

SCP Zribi & Texier
Avocat au Conseil d'Etat
et à la Cour de cassation
9, rue Jean-Baptiste Pigalle
75009 Paris

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

PREMIERES OBSERVATIONS EN INTERVENTION **AU SOUTIEN D'UNE QUESTION** **PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE**

- POUR :**
- 1°) L'association Nationale d'Assistance aux Frontières pour les Etrangers (ANAFE), dont le siège se situe 21 ter, rue Voltaire, 75011 Paris, représentée par son président en exercice domicilié en cette qualité audit siège
 - 2°) Le Syndicat des Avocats de France (SAF), dont le siège se situe 34, rue Saint-Lazare, 75009 Paris, représenté par sa présidente en exercice domiciliée en cette qualité audit siège
 - 3°) L'association Groupe d'Information et de Soutien des Immigrés (GISTI), dont le siège se situe 3, villa Marcès, 75011 Paris, représentée par sa présidente en exercice domiciliée en cette qualité audit siège
 - 4°) L'ordre des avocats du Barreau de la Seine-Saint-Denis, dont le siège se situe 11 Rue de l'Indépendance, 93000 Bobigny, représenté par son Bâtonnier en exercice domicilié en cette qualité audit siège

EN PRESENCE DE : Mme SLCB

Me Catherine Herrero

QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE n° 2019-818

FAITS ET PROCEDURE

I. Le 17 juin 2019 à 15h, Mme SLCB, de nationalité nicaraguayenne, a été contrôlée à l'aéroport de Roissy-Charles-de-Gaulle, avant son entrée sur le territoire national, alors qu'elle se rendait en Espagne.

Après l'avoir interrogée sur son identité et les motifs de son séjour en Espagne, sans lui permettre d'être assistée par un avocat, le chef du service de contrôle aux frontières a pris à son encontre deux décisions, l'une de refus d'entrée sur le territoire français et l'autre de placement en zone d'attente.

Ces deux décisions, ainsi que les droits y afférents, lui ont été notifiés à 15h55.

Le même jour, à 16h45, Mme SLCB a de nouveau été auditionnée par un officier de police judiciaire de la direction de la police aux frontières, sans que, là encore, lui soit proposée l'assistance d'un avocat.

Un procès-verbal a été établi et relate les questions et réponses sur son identité et ses projets d'embauche à Bilbao.

Le juge des libertés et de la détention a été saisi par l'administration aux fins de maintenir son placement en zone d'attente au-delà de 96h.

A l'occasion de cette procédure, Mme SLCB a posé une question prioritaire de constitutionnalité portant sur la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution des dispositions des articles L. 213-2 et L. 221-4 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (ci-après le CESEDA), en ce qu'elles ne prévoient pas que l'étranger auditionné durant son maintien en zone d'attente peut être assisté par un avocat.

Par une décision du 21 juin 2019, le juge des libertés et de la détention a autorisé le maintien en zone d'attente de Mme SLCB pour une durée de 8 jours et renvoyé l'examen de la question prioritaire de constitutionnalité à l'audience du 2 juillet suivant, afin de permettre au ministère public de formuler des observations.

Par une ordonnance du 2 juillet 2019, le juge des libertés et de la détention a ordonné la transmission à la Cour de cassation de la question suivante : « *les dispositions des articles L. 213-2 et L. 221-4 du CESEDA portent-elles atteinte aux droits et libertés garantis par les articles 7, 9 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ?* ».

Par un arrêt du 2 octobre 2019, la Cour de cassation a renvoyé cette question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel.

C'est au soutien de celle-ci que les exposants entendent intervenir.

DISCUSSION

Sur la recevabilité de l'intervention

II. Aux termes de l'article 6 du règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité, tel que modifié par la décision n° 2011-120 ORGA du 21 juin 2011 :

«(al.2) Lorsqu'une personne justifiant d'un intérêt spécial adresse des observations en intervention relatives à une question prioritaire de constitutionnalité avant la date fixée en application du troisième alinéa de l'article 1^{er} et mentionnée sur le site internet du Conseil constitutionnel, celui-ci décide que l'ensemble des pièces de la procédure lui est adressé et que ces observations sont transmises aux parties et autorités mentionnées à l'article 1^{er}. Il leur est imparti un délai pour y répondre. En cas d'urgence, le président du Conseil constitutionnel ordonne cette transmission.

(al.3) Le dépassement du délai échu à cette date n'est pas opposable à une partie qui a posé devant une juridiction relevant du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, devant le Conseil d'État ou devant la Cour de cassation une question prioritaire de constitutionnalité mettant en cause une disposition législative dont le Conseil constitutionnel est déjà saisi lorsque, pour cette raison, cette question n'a pas été renvoyée ou transmise.

(al.4) Si ces observations en intervention comprennent des griefs nouveaux, cette transmission tient lieu de communication au sens de l'article 7 du présent règlement.

(al.5) Lorsque des observations en intervention ne sont pas admises par le Conseil constitutionnel, celui-ci en informe l'intéressé ».

L'article 10 du règlement intérieur modifié ajoute, dans son 2^{ème} alinéa, que sont invités à présenter leurs éventuelles observations orales les représentants des personnes dont les observations en intervention ont été admises.

Sur le fondement de ces dispositions, et en raison de l'effet *erga omnes* des questions prioritaires de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel admet largement la recevabilité des interventions devant lui.

Il considère que toute personne ayant un intérêt spécial doit pouvoir faire valoir son point de vue.

III. En l'espèce, l'ANAFE, le SAF, le GISTI et l'ordre des avocats du Barreau de la Seine-Saint-Denis ont un intérêt spécial à intervenir au soutien de la question prioritaire de constitutionnalité n° 2019-818 qui pose la question de la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution des dispositions des articles L. 213-2 et L. 221-4 du CESEDA, en ce qu'elles ne garantissent pas le respect des droits de la défense de l'étranger auditionné avant et pendant son maintien en zone d'attente.

Le SAF a notamment pour objet, selon l'article 2 de ses statuts (Production n° 1), « *la recherche, avec les organisations représentatives des autres professions judiciaires, des bases d'une action commune pour une meilleure justice* », « *toute action relative au fonctionnement de la justice, aux conditions de détention, ainsi qu'aux droits des justiciables et de toute personne privée de liberté* » ou encore « *l'action pour la défense des droits de la défense et des libertés dans le monde* ».

Il est ainsi habilité à agir pour la défense des droits de la défense et à soutenir toute action en justice relative aux droits des justiciables et des personnes privées de liberté.

L'ANAFE a, pour sa part, selon l'article 3 de ses statuts (Production n° 2), pour objet d'« *agir en faveur des droits des personnes qui se trouvent ou se sont trouvées en difficulté aux frontières* » et elle exerce son activité, selon l'article 4 de ses statuts, « *notamment dans chaque aéroport, port, autre zone frontalière ou d'attente* ».

Elle intervient ainsi régulièrement auprès des étrangers maintenus en zone d'attente.

Quant au GISTI, il a, selon l'article 1^{er} de ses statuts (Production n° 3), « *pour objet de réunir toutes les informations sur la situation juridique, économique et sociale des personnes étrangères ou immigrées, d'informer celles-ci des conditions de l'exercice et de la protection de leurs droits, de soutenir, par tous moyens, leur action en vue de la reconnaissance et du respect de leurs droits, sur la base du principe d'égalité, de combattre toutes les formes de racisme et de*

discrimination, directe ou indirecte, et assister celles et ceux qui en sont victimes ».

Il s'est ainsi donné pour mission notamment d'informer les étrangers sur les conditions d'exercice de leurs droits et de soutenir leur action en vue de la reconnaissance et du respect de leurs droits.

Eu égard à leur objet statutaire et à la nature de la question prioritaire de constitutionnalité posée, le SAF, l'ANAFE et le GISTI et justifient donc d'un intérêt spécial à intervenir devant le Conseil constitutionnel au soutien de la question prioritaire de constitutionnalité n° 2019-818.

S'agissant enfin de l'ordre des avocats au Barreau de la Seine-Saint-Denis, qui est déjà intervenu devant le juge des libertés et de la détention, il concourt au service public de la justice et ses membres sont les garants des libertés publiques et privées.

Selon l'article 7 du règlement intérieur du Barreau de la Seine-Saint-Denis, « *l'avocat consulte, conseille, rédige, postule, représente, assiste et plaide* ».

Il s'ensuit que l'ordre des avocats au Barreau de la Seine-Saint-Denis a également intérêt, pour la conservation de ses droits, à soutenir la présente question prioritaire de constitutionnalité.

IV. En outre, conformément à l'article 11 de ses statuts et par délibération du 4 octobre 2019 (Production n° 2), le bureau du SAF a décidé de l'intervention du syndicat au soutien de la question prioritaire de constitutionnalité n° 2019-818.

Sa présidente dispose d'un mandat général pour représenter le syndicat devant toutes les juridictions, dans toutes les instances où le syndicat est demandeur, défendeur, intervenant volontaire ou forcé et à toute hauteur de cause.

En application de l'article 10 de ses statuts et par délibération du 22 octobre 2019 (Production n° 4), le conseil d'administration de l'ANAFE a mandaté son président, M. Alexandre Moreau, pour désigner le cabinet SCP Zribi-TeXier pour déposer et défendre un mémoire d'intervention au soutien de la question prioritaire de constitutionnalité n° 2019-818.

Conformément aux articles 10 et 11 de ses statuts et par délibération du 12 octobre 2019 (Production n° 6), le bureau du GISTI a autorisé Mme Vanina Rochiccioli, sa présidente, à intervenir volontairement, ès qualité, devant le Conseil constitutionnel à l'appui de la question prioritaire de constitutionnalité n° 2019-818.

Enfin, en application de l'article 17 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, le conseil de l'ordre du Barreau de la Seine-Saint-Denis a autorisé son Bâtonnier à intervenir au nom de l'ordre au soutien de la question prioritaire de constitutionnalité n° 2019-818 (Production n° 7).

Il s'ensuit que l'intervention collective du SAF, de l'ANAFE, du GISTI et de l'ordre des avocats du Barreau de la Seine-Saint-Denis au soutien de la question prioritaire de constitutionnalité n° 2019-818 est recevable.

Sur la méconnaissance des droits et libertés garantis par la Constitution

V. A titre liminaire, on soulignera que dès 1992, la question de la garantie des droits, constitutionnellement garantis, en zone d'attente a été posée.

En effet, le Conseil constitutionnel, saisi dans le cadre du contrôle *a priori*, a, dans sa décision du 25 février 1992, déclaré contraire à la Constitution l'article 35 quater ajouté à l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France par la loi en ce qu'il traitait le maintien en zone d'attente et sa prolongation comme une pure mesure administrative, sans contrôle judiciaire adéquat, énonçant à cet égard « *que si la compétence pour décider du maintien peut être confiée par la loi à l'autorité administrative, le législateur doit prévoir, selon des modalités appropriées, l'intervention de l'autorité judiciaire pour que celle-ci exerce la responsabilité et le pouvoir de contrôle qui lui reviennent* » (Cons. Cons., 25 février 1992, n°92-307 DC).

Dans le prolongement des questions relatives à la garantie des droits fondamentaux, qui irriguaient cette décision, la présente question prioritaire de constitutionnalité donne l'occasion au Conseil constitutionnel de se déterminer sur la garantie des droits de la défense, lors des auditions qui ont

lieu avant et après la décision administrative de maintien en zone d'attente, pour lesquelles la loi ne prévoit pas de garanties suffisantes et effectives.

L'on rappellera tout d'abord le contexte juridique et matériel de ces auditions, concernées par la présente question prioritaire de constitutionnalité.

Il convient ainsi de présenter brièvement ce que recouvre juridiquement et matériellement la zone d'attente (1), pour aborder ensuite les auditions concernées par la question prioritaire de constitutionnalité (2).

1. Tout d'abord, la « zone d'attente » a été institutionnalisée par la loi n° 92-625 du 6 juillet 1992 sur la zone d'attente des ports et des aéroports et portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.

Elle est définie par cette loi comme la zone « *délimitée par le représentant de l'Etat dans le département [qui] s'étend des points d'embarquement et de débarquement à ceux où sont effectués les contrôles des personnes* ».

Concrètement, la zone d'attente correspond à la zone sous douane dont l'accès est limité.

Elle peut inclure, précise la loi, des lieux d'hébergement « *assurant des prestations de type hôtelier* ».

En pratique, il s'agit toutefois bien souvent de locaux exigus, ne permettant pas la séparation des hommes et des femmes ou encore des majeurs et des mineurs, et qui sont bien souvent sales et vétustes.

Ils diffèrent en fonction des ports, des aéroports et des locaux à disposition.

Ainsi, à Brest, Le Havre, Nantes, Calais et Dunkerque, les personnes étrangères sont transférées dans un hôtel situé à proximité de la zone où elles restent enfermées 24h/24.

A l'aéroport d'Orly – deuxième plus grande zone d'attente – les personnes sont maintenues au sein de l'aéroport (Orly 4) le jour et transférées à l'hôtel la nuit.

A Cherbourg, Bordeaux, Nice, Lyon, Toulouse, Marseille aéroport, Bâle-Mulhouse, Strasbourg, Lille ainsi qu'en Guadeloupe et en Martinique, les personnes sont maintenues dans des salles au sein des postes de police de l'aéroport ou du port et elles ne bénéficient pas toujours de prestations « de type hôtelier ».

Enfin, à Roissy – principale zone d'attente – la personne qui s'est vu refuser l'entrée sur le territoire est d'abord maintenue dans une salle du poste de police en aérogare avant son transfert vers le lieu d'hébergement (ZAPI 3 – Zone d'Attente pour Personne en Instance), dans la salle, souvent exigüe, et dénuée de fenêtres, où sont aussi placés les personnes maintenues en attente de réacheminement.

Dans ces zones d'attente, sont maintenus les étrangers, y compris les mineurs isolés ou accompagnés de leur familles, qui arrivent en France par la voie maritime ou aérienne et qui, soit ne sont pas autorisés à entrer sur le territoire français, soit demandent leur admission au titre de l'asile.

Le maintien dure le temps, en principe, strictement nécessaire à leur départ et, s'ils sont demandeurs d'asile, à un examen tendant à déterminer si leur demande n'est pas manifestement infondée.

Bien que les personnes qui y sont placées n'aient pas juridiquement foulé le sol du territoire français, la zone d'attente n'est pas une zone extraterritoriale dans le sens que le droit international privé donne de cette notion : seule la loi française s'y applique¹.

C'est ce qui conduit à la considérer comme une fiction juridique².

¹ Rapport de mission relative à la mise en place de l'annexe du TGI de Bobigny sur la zone aéroportuaire de Roissy Charles de Gaulle de Mme Jacqueline de Guillenchmidt et M. Bernard Bacou, p. 3.

² *Ibid.*

Il reste qu'avant tout, comme l'a souligné la commission nationale consultative des droits de l'homme, dans un avis du 5 juillet 2010, la zone d'attente est un lieu de privation de liberté, un lieu d'enfermement, au sein duquel le placement d'un étranger doit satisfaire aux garanties issues de l'article 66 de la Constitution, ainsi qu'aux garanties issues l'article 5 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales³.

Or, en raison des termes de la loi, qui ne permettent pas de garantir les droits de la défense, de nombreuses difficultés pratiques se sont posées concernant les droits des personnes.

En effet, dans ces lieux de privation de liberté, qui se sont multipliés – on dénombre actuellement une centaine de zones d'attente en France métropolitaine et en Outre-mer – et étendus, des difficultés relatives à l'effectivité des droits des personnes maintenues sont régulièrement dénoncées.

Ainsi, dans son rapport d'activité 2018, le Contrôleur général des lieux de privation de liberté a relevé qu'«*un véritable accès au droit est de fait impossible pour les personnes maintenues, dans les terminaux où sont contrôlés les passagers, comme dans la zone d'hébergement [tout particulièrement dans la zone d'attente des personnes en instance de Roissy, dite ZAPI]: les documents remis sont incomplets, le stress des personnes maintenues ne leur permet pas de comprendre leurs droits et parfois par même ce qui leur arrive, un discours apaisant et rassurant leur est tenu alors qu'il n'est pas conforme à la réalité, une association, qui ne dispose pas d'une délégation de service public, n'est présente que 20% du temps* » (p. 58).

En outre, et surtout, souligne-t-il, «*l'avocat de permanence commis d'office n'est présent qu'au moment des audiences devant le JLD et ne peut la préparer ni en écoutant les personnes retenues, ni en rassemblant des pièces* » (p. 58).

L'absence de l'avocat avant l'intervention du juge des libertés et de la détention a été ainsi soulignée par le Contrôleur général des lieux de privation de liberté comme ne permettant pas la garantie des droits des personnes.

³ CNCDH, Avis sur le projet de loi relatif à l'immigration, l'intégration et la nationalité, 5 juillet 2010, p. 2.

Plus précisément, l'absence d'assistance d'un avocat pose particulièrement difficulté, lors des auditions qui ont lieu avant et après la décision administrative de maintien en zone d'attente.

2. Les étrangers maintenus en zone d'attente sont en effet susceptibles de faire l'objet de deux auditions, l'une antérieure à la décision administrative de maintien en zone d'attente, l'autre, une fois que cette décision est intervenue.

La première audition, quasi systématique, intervient à leur sortie de l'avion, entre le contrôle dit « de première ligne » réalisé aux postes de contrôle de la police aux frontières, appelés aubettes, et l'adoption des décisions administratives de refus d'entrée et de placement en zone d'attente.

Le contrôle dit « de première ligne » vise à vérifier l'authenticité de leurs documents, leur éventuelle inscription sur divers fichiers et la réunion des conditions d'entrée sur le territoire français.

Un contrôle des passeports et, le cas échéant, une prise d'empreintes peuvent être réalisés afin de consulter différents fichiers nationaux, européens ou internationaux.

Si l'étranger ne justifie pas de l'une des conditions d'entrée sur le territoire français, s'il fait l'objet d'un signalement ou s'il existe de simples doutes sur les motifs de son voyage, il est conduit, directement ou après avoir patienté pendant le contrôle des autres passagers, au poste de police de seconde ligne du terminal.

A ce stade, l'appréciation subjective des agents de la police aux frontières joue un rôle important dans la tenue et dans l'approfondissement des contrôles.

Au poste de police, dans le cadre du contrôle dit « de seconde ligne », l'étranger fait alors l'objet de sa première audition.

Cette audition ne consiste pas en une simple vérification d'identité.

Si elle peut éventuellement porter, en cas de doute, sur l'authenticité d'un document, elle a surtout pour objectif de vérifier les conditions d'entrée de l'intéressé (par exemple la réservation d'un hôtel) et de s'assurer – de façon plus ou moins musclée – du motif de son séjour.

Au vu des déclarations de l'étranger, qui sont consignées dans un « rapport de mise à disposition », si la police aux frontières estime que les conditions d'entrée ne sont pas remplies ou que l'étranger semble présenter un « risque migratoire », elle lui notifie un refus d'entrée sur le territoire ainsi qu'une décision de placement en zone d'attente.

Les déclarations faites par l'étranger lors de sa première audition sont en conséquence déterminantes puisque prises en considération par la police aux frontières dans le cadre de la décision administrative qui s'en suit.

Pourtant, lors de cette première audition, les droits de la défense de l'étranger ne sont pas garantis par la loi.

La seconde audition intervient, quant à elle, au cours du maintien en zone d'attente, entre la décision administrative de placement en zone d'attente et l'éventuelle décision juridictionnelle de prolongation du maintien prise par le juge des libertés et de la détention.

Elle est réalisée, comme la première audition, par un agent de la police aux frontières et a pour objet d'interroger à nouveau l'étranger sur le motif de son séjour.

Les réponses de l'étranger sont consignées dans un procès-verbal d'audition.

Ces déclarations sont là encore déterminantes puisqu'elles seront susceptibles d'être prises en considération par le juge des libertés et de la détention dans le cadre de sa décision juridictionnelle de prolongation du maintien de l'intéressé en zone d'attente.

Pourtant, comme nous le verrons, au stade de cette seconde audition, les droits de la défense de l'étranger ne sont pas davantage garantis par la loi.

Ce contexte étant rappelé, il sera démontré que les articles L.213-2 et L.221-4 du CESEDA, qui ne garantissent pas les droits de la défense lors de ces deux auditions, ne sont pas conformes à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

A. La méconnaissance des droits de la défense de l'étranger lors de sa première audition, avant la décision administrative de maintien en zone d'attente

VI. L'article L. 213-2 du CESEDA dispose que :

« Tout refus d'entrée en France fait l'objet d'une décision écrite motivée prise, sauf en cas de demande d'asile, par un agent relevant d'une catégorie fixée par voie réglementaire.

Cette décision est notifiée à l'intéressé avec mention de son droit d'avertir ou de faire avertir la personne chez laquelle il a indiqué qu'il devait se rendre, son consulat ou le conseil de son choix. En cas de demande d'asile, la décision mentionne également son droit d'introduire un recours en annulation sur le fondement de l'article L. 213-9 et précise les voies et délais de ce recours. La décision et la notification des droits qui l'accompagne doivent lui être communiquées dans une langue qu'il comprend.

L'étranger peut refuser d'être rapatrié avant l'expiration du délai d'un jour franc, ce dont il est fait mention sur la notification prévue au deuxième alinéa. L'étranger mineur non accompagné d'un représentant légal ne peut être rapatrié avant l'expiration du même délai. Le présent alinéa n'est pas applicable aux refus d'entrée notifiés à Mayotte ou à la frontière terrestre de la France.

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

La décision prononçant le refus d'entrée peut être exécutée d'office par l'administration.

Une attention particulière est accordée aux personnes vulnérables, notamment aux mineurs, accompagnés ou non d'un adulte ».

Il prévoit ainsi les garanties qui doivent accompagner la décision de refus d'entrée des étrangers sur le territoire français.

En revanche, pas plus qu'aucun autre texte, il n'encadre la procédure qui précède l'adoption de cette décision.

Plus précisément, il n'organise aucune garantie qui encadrerait l'audition de l'étranger avant la décision de maintien en zone d'attente, audition qu'il n'exclut pas.

Ainsi, il ne prévoit pas que l'étranger soit informé de ce qu'avant que lui soit opposé un refus d'entrée sur le territoire français, il est libre et peut partir à tout moment ; le droit de repartir vers une destination de son choix découle de l'article L. 221-4 du CESEDA et n'est donc notifié qu'au moment de la remise de la décision de maintien en zone d'attente.

Le silence de la loi à cet égard aboutit à créer une contrainte de fait.

Il ne prévoit pas non plus la notification à l'étranger de son droit à l'assistance d'un avocat, ni même de son droit à communiquer avec un avocat, qu'elles qu'en soient les modalités.

Il n'organise pas davantage la possible désignation d'un avocat d'office pour assister l'étranger, au cours de sa première audition en particulier.

Enfin, il ne prévoit pas même l'assistance obligatoire d'un interprète, lors de l'audition, antérieure à la décision de maintien en zone d'attente.

En cela, l'article L.213-2 du CESEDA méconnaît l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

1. L'application de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789

VII. Aux termes de l'article 16 de la Déclaration de 1789 : « *Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ».

Si le Conseil constitutionnel a, dans un premier temps, considéré que les droits de la défense constituaient un principe fondamental reconnu par les lois de la République (Cons. const., 2 décembre 1976, n° 76-70 DC), il les déduit désormais de l'article 16 de la Déclaration de 1789 précité (Cons. const., 30 mars 2006, n° 2006-535 DC, § 24).

On le sait, le principe du respect des droits de la défense s'applique en matière pénale.

Mais pas seulement.

Il résulte en effet de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qu'à l'instar du principe de la présomption d'innocence (Cons. const., 29 décembre 1999, n° 99-424 DC, §§ 51 à 56 ; Cons ; const., 26 novembre 2010, n° 2010-69 QPC, § 5), le principe du respect des droits de la défense s'applique également en matière fiscale (Cons. const., 29 décembre 1984, n° 84-184 DC, § 35), civile (Cons. const., 18 janvier 1985, n° 84-182 DC, § 8), administrative (Cons. const., 17 janvier 1989, n° 88-248 DC, § 27) et disciplinaire (Cons. const., 21 février 1992, n° 92-305 DC, § 90).

En matière administrative plus précisément, il s'impose lorsque l'administration prend une mesure ayant le caractère d'une sanction, comme le retrait d'une carte de séjour (Cons. const., 22 avril 1997, n° 97-389 DC, § 32 : *« les mesures de retrait de la carte de séjour ou de la carte de résident revêtant le caractère de sanction, il incombera à l'autorité administrative, sous le contrôle du juge, de respecter les droits de la défense »*), ou une mesure individuelle présentant une certaine gravité en considération de la personne, de la situation personnelle de l'intéressé ou de son comportement, telle une mesure de rétention administrative (Cons. const., 13 août 1993, n° 93-325 DC, § 98 : *« cette rétention ne peut intervenir que dans des cas et sous des formes et conditions strictement définis par lui, sous le contrôle du juge et dans le respect des droits de la défense »*).

En ce sens, la Cour de justice de l'Union européenne a également considéré que *« l'obligation de respecter les droits de la défense des destinataires de décisions qui affectent de manière sensible leurs intérêts pèse ainsi en principe sur les administrations des États membres lorsqu'elles prennent des mesures entrant dans le champ d'application du droit de l'Union (arrêt G. et R., EU:C:2013:533, point 35) »* (CJUE., 5 novembre 2014, *Sophie Mukarubega c. Préfet de police, Préfet de la Seine-Saint-Denis*, aff. C-166/13, §§ 44 et s.).

Elle s'impose ainsi notamment avant l'adoption d'une décision de retour concernant un étranger (CJUE, 11 décembre 2014, aff. C-249/13, § 68).

La décision de refus d'entrée sur le territoire français est, à l'instar de la mesure de rétention administrative, une mesure individuelle présentant une certaine gravité prise en considération de la personne, de la situation personnelle de l'intéressé.

Elle ne peut donc intervenir que dans le respect des droits de la défense de l'étranger concerné.

2. La méconnaissance de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789

VIII. Le Conseil constitutionnel n'a pas encore eu l'occasion de préciser la teneur exacte des droits de la défense, dont il a ainsi affirmé qu'ils devaient être garantis lors d'auditions préalables à des décisions administratives individuelles défavorables présentant une certaine gravité.

Ils doivent nécessairement comprendre le droit à l'assistance d'un interprète.

Comment l'étranger pourrait-il répondre correctement aux questions de l'agent qui l'interroge s'il n'en comprend pas le sens ?

Par ailleurs, le droit à l'assistance d'un avocat ou, à tout le moins, le droit d'être informé de la possibilité de communiquer avec un avocat, est le corollaire nécessaire des droits de la défense, lorsque sont en cause des auditions préalables à des décisions privatives de liberté et/ou portant atteinte à la liberté d'aller et venir.

En effet, le droit à l'assistance d'un avocat est tout d'abord nécessaire pour que l'étranger soit informé de ses droits et pour pouvoir vérifier l'effectivité du droit à l'assistance d'un interprète et s'assurer de l'absence de pressions exercées sur l'étranger lors de son audition ; ensuite, ce droit à l'assistance d'un avocat lui permettra d'être conseillé au mieux et informé des conséquences de ses réponses et du cadre juridique dans lesquelles elles sont susceptibles de s'inscrire.

Or, l'article L.213-2 du CESEDA ne prévoit ni interprète ni avocat, lors des auditions qui ont lieu avant la décision de maintien en zone d'attente.

En réalité, aucun régime juridique n'encadre ces auditions.

Toute liberté est ainsi laissée à la police aux frontières, sans qu'aucune garantie ne soit aménagée.

S'agissant de l'interprète, les conséquences du silence de la loi sont graves puisqu'en pratique, des policiers peuvent faire eux-mêmes office d'interprètes lors de la première audition de l'étranger ; la loi ne l'exclut pas en effet, ni même n'impose l'assistance d'un interprète.

De la même manière, la notification d'un droit à un avocat n'est pas prévue par la loi.

Alors même que l'étranger est susceptible de faire l'objet d'une décision individuelle défavorable, privative de liberté, ou, à tout le moins attentatoire à la liberté d'aller et venir, il n'est pas prévu que, lors de son audition, un avocat l'assiste et s'assure du respect de ses droits.

Cela est d'autant plus grave que l'audition peut être déterminante pour la décision de refus d'entrée et partant, de maintien en zone d'attente, et également, le cas échéant, devant le juge des libertés et de la détention, qui statuera sur une demande de prolongation du maintien en zone d'attente.

Ainsi, les réponses qui seront données par l'étranger, et qui seront consignées dans le rapport de mise à disposition, notamment sur l'objet de son voyage, auront souvent des incidences très importantes sur la décision administrative prise et la décision du juge des libertés et de la détention, statuant sur la prolongation.

Pour preuve, en l'espèce, il ressort du rapport de mise à disposition que, lors de sa première audition, après avoir indiqué qu'elle se rendait en Espagne pour faire du tourisme pendant seulement trois jours, Mme SLCB est revenue sur ses déclarations et a reconnu se rendre en Espagne pour travailler, « *le temps nécessaire pour accumuler assez d'argent pour aider sa famille* » (Production n° 9).

L'agent de la police aux frontières qui l'a interrogée a constaté qu'elle était cependant démunie de documents l'autorisant à exercer une activité professionnelle de manière légale en Espagne.

C'est ce motif précisément qui a été retenu pour refuser à Mme SLCB l'entrée sur le territoire français (Production n° 10).

C'est ce même motif relatif au but du séjour de l'intéressée qui a également été retenu ultérieurement par le juge des libertés et de la détention pour prolonger son maintien en zone d'attente (Production n° 11).

Dès lors, en n'encadrant pas la première audition des étrangers qui intervient avant l'adoption des décisions administratives de refus d'entrée et de placement en zone d'attente, le législateur, qui ne leur a garanti ni le droit à l'assistance d'un interprète ni le droit à un avocat, a méconnu les droits de la défense garantis par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

L'article L. 213-2 du CESEDA doit donc, pour ce motif déjà, être abrogé.

Ce grief, qui figurait, en substance, dans les écritures des parties devant le juge des libertés et de la détention et la Cour de cassation pourra, au besoin, être relevé d'office par le Conseil constitutionnel, conformément à ce que prévoit l'article 7 du règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité.

Les droits de la défense sont également méconnus, lors de la seconde audition, qui intervient après la décision administrative de maintien en zone d'attente.

B. La méconnaissance des droits de la défense de l'étranger lors de sa seconde audition, postérieure à la décision de maintien en zone d'attente

IX. L'article L. 213-2 du CESEDA dispose que :

« Tout refus d'entrée en France fait l'objet d'une décision écrite motivée prise, sauf en cas de demande d'asile, par un agent relevant d'une catégorie fixée par voie réglementaire. »

Cette décision est notifiée à l'intéressé avec mention de son droit d'avertir ou de faire avertir la personne chez laquelle il a indiqué qu'il devait se rendre, son consulat ou le conseil de son choix. En cas de demande d'asile, la décision mentionne également son droit d'introduire un recours en annulation sur le fondement de l'article L. 213-9 et précise les voies et délais de ce recours. La décision et la notification des droits qui l'accompagne doivent lui être communiquées dans une langue qu'il comprend.

L'étranger peut refuser d'être rapatrié avant l'expiration du délai d'un jour franc, ce dont il est fait mention sur la notification prévue au deuxième alinéa. L'étranger mineur non accompagné d'un représentant légal ne peut être rapatrié avant l'expiration du même délai. Le présent alinéa n'est pas applicable aux refus d'entrée notifiés à Mayotte ou à la frontière terrestre de la France.

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

La décision prononçant le refus d'entrée peut être exécutée d'office par l'administration.

Une attention particulière est accordée aux personnes vulnérables, notamment aux mineurs, accompagnés ou non d'un adulte ».

Par ailleurs, l'article L. 221-4 du même code dispose que :

« L'étranger maintenu en zone d'attente est informé, dans les meilleurs délais, qu'il peut demander l'assistance d'un interprète et d'un médecin, communiquer avec un conseil ou toute personne de son choix et quitter à tout moment la zone d'attente pour toute destination située hors de France. Il est également informé des droits qu'il est susceptible d'exercer en matière de demande d'asile. Ces informations lui sont communiquées dans une langue qu'il comprend. Mention en est faite sur le registre mentionné au deuxième alinéa de l'article L. 221-3, qui est émarginé par l'intéressé.

En cas de maintien simultané en zone d'attente d'un nombre important d'étrangers, la notification des droits mentionnés au premier alinéa s'effectue dans les meilleurs délais, compte tenu du nombre d'agents de l'autorité administrative et d'interprètes disponibles. De même, dans ces mêmes circonstances particulières, les droits notifiés s'exercent dans les meilleurs délais.

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

On le voit, ces dispositions se bornent à prévoir, au profit de l'étranger qui se voit refuser l'entrée sur le territoire français et qui est placé en zone d'attente, un simple droit à l'information de ce qu'il peut, dans un premier temps, avertir

ou faire avertir le conseil de son choix et de ce qu'il peut, dans un second temps, communiquer avec un conseil.

Ainsi, elles ne prévoient pas de droit à l'assistance d'un avocat pendant l'audition de l'étranger, ni ne garantissent l'effectivité du droit à un avocat, puisqu'elles ne prévoient pas la possibilité d'une désignation d'un avocat d'office.

En cela, ces dispositions sont contraires à la Constitution, et plus particulièrement à l'article 16 de la Déclaration de 1789.

1. L'application de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789

X. On l'a dit, le Conseil constitutionnel déduit désormais les droits de la défense de l'article 16 de la Déclaration de 1789 précité (Cons. const., 30 mars 2006, n° 2006-535 DC, § 24).

Et le principe du respect des droits de la défense s'applique en matière pénale mais aussi en matière fiscale (Cons. const., 29 décembre 1984, n° 84-184 DC, § 35), civile (Cons. const., 18 janvier 1985, n° 84-182 DC, § 8), administrative (Cons. const., 17 janvier 1989, n° 88-248 DC, § 27) et disciplinaire (Cons. const., 21 février 1992, n° 92-305 DC, § 90).

Il s'applique au demeurant, dans le cadre des procédures juridictionnelles, mais également en amont de celles-ci.

C'est ce qui a été décidé par le Conseil constitutionnel dans le cadre de la garde à vue.

Si la garde à vue s'inscrit bien évidemment dans le cadre d'une procédure pénale, il est proposé de transposer ce raisonnement à toute audition qui a lieu alors que les personnes sont retenues contre leur volonté et qu'elles risquent de faire des déclarations susceptibles de leur faire grief, dans le cadre d'une procédure juridictionnelle.

On soulignera en ce sens que, lors d'une garde à vue comme lors d'une audition en zone d'attente, des personnes, qui sont retenues contre leur volonté, risquent de faire des déclarations qui pourraient leur faire grief au cours d'une instance juridictionnelle ultérieure.

Autrement dit, même si le terme est impropre en dehors de la procédure pénale, dans les deux cas, les personnes risquent de « s'auto-incriminer ».

Sur la garde à vue, le Conseil constitutionnel a considéré, on le sait, que dès lors qu'elle est « *une mesure de contrainte* », au cours de laquelle une personne est « *retenue contre sa volonté* », les droits de la défense trouvent à s'appliquer (Cons. const., 30 juillet 2010, n° 2010-14/22 QPC, § 28 ; Cons. const., 18 novembre 2011, n° 2011-191/194/195/196/197 QPC, § 28 ; v. dans le même sens : CEDH, 14 octobre 2010, *Brusco c. France*, req. n° 1466/04 ; CEDH Gde Ch., 9 novembre 2018, *Beuze c. Belgique*, req. n° 71409/10).

Le Conseil constitutionnel a déjà eu l'occasion de préciser que ce régime n'est pas réservé à la garde à vue, puisqu'il a considéré qu'il en va de même en cas de retenue douanière décidée par les agents des douanes dans l'hypothèse d'un flagrant délit douanier.

Dans cette hypothèse aussi, la personne ainsi « *retenue contre sa volonté* » doit pouvoir bénéficier du respect des droits de la défense (Cons. const., 22 septembre 2010, n° 2010-32 QPC, § 7).

Il résulte de ces deux décisions que le critère d'application des droits de la défense tient à la situation de la personne concernée qui doit être « *retenue contre sa volonté* ».

XI. Tel est le cas des étrangers maintenus en zone d'attente, avant que le juge des libertés et de la détention statue sur la prolongation de leur maintien.

En effet, même s'il est moins contraignant que le maintien en rétention administrative (Cons. const., 25 février 1992, n° 92-307 DC, § 14), le maintien en zone d'attente est, comme la garde à vue et la retenue douanière, une mesure de contrainte au cours de laquelle l'étranger est « *retenu contre sa volonté* ».

Le Conseil constitutionnel l'a admis dans sa décision du 25 février 1992 (n° 92-307 DC) par laquelle il a censuré la loi du 22 janvier 1992 aux motifs que : « le maintien d'un étranger en zone de transit, en raison de l'effet conjugué du degré de contrainte qu'il revêt et de sa durée, a (...) pour conséquence d'affecter la liberté individuelle de la personne qui en fait l'objet au sens de l'article 66 de la Constitution » (§ 15).

C'est d'ailleurs parce qu'il s'agit d'une mesure de contrainte que le maintien en zone d'attente est encadré strictement par la loi, qu'il a été placé sous le contrôle du juge judiciaire, qu'il ne doit intervenir que pendant le temps strictement nécessaire au départ de l'étranger, ou à ce que sa demande d'asile soit examinée, et qu'il est entouré de garanties.

Dans le même sens, on ajoutera qu'il convient de relativiser l'idée, mentionnée lors de la procédure devant la Cour de cassation, suivant laquelle l'étranger serait privé d'entrée sur le territoire mais demeurerait libre de repartir vers un autre Etat.

D'une part, en effet, les auditions peuvent concerner les demandeurs d'asile, dans l'hypothèse où ils n'auraient pas spontanément sollicité leur entrée en France au titre de l'asile au moment du contrôle initial, ce qui est fréquent.

Si leur demande est enregistrée, les craintes de persécution dans leur pays font, par nature, obstacle à leur retour, jusqu'à ce que le ministère de l'intérieur, voire le tribunal administratif, rende sa décision sur le caractère manifestement (in)fondé de la demande.

D'autre part, tout départ vers une autre destination que leur pays d'origine serait à la charge de l'intéressé et accepté uniquement s'il y est légalement admissible, c'est-à-dire s'il est en possession d'un passeport en cours de validité et, le cas échéant, d'un visa.

En pratique, seules peuvent donc bénéficier de ce droit les personnes bénéficiant d'un titre de séjour dans un pays de l'espace Schengen, et cela n'est pas systématique, une grande marge d'appréciation étant laissée à la police aux frontières.

En outre, ces personnes ne bénéficient pas du droit de repartir de leur seule initiative car, conformément à l'article L.213-4 du CESEDA, le réacheminement

de l'étranger par l'entreprise de transport aérien ou maritime qui l'a acheminé suppose encore une requête des autorités chargées du contrôle des personnes à la frontière.

Il résulte de ces éléments que le maintien en zone d'attente constitue une mesure de contrainte portant atteinte non seulement à la liberté d'aller et venir de l'étranger, fondée sur les dispositions des articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (Cons. const., 16 juin 1999, n° 99-411 DC, §§ 2 et 20), mais également à la liberté individuelle, garantie par l'article 66 de la Constitution, en raison de son ampleur et de sa durée.

Dans ce contexte, la personne a le droit au respect de ses droits de la défense, dans le cadre de l'audition qui a lieu pendant son maintien en zone d'attente.

2. La méconnaissance de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789

XII. Dans le cadre de l'audition qui a lieu pendant son maintien en zone d'attente, l'étranger est privé du droit à l'assistance d'un avocat (a) et du droit à la désignation d'un avocat d'office (b).

a. La méconnaissance du droit à l'assistance d'un avocat

XIII. Il résulte de la jurisprudence du Conseil constitutionnel que lorsqu'ils bénéficient aux personnes faisant l'objet d'une mesure de contrainte, les droits de la défense comprennent le droit à l'assistance d'un avocat.

Le Conseil constitutionnel a considéré en ce sens que les dispositions du code de procédure pénale qui ne permettaient pas à une personne interrogée en garde à vue, alors qu'elle était retenue contre sa volonté, de bénéficier de « l'assistance effective d'un avocat » méconnaissaient les articles 9 et 16 de la Déclaration de 1789 en ce qu'elles imposaient une restriction aux droits de la défense de façon générale, sans considération des circonstances particulières susceptibles de la justifier (Cons. const., 30 juillet 2010, n° 2010-14/22 QPC, § 28).

De plus, a-t-il ajouté, « dénier à une personne tout droit à s'entretenir avec un avocat pendant une garde à vue à raison de certaines infractions, alors que ce droit est reconnu à d'autres personnes dans le cadre d'enquêtes sur des

infractions différentes punies de peines aussi graves et dont les éléments de fait peuvent se révéler aussi complexes, méconnaît, s'agissant d'un droit de la défense, l'égalité entre les justiciables » (Cons. const., 11 août 1993, n° 93-326 DC, § 15).

Dans le même sens, il a jugé contraire à la Constitution l'article du code des douanes qui ne permettait pas à la personne retenue contre sa volonté de bénéficier de l'assistance effective d'un avocat pendant la phase d'interrogatoire aux motifs qu'« *une telle restriction aux droits de la défense est imposée de façon générale sans considération des circonstances particulières susceptibles de la justifier pour rassembler ou conserver les preuves ou assurer la protection des personnes »* (Cons. const., 22 septembre 2010, n° 2010-32 QPC, § 7).

Par ailleurs, si en matière de déferrement devant le procureur de la République, le Conseil constitutionnel a jugé que, celui-ci ayant pour seul objet de permettre à l'autorité de poursuite de notifier à la personne poursuivie la décision prise sur la mise en œuvre de l'action publique et de l'informer ainsi sur la suite de la procédure, le respect des droits de la défense n'impose pas ici la présence d'un avocat, il a toutefois émis la réserve suivante : le procureur de la République ne peut pas interroger l'intéressé et ne saurait, sans méconnaître les droits de la défense, consigner les déclarations de celui-ci sur les faits qui font l'objet de la poursuite dans le procès-verbal mentionnant les formalités de la comparution (Cons. const., 6 mai 2011, n° 2011/125 QPC, § 13).

En matière d'audition libre, s'il a également considéré que l'assistance effective d'un avocat ne s'impose pas ce n'est que parce que « *la personne soupçonnée ne fait l'objet d'aucune mesure de contrainte et consent à être entendue librement »* (Cons. const., 18 novembre 2011, n° 2011-191/194/195/196/197 QPC, § 19).

Il a précisé que « *le respect des droits de la défense exige qu'une personne à l'encontre de laquelle il apparaît, avant son audition ou au cours de celle-ci, qu'il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction pour laquelle elle pourrait être placée en garde à vue, ne puisse être entendue ou continuer à être entendue librement par les enquêteurs que si elle a été informée de la nature et de la date de l'infraction qu'on la soupçonne d'avoir commise et de son droit de quitter à tout moment les locaux de police ou de gendarmerie »* (même décision, § 20).

L'absence d'un droit à être assisté par un avocat a ainsi été subordonnée à la conscience que doit avoir l'intéressé de ce qu'il ne fait pas l'objet d'une mesure de contrainte et consent effectivement à être entendu librement.

Malgré ces précautions, l'absence d'un droit à être assisté par un avocat, au cours d'une audition libre, a continué à être critiquée, en particulier lorsqu'apparaissent les soupçons contre la personne auditionnée.

Afin de mettre un terme à ces critiques et de satisfaire aux exigences européennes, le législateur a introduit un nouvel article 61-1 dans le code de procédure pénale qui prévoit que *« si le déroulement de l'enquête le permet, lorsqu'une convocation écrite est adressée à la personne en vue de son audition, cette convocation indique l'infraction dont elle est soupçonnée, son droit d'être assistée par un avocat ainsi que les conditions d'accès à l'aide juridictionnelle, les modalités de désignation d'un avocat d'office et les lieux où elle peut obtenir des conseils juridiques avant cette audition »*.

De plus, lorsque la personne est entendue, elle doit être informée, *« si l'infraction pour laquelle elle est entendue est un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement, du droit d'être assistée au cours de son audition ou de sa confrontation, selon les modalités prévues aux articles 63-4-3 et 63-4-4, par un avocat choisi par elle ou, à sa demande, désigné d'office par le bâtonnier de l'ordre des avocats ; elle est informée que les frais seront à sa charge sauf si elle remplit les conditions d'accès à l'aide juridictionnelle, qui lui sont rappelées par tout moyen ; elle peut accepter expressément de poursuivre l'audition hors la présence de son avocat »*.

Désormais, l'accès à un avocat est ainsi ouvert à toutes les personnes suspectées auditionnées librement, sauf en matière contraventionnelle.

XIV. Le Conseil constitutionnel se montre particulièrement exigeant, s'agissant des droits de la défense, lorsque la personne auditionnée est une personne présentant une certaine vulnérabilité.

Ainsi, dès 1994, il n'a déclaré conforme à la Constitution la retenue des mineurs de 13 ans qu'après avoir relevé, au titre des garanties, l'assistance d'un avocat dès le début de la retenue (Cons. const., 20 janvier 1994, n° 93-334 DC, § 25).

Dix ans plus tard, il n'a, de même, admis la garde à vue des mineurs de plus de seize ans qu'après avoir relevé, au titre des garanties, le droit de demander à s'entretenir avec un avocat à la première heure de sa garde à vue (Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, § 39).

Très récemment, il a en revanche jugé non conformes à la Constitution les dispositions précitées régissant l'audition libre, sans distinction en fonction de l'âge de la personne entendue, en ce qu'elles ne prévoient pas de garanties suffisantes pour s'assurer que lorsque la personne auditionnée est un mineur, celui-ci consent de façon éclairée à l'audition libre et évite d'opérer des choix contraires à ses intérêts (Cons. const., 8 février 2019, n° 2018-762 QPC, § 5).

Comme le souligne le commentaire de cette décision, « *le Conseil constitutionnel prend en compte la vulnérabilité particulière de certaines personnes dans son appréciation des garanties nécessaires au respect des droits constitutionnels* » (p. 20).

La Cour européenne des droits de l'homme fait de même, notamment pour apprécier les garanties nécessaires au respect des exigences découlant du droit à un procès équitable.

Pour une illustration, c'est au regard de l'état de vulnérabilité de la requérante, une jeune fille étrangère âgée de vingt ans, qu'elle a considéré que la circonstance que celle-ci n'ait pas pu être assistée par un avocat au cours des deux interrogatoires dont elle a fait l'objet par les services de la police italienne constituait une restriction de l'accès à l'assistance judiciaire portant une atteinte irrémédiable à l'équité du procès dans son ensemble (CEDH, 24 janvier 2019, *Knox C. Italie*, req. n° 76577/13).

De façon comparable, il est demandé au Conseil constitutionnel de tenir compte de la vulnérabilité particulière des étrangers pour apprécier les garanties nécessaires au respect des droits de la défense dont ils sont titulaires.

XV. Ainsi, lorsque l'étranger est entendu lors de la seconde audition, alors qu'il se trouve sous une mesure de contrainte, qu'il est retenu contre sa volonté, et que ses déclarations sont susceptibles de lui faire grief, ses droits de la défense incluent nécessairement le droit à l'assistance d'un avocat.

Or, la loi ne prévoit qu'un simple droit d'« *avertir ou de faire avertir le conseil de son choix* » en cas de refus d'entrée et d'être informé de la possibilité de « *communiquer* » avec un avocat en cas de maintien en zone d'attente qui ne peut pas équivaloir à un droit effectif à l'assistance d'un conseil.

Ces garanties sont insuffisantes au regard de la contrainte exercée sur l'étranger lors du maintien, de sa vulnérabilité et des conséquences de ses déclarations sur la décision juridictionnelle à intervenir.

On a vu précédemment que, dans sa décision du 25 février 1992 (n° 92-307 DC), le Conseil constitutionnel a retenu que « *le maintien d'un étranger en zone de transit, en raison de l'effet conjugué du degré de contrainte qu'il revêt et de sa durée, a (...) pour conséquence d'affecter la liberté individuelle de la personne qui en fait l'objet au sens de l'article 66 de la Constitution* » (§ 15).

A cela s'ajoute que l'étranger, qui, par hypothèse, se trouve hors de son pays d'origine, bien souvent ne parle pas le français et ne maîtrise pas le droit français, présente une particulière vulnérabilité.

En outre, ses réponses, lors de l'audition, seront susceptibles d'avoir une incidence importante sur la décision juridictionnelle qui sera prononcée, dans le cadre de l'instance en prolongation.

Ainsi, Mme SLCB s'est vue poser les questions suivantes, lors de son audition qui a eu lieu durant son maintien en zone d'attente : « *Est-ce la première fois que vous vous rendez en Europe ?* », « *Où alliez-vous ?* », « *Quel est le but de votre séjour ?* », « *Avez-vous un contrat de travail ?* », « *Quel type de travail cherchez-vous ?* », « *Savez-vous qu'il faut un contrat de travail dans ce type de cas pour vous rendre en Espagne ?* ».

Le procès-verbal de l'audition fait état de ce qu'elle a répondu à l'agent qui l'a interrogée qu'elle souhaitait se rendre à Bilbao en Espagne pour trouver du travail.

Dans son ordonnance du 21 juin 2019, le juge des libertés et de la détention a autorisé la prolongation du maintien de Mme SLCB en zone d'attente, en se fondant précisément sur ce motif.

Il a ainsi ordonné la prolongation du maintien en zone d'attente, bien qu'il ait constaté que l'intéressée est titulaire d'un passeport authentique en cours de validité, qu'elle produit diverses pièces justifiant qu'elle dispose des moyens d'assurer sa subsistance le temps de son séjour en Europe (assurance valide, réservation hôtelière en Espagne, 1320 dollars et 80 euros) et qu'elle est en possession d'un billet de retour pour le 21 juin 2019, aux motifs que l'intéressé « *indiquait cependant lors du contrôle et dans son audition auprès des fonctionnaires de police se rendre en Espagne à Bilbao pour travailler et se rétractait aux débats, caractérisant dès lors pleinement le risque migratoire et ce dans un contexte où la preuve de pression policière lors de l'audition n'est pas rapportée à l'audience* » (Production n° 8).

En conséquence, il doit être retenu que l'absence d'un droit à l'assistance d'un avocat lors de la seconde audition qui a lieu pendant le maintien de l'étranger en zone d'attente constitue une restriction aux droits de la défense.

Cette restriction est imposée de façon générale, sans considération des circonstances particulières susceptibles de la justifier.

On ajoutera que ce régime de l'audition en zone d'attente est dérogatoire, en comparaison avec les autres auditions dont font l'objet les étrangers, dans le cadre de décisions privatives de liberté.

En effet, lorsqu'un étranger est placé en rétention administrative – autre mesure restreignant sa liberté d'aller et venir –, il est « *informé dans une langue qu'il comprend et dans les meilleurs délais du fait qu'il bénéficie, dans le lieu de rétention, du droit de demander l'assistance d'un interprète, d'un conseil et d'un médecin ainsi que de communiquer avec son consulat et avec toute personne de son choix* » (article L. 551-2 du CESEDA).

De même, lorsqu'un étranger est placé en retenue pour vérification de son droit au séjour, il bénéficie :

« 1° Du droit d'être assisté par un interprète ;

2° Du droit d'être assisté par un avocat désigné par lui ou commis d'office par le bâtonnier, qui est alors informé de cette demande par tous moyens et sans délai. Dès son arrivée, l'avocat peut communiquer pendant trente minutes avec la personne retenue dans des conditions qui garantissent la confidentialité de l'entretien. L'étranger peut demander que l'avocat assiste à ses auditions. Dans ce cas, la première audition, sauf si elle porte uniquement sur les éléments

d'identité, ne peut débiter sans la présence de l'avocat avant l'expiration d'un délai d'une heure suivant l'information adressée à celui-ci. Toutefois, les opérations de vérification ne nécessitant pas la présence de l'étranger peuvent être effectuées dès le début de la retenue. Au cours des auditions, l'avocat peut prendre des notes. A la fin de la retenue, l'avocat peut, à sa demande, consulter le procès-verbal établi en application du quatorzième alinéa du présent I ainsi que le certificat médical y étant, le cas échéant, annexé et formuler des observations écrites également annexées ;

3° Du droit d'être examiné par un médecin désigné par l'officier de police judiciaire. Le médecin se prononce sur l'aptitude au maintien de la personne en retenue et procède à toutes constatations utiles ;

4° Du droit de prévenir à tout moment sa famille et toute personne de son choix et de prendre tout contact utile afin d'assurer l'information et, le cas échéant, la prise en charge des enfants dont il assure normalement la garde, qu'ils l'aient ou non accompagné lors de son placement en retenue. Si des circonstances particulières l'exigent, l'officier de police judiciaire prévient lui-même la famille et la personne choisie. En tant que de besoin, il informe le procureur de la République aux fins d'instruction dans l'intérêt des enfants ;

5° Du droit d'avertir ou de faire avertir les autorités consulaires de son pays »
(article L. 611-1-1 du CESEDA)

Partant, la restriction dérogatoire aux droits de la défense au préjudice des étrangers maintenus en zone d'attente est disproportionnée et méconnaît l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

Les droits de la défense sont d'autant plus méconnus, qu'ils ne peuvent pas être effectifs, dès lors que la loi ne prévoit pas de désignation d'un avocat d'office.

b. La méconnaissance du droit à la désignation d'un avocat d'office

XVI. Pour être effectifs, les droits de la défense, garantis par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, doivent comprendre le droit à la désignation d'un avocat d'office lors d'une audition qui a lieu, sous contrainte.

On sait qu'en matière juridictionnelle, la Cour européenne des droits de l'homme déduit de l'article 6, § 3, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales aux termes duquel « Tout accusé a

droit notamment à [...] se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent » que le droit à un procès équitable oblige les Etats à pourvoir à l'assistance d'un membre du barreau quand elle se révèle indispensable à un accès effectif au juge (CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c/ Irlande*, req. n° 6289/73 ; CEDH, 9 octobre 2007, *Saoud c/ France*, req. n° 9375/02 ; CEDH, 10 juillet 2008, *Blandeau c/ France*, req. n° 9090/06).

Ainsi, lorsque la représentation par avocat est obligatoire, la procédure d'aide juridictionnelle est déterminante pour le droit d'accès à un tribunal (CEDH, 12 juin 2003, *Gutfreund c/ France*, req. n° 45681/99).

De même, le justiciable, dans l'impossibilité d'introduire son recours en raison de l'absence de remplacement, par l'autorité compétente, de l'avocat désigné au titre de l'aide juridictionnelle qui s'est désisté, n'a pas bénéficié d'un accès effectif à un tribunal (CEDH, 13 février 2003, *Bertuzzi c/ France*, req. n° 36378/97).

Plus généralement, il n'est pas satisfait à l'exigence d'assurer aux justiciables un recours concret et effectif lorsque les défaillances du système d'aide judiciaire privent les justiciables de l'accès concret et effectif à un tribunal (CEDH, 22 mars 2007, *Staroszczyk c/ Pologne*, req. n° 59519/00 ; CEDH, 19 mai 2009, *Kulikowski c/ Pologne*, req. n° 18353/03).

L'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne intitulé « *Droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial* » prévoit, de la même manière, que « *Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter. Une aide juridictionnelle est accordée à ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, dans la mesure où cette aide serait nécessaire pour assurer l'effectivité de l'accès à la justice* ».

On soulignera à titre d'éclairage que, conformément à ces exigences, l'article 13 de la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008, dite « directive retour », prévoit que le ressortissant d'un pays tiers a la possibilité, pour contester toute décision de retour et, le cas échéant, les décisions d'interdiction d'entrée ainsi que les décisions d'éloignement, « *d'obtenir un conseil juridique, une représentation juridique et, en cas de besoin, une assistance linguistique* » (§ 3).

Et il précise que « *Les États membres veillent à ce que l'assistance juridique et/ou la représentation nécessaires soient accordées sur demande gratuitement conformément à la législation ou à la réglementation nationale applicable en matière d'assistance juridique et peuvent prévoir que cette assistance juridique et/ou cette représentation gratuites sont soumises aux conditions énoncées à l'article 15, paragraphes 3 à 6, de la directive 2005/85/CE* » (§ 4).

Lorsque les droits de la défense trouvent à s'appliquer en amont d'une procédure juridictionnelle, les mêmes exigences doivent être retenues.

En ce qui concerne l'absence d'avocat lors de la garde à vue, la Cour européenne des droits de l'homme a rappelé en ce sens que « *le droit de tout accusé à être effectivement défendu par un avocat, au besoin commis d'office, figure parmi les éléments fondamentaux du procès équitable* » (CEDH, Gde Ch., 27 novembre 2008, *Salduz c/ Turquie*, req. n° 36391/02, § 51 ; CEDH, 13 octobre 2009, *Dayanan c/ Turquie*, req. n° 7377/03, § 30).

En droit interne, ces exigences relatives à la désignation d'un avocat d'office, en cas de besoin, ont déjà été intégrées dans certains domaines.

En matière de garde à vue précisément, l'article 63-3-1 du code de procédure pénale dispose que « *dès le début de la garde à vue, la personne peut demander à être assistée par un avocat. Si elle n'est pas en mesure d'en désigner un ou si l'avocat choisi ne peut être contacté, elle peut demander qu'il lui en soit commis un d'office par le bâtonnier* ».

Dans l'étude d'impact qui a précédé l'adoption de la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 qui a créé cet article, il était constaté à ce sujet que « *dans presque tous les pays, la présence de l'avocat en garde à vue, est garantie par la prise en charge des frais d'avocat, au moins partielle, au titre de l'aide juridictionnelle. C'est même un droit constitutionnel en Espagne, d'être assisté par un avocat choisi*

par le suspect ou désigné d'office, qui est présent pour toute déclaration et tout acte policier ou judiciaire. Pour les infractions liées au terrorisme : le gardé à vue n'est pas privé de son droit constitutionnel à l'assistance d'un avocat, mais il perd sa liberté de choix. C'est automatiquement un avocat d'office désigné par l'Ordre des Avocats (sur une liste de "tour d'office") qui l'assiste pendant la garde à vue et celui-ci voit ses prérogatives ordinaires réduites, en ce sens qu'il ne peut s'entretenir en privé avec le gardé à vue à l'issue des actes pratiqués par les autorités d'enquête et auxquels il aura assisté » (p. 13).

En matière administrative aussi, ces exigences ont été intégrées en droit interne.

C'est ainsi qu'en matière de rétention administrative, l'article R. 551-4 du CESEDA prévoit que « dès son arrivée au lieu de rétention, chaque étranger est mis en mesure de communiquer avec toute personne de son choix, avec les autorités consulaires du pays dont il déclare avoir la nationalité et avec son avocat s'il en a un, ou, s'il n'en a pas, avec la permanence du barreau du tribunal de grande instance dans le ressort duquel se trouve le lieu de rétention ».

En matière de retenue également, l'article L. 611-1-1 du CESEDA prévoit que la personne placée en retenue pour vérification de son droit au séjour bénéficie du « droit d'être assisté par un avocat désigné par lui ou commis d'office par le bâtonnier ».

Même si le Conseil constitutionnel n'a pas encore eu l'occasion de le préciser, la désignation d'un avocat d'office prévue les dispositions précitées répond à une exigence constitutionnelle.

En effet, les droits de la défense, tels que garantis par l'article 16 de la Déclaration de 1789, incluent nécessairement le droit à la désignation d'un avocat d'office lors d'une audition qui a lieu, sous contrainte, et plus particulièrement lorsque la personne qui en fait l'objet est dans une situation de vulnérabilité.

XVII. Ici, les articles L.213-2 et L. 221-4 du CESEDA ne prévoient pas la désignation d'avocats d'office au cours du maintien et en particulier au cours de la seconde audition de l'étranger.

En effet, la désignation d'un avocat d'office n'est prévue qu'ultérieurement, à l'occasion de la procédure devant le juge des libertés et de la détention (article L.222-3 du CESEDA).

Or, sans avocat désigné d'office, prévu par la loi, tout droit à un avocat, fut-il à communiquer avec lui, serait seulement théorique.

Ainsi, aucun droit effectif à un avocat n'est prévu par les articles L. 213-2 et L. 221-4 du CESEDA.

Rien ne justifie, au demeurant, que l'étranger maintenu en zone d'attente ne puisse pas bénéficier de l'assistance d'un avocat commis d'office, alors même que lorsqu'il est placé en rétention administrative ou en retenue, ce droit lui est reconnu.

Dans ces conditions, quelles que soient les garanties dont les articles L. 213-2 et L. 221-4 du CESEDA entourent le maintien en zone d'attente des étrangers, la circonstance qu'ils ne prévoient pas la désignation d'un avocat d'office les prive d'effectivité.

Ils méconnaissent donc le principe constitutionnel du respect des droits de la défense garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

XVIII. En conclusion, les articles L. 213-2 et L. 221-4 du CESEDA méconnaissent les droits de la défense, en ce qu'ils ne garantissent pas le droit à l'assistance d'un interprète et le droit à un avocat lors de la première audition qui a lieu avant la décision de maintien en zone d'attente d'une part, et en ce qu'ils ne garantissent pas le droit à l'assistance d'un avocat et le droit à la désignation d'un avocat d'office lors de la seconde audition qui a lieu pendant le maintien en zone d'attente d'autre part.

Il est en conséquence demandé au Conseil constitutionnel d'abroger les articles L. 213-2 et L. 221-4 du CESEDA.

PAR CES MOTIFS, et tous autres à produire, déduire ou suppléer, même d'office, les exposants concluent qu'il plaise au Conseil constitutionnel :

- **ABROGER** les articles L. 213-2 et L. 221-4 du CESEDA.

SCP Zribi & Texier
Avocat aux Conseils

PRODUCTIONS :

- 1°) Statuts du SAF
- 2°) Délibération du bureau du SAF du 4 octobre 2019
- 3°) Statuts de l'ANAFE
- 4°) Délibération du bureau de l'ANAFE du 22 octobre 2019
- 5°) Statuts du GISTI
- 6°) Délibération du bureau du GISTI du 12 octobre 2019
- 7°) Délibération du conseil de l'ordre du Barreau de la Seine-Saint-Denis du 7 octobre 2019
- 8°) Témoignages recueillis par l'ANAFE
- 9°) Rapport de mise à disposition
- 10°) Décision de refus d'entrée et de maintien
- 11°) Ordonnance du JLD du 21 juin 2019