour de cassation est venue renforcer les problématiques actuellement rencontrées dans le cadre du contentieux de l'éloignement sur le partage de compétences entre les deux ordres de juridiction, notamment depuis l'entrée en vigueur de la loi du 16 juin 2011 prévoyant la saisine du juge administratif avant celle du juge judiciaire.

La Cour de cassation précise en effet que l'interpellation aux fins de placement en rétention administrative d'un étranger faisant l'objet d'une mesure d'éloignement ressortit à la police administrative. Elle en déduit que le juge des libertés et de la détention n'est pas compétent pour statuer sur les conditions d'interpellation d'un étranger dès lors que la mesure de placement en rétention administrative est fondée sur l'article L. 551-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile et que le parquet n'est pas intervenu dans la procédure.

Ainsi les magistrats du quai de l'Horloge, dans l'arrêt précité, distinguent-ils deux types d'interpellation : l'interpellation d'un étranger effectuée dans le cadre de la police judiciaire et l'interpellation d'un étranger effectuée dans le cadre d'une mission de police administrative, laquelle a été définie par le Tribunal des conflits, dans une décision en date du 12 décembre 2005, comme consistant « à assurer la sécurité des personnes et des biens et la préservation de l'ordre public ».

Or, jusqu'à présent, le juge administratif de la reconduite à la frontière statuant en urgence sur le fondement des dispositions de l'article L. 512-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile considère que le moyen tiré de l'irrégularité des conditions d'interpellation d'un étranger faisant l'objet d'une obligation de quitter le territoire est inopérant et sans incidence sur la légalité de la décision de placement en rétention administrative (pour des exemples récents : CAA Marseille, 21 févr. 2012, n° 11MA02402 ; CAA Bordeaux, 10 nov. 2011, n° 10BX02753 ; CAA Versailles, 3 mai 2011, n° 10VE01507 ; CAA Lyon, 9 déc. 2010, n° 10LY01345). Il estime que cet examen relève du contrôle du juge des libertés et de la détention, gardien de la liberté individuelle. C'est pourquoi, suivant ce traditionnel partage de compétences, le magistrat délégué par le premier président de la cour d'appel de Rouen, dans son ordonnance du 13 juin 2011 a statué sur les conditions d'interpellation d'un ressortissant marocain faisant l'objet d'une obligation de quitter le territoire exécutoire et l'a déclarée nulle et de nul effet.

En pratique, les préfetures peuvent mettre en oeuvre trois procédures différentes afin d'interpeller des ressortissants étrangers soumis à une obligation de quitter le territoire exécutoire : la première relève de la police judiciaire, la deuxième est mixte et la troisième relève de la police administrative. En effet, certaines préfetures, privilégiant le recours à l'article 40 du code de procédure pénale, transmettent l'exécution de la mesure d'éloignement au procureur de la République permettant ainsi aux agents interpellateurs d'accomplir uniquement des actes de police judiciaire à la demande du parquet compétent. La deuxième pratique consiste à vérifier le départ effectif du territoire de l'étranger dans le cadre de la police administrative puis, si les agents établissent sa présence sur le territoire, de constater, en flagrant délit, l'infraction d'entrée et de séjour irrégulier prévue et réprimée par l'article L. 621-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. Toutefois, sous l'impulsion de la

jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, 6 déc. 2011, C-329/11, *Achughbalian*), certains cours d'appel annulent désormais les gardes à vue effectuées dans les cadres juridiques susmentionnés (Toulouse, 16 avr. 2012, n° 12/114 ; Rennes, 5 déc. 2011, n° 2011/265 ; Metz, 27 déc. 2011, n° 11/00413). Cette jurisprudence rend plus importante la troisième pratique, consistant simplement à exécuter la mesure d'éloignement sous la direction du préfet sans recourir à des mesures de police judiciaire.

La décision du 28 mars 2012 implique, dans cette dernière hypothèse, au risque sinon de créer un vide juridique d'autant plus grand que la jurisprudence des magistrats judiciaires d'appel précitée semble limiter à un nombre très réduit les cas d'interpellation dans le cadre de la police judiciaire, que le juge administratif examine les conditions d'interpellation de l'étranger, au titre des moyens de légalité externe de la décision portant placement en rétention administrative. Tel pourrait être le cas de moyens tirés d'un contrôle d'identité illégal, d'une violation de domicile, d'un usage de la force publique disproportionné...

(...)

L'arrêt du 28 mars 2012, émanant d'une formation restreinte de la première chambre de la Cour de cassation, mais publié au Bulletin et diffusé sur le site internet de la Haute juridiction, se révèle ainsi être d'un grand intérêt dans le débat actuel consistant à repenser le contentieux des étrangers et n'est pas sans rappeler les termes du rapport de la commission Mazeaud de juin 2008: « Si l'unification du contentieux des étrangers devait s'opérer au sein de la juridiction administrative, il faudrait imposer au juge administratif un rôle qui n'est pas le sien et qui le conduirait par exemple, au rebours de sa formation, à connaître des conditions de l'interpellation, du transfert et de la rétention, notamment en se transportant sur les lieux ».

Doc. 10. « La loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 27, 4 Juillet 2011, 2243.
Etude rédigée par : Vanessa Barbé maître de conférences à l'université d'Orléans

La loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité comprend deux volets d'inégale importance. Le premier ne modifie qu'à la marge le droit de la nationalité, et ses principales mesures sont avant tout symboliques. Le second en revanche, nécessité par une harmonisation européenne, réforme de manière profonde le droit de l'entrée et du séjour des étrangers en France, mais aussi à cette occasion le contentieux de l'éloignement des étrangers.

1. - Peut-être autant que la sécurité intérieure^{Note 1}, l'immigration et l'intégration (sans que ce dernier terme ne soit d'ailleurs réellement défini dans les lois successives) font l'objet d'un foisonnement législatif particulièrement intense depuis une dizaine d'années^{Note 2}. La loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité vient s'ajouter à cet édifice, ayant pour principal objet la transposition de trois directives, relatives aux normes et procédures applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en situation irrégulière^{Note 3}, aux conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié^{Note 4} (dite directive « carte bleue européenne ») et aux normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier^{Note 5}, lesquelles devaient être transposées entre décembre 2010 (directive « retour ») et juin 2011. En outre, l'adoption de la loi est également l'occasion de réformer diverses dispositions relatives à la nationalité et à l'intégration.

(...)

3. - La loi du 16 juin 2011, s'inscrivant certainement dans le cadre de certains objectifs politiques à l'approche des élections présidentielles et législatives de 2012, comprend des dispositions surtout symboliques en matière de nationalité et d'intégration (1). L'essentiel de son apport réside néanmoins dans une réforme profonde du droit de l'entrée, du séjour et de l'éloignement des étrangers (2).

(...)

2. Une réforme profonde du droit de l'immigration

12. - Si les droits de l'entrée et du séjour ont été modifiés afin de renforcer les prérogatives de l'administration en matière notamment de rétention des étrangers (A), la réforme du droit de l'éloignement en revanche semble dictée par une volonté de rationaliser les procédures (B).

A. - Un encadrement plus strict du droit de l'entrée et du séjour

1° L'entrée des étrangers

13. - S'agissant du droit de l'entrée des étrangers, la loi apporte une innovation majeure au droit de la création de zones d'attente. Celles-ci accueillent les étrangers qui font l'objet d'une décision de non-admission sur le territoire, ou qui font une demande d'admission au titre du droit d'asile. Elles sont créées par arrêté préfectoral, à proximité des lieux de passage frontaliers. Dans le cas où des groupes d'étrangers clandestins débarquent en dehors des lieux de contrôles frontaliers, la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 permettait déjà de créer une zone d'attente à proximité du lieu du débarquement (port, aéroport, gare ferroviaire). Toutefois, en janvier 2010, 123 individus de nationalité kurde ont atteint les plages de Corse du Sud, sans pouvoir identifier précisément le lieu du débarquement, comme cela est fréquent dans d'autres États européens (par exemple sur l'île de Lampedusa en Italie). Les étrangers avaient alors été retenus dans un gymnase avant de faire l'objet d'une rétention administrative jugée illégale par le juge des libertés et de la détention en raison de l'irrégularité de la privation de liberté. La loi du 16 juin 2011^{Note 11} consacre donc la création des zones d'attente temporaires, qui pourront être créées par arrêté préfectoral et implantées à partir du lieu de découverte des intéressés, afin de maintenir les étrangers (« au moins dix ») arrivant en France et faisant l'objet d'une décision de non-admission ou d'une demande d'admission au titre de l'asile. À la demande des sénateurs, ces zones d'attente ne pourront pas être maintenues au-delà de 26 jours (contre vingt jours actuellement), prévoyant le cas où un étranger solliciterait l'asile dans les derniers jours de son maintien en zone d'attente. Dans sa décision du 9 juin 2011, le Conseil constitutionnel ne juge pas ce délai manifestement excessif (« la zone d'attente n'est créée que pour un délai de vingt-six jours qui ne peut être prolongé ou renouvelé »), et estime au contraire que le « législateur a adopté des dispositions suffisamment précises et propres à garantir contre le risque d'arbitraire ».

14. - L'article L. 222-3 du Code des étrangers précise en outre que les irrégularités procédurales du placement en rétention ne peuvent être évoquées lors de l'audience du juge des libertés et de la détention relative à la seconde prolongation, sous peine d'irrecevabilité. Les irrégularités peuvent ainsi seulement être invoquées lors de l'audience relative à la première prolongation, permettant de « purger la nullité », conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation^{Note 12}. Contestées devant le juge constitutionnel, ces dispositions ont également été déclarées constitutionnelles, au motif qu'« elles poursuivent l'objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice sans méconnaître le droit à un recours juridictionnel effectif ». Le juge constitutionnel ne voit enfin pas d'objection à l'allongement du délai (de quatre à six heures) pendant lequel l'étranger est maintenu à la disposition de la justice lorsque le maintien en zone d'attente ou le placement en rétention a pris fin. Ce délai est institué afin que le procureur de la République puisse (en cas d'appel) saisir le premier président de la cour d'appel d'une demande tendant à voir déclarer son appel suspensif^{Note 13}.

15. - Par ailleurs, la directive « retour » permet la mise en oeuvre de mesures moins coercitives et alternatives au placement en rétention administrative. La loi crée donc une procédure d'assignation à résidence prononcée par l'autorité administrative, alors qu'elle pouvait l'être jusqu'à présent par le seul juge^{Note 14}. Cette assignation doit devenir le principe, et la rétention, l'exception, dûment motivée par l'administration. Le Conseil constitutionnel juge d'ailleurs la nouvelle procédure constitutionnelle : la mesure d'assignation à résidence prévue par la disposition contestée se substitue en effet à une mesure de rétention dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire, et « une telle mesure, placée sous le contrôle du juge administratif qui en apprécie la nécessité, ne porte pas d'atteinte disproportionnée à la liberté d'aller et de venir ». La durée maximale de cette rétention passe néanmoins de 32 (depuis la loi du 26 novembre 2003 qui porte la durée maximale de 12 à 32 jours) à 45 jours^{Note 15}. Cette durée n'est pas remise en cause par le Conseil constitutionnel, sous la réserve que l'autorité judiciaire conserve la possibilité d'interrompre à tout moment la prolongation du maintien en

rétenion, de sa propre initiative ou à la demande de l'étranger, lorsque les circonstances de droit ou de fait le justifient, comme il l'a déjà indiqué dans sa décision n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003. En revanche, le Conseil constitutionnel a prononcé l'unique censure de la loi à l'encontre de l'alinéa de son article 56^{Note 16} permettant la prolongation de la rétention pour une durée maximale de dix-huit mois (six mois prolongés de douze mois) s'agissant des étrangers condamnés pour des actes de terrorisme. Cette durée, incompatible avec l'article 66 de la Constitution consacrant la liberté individuelle, a ainsi été jugée manifestement excessive par le Haut Conseil. Il semble donc que le législateur ne peut pas envisager une durée maximale de rétention de dix-huit mois, mais qu'il dispose d'une marge de manoeuvre assez grande pour éventuellement étendre encore la durée de rétention au-delà de 45 jours.

(...)

B. - Une rationalisation du droit de l'éloignement

21. - La directive « retour » est issue d'un projet ancien de la Commission européenne, présenté en septembre 2005, visant à harmoniser les règles juridiques des conditions d'éloignement des étrangers en situation irrégulière dans l'Union européenne. Adoptée après de longues négociations le 16 décembre 2008 par le Conseil, elle est la première directive adoptée en matière d'immigration par la procédure de codécision.

22. - Son principe est de favoriser le départ volontaire pendant une période de 7 à 30 jours, ce délai pouvant être raccourci s'il existe un risque de fuite ou si la personne représente une menace pour l'ordre public^{Note 21}.

(...)

25. - La loi tente également de simplifier, dans la mesure du possible, le contentieux de l'éloignement des étrangers résultant de l'intervention des deux ordres de juridiction, administratif et judiciaire^{Note 24}. Dans l'état du droit avant 2011, le juge judiciaire intervient en effet dans les 48 heures de rétention afin de se prononcer sur la régularité de la procédure ayant conduit au placement en rétention. Le juge administratif intervient ensuite pour juger de la régularité de la décision d'éloignement, décision administrative initiale à l'origine de la procédure. Il en résulte que le placement en rétention peut être prolongé par le juge judiciaire alors même que la décision administrative initiale est illégale, et qu'au contraire, une décision administrative peut être jugée légale mais inexécutée en raison de la libération de l'étranger par le juge judiciaire. En conséquence, la loi, qui ne pouvait occulter la dualité de juridictions et confier le contentieux des décisions administratives d'éloignement au juge judiciaire^{Note 25}, vise à inverser les ordres d'intervention des deux juges : le juge administratif doit ainsi statuer sur la légalité de l'arrêté de rétention, sur la décision d'éloignement et sur la décision fixant le pays de renvoi, dans les cinq premiers jours, alors que le juge judiciaire ultérieurement saisi non plus au bout de deux mais de cinq jours, se prononcera uniquement sur le respect de la liberté individuelle (dans un délai de 24 heures). Cette inversion entraînera vraisemblablement un accroissement du nombre de saisines du juge administratif, ce qui a fait l'objet d'une alerte émanant des représentants des syndicats de magistrats administratifs.

26. - Cette réforme du contentieux été appréciée de manière nuancée par le Conseil constitutionnel. Certes, le Conseil n'invalide pas l'inversement des procédures. Il estime notamment qu'en organisant ainsi le contentieux, le législateur a souhaité garantir l'examen prioritaire de la légalité de ces mesures et, « dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice », permettre un traitement plus efficace des procédures d'éloignement des étrangers en situation irrégulière. Aussi, en prévoyant que le juge judiciaire ne sera saisi, aux fins de prolongation de la rétention, qu'après l'écoulement d'un délai de cinq jours à compter de la décision de placement en rétention, « il a assuré entre la protection de la liberté individuelle et les objectifs à valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice et de protection de l'ordre public, une conciliation qui n'est pas déséquilibrée ». Le Conseil constitutionnel confirme ainsi la spécificité de la concrétisation de l'article 66 de la Constitution en matière de droit des étrangers, comme il l'a déjà fait s'agissant notamment du droit des personnes hospitalisées d'office^{Note 26}, car dans ces domaines, les délais d'intervention du juge judiciaire peuvent être plus longs

qu'en droit pénal^{Note 27}. Le Conseil constitutionnel a toutefois émis une réserve d'interprétation s'agissant du cas de l'étranger placé en garde à vue. Ainsi, lorsque l'étranger a été placé en rétention administrative à l'issue d'une mesure de garde à vue, la protection constitutionnelle de la liberté individuelle exige que la durée de la garde à vue soit prise en compte pour déterminer le délai avant l'expiration duquel le juge judiciaire doit intervenir. Aussi, en cas de renouvellement de la garde à vue par le procureur de la République, la durée de celle-ci peut être portée à quarante-huit heures. C'est pour cette raison que dans ce cas, la loi ne saurait permettre que l'étranger privé de sa liberté soit effectivement présenté à un magistrat du siège après l'expiration d'un délai de sept jours à compter du début de la garde à vue.

27. - Finalement, la transposition du droit de l'Union européenne a été l'occasion de revenir sur un aspect longtemps critiqué du contentieux de l'éloignement des étrangers, issu de la dualité de juridictions. Mais il n'est pas sûr que cette répartition soit compatible avec le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, qui ne se satisfait pas de la complexité engendrée par cette dualité au détriment des requérants^{Note 28}.

Note 1 Voir récemment : L. n° 2011-267, 14 mars 2011, d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure : Journal Officiel 15 Mars 2011, page 4582 ; JCP A 2011, 2143 à 2146. Note 2 L. n° 2003-1119, 26 nov. 2003, relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité ; L. n° 2003-1176, 10 déc. 2003, modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile ; L. n° 2004-735, 26 juill. 2004, relative aux conditions permettant l'expulsion des personnes visées à l'article 26 de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 ; L. n° 2006-911, 24 juill. 2006, relative à l'immigration et à l'intégration ; L. n° 2006-1376, 14 nov. 2006, relative au contrôle de la validité des mariages ; L. n° 2007-1631, 20 nov. 2007, relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile... Note 3 PE et Cons. UE, dir. n° 2008/115/CE, 16 déc. 2008 : JOUE n° L 348, 24 déc. 2008, p. 98. Note 4 Cons. UE, dir. n° 2009/50/CE, 25 mai 2009 établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants des pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié : JOUE n° L 155, 18 juin 2009, p. 17. Note 5 PE et Cons. UE, dir. n° 2009/52/CE, 18 juin 2009 : JOUE n° L 168, 30 juin 2009, p. 24. Note 11 C. étrangers, art. L. 221-1. Note 12 Cass. 2e civ., 18 déc. 1996. Note 13 Le Conseil constitutionnel s'était déjà prononcé sur des mécanismes analogues dans trois décisions : n° 97-389 DC du 22 avril 1997, Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration ; n° 2002-461 DC du 29 août 2002, Loi d'orientation et de programmation pour la justice ; n° 2002-484 DC du 20 novembre 2003, Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité. Note 14 C. étrangers, art. L. 561-1. Note 15 C. étrangers, art. L. 552-7. Note 21 C. étrangers, art. L. 511-1. Note 24 C. étrangers, art. L. 551-1 et L. 552-1. Note 25 Le Conseil constitutionnel ayant déjà censuré une telle réforme (décision n° 89-261 DC du 28 juillet 1989, Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France). Note 26 Dans la décision Cons. const., déc., n° 2010-71 QPC, 26 nov. 2010, Mme Danièle S : JCP A 2010, act. 897, obs. N. Albert, le délai maximal d'intervention du juge judiciaire est fixé à quinze jours. Note 27 En droit pénal, le délai admis par le Conseil est de quarante-huit heures (Cons. const., déc. 30 juill. 2010, n° 2010-14/22 QPC : Procédures 2010, comm. 382, note A.-S. Chavent-Leclerc). Note 28 Notamment en matière d'expropriation : CEDH, 16 déc. 1992, Geouffre de la Pradelle c/ France.

Doc. 11. « Les avatars de la pénalisation du droit des étrangers », AJ Pénal 2011, p. 492.

Claire Saas, Maître de conférences à l'Université de Nantes,

La loi du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité dont le premier objectif était de transposer trois directives communautaires de 2008 et 2009 (directives « retour », « carte bleue » et « sanctions ») a apporté une modification en profondeur du droit des étrangers, bien au-delà de la lettre de ces textes européens. L'objectif de ce dossier n'est pas de faire le point sur l'ensemble de ces modifications (à ce sujet, v. le bulletin spécial du *Dictionnaire permanent Droit des étrangers*, juill. 2011) mais de s'arrêter sur quelques liens entre le droit pénal et le droit des étrangers.

On assiste depuis 1945 à un double mouvement, à la fois d'administrativisation de la procédure et de pénalisation avec une multiplication des incriminations touchant les étrangers. Ce recours systématisé à la norme pénale pose la question de la fonction de celle-ci (...).

Si l'on reprend l'histoire récente du droit des étrangers, on peut estimer que le décret-loi du 2 mai 1938 sur la police des étrangers, largement confirmé par l'ordonnance du 2 novembre 1945, constitue le socle moderne de sa pénalisation⁽⁴⁾. La lecture du rapport au président de la République française

qui en précède les dispositions est édifiante. Le rapport s'ouvre ainsi : « Le nombre sans cesse croissant d'étrangers résidant en France impose au gouvernement [...] d'édicter certaines mesures que commande impérieusement le souci de la sécurité nationale, de l'économie générale du pays et de la protection de l'ordre public ». Le lien est tissé d'emblée entre la présence d'étrangers sur le territoire, dont on notera qu'elle est toujours désignée comme étant croissante, et la protection de l'ordre public. L'intérêt légitime suffisant est présenté de façon très générale, sans qu'on puisse comprendre en quoi il consiste véritablement et concrètement. Ce décret-loi du gouvernement Daladier se termine ainsi : « S'il fallait résumer, dans une formule brève, les caractéristiques du présent projet, nous soulignerions qu'il crée une atmosphère épurée autour de l'étranger de bonne foi, qu'il maintient pleinement notre bienveillance traditionnelle pour qui respecte les lois et l'hospitalité de la République, mais qu'il marque enfin, pour qui se montre indigne de vivre sur notre sol, une juste et nécessaire rigueur ». La volonté de séparer le bon grain de l'ivraie est clairement affirmée. Dès 1938 et le décret-loi Daladier, les fondements de la pénalisation sont jetés. Ce mouvement ne s'arrêtera plus, pas plus aux frontières du territoire français qu'à celles de la sphère privée de l'étranger. Son caractère illimité, qui ne lui fait guère gagner en légitimité ou en cohérence, le rend inacceptable.

L'instrumentalisation du droit pénal (...)

Depuis de nombreuses années déjà, on peut constater un enchevêtrement des logiques pénales et administratives, la filière pénale étant instrumentalisée à des fins de contrôle des étrangers. Mais surtout, le réseau administratif a pris une coloration pénale très nette. Ainsi, le recours à l'enfermement des étrangers en zone d'attente ou en rétention en constitue l'exemple classique, encore renforcé par la possibilité de créer des zones d'attentes *ad hoc* et l'allongement des durées de rétention. Il en est d'autres.

Ainsi, le sort réservé aux étrangers ayant été condamnés pour des infractions à caractère terroriste illustre pleinement la pénalisation masquée caractérisée par le recours, du côté administratif, à des outils provenant du droit pénal. Ainsi, l'article L. 571-3 du CESEDA permet le recours au placement sous surveillance électronique mobile (PSEM) d'un étranger assigné à résidence, lorsque ce dernier est sous le coup d'une interdiction judiciaire du territoire français ou d'un arrêté d'expulsion à raison d'« activités terroristes ». La durée du placement est de trois mois renouvelable dans une limite de deux années. Lorsque l'on sait qu'un placement sous surveillance électronique mobile connaît un plafond de verre, au-delà duquel la mesure n'est plus suivie, et que ce plafond est approximativement fixé à six mois, on peut s'inquiéter de la pertinence de ce type de mesures⁽³⁴⁾.

D'autant, et c'est là que le droit pénal s'auto-alimente, que le non-respect des obligations associées au PSEM est sanctionné sur le fondement de l'article L. 624-4 du CESEDA par une peine de trois ans d'emprisonnement⁽³⁵⁾. Doit également être relevée la possibilité de prolonger la rétention administrative au-delà du délai de droit commun par l'article L. 552-7 du CESEDA dernier alinéa. La figure qui y est visée au premier chef et qui va justifier ce dispositif dérogatoire est celle de l'étranger terroriste, figure de l'ennemi intime par excellence. De façon plus étonnante, le CESEDA prévoit désormais également le recours au placement sous surveillance électronique mobile pour les parents de mineurs résidant en France à l'entretien et à l'éducation desquels ils contribuent⁽³⁶⁾.

Ce qui est ici à l'oeuvre en droit des étrangers a déjà été « expérimenté » et le sera de plus en plus sur la population délinquante ou considérée comme dangereuse. Il y a comme une sorte de *continuum* de la pénalité, dans une logique de contrôle, de surveillance et d'exclusion de certaines catégories de personnes auxquelles certains droits sont déniés⁽³⁷⁾. Pour l'instant, les étrangers principalement visés font partie des catégories moins facilement défendables au regard de leur casier judiciaire, la lutte contre le terrorisme justifiant depuis dix ans des dispositifs dérogatoires. Mais ce mouvement d'extension de la pénalité, y compris au-delà du réseau pénal, est d'une force sans pareille. On ne peut alors que regretter que les garanties de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme soient écartées, l'intervention de l'autorité judiciaire étant des plus limitée depuis la loi du 16 juin 2011.

(4) La première moitié du XIX^e siècle connaît déjà un mouvement de pénalisation du droit des étrangers, et ce, de façon spécifique. V. not. GISTI, La double peine judiciaire - L'interdiction du territoire français, Cahier juridique, déc. 2008.

(17) Par ex., la soustraction à une mesure d'éloignement est caractérisée par la simple présence de l'étranger sur le territoire, sans qu'il ait besoin de s'opposer à l'exécution d'une mesure d'éloignement.

(18) CJUE 28 avr. 2011, *El Dridi*, n° C-61/11 PPU, D. 2011. 1880¹, note G. Poissonnier² et 1400, entretien S. Slama³ ; AJ pénal 2011. 362⁴, note S. Slama et M.-L. Basilien-Gainche⁵, AJDA 2011. 878⁶ et 1614, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat⁷.

(34) M. Pronost, Placement sous surveillance électronique, semi-liberté, placement à l'extérieur : une durée maximale de six mois, mythe ou réalité, M. Herzog-Evans (dir.), dans le cadre du M2 de droit pénal de la Faculté de droit de Nantes, 2010, 170 p.

(35) L'article L. 624-4 est complété par un alinéa ainsi rédigé : « Les étrangers visés à l'article L. 561-3 qui n'ont pas respecté les prescriptions liées au placement sous surveillance électronique sont passibles d'une peine d'emprisonnement d'un an ».

(36) Art. L. 562-1 CESEDA.

(37) C. Saas, Le juge « artisan de la peine », Cah. justice, n° 4/2010, p. 71

Doc. 12. CEDH, Grande Ch., 5 octobre 2000, req. N° 39652/98, Maaouia c/ France, CEDH/ECHR 1999-II. Extrait.

[...] La Cour considère en outre que la mesure d'interdiction du territoire français ne porte pas davantage sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale. A cet égard, elle constate que la qualification d'une telle mesure dans l'ordre juridique interne se prête à des interprétations divergentes. Au demeurant, la qualification d'une sanction dans l'ordre juridique interne ne saurait être, à elle seule, décisive pour conclure à son caractère pénal. En effet, il convient de tenir compte d'autres éléments et notamment de la nature de la sanction encourue (Tyler c. Royaume-Uni, requête no 21283/93, décision de la Commission du 5 avril 1994, DR 77, pp. 81-86). Or, sur ce point, la Cour constate que l'interdiction du territoire ne revêt pas en général un caractère pénal dans les Etats membres du Conseil de l'Europe. Cette mesure qui, dans la plupart des Etats, peut également être prise par l'autorité administrative, constitue, de par sa nature, une mesure de prévention spécifique en matière de police des étrangers et ne porte pas sur le bien-fondé d'une accusation pénale dirigée contre le requérant, au sens de l'article 6 § 1. Le fait qu'elle est prononcée dans le cadre d'une procédure pénale ne saurait changer son caractère essentiellement préventif. Il en découle que la procédure en relèvement de cette mesure ne saurait davantage relever du domaine pénal (voir, mutatis mutandis, *Renna c. France*, requête no 32809/96, décision de la Commission du 26 février 1997, non publiée).

40. La Cour conclut que les décisions relatives à l'entrée, au séjour et à l'éloignement des étrangers n'emportent pas contestation sur des droits ou obligations de caractère civil du requérant ni n'ont trait au bien-fondé d'une accusation en matière pénale dirigée contre lui, au sens de l'article 6 § 1 de la Convention.

Doc. 13. « Des droits réels ou virtuels pour les étrangers placés en rétention administrative ? », AJ pénal 2006 p. 165

Hélène Gacon, Avocat au Barreau de Paris. Présidente de l'Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers

Cass. 1^{re} civ., 31 janv. 2006, pourvois n° 04-50.093, 04-50.121, 04-50.128

Par trois arrêts rendus le 31 janvier 2006, la Cour de cassation a nettement renforcé le contrôle exercé par le juge judiciaire à propos des droits prévus en faveur des étrangers placés en rétention administrative pour l'exécution d'une mesure d'éloignement. Trois décisions remarquables parce qu'elles sont rendues par la première Chambre civile de la Cour de cassation réunie par son premier Président, Monsieur Canivet. Trois décisions remarquables parce que les hauts juges ont publié un communiqué destiné à attirer l'attention de tous sur la portée des principes qu'ils énoncent. Mais ce sont surtout des arrêts qui, rendus sur des pourvois formés par les étrangers concernés, après avoir été déboutés de leurs prétentions en première instance et en appel, confirment avec fermeté que le juge judiciaire entend bien être, de manière efficace, le garant des libertés individuelles. C'est un véritable rappel du droit et de la justice à l'heure où les dérives des acteurs de la politique en matière d'immigration ont tendance à se multiplier.

Les droits des étrangers en instance d'éloignement

Les étrangers qui font l'objet d'une mesure d'éloignement, administrative (arrêté préfectoral de reconduite à la frontière et arrêté d'expulsion) ou judiciaire (interdiction du territoire français emportant automatiquement reconduite à la frontière), peuvent faire l'objet d'une mesure de surveillance en étant placés en rétention administrative pendant une durée maximale désormais fixée à trente-deux jours. Cette mesure offre à l'évidence une garantie d'efficacité pour l'administration qui est chargée de l'exécution de la mesure d'éloignement puisque la liberté de l'étranger concerné est quasiment réduite à néant. Dans sa décision rendue le 25 février 1992, le Conseil constitutionnel a souligné que bien que privé de liberté, l'étranger placé en rétention administrative n'est pas assimilable à un détenu mais qu'il fait l'objet d'une simple mesure de surveillance et de contrôle et non pas d'une peine (déc. n° 92-307, JO 27 févr. 1992). Toutefois, la restriction de la liberté d'aller et venir est significative. Dès lors, elle doit être assortie de droits dont le juge judiciaire est le garant aux termes de l'article 66 de la Constitution.

Énumération des droits

L'article L. 551-2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) énonce clairement les droits laissés à l'étranger placé en rétention administrative : assistance d'un interprète, d'un conseil et d'un médecin et possibilité de communiquer avec son consulat et avec une personne de son choix. Le décret du 30 mai 2005 régit plus précisément les conditions dans lesquelles ces droits sont exercés (D. n° 2005-617, 30 mai 2005, JO du 31, abrogeant le D. n° 2001-236, 19 mars 2001). Ces droits sont essentiels pour l'étranger placé en rétention administrative, non pas seulement en raison de la précarité de la situation dans laquelle il se trouve mais surtout parce que dans un bref laps de temps, toujours incertain car son départ forcé est susceptible d'intervenir à tout moment, il va devoir régler, dans l'enfermement, plusieurs séries de difficultés graves et parfois complexes : familiales, matérielles (bagages et transferts de fonds placés dans des établissements bancaires, notamment) et juridiques (recours contre la mesure d'éloignement, défense en vue de la comparution devant le juge des libertés et de la détention, demande d'asile au plus tard le cinquième jour après le placement en rétention, contacts avec un avocat, rassemblement des justificatifs etc...). C'est donc dans l'urgence qu'il doit faire face à toutes ces nécessités.

Les modalités pratiques selon lesquelles il exerce ses droits sont essentielles, le risque étant qu'ils soient dénaturés. Dans ce contexte, le droit d'être assisté par un représentant d'une association chargée de fournir une assistance juridique, en l'occurrence la CIMADE, apparaît comme un droit supplémentaire élaboré progressivement. Au-delà de l'assistance individuelle confiée à la CIMADE, la présence associative à l'intérieur même du lieu de l'enfermement offre un regard et des témoignages qui sont portés à la connaissance du public, notamment par la diffusion de rapports annuels. Elle contribue également à l'équilibre vital de tous les lieux d'enfermement au sein desquels les dérives potentielles doivent être sans cesse contenues.

L'administration doit pouvoir justifier de manière formelle qu'elle a respecté ses obligations d'informations vis-à-vis de l'étranger qu'elle place en rétention administrative. Concrètement, elle doit tenir un registre sur lequel elle mentionne l'état civil des personnes retenues, les conditions de leur maintien, l'énumération des droits dont dispose l'étranger, que ce dernier doit d'ailleurs émarger (CESEDA, art. L. 553-1).

Pouvoirs du juge

Dès lors que l'étranger placé en rétention administrative voit sa liberté d'aller et venir restreinte de manière significative, sa situation doit faire l'objet d'un contrôle strict et respectueux des libertés fondamentales inscrites dans la Constitution. En tant que garant des libertés individuelles, le juge judiciaire doit se prononcer sur la prolongation du placement de l'étranger en rétention administrative au-delà du deuxième jour puis une fois encore le dix-septième jour, en vue d'une dernière période de quinze jours. C'est donc uniquement sous son contrôle qu'un étranger peut être maintenu en rétention administrative pendant une période de trente-deux jours au plus. Ses pouvoirs sont doubles. Il doit statuer sur la demande de prolongation ou prorogation formée par l'administration. Mais auparavant, il peut être amené à se prononcer *in limine litis* sur les éventuelles irrégularités de procédure afférentes à

tout ce qui a précédé la comparution de l'étranger devant lui, depuis son interpellation ou tout ce qui touche à la régularité des conditions dans lesquelles il a été saisi (D. n° 2004-1215, 17 nov. 2004). Lorsque le juge des libertés et de la détention a constaté l'existence d'une nullité frappant la procédure, laquelle ne peut donc logiquement être poursuivie, ou que l'administration n'a pas respecté les obligations formulées dans les articles L. 511-1 et suivants du CESEDA, ce non-respect doit être sanctionné par la remise en liberté de l'étranger et ce, même si cette décision n'a pas pour autant pour effet de régulariser la situation administrative de l'étranger concerné.

Le juge judiciaire en faveur d'un contrôle de l'effectivité des droits

Dans les trois arrêts qu'elle a rendus le 31 janvier 2006, la Cour de cassation a fermement souligné que le juge, en tant que gardien de la liberté individuelle, s'assure par tous moyens et notamment d'après les mentions figurant au registre prévu à cet effet à l'article 35 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945 - devenu l'article L. 553-1 du CESEDA - émargé par l'intéressé, que celui-ci a bien été, au moment de la notification de la décision de placement en rétention, pleinement informé de ses droits et placé en mesure de les faire valoir de manière effective.

Elle s'est particulièrement penchée sur les conditions concrètes et précises dans lesquelles ces droits pouvaient être exercés entre le moment auquel la mesure de placement en rétention administrative et les droits qui y sont attachés étaient notifiés et l'arrivée des étrangers concernés au centre de rétention. Elle a tout d'abord estimé que les locaux de garde à vue dans lesquels ces notifications avaient été effectuées n'offraient pas la possibilité d'exercer de manière concrète et effective les droits qui venaient pourtant d'être notifiés. Dans l'une des affaires commentées, elle retient l'impossibilité de téléphoner et d'être visité par l'association agréée CIMADE (pourvoi n° 04-50.093). Dans une autre, l'intéressée faisait valoir que « les conditions de garde à vue étaient beaucoup plus strictes que celles qui devaient être offertes par un centre de rétention, selon les normes prévues dans le décret du 19 mars 2001 » et précisait en particulier que c'était seulement au moment de son arrivée au centre de rétention qu'elle avait pu contacter son avocat qui avait assuré sa défense devant le juge des libertés et de la détention (pourvoi n° 04-50.121). La Cour de cassation s'est ensuite penchée sur le délai qui s'était écoulé entre les notifications et le transfert au centre de rétention. Dans deux de ces cas, il était supérieur à trois heures (de 13h40 à 17h25, pourvoi n° 04-50.121 ; de 16h45 à 20h30, pourvoi n° 04-50.128) et dans le troisième, aucune vérification à ce sujet ne pouvait être effectuée puisque l'heure de l'arrivée de l'étranger concerné au centre de rétention n'avait pas été mentionnée sur le registre (pourvoi n° 04-50.093). Dans le communiqué qu'elle a diffusé le jour où ces arrêts ont été rendus, la Cour de cassation a également souligné que l'étranger est difficilement en état de fournir la preuve qu'il a formulé une quelconque demande par rapport à ses droits et qu'un refus lui a éventuellement été opposé par l'administration. Pour cette raison, il est dispensé de fournir la preuve de cette impossibilité. De même, comme pour toutes les irrégularités susceptibles d'être relevées par le juge, il n'est pas besoin de caractériser un grief pour annuler la procédure et remettre l'étranger en liberté (Cass. 2° civ., 13 nov. 2003, *Benatallah*, pourvoi n° 02-50.045). Ainsi, la Cour de cassation a censuré l'ordonnance de la cour d'appel qui avait relevé que l'intéressé n'avait justifié d'aucun préjudice (pourvoi n° 04-50.093) et il suffit, par exemple, de constater que l'intéressée n'a pas pu entrer en contact avec son avocat avant son arrivée au centre de rétention, peu importe si celui-ci a finalement assuré sa défense devant le juge des libertés et de la détention (pourvoi n° 04-50.121).

Des droits réels ou encore trop virtuels ?

C'est donc avec la plus grande fermeté que la Cour de cassation a décidé de consacrer une portée effective, concrète et précise aux droits des étrangers dès leur notification, y compris pendant la phase précédant leur arrivée dans les centres de rétention administrative. En effet, depuis 2001, il existe deux types de locaux de rétention (D. n° 2001-236, 19 mars 2001, relatif aux centres et locaux de rétention administrative, modifié par D. n° 2004-421, 18 mai 2004 et depuis lors remplacé par D. n° 2005-617, 30 mai 2005) :

les locaux de rétention administrative, au confort plus que sommaire, qui sont souvent de simples locaux de garde à vue situés dans des postes de gendarmerie ou de police, proches du lieu d'interpellation de l'étranger dans lesquels celui-ci ne doit en principe pas rester plus de deux ou trois

jours, le temps de l'examen de son recours administratif si le tribunal compétent est proche de ce local ; les centres de rétention administrative, appelés centres régionaux, qui sont des lieux institutionnalisés pour la rétention, offrant des conditions d'hébergement qui, en théorie, sont adaptés et équipés pour une privation de libertés qui n'est pas la détention au sens pénitentiaire du terme. C'est la raison pour laquelle il comporte en principe des cours de promenade, des téléphones, des distributeurs de boissons, des salles de télévision, des réfectoires, etc. (D. 30 mai 2005, art. 13).

Les locaux de rétention administrative, qui sont dans la plupart des cas de simples locaux de garde à vue, n'offrent pas de garanties suffisantes au sens des prescriptions désormais exigées par le juge judiciaire car elles ne permettent pas à l'étranger qui s'y trouve maintenu d'exercer pleinement ses droits. De nombreux exemples en témoignent. Ainsi, il est prévu qu'un local réservé aux avocats et permettant de préserver la confidentialité des entretiens est aménagé dans « chaque lieu de rétention » (D. 30 mai 2005, art. 8). Mais force est de constater qu'il est rarissime que les avocats s'y déplacent car ils ne peuvent être correctement rétribués et l'administration et les barreaux n'ont jamais été en mesure d'organiser des permanences gratuites qui fonctionnent de manière satisfaisante. Enfin, quel local est équipé du matériel nécessaire pour le bon accomplissement de la mission des avocats (téléphone ou télécopie) tel que cela a pourtant été exigé par le Conseil d'Etat ? (CE, 30 déc. 2002, n° 234415, *Ordre des avocats à la Cour de Paris* ; 30 juill. 2003, n° 2376, *Syndicat des avocats de France* ; 30 juill. 2003, n° 247987, *ANAFE et a.*). Les centres de rétention administrative ne le sont d'ailleurs pas plus. En outre, il est prévu que dès son arrivée au « lieu de rétention », c'est-à-dire aussi bien le local que le centre de rétention, chaque étranger est mis en mesure de communiquer avec toute personne de son choix, de même qu'avec les autorités consulaires du pays dont il déclare avoir la nationalité (D. 30 mai 2005, art. 9). Cette communication doit bien sûr être assurée de manière confidentielle. Mais quel local de rétention administrative, ou à tout le moins de garde à vue, met à la disposition des étrangers concernés des cabines et des cartes téléphoniques ? Autre exemple : dans la continuité de ce qui était déjà prévu par le décret du 19 mars 2001, une présence associative à l'intérieur même des lieux de rétention administrative a été mise en place et concrétisée par une convention passée entre l'Etat et la CIMADE. Or, l'article 11 du décret du 30 mai 2005 prévoit que cette présence est obligatoire dans les centres de rétention administrative et qu'elle est une simple faculté dans les locaux de rétention administrative (D. 30 mai 2005, art. 11). Pour ces derniers lieux, la présence de la CIMADE est donc aléatoire, en tout état de cause totalement inexistante dans les locaux de garde à vue et de gendarmerie. C'est d'ailleurs l'un des points qui a été souligné par la Cour de cassation dans l'un des trois arrêts commentés (pourvoi n° 04-50.093). Dès lors que la présence associative est, selon le texte même, envisagée « pour permettre l'exercice effectif de leurs droits par les étrangers maintenus dans un centre de rétention administrative », cette garantie est trop gravement atteinte, voire réduite à néant, dans les locaux de rétention administrative ou autres locaux encore plus précaires. Cette absence de la CIMADE d'un local de rétention administrative, même si elle était temporaire, a d'ailleurs déjà été censurée par la Cour de cassation (Cass. 1^{er} civ., 14 juin 2005, pourvoi n° 04-50.099). Or rien ne justifie que l'étranger qui s'y trouve ne bénéficie pas de cette garantie essentielle.

Ou encore, tout étranger qui est maintenu en rétention administrative et qui souhaite se voir reconnaître la qualité de réfugié doit déposer sa demande dans les cinq jours suivant son placement en rétention administrative (CESEDA, art. L. 551-3). Le décret du 30 mai 2005 précise les conditions dans lesquelles l'administration présente dans le lieu de rétention administrative doit remettre le formulaire de demande d'asile pour ensuite le recueillir une fois qu'il est rempli et le transmettre à l'Office français de protection des réfugiés et apatrides. Mais comment peut-on considérer que ce droit fondamental puisse être correctement respecté lorsque dans un délai aussi bref, l'étranger se trouve la plupart du temps dans un simple local de garde à vue ou de rétention administrative, par définition entièrement dépourvu des conditions matérielles et d'encadrement lui permettant de formuler sa demande de manière satisfaisante et étayée et ce, d'autant plus que la demande doit être rédigée en français et que dans l'hypothèse où l'intervention d'un interprète s'avère nécessaire, les frais de celui-ci sont laissés à la charge de l'étranger ? (D. 30 mai 2005, art. 10 et 18). C'est là l'un des points qui a été le plus vivement critiqué et qui illustre le plus mieux la grave précarité de l'étranger qui est maintenu en rétention administrative.

De même, on ne peut que s'inquiéter de l'effritement des conditions dans lesquelles l'assistance de l'interprète peut être désormais concrétisée. En effet, si la Cour de cassation a pendant longtemps exigé que la présence physique de l'interprète aux côtés de l'étranger concerné était une obligation, le législateur, constamment tenté d'affaiblir les droits ou à tout le moins les modalités d'exercice de ces droits qui sont mis à la disposition des étrangers placés en rétention administrative, n'a pas hésité à remettre entièrement en cause cette nécessité qui avait pourtant été soulignée à de nombreuses reprises par la Cour de cassation, en prévoyant désormais que l'assistance de l'interprète pouvait se faire par l'intermédiaire de moyens de télécommunications (en premier lieu, Cass. 2^e civ., 7 oct. 1999, *Iyora*, Bull. civ., n° 154 ; CESEDA, art. L. 111-8, al. 2).

Enfin, dans son communiqué, la Cour de cassation a résumé sa position en évoquant son rôle en tant que garant des libertés individuelles pour les étrangers placés en rétention administrative mais également maintenus en zone d'attente. Il est évident que cette extension implique que le même type de contrôle du juge doit être effectué pour la période comprise entre la notification qui se fait généralement dans les aéroports et l'accueil dans les lieux d'hébergement. Or, l'on sait que pour la seule zone d'attente de l'aéroport de Roissy-Charles de Gaulle, la possibilité de mise en oeuvre immédiate et effective des droits notifiés lors du maintien en zone d'attente - qui sont tout à fait similaires à ceux qui sont prévus en faveur des étrangers placés en rétention administrative - risque également d'être considérée comme inexistante. Pour ce qui concerne les autres zones d'attente situées sur l'ensemble du territoire national, il est clair que ces conditions ne sont en pratique jamais satisfaites.

Doc. 14. La Croix, 4 août 2004, « Centres de rétention hors normes », par Solenn de ROYER

La Croix révèle le contenu inquiétant d'un rapport remis au gouvernement sur les centres qui regroupent les immigrés en situation irrégulière

La rétention sous haute tension. Dans un rapport classé « confidentiel » remis à la fin du mois de juillet à Dominique de Villepin et Jean-Louis Borloo (dont La Croix a pris connaissance) l'Inspection générale de l'administration (IGA) et l'Inspection générale des affaires sociales (IGAS) dressent un constat sévère des conditions dans lesquelles sont maintenus, dans certains centres ou locaux de rétention, les étrangers en situation irrégulière avant leur éventuelle expulsion.

Missionnés par le gouvernement « Raffarin III » - par lettre des ministres de l'intérieur et des affaires sociales, datée du 24 mars - les inspecteurs étaient chargés d'un audit général du dispositif. Ils devaient notamment déterminer si celui-ci est adapté à l'allongement des délais de rétention consacré par la loi Sarkozy du 26 novembre 2003 et vérifier que les centres répondent bien aux normes fixées depuis 2001.

Premier constat : sur les 25 centres de rétention en France, dont 20 en métropole, deux tiers ne sont pas aux normes. Un arrêté d'avril 2001 établit en effet une liste d'équipements obligatoires pour les centres de rétention administrative (CRA) : chambres non mixtes de six personnes maximum ; chambres pour les familles ; téléphone en libre accès ; salle de loisirs ; espace de promenade, etc. Or, observent les auteurs du rapport (intitulé Les conditions de rétention administrative ; état des lieux et normes souhaitables), seuls sept centres de rétention répondent à tous ces critères : ceux de Bobigny, Calais-Coquelles, Strasbourg-Geispolsheim, Lyon-Saint-Exupéry, Rouen, Sète et Toulouse.

Parmi les centres ne remplissant pas les conditions réglementaires, Marseille, Nanterre et Versailles doivent faire l'objet de « mesures immédiates », préviennent l'IGA et l'IGAS. Le centre d'Arenc, à Marseille, apparaît ainsi aux yeux des rapporteurs comme l'un des plus mal lotis : le centre ne dispose pas de chambre pour les familles ; les chambres des hommes ont plus de six lits (jusqu'à 12) ; et la salle de restauration et de loisirs n'est pas accessible aux femmes, qui doivent rester « cantonnées dans leurs chambres, y compris pour les repas ».

Par ailleurs, poursuivent les rapporteurs, l'hygiène des locaux est douteuse, « la chaleur étouffante en été et le chauffage insuffisant en hiver ». Même constat sévère à Nanterre : « les chambres des hommes sont aveugles » et le centre ne dispose pas d'espace de promenade, ni de local pour les bagages. Là aussi, les femmes sont « cantonnées dans les chambres », et le centre connaît des « problèmes d'hygiène ».

La situation des centres de rétention dans les DOM-TOM apparaît également préoccupante. Au centre de Cayenne (Guyane), les personnes retenues sont ainsi tenues de « rester dans leurs chambres en permanence, y compris pour les repas », et « dorment à même la paille en béton sans matelas ». Les inspecteurs notent

également que la chaleur y est «difficile à supporter compte tenu de l'absence de climatisation». Quant au CRA de Mayotte, il compte trois chambres de 20 lits chacune, alors que le centre a accueilli 319 enfants en 2003.

Le rapport se penche également sur les locaux de rétention administrative (LRA). Les inspecteurs notent que «peu de LRA disposent de la totalité des équipements réglementaires : l'accès aux droits y est souvent précaire, écrivent-ils, les aménagements par rapport aux conditions de garde à vue parfois inexistantes, [et] les repas pas toujours assurés». Dans certains locaux, le petit-déjeuner n'est pas servi et les deux autres repas sont froids. Les inspecteurs constatent en outre que le soutien psychologique et médical est absent des locaux de rétention, «les visites et les loisirs inexistantes», et la «libre circulation rarissime».

Le CRA de Mayotte compte trois chambres de 20 lits chacune, alors que le centre a accueilli 319 enfants en 2003

Plus généralement, les inspecteurs notent que l'ambiance dans les structures de rétention visitées est apparue «souvent tendue». Notamment, lit-on dans le rapport, à cause de la diversité des profils des étrangers retenus : «hommes (dont des travestis), femmes, (dont des prostituées) et enfants». «Mélange» qui peut s'avérer «dangereux», indiquent les inspecteurs qui observent aussi la circulation de drogues dans certains centres.

Les rapporteurs mentionnent également «les troubles dont sont à l'origine des imams auto-proclamés dont le prosélytisme inquiète les responsables des CRA concernés», soit Le Mesnil-Amelot, Nice et Vincennes.

Autre cause de tension dans les centres : le peu de motivation et de disponibilité des policiers, déjà en sous-effectifs. «Les services considèrent encore la garde des personnes retenues comme une charge indue, voire une corvée», lit-on dans le rapport. Les policiers de la sécurité publique, qui assurent la garde de huit des 20 CRA métropolitaines, sont souvent très jeunes et «manquent de l'expérience que requiert cette mission délicate». «La création d'un espace de promenade est (parfois) considérée comme une servitude supplémentaire», écrivent ainsi les rapporteurs.

Autant de dysfonctionnements qui, aux yeux des inspecteurs, peuvent «avoir pour conséquence une approche plus carcérale des conditions de rétention». Un sentiment renforcé par le port d'armes dans les centres, ainsi que «l'usage parfois excessif des dispositifs d'entrave».

L'IGA et l'IGAS notent enfin que les CRA et LRA sont souvent saturés. «Sans que l'on puisse parler de surpopulation (à part peut-être à Calais-Coquelles, Marseille, Nanterre et Paris), la densité constatée est parfois à la limite du supportable, notent ainsi les rapporteurs. Cette situation est d'autant plus lourde de menaces diverses (soulèvements, dégradations, tentatives de suicide, d'évasions, agressions, grèves de la faim, plus ou moins relayées par les médias), poursuivent-ils, que la rétention s'apparente de plus en plus à la détention, dès lors que sa durée se rapproche ou dépasse un mois complet, comme les textes le permettent désormais.»

Au terme de cet audit, la mission recommande donc «d'adapter les équipements à la capacité d'accueil de chaque centre». Elle préconise également une stricte séparation des hommes et des femmes, ainsi que l'aménagement de lieux de rétention pour les familles avec enfants. Elle prône aussi de limiter la capacité de chaque centre à 120 personnes et de «les scinder en unités indépendantes de 30 à 50 personnes».

En ce qui concerne les LRA, la mission préconise «une surveillance accrue des pratiques», avec mise en place d'un règlement intérieur, et «l'interdiction formelle de recours à des cellules de garde à vue sans aménagement». Enfin, la mission note que l'accompagnement juridique et social et les prestations offertes dans les structures doivent être encore renforcés, en matière d'hygiène et de qualité des repas notamment.

Au ministère de l'intérieur, on reconnaît qu'«une mise à niveau» s'impose dans certains centres ou locaux de rétention, et que «les normes définies en 2001 ne sont plus adaptées à une rétention de 32 jours». «Le rapport livre un constat mitigé qui recoupe nos impressions, explique-t-on dans l'entourage de Dominique de Villepin. La situation des centres s'est globalement améliorée ces dernières années, mais nous avons encore des progrès à faire.»

De son côté, la mission rappelle que l'amélioration des conditions de rétention est d'autant plus nécessaire que l'éloignement des étrangers irréguliers est devenu une priorité du gouvernement. Encore faut-il que celui-ci se dote des moyens de sa politique.