

CONSEIL D'ETAT

SECTION DU CONTENTIEUX

REQUETE ET MEMOIRE

POUR : 1/ La Section française de l'Observatoire international des prisons, dont le siège est situé 7 bis, rue Riquet à Paris (75019), prise en la personne de son représentant légal domicilié en cette qualité audit siège et dûment habilité à agir en justice

2/ La Cimade, dont le siège social est situé 64, rue Clisson à PARIS (75013), prise en la personne de son représentant légal domicilié en cette qualité audit siège et dûment habilité à agir en justice

3/ Le Groupe d'information et de soutien des immigré-e-s (Gisti), dont le siège social est situé 3 Villa Marcès à PARIS (75011), pris en la personne de son représentant légal domicilié en cette qualité audit siège et dûment habilité à agir en justice

SCP SPINOSI & SUREAU

CONTRE : La décision implicite par laquelle le Premier ministre a rejeté la demande d'abrogation des dispositions des articles R. 776-29 à R. 776-32 du code de justice administrative (**Prod. 1**).

La Section française de l'Observatoire international des prisons, la Cimade et le Groupe d'information et de soutien des immigré-e-s (Gisti), exposantes, défèrent la décision susvisée à la censure du Conseil d'État en tous les faits et chefs qui lui font grief.

FAITS

I. La loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France a modifié l'article L. 512-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (ci-après CESEDA) et a notamment inséré au sein de cet article un IV relatif à la contestation des obligations de quitter le territoire français (ci-après OQTF) notifiées en détention :

« Lorsque l'étranger est en détention, il est statué sur son recours selon la procédure et dans les délais prévus au III. Dès la notification de l'obligation de quitter le territoire français, l'étranger est informé, dans une langue qu'il comprend, qu'il peut demander l'assistance d'un interprète ainsi que d'un conseil. »

Il résulte de ces dispositions que le délai de recours de quarante-huit heures contre les OQTF notifiées simultanément au prononcé d'un arrêté de placement en rétention administrative est désormais également applicable aux OQTF notifiées aux étrangers se trouvant en détention.

II. Par un décret n° 2016-1458 du 28 octobre 2016 pris pour l'application du titre II de la loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France et portant notamment modification du code de justice administrative (partie réglementaire), des mesures d'application réglementaires de l'article L. 512-1 IV du CESEDA ont été adoptées et codifiées notamment aux articles R. 776-29 à R. 776-32 du code de justice administrative (ci-après CJA).

En particulier, l'article R.776-29 du CJA dispose que :

« Conformément aux dispositions du IV de l'article L. 512-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, lorsque l'étranger est en détention, il est statué sur les recours contre les décisions mentionnées à l'article R. 776-1 selon la procédure et dans les délais prévus à la section 3 du présent chapitre, sous réserve des adaptations prévues à la présente section ».

Ainsi, comme le rappellent notamment ces dispositions, les OQTF visant les étrangers incarcérés ne peuvent être contestées que dans le délai de quarante-huit heures suivant leur notification.

III. Par courrier recommandé en date du 9 octobre 2017, réceptionné le 13 octobre 2017, la Section Française de l'Observatoire international des prisons (OIP-SF), la Cimade et le GISTI ont saisi le Premier Ministre d'une demande d'abrogation des dispositions des articles R. 776-29 à R. 776-32 du Code de justice administrative (**Prod. 1**).

Par courrier du 17 novembre 2017, le Premier ministre s'est borné à indiquer que cette demande a été transmise au ministre de l'intérieur mais ce dernier n'a pas davantage répondu à la demande qui relève d'ailleurs de la seule compétence du Premier ministre.

Dans ces conditions, et en vertu des dispositions de l'article L. 231-4 du code des relations entre le public et l'administration, le silence ainsi gardé par le Premier ministre durant plus de deux mois doit être regardé comme ayant fait naître une décision implicite de rejet.

C'est la décision attaquée.

DISCUSSION

Sur l'intérêt à agir des associations requérantes

IV. A titre liminaire, il convient de relever que les associations requérantes justifient indiscutablement d'un intérêt à agir dans le cadre de la présente instance.

IV-1 D'abord, comme le prévoit l'article 1.2 de ses statuts, la Section française de l'Observatoire international des prisons (OIP-SF) a pour objet la défense des droits fondamentaux des personnes détenues (**Prod. 2**).

Conformément aux dispositions des articles 1-4-5 des statuts de l'association et 3-2-2 du règlement intérieur actuellement en vigueur, sa Présidente dispose du pouvoir d'agir pour le compte de l'association

L'OIP-SF se voit ainsi régulièrement reconnaître un intérêt pour agir afin de contester des actes ou dispositions réglementaires édictées en matière pénitentiaire (voir par ex. CE, 17 déc. 2008, *OIP-SF*, n°293.786) ainsi que pour solliciter l'annulation des décisions par lesquelles l'administration refuse de prononcer l'abrogation de tels actes (CE, 30 juillet 2003, *OIP-SF*, n°253.973 ; CE, 20 mars 2017, *OIP-SF*, n°395.126).

La présente requête, qui tend à l'annulation du refus du Premier ministre d'abroger les dispositions réglementaires du code de justice administrative relatives à la contestation des OQTF notifiées en détention, doit être regardée comme visant au respect du droit à un recours effectif d'une catégorie spécifique de détenus, les étrangers incarcérés, lorsque ces derniers font l'objet d'une mesure d'éloignement pendant le temps de leur détention.

En effet, et ainsi qu'il le sera démontré, c'est en tant qu'ils sont confrontés à des contraintes spécifiques résultant de leur situation de détenu que les étrangers incarcérés devraient bénéficier, pour

l'exercice de ce droit, de garanties renforcées que leur refusent les dispositions législatives et réglementaires litigieuses.

L'intérêt à agir de l'OIP-SF dans la présente affaire ne fait ainsi aucun doute.

IV-2 Ensuite, le GISTI, dont l'objet statutaire est notamment de soutenir, par tous moyens, l'action des étrangers et des immigrés en vue de la reconnaissance et du respect de leur droits sur la base du principe d'égalité, ainsi que le prévoient ses statuts (**Prod. 3**), a tout aussi manifestement intérêt à demander l'annulation de la décision attaquée, laquelle affecte directement les droits de personnes étrangères.

Par ailleurs, il convient de relever que par décision du bureau du 9 juin 2017 et conformément à ses statuts, la présidente du GISTI a été dûment autorisée à ester en justice (**Prod. 3**).

IV-3 Enfin, s'agissant de l'intérêt à agir de la Cimade, l'article 1^{er} de ses statuts précise que :

« La Cimade a pour but de manifester une solidarité active avec ceux qui souffrent, qui sont opprimés et exploités et d'assurer leur défense, quelles que soient leur nationalité, leur origine, ou leur position politique ou religieuse. En particulier, elle a pour objet de combattre le racisme. »

Son intérêt à agir dans le cadre de contentieux relatifs à l'amélioration des droits des ressortissants étrangers a déjà été maintes fois admis (voir par ex. CE, 30 décembre 2013, n° 350.191 et n° 350.193 ; CE, 11 octobre 2011, n° 353.002).

Tout comme le GISTI, la Cimade a également intérêt à demander l'annulation de la décision attaquée en ce qu'elle affecte directement les droits de personnes étrangères.

En outre, par décision de son bureau du 11 décembre, la Présidente de

la Cimade a été habilitée à ester en justice (**Prod. 4**).

Il résulte donc de ce qui précède que les associations requérantes ont manifestement intérêt à demander l'annulation de la décision litigieuse.

Sur la légalité de la décision attaquée

V. La décision implicite de rejet contestée est entachée d'une erreur de droit en ce que son auteur a refusé l'abrogation des dispositions des articles R. 776-29 à R. 776- 32 du code de justice administrative.

En effet, il convient de rappeler que l'article L. 243-2, 1^{er} alinéa, du code des relations entre le public et l'administration dispose que :

« L'administration est tenue d'abroger expressément un acte réglementaire illégal ou dépourvu d'objet, que cette situation existe depuis son édicition ou qu'elle résulte de circonstances de droit ou de fait postérieures, sauf à ce que l'illégalité ait cessé. »

Or, les dispositions des articles R. 776-29 à R. 776-32 du code de justice administrative contestées sont illégales en l'absence de toute base juridique qui en permettent l'édiction, compte tenu de l'inconstitutionnalité et de l'inconventionnalité des dispositions de l'article L. 512-1 IV du CESEDA, telles qu'issues de la loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France.

A cet égard, et d'emblée, il importe de rappeler que les dispositions réglementaires des articles R. 776-29 à R. 776- 32 du code de justice administrative sont issues du décret n° 2016-1458 du 28 octobre 2016, lequel a été pris pour l'application du titre II de la loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France et portant notamment modification du code de justice administrative (partie réglementaire).

Plus précisément encore, ces dispositions des articles R. 776-29 à R. 776-32 du code de justice administrative mettent en œuvre les dispositions de l'article L. 512-1 IV du CESEDA de sorte que

l'invalidation de ces dispositions législatives privera nécessairement de base légale ces dispositions réglementaires.

En ce qui concerne la méconnaissance par l'article L. 512-1 IV du CESEDA des droits et libertés garantis par la Constitution

VI. En premier lieu, à la suite de la question prioritaire de constitutionnalité déposée, par mémoire distinct, tendant à faire constater l'inconstitutionnalité des dispositions de l'article L. 512-1 IV du CESEDA, telles qu'issues de la loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France, les associations exposantes entendent soulever le moyen tiré de ce que les dispositions des articles R. 776-29 à R. 776-32 du CJA seraient privées de fondement légal dans l'hypothèse où le Conseil constitutionnel venait à déclarer ces dispositions législatives contraires à la Constitution.

Partant, une fois les dispositions législatives déclarées contraires à la Constitution, la décision de refus d'abrogation des dispositions des articles R. 776-29 à R. 776-32 du CJA sera alors exposée à une inévitable annulation.

De ce chef déjà, l'annulation est donc acquise.

En ce qui concerne la méconnaissance par l'article L. 512-1 IV du CESEDA de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que du droit de l'Union européenne

VII. En second lieu, les associations exposantes entendent soutenir que les dispositions de l'article L. 512-1 IV du CESEDA méconnaissent également le droit à un recours effectif, garanti par l'article 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et par l'article 13 de la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du conseil du 16 décembre 2008.

VIII. D'emblée, et à titre liminaire, il n'est pas inutile de rappeler qu'il est interdit au pouvoir réglementaire de prendre les mesures d'application d'une loi inconstitutionnelle et que les dispositions réglementaires édictées en méconnaissance de ce principe ne peuvent être regardées que comme illégales.

Ainsi que l'expliquait en ce sens M. Guyomar dans des conclusions sur l'arrêt de Section du Conseil d'Etat *OIP-SF* du 31 octobre 2008 (n°293.785) :

« (...) Le pouvoir réglementaire est tenu de se conformer aux exigences de la hiérarchie des normes dans l'ordre juridique interne. C'est pourquoi il doit s'abstenir de prendre les mesures d'application d'une loi qui contreviendrait aux engagements internationaux de la France.

Vous avez ainsi jugé, après avoir relevé que les dispositions de l'article L. 601-4 du code de la santé publique, en ce qu'elles étendent le champ d'application de la procédure simplifiée d'enregistrement au-delà des objectifs définis par la directive, sont incompatibles avec ceux-ci, qu'en ne prenant pas les mesures réglementaires destinées à permettre la mise en oeuvre de cet article, le Gouvernement s'est conformé, ainsi qu'il y était tenu, aux exigences inhérentes à la hiérarchie des normes dans l'ordre juridique interne, telles qu'elles découlent de l'article 55 de la Constitution (24 février 1999, Association de patients de la médecine d'orientation anthroposophique et Autres, p. 29). Dans une telle hypothèse, l'abstention du pouvoir réglementaire est légale.

*Pour autant, le respect des règles de droit international ne justifie aucune modification du partage de compétence entre la loi et le règlement. Par votre décision Association « Avenir de la langue française » (27 juillet 2006 p. 379), vous avez rappelé que les autorités administratives nationales ne peuvent trouver dans la contrariété d'une loi à des normes internationales un fondement juridique les habilitant à édicter des dispositions de caractère réglementaire qui se substitueraient à des dispositions législatives inconstitutionnelles. En revanche, **il leur appartient, sous le contrôle***

du juge, de donner instruction à leurs services de n'en point faire application tant que ces dispositions n'ont pas été modifiées.

Le respect de la hiérarchie des normes entraîne donc la paralysie du pouvoir réglementaire pour prendre les mesures d'application d'une loi inconstitutionnelle. Vous en avez déjà tiré les conséquences en admettant la légalité de l'abstention du pouvoir réglementaire. Nous vous invitons aujourd'hui à faire un pas nécessairement induit par les précédents en censurant l'illégalité de l'intervention du pouvoir réglementaire dans pareille hypothèse » (RFDA, 2009, p. 73).

Suivant les conclusions du commissaire du Gouvernement dans cette affaire, le Conseil d'Etat a censuré des dispositions du décret n° 2006-338 du 21 mars 2006 relatives à l'isolement judiciaire des personnes détenues, au motif que les dispositions législatives, pour l'application desquelles les dispositions réglementaires litigieuses avaient été prises, ne prévoyaient pas de voie de recours contre le placement à l'isolement judiciaire d'une personne détenue, en violation de l'article 13 de la CEDH.

L'arrêt commenté relève en effet que :

« Considérant, dès lors, que si le pouvoir réglementaire était compétent pour organiser une mesure d'isolement, y compris dans le cas où celle-ci procède des ordres donnés par l'autorité judiciaire en vertu de l'article 715 du code de procédure pénale, il ne pouvait lui-même en prévoir l'application tant que le législateur n'était pas intervenu préalablement pour organiser, dans son champ de compétence relatif à la procédure pénale, une voie de recours effectif, conformément aux stipulations de l'article 13 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; que, par suite, en l'absence de la possibilité d'exercer un tel recours, le pouvoir réglementaire ne pouvait légalement édicter l'alinéa 4 de l'article D. 56-1, qui soumet le détenu au régime de l'isolement sur ordre du magistrat saisi du dossier de l'information ; qu'ainsi, la SECTION FRANCAISE DE L'OBSERVATOIRE INTERNATIONAL DES PRISONS est fondée à en demander l'annulation ».

IX. Or, il ne fait aucun doute que les dispositions réglementaires dont le Premier ministre a refusé l'abrogation ont été prises pour application de dispositions législatives contraires aux obligations conventionnelles de la France en ce qu'elles ne garantissent pas aux étrangers détenus visés par une OQTF un recours effectif contre cette mesure d'éloignement.

IX-1 En droit, il convient de rappeler que le droit à un recours effectif est d'abord garanti par les dispositions de l'article 13 de la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du conseil du 16 décembre 2008, lesquelles prévoient en que :

« Le ressortissant concerné d'un pays tiers dispose d'une voie de recours effective pour attaquer les décisions liées au retour visées à l'article 12, paragraphe 1, devant une autorité judiciaire ou administrative compétente ou une instance compétente composée de membres impartiaux et jouissant de garanties d'indépendance. »

En outre, l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme stipule, quant à lui, que :

« Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles. »

IX-1.1 En matière d'éloignement des ressortissants étrangers, la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a rappelé, dans un arrêt *De Souza Ribeiro c. France* du 13 décembre 2012, que « pour être effectif, le recours exigé par l'article 13 doit être **disponible en droit comme en pratique**, en ce sens particulièrement que son exercice ne doit pas être entravé de manière injustifiée par les actes ou omissions des autorités de l'Etat défendeur » (Cour EDH, G.C., *De Souza Ribeiro c. France*, 13 décembre 2012, n°22689/07, §80).

La Cour se montre particulièrement exigeante lorsque l'étranger visé par la mesure d'éloignement invoque un risque d'atteinte à sa vie ou de soumission à des traitements inhumains ou dégradants dans le pays de renvoi.

En pareil cas, en effet, elle juge que l'effectivité d'un recours au sens de l'article 13 implique « *impérativement un **contrôle attentif par une autorité nationale** (Chamaiev et autres c. Géorgie et Russie, no 36378/02, § 448, CEDH 2005-III), un **examen indépendant et rigoureux de tout grief aux termes duquel il existe des motifs de croire à un risque de traitement contraire à l'article 3** » (Cour EDH, *De Souza Ribeiro c/ France*, § 82).*

Plus encore, dans ce cas, « *l'effectivité requiert également que les intéressés disposent d'un **recours de plein droit suspensif** » (ibid.).*

Si les exigences de la Cour sont moindres s'agissant des atteintes à la vie privée et familiale, pour lesquelles elle estime que le droit à un recours effectif n'implique pas nécessairement un recours de plein droit suspensif, elle n'en est pas moins particulièrement exigeante quant au caractère effectif du droit à un recours :

« (...) lorsqu'il existe un grief défendable selon lequel une expulsion risque de porter atteinte au droit de l'étranger au respect de sa vie privée et familiale, l'article 13 de la Convention combiné avec l'article 8 exige que l'Etat fournisse à la personne concernée une **possibilité effective de contester la décision d'expulsion** ou de refus d'un permis de séjour et d'obtenir un **examen suffisamment approfondi et offrant des garanties procédurales adéquates des questions pertinentes par une instance interne compétente** fournissant des gages suffisants d'indépendance et d'impartialité (*M. et autres c. Bulgarie*, no 41416/08, §§ 122 à 132, 26 juillet 2011, et, *mutatis mutandis*, *Al-Nashif c. Bulgarie*, no 50963/99, § 133, 20 juin 2002). » (§ 83)

IX-1.2 Il convient en outre d'insister sur le fait que la Cour européenne ne se contente pas d'un contrôle formel quant à

l'existence d'une voie recours susceptible d'être engagée.

Ainsi qu'il a été dit, le recours doit être « *disponible en droit comme en pratique* » (*De Souza Ribeiro c/ France*, § 80), la Cour précisant que « *sans préjudice du caractère suspensif ou non des recours, l'effectivité requiert, pour éviter tout risque de décision arbitraire, que l'intervention du juge ou de 'l'instance nationale' soit réelle* » (§ 93).

Dans les affaires qui lui sont soumises, les juges européens exercent ainsi un contrôle approfondi de la disponibilité concrète et pratique du recours existant afin de statuer sur son adéquation avec les garanties qu'imposent l'article 13 de la Convention.

Dans l'affaire *De Souza Ribeiro* précitée, la Cour relève par exemple que le requérant a pu exercer un recours devant le tribunal administratif de Cayenne « *remplissant les conditions d'indépendance, d'impartialité et de compétence pour examiner les griefs tirés de l'article 8* » (§ 92).

Mais la Cour souligne que, « *ayant saisi le tribunal administratif le 26 janvier 2011 à 15 heures et 11 minutes, le requérant a été éloigné vers le Brésil le même jour à 16 heures* » et que « *la brièveté de ce délai exclut toute possibilité pour le tribunal d'examiner sérieusement les circonstances et arguments juridiques qui militent pour ou contre la violation de l'article 8 de la Convention en cas de mise à exécution de la décision d'éloignement.* » (§ 93)

Il en résulte donc qu'« *au moment de l'éloignement les recours introduits par le requérant et les circonstances concernant sa vie privée et familiale n'avaient fait l'objet d'aucun examen effectif par une instance nationale. En particulier, compte tenu du déroulement chronologique des faits de la présente espèce, la Cour ne peut que constater qu'aucun examen judiciaire des demandes du requérant n'a pu avoir lieu, ni au fond ni en référé.* » (§ 93)

Et les juges européens de conclure que :

« *Dans les circonstances de la présente espèce, la Cour estime que la*

hâte avec laquelle la mesure de renvoi a été mise en œuvre a eu pour effet en pratique de rendre les recours existants inopérants et donc indisponibles. Si la Cour reconnaît l'importance de la rapidité des recours, celle-ci ne saurait aller jusqu'à constituer un obstacle ou une entrave injustifiée à leur exercice, ni être privilégiée au dépens de leur effectivité pratique.

Au vu de ce qui précède, la Cour estime que la reconduite à la frontière du requérant a été effectuée selon une procédure mise en œuvre d'après des modalités rapides, voire expéditives. Ces circonstances n'ont pas permis au requérant d'obtenir, avant son éloignement, un examen suffisamment approfondi et offrant des garanties procédurales adéquates de la légalité de la mesure litigieuse par une instance interne » (§ 95-96).

Pour être effectif au sens de l'article 13 de la Convention, le recours prévu par le droit interne doit donc être notamment entouré de garanties procédurales adéquates lui assurant une disponibilité pratique et concrète.

IX-1.3 Appliquant cette approche rigoureuse de l'effectivité pratique du recours prévu par le droit interne, **la Cour européenne a vivement critiqué les conditions juridiques et matérielles dans lesquelles les mesures de reconduite à la frontière visant les étrangers incarcérés peuvent être contestées.**

Dans un arrêt *I.M. c. France* du 2 février 2012, en effet, les juges européens ont constaté :

« (...) Quant à la saisine du tribunal administratif en vue de contester l'arrêté de reconduite à la frontière, la Cour reconnaît que ce recours, pleinement suspensif, a été exercé devant un juge dont la compétence pour examiner les griefs tirés de l'article 3 ne saurait être remise en cause. Ainsi, un tel recours aurait théoriquement pu permettre au juge administratif de réaliser un examen effectif des risques que le requérant affirmait encourir en cas de renvoi vers le Soudan (voir, *mutatis mutandis*, *Y.P. et L.P. c. France*, précité, § 55).

150. Toutefois, la Cour observe que **le requérant s'est heurté en**

pratique à des obstacles conséquents dans le cadre de cette procédure. Avant tout, la Cour met en exergue le caractère extrêmement bref du délai de quarante-huit heures imparti au requérant pour préparer son recours, en particulier par rapport au délai de droit commun de deux mois en vigueur devant les tribunaux administratifs.

151. La Cour relève également que la brièveté de ce délai a contraint le requérant, alors en détention et n'ayant aucun accès à une assistance juridique et linguistique, à soumettre son recours sous la forme « d'un courrier en langue arabe » (voir paragraphe 26). Ce document comportait des arguments peu circonstanciés et dépourvus d'éléments de preuve. Devant le tribunal administratif de Montpellier, le requérant bénéficia de l'assistance d'un interprète et d'un avocat commis d'office, ce dernier reprenant, suite à un bref entretien avec le requérant, l'argumentation que celui-ci avait exposée par écrit, sans pouvoir ajouter d'éléments de preuve. Cette absence d'éléments probants motiva, pour l'essentiel, le rejet de la requête par le magistrat administratif. Ce dernier reprocha également au requérant de ne pas avoir préalablement introduit de demande d'asile, alors qu'il n'est pas démontré que le requérant, détenu, ait pu faire valoir une telle demande.

152. Par conséquent, eu égard à la procédure devant le magistrat administratif, la Cour souligne à nouveau les obstacles rencontrés par le requérant pour introduire une requête motivée et documentée dans un délai particulièrement court, avec l'assistance ponctuelle d'un avocat commis d'office rencontré peu de temps avant l'audience.

153. Au vu de ce qui précède, la Cour émet de sérieux doutes sur le fait que le requérant ait été en mesure de faire valoir efficacement ses griefs tirés de l'article 3 de la Convention devant le magistrat administratif. » (Cour EDH, 5^e Sect. 2 février 2012, I.M. c. France, Req. n°9152/09)

IX-1.4 La rigueur de ces exigences quant à l'effectivité du recours, telle qu'elle ressort de la jurisprudence européenne, est régulièrement

rappelée et relayée par les plus hautes **instances de protection des droits de l'homme**.

Dans son « Guide de bonnes pratiques en matière de voies de recours en droit interne » adopté le 18 septembre 2013, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe rappelle par exemple que « *les autorités ne doivent pas, en pratique, rendre les recours inopérants et donc indisponibles* » (p. 36).

Il relève notamment que « *la Cour a souligné l'importance de garantir aux personnes concernées par une mesure d'éloignement, le droit d'obtenir des informations suffisantes leur permettant d'avoir un accès effectif aux procédures et d'étayer leurs griefs, qu'il s'agisse d'informations relatives aux procédures à suivre ou d'informations pour accéder à des organisations proposant des conseils juridiques ; les difficultés rencontrées pouvant être aggravées par le facteur linguistique si aucune interprétation n'est prise en charge lors de la préparation du dossier* » (p. 36).

Plus précisément, à propos du délai de recours de quarante-huit heures imparti aux personnes incarcérées pour contester les mesures d'obligation de quitter le territoire sans délai, le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, a fait part de ses très sérieuses réserves sur la conventionnalité de la législation française sur ce point, dans un Rapport consécutif à sa visite de la France et daté du 17 février 2015 :

« Les migrants incarcérés se trouvent, une fois de plus, dans une situation particulièrement délicate, dans la mesure où elles n'ont pas toujours la possibilité de solliciter à temps l'aide des services pénitentiaires d'insertion et de probation ou de contacter le point d'accès au droit, voire ne parviennent pas à accéder à un fax pour envoyer leur recours dans les délais impartis. Les conditions de préparation des recours contre les OQTF « sans délai » lui semblent, dans bien des cas, soulever la question de l'accessibilité pratique de ces recours, particulièrement pour les personnes retenues en centres de rétention administrative ou incarcérées. »

Il concluait en ces termes :

« Le Commissaire considère que la complexité des recours, conjuguée à la brièveté des délais impartis, soulève de réelles inquiétudes quant à la possibilité d'exercer un recours pleinement effectif. » (Prod. 10).

IX-2 Or, en l'occurrence, les dispositions de l'article L. 512-1 IV du CESEDA méconnaissent frontalement ces exigences en ce qu'elles disposent que les OQTF notifiées en détention ne peuvent être contestées devant le tribunal administratif que dans les quarante-huit heures suivant leur remise.

Certes, ces mêmes dispositions prévoient que : *« Dès la notification de l'obligation de quitter le territoire français, l'étranger est informé, dans une langue qu'il comprend, qu'il peut demander l'assistance d'un interprète ainsi que d'un conseil. »*

Par ailleurs, les étrangers détenus visés par une OQTF doivent également pouvoir se prévaloir des dispositions de l'article L.512-2 du même code, lesquelles prévoient que :

« (...) L'étranger est informé qu'il peut recevoir communication des principaux éléments des décisions qui lui sont notifiées en application de l'article L. 511-1. Ces éléments lui sont alors communiqués dans une langue qu'il comprend ou dont il est raisonnable de supposer qu'il la comprend. »

Mais, en l'absence de dispositions particulières prenant en compte la spécificité des contraintes très fortes auxquelles sont soumises les personnes incarcérées, et compte tenu de la brièveté du délai de recours de quarante-huit heures par ailleurs institué, ces garanties générales sont en pratique dépourvues de toute effectivité dans le champ carcéral.

Comme les associations requérantes entendent le démontrer, les dispositions précitées de l'article L. 512-1 IV du CESEDA sont ainsi manifestement contraires aux stipulations de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, ainsi que de l'article 13 de la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du conseil

du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

Pour s'en convaincre, il convient dans un premier temps d'examiner les conditions concrètes dans lesquelles les OQTF sont notifiées en détention ainsi que les règles et pratiques pénitentiaires susceptibles de faire obstacle à la formation d'un recours dans le délai de quarante-huit heures.

Outre les développements qui vont suivre, les associations requérantes renvoient sur ce point au rapport qu'elles ont produit sur le sujet (Prod. 5).

IX-2.1 Ainsi que le signale ce rapport, **les destinataires d'une mesure d'éloignement placés en détention ne bénéficient pas forcément de l'assistance d'un interprète** au moment de la remise de l'OQTF.

Si la loi leur reconnaît le droit d'être informés, au moment de la notification de la mesure d'éloignement, de la possibilité de solliciter l'aide d'un interprète (art. L. 512-1 IV du CESEDA) ou de recevoir communication dans une langue qu'ils comprennent des principaux éléments des décisions qui leur ont été notifiées (art. L. 512-2 du CESEDA), ces droits sont en pratique ineffectifs en raison notamment de l'absence de services d'interprétariat en détention et de la brièveté du délai de recours.

Les **conditions expéditives dans lesquelles s'opère souvent la notification des OQTF**, parfois par des agents pénitentiaires qui ne saisissent pas eux-mêmes les conséquences des décisions qu'ils notifient, parfois remises en quelques secondes sur le pas de la porte de la cellule, ne favorisent pas non plus la compréhension par les personnes intéressées de la portée exacte desdites décisions.

Ces pratiques sont en outre d'autant plus problématiques que **l'étranger n'est pas autorisé à conserver de document mentionnant le motif d'écrou** et que l'OQTF lui est généralement

retirée juste après lui avoir été notifiée pour être remise au greffe de l'établissement. Il est donc impossible à l'intéressé d'en disposer librement, pour la relire ultérieurement ou pour essayer de la faire traduire par un codétenu. S'il peut théoriquement demander à consulter les documents conservés au greffe, une telle demande n'a cependant que très peu de chance d'aboutir dans des délais compatibles avec la célérité qu'exige la formation d'un recours dans les quarante-huit heures suivant la notification.

Ainsi que le montre le rapport des trois associations requérantes, à cela s'ajoute qu'**une proportion importante d'OQTF sont notifiées en fin de semaine** (jeudi, vendredi ou samedi) donnant lieu à un délai de recours débordant sur un jour non-ouvré. Or, l'exercice d'un recours durant le week-end est particulièrement difficile en détention. Une étude conduite sur 40 jugements de tribunaux administratifs statuant sur des recours dirigés contre des OQTF notifiées en détention en fin de semaine montre ainsi, par exemple, que 35 de ces recours (87%) ont été formés tardivement (**Prod. 5**, p.10).

Il faut encore insister sur le fait que **l'accès à un conseil est quasiment impossible dans un délai compatible avec l'exercice d'un recours dans le délai de quarante-huit heures.**

Cette difficulté concerne d'abord l'assistance qui pourrait être apportée aux étrangers par des **dispositifs d'accès au droit** (points d'accès au droit, intervention d'associations spécialisées, etc.), dont la présence n'est cependant pas systématique dans tous les établissements pénitentiaires et dont le temps et la régularité d'intervention ne sont généralement pas adaptés au suivi en urgence de personnes faisant l'objet d'une OQTF.

Mais **l'accès à un avocat**, en particulier avant l'expiration du délai de recours, est également particulièrement difficile, voire impossible, ainsi que s'en expliquent de nombreux avocats entendus par les associations requérantes. Ces derniers insistent en outre sur le fait qu'il est matériellement impossible, dans un délai si court, de réunir les éléments utiles à la défense de leurs clients, expliquant même avoir déjà eu à défendre des étrangers détenus qu'ils n'avaient jamais rencontrés, avec lesquels ils n'avaient jamais échangé et qui n'étaient

pas même présents à l'audience (**Prod. 5**, p. 20).

En outre, pour la proportion importante d'étrangers qui saisissent une juridiction sans l'aide d'un avocat ou d'un service d'accès au droit, se pose la question des **obstacles matériels à surmonter pour simplement former un recours** (absence fréquente de formulaire de recours types, absence de disponibilité d'un écrivain public, inaccessibilité du fax, etc.).

IX-2.2 Il convient de conclure cette présentation des multiples obstacles auxquels se heurtent les étrangers détenus pour contester dans les quarante-huit heures les OQTF prononcées à leur encontre **en insistant sur la situation d'extrême dépendance dans laquelle se trouvent les intéressés vis-à-vis de l'administration pénitentiaire pour exercer leur droit au recours.**

IX-2.2.1 Tout étranger qui, par exemple, sollicite l'assistance d'un interprète ou l'enregistrement du numéro de téléphone de son avocat parmi les numéros qu'il est autorisé à appeler, qui souhaite prendre rendez-vous avec son conseiller d'insertion et de probation, avec un point d'accès au droit ou une association, (etc.) doit en faire la demande par écrit et se trouve donc dépendant, non seulement de la réponse qui sera apportée à cette demande, mais aussi du délai dans lequel l'administration pénitentiaires va statuer sur cette demande ou la transmettre à l'interlocuteur concerné (associations, PAD, service médical, services d'interprètes, etc.).

Un certain nombre d'actions, qui peuvent être nécessaires à la formulation d'un recours, exigent également l'intervention d'agents de l'administration pour assurer les mouvements dans les très nombreux établissements fonctionnant en régime « portes fermées », qu'il s'agisse par exemple de donner au détenu accès à un téléphone en dehors des heures de promenade ou à un fax, de le conduire au greffe de l'établissement ou à un rendez-vous obtenu auprès d'un conseiller d'insertion et de probation, d'un PAD ou encore d'une association.

En outre, ainsi que l'a relevé le Contrôleur général des lieux de privation de liberté (CGLPL), « *le recueil du recours et sa transmission au tribunal administratif relèvent de la bonne compréhension et de la bonne volonté des personnels pénitentiaires en l'absence, le week-end, des personnels de greffe et des juristes du PAD* » (Prod. 6, p. 81).

IX-2.2.2 Or, dans la situation qui est celle des prisons françaises actuellement, cette dépendance totale des étrangers vis-à-vis de l'administration pénitentiaire pour l'exercice de leur droit au recours est particulièrement problématique.

La surpopulation alarmante qui touche de nombreuses maisons d'arrêt et la dégradation corrélative des conditions de travail des différents personnels de l'administration pénitentiaire entraînent un fort taux d'absentéisme et placent les agents présents dans les établissements en situation de sous-effectif important et constant.

Dans ce contexte, il est matériellement impossible pour ces professionnels de faire face à l'ensemble des tâches qui leur incombent, ce qui les conduit à en prioriser certaines – en rapport avec la sécurité de l'établissement – et en délaisser d'autres jugées plus secondaires.

Dans son Rapport d'activité 2015, le CGLPL expliquait par exemple ainsi que :

« Cet absentéisme fort conduit à reporter la charge sur les mêmes surveillants qui expriment une lassitude et pour certains le besoin prochain d'être arrêté pour cause de maladie. »

Dans de pareilles conditions, les droits de la population pénale ne peuvent qu'être négligés et les missions mêmes de l'administration pénitentiaire mal assurées. (...) Les conditions de détention ne peuvent manquer de se dégrader : à plusieurs reprises les enseignants se sont plaints du retard de personnes détenues au motif que des surveillants débordés n'avaient pas le temps de faire le mouvement. Il est même arrivé que les détenus, se plaignant d'un manque

d'information ou de divers retards, constatent, désabusés, que les surveillants surchargés « ne peuvent pas faire autrement ». (...) Au-delà de créations de postes que le contexte budgétaire ne laisse guère espérer; seule la maîtrise de la surpopulation pénale peut résoudre ces difficultés. » (Prod. 7, p. 24).

De même, dans ses recommandations en urgence rendues publiques en décembre 2016 à propos la maison d'arrêt de Fresnes, le CGLPL relevait que « les contrôleurs ont été en permanence témoins du travail effréné des surveillants soumis à une pression constante qui les empêche de faire face à leur programme et aux multiples sollicitations des personnes détenues. Le simple fait d'ouvrir et fermer les portes, sans même attendre qu'une personne détenue mette quelques secondes à sortir, ce qui est pourtant inévitable, ne peut durer moins de vingt-cinq minutes pour la cinquantaine de cellules dont un surveillant est chargé. La faible expérience de la majorité des surveillants aggrave encore la difficulté de leur tâche. La direction, qui ne dispose pas de statistiques précises sur ce point, estime à 70 % environ la proportion des stagiaires dans son personnel. Les contrôleurs se sont notamment livrés à l'analyse détaillée des tâches qui incombent chaque matin aux surveillants d'étage. De cette analyse il résulte qu'il est matériellement impossible pour ces derniers d'effectuer les mouvements nécessaires en totalité dans un temps permettant aux personnes détenues de bénéficier des activités ou des soins prévus pour elles car le surveillant qui en a la charge n'est pas en mesure d'effectuer les mouvements et moins encore de répondre aux demandes. Le respect des droits fondamentaux tels que les droits aux soins, au travail, au respect des liens familiaux, à l'enseignement, etc., est donc structurellement impossible. Il est du reste inévitable qu'il en soit ainsi lorsqu'un surveillant seul se trouve en situation de prendre en charge environ 120 personnes détenues, situation courante à Fresnes que l'on ne rencontre dans aucun autre établissement » (Prod. 8).

Cet état de totale dépendance vis-à-vis de l'administration qui, dans le contexte qui vient d'être décrit, ne peut garantir une réactivité et une disponibilité adéquate de ses agents face aux demandes et besoins des étrangers faisant l'objet d'une mesure d'éloignement, fait que

l'extrême brièveté du délai de recours ouvert contre de telles mesures est totalement inadaptée aux exigences du droit à un recours effectif.

IX-2.2.3 Se pose ensuite nécessairement la question de la compétence des agents de l'administration pénitentiaire pour accompagner l'exercice du droit au recours des étrangers détenus visés par une mesure d'éloignement.

Cette totale dépendance des étrangers détenus vis-à-vis de l'administration pénitentiaire est d'autant plus problématique que l'exercice par ces derniers de leur droit au recours peut se heurter à des comportements malveillants de la part de certains agents, comportement dont l'existence, même si elle n'est que marginale, est indiscutable pour avoir été confirmée et documentée à plusieurs reprises par le CGLPL.

En particulier, dans son Rapport d'activité 2013, l'autorité de contrôle a décrit les mesures de rétorsion dont peuvent faire l'objet certains détenus, jugés à tort ou à raison turbulents, problématiques ou « procéduriers » : « (...) *Les punitions peuvent être « passives » : pas de classement aux activités, « oubli » d'ouvrir la cellule lorsqu'un « mouvement » est prévu, particulière lenteur des courriers ou mandats, ou refus de facilités pour les parloirs (doubles parloirs)... La liste peut être longue puisque chaque initiative d'un détenu est subordonnée à une intervention d'un agent de l'administration. Le réfractaire est ainsi « mis en quarantaine » à des degrés plus ou moins prononcés et pour des périodes plus ou moins longues* » (**Prod. 9**).

On ne peut donc exclure que des étrangers détenus auxquels une mesure d'éloignement est notifiée en détention se heurtent, pour une raison ou pour une autre, à la mauvaise volonté ou à l'inertie de certains agents qui, volontairement, oublieraient d'emmener un détenu au rendez-vous qu'il a obtenu avec une association, faxerait avec quelques minutes de retard un recours qui leur ont été confiés, etc.

IX-2.3 A la lumière des développements qui précèdent, ainsi que du

rapport des associations requérantes produit aux débats (Prod. 5), **il ne saurait être sérieusement soutenu que le délai de recours de quarante-huit heures prévu par l'article L. 512-1 IV du CESEDA pour la contestation des OQTF notifiées en détention répond aux exigences du droit conventionnel à un recours effectif.**

Au demeurant, les débats parlementaires qui ont précédé l'adoption de la loi du 7 mars 2016, laquelle a modifié l'article L.512-1 du CESEDA pour prévoir expressément, en son § IV, que « *Lorsque l'étranger est en détention, il est statué sur son recours selon la procédure et dans les délais prévus au III.* » (i.e. dans le délai de quarante-huit heures et selon la procédure accélérée), sont parfaitement éloquentes.

IX-2.3.1 Il convient tout d'abord de préciser que cet article ne figurait pas dans le projet de loi initial qui a été soumis à l'examen de la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH).

Pour autant, à l'instar des organes du Conseil de l'Europe, la CNCDH émettait de vives inquiétudes relativement à l'effectivité du droit à un recours dans son avis sur le projet de réforme (JORF n°0159 du 11 juillet 2015 NOR: CDHX1512299V) :

« 48. (...) il découle de l'article 13 de la CESDH que la personne concernée doit pouvoir exercer son recours dans un « délai raisonnable », ce qui implique la définition légale d'un délai suffisant pour préparer, rédiger et déposer une requête comprenant un exposé détaillé des moyens de fait et de droit. Tel n'est assurément pas le cas des délais de 48 heures et de 7 jours évoqués plus haut (...) A ce propos, la CNCDH rappelle la vigilance de la Cour européenne des droits de l'homme à l'égard des délais trop longs, mais aussi des délais trop brefs qui mettent en cause l'effectivité même du recours. Elle recommande en conséquence leur allongement et la transformation des délais d'heure à heure en délais à jours ouvrés. »

L'introduction d'une disposition législative prévoyant expressément que ce délai de quarante-huit heures est également applicable aux OQTF notifiées, en détention, à des étrangers incarcérés ne pouvait

que susciter l'opposition lors des débats législatifs, et plusieurs voix se sont élevées pour dénoncer cette situation.

A l'Assemblée nationale, M. Sergio CORONADO, a notamment soutenu en ces termes, le 23 juillet 2015, un amendement tendant à la suppression de cette disposition :

« Ces deux alinéas, adoptés en commission sur un amendement du rapporteur, permettent qu'il soit statué dans les soixante-douze heures, par juge unique, sur les recours exercés contre les OQTF par des personnes détenues. Le détenu aurait donc quarante-huit heures pour saisir le tribunal administratif de son recours, qui serait jugé dans les trois jours.

Cela pose pour nous d'importants problèmes d'effectivité de l'accès au droit des personnes détenues. Ces dernières rencontrent déjà d'importants obstacles pour exercer leurs recours. L'accès aux avocats, associations et interprètes est très contraint. Des problèmes d'enregistrement des recours auprès des greffes sont régulièrement rapportés au moment des auditions ou lors des rencontres avec les associations. De plus, il est très difficile pour une personne étrangère détenue de réunir les pièces d'un dossier en un temps si bref.

(...)

Il est donc totalement illusoire de penser qu'un étranger puisse exercer son droit de recours dans de tels délais – de quarante-huit puis soixante-douze heures. Je ne suis donc pas sûr de l'efficacité de la mesure, ni de la constitutionnalité et de la conventionnalité de ce dispositif. »

IX-2.3.2 D'autres oppositions se sont exprimées durant les débats qui se sont tenus au Sénat.

Lors de la séance du 8 octobre 2015, le Sénateur Jean-Yves LECOMPTE, a notamment plaidé pour le retrait de la disposition législative litigieuse, expliquant que :

« Une telle disposition porte gravement atteinte aux droits de la défense, au droit à un procès équitable et au droit à être entendu, et [qu'] elle constitue une entrave au droit à l'accès au juge. Aussi, il convient de revenir sur cette disposition, qui privera tous les détenus du droit à un recours effectif. »

Dès lors, bien que les dispositions aient finalement été adoptées par le Parlement, les difficultés qu'elles posent en termes d'effectivité du droit au recours, notamment vis-à-vis des exigences européennes, n'ont échappé ni aux instances de contrôle du respect des droits de l'homme, ni à la représentation nationale.

IX-3 Ainsi, au regard de l'ensemble des développements qui précèdent, il est indiscutable qu'en **prévoyant à l'article L. 512-1 IV du CESEDA que les OQTF notifiées en détention ne peuvent être contestées que dans le délai de quarante-huit heures, le législateur a méconnu le droit à un recours effectif** garanti par les stipulations de la Convention européenne des droits de l'homme (art. 13) et de la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du conseil du 16 décembre 2008 (art. 13).

Par conséquent, et de façon tout aussi incontestable, en refusant d'abroger les dispositions des articles R. 776-29 à R. 776- 32 du code de justice administrative, qui ont été prises pour application des dispositions législatives inconstitutionnelles précitées de l'article L. 512-1 du CESEDA, le Premier ministre a entaché sa décision d'erreur de droit.

De ce chef également, la censure de la décision attaquée s'impose.

PAR CES MOTIFS, et tous autres à produire, déduire, suppléer, au besoin même d'office, les associations requérantes concluent à ce qu'il plaise au Conseil d'Etat de :

- **ANNULER** la décision implicite par laquelle le Premier ministre a rejeté leur demande d'abrogation des dispositions des articles R. 776-29 à R. 776-32 du code de justice administrative ;

- **ENJOINDRE** au Premier ministre d'abroger les dispositions des articles R. 776-29 à R. 776-32 du code de justice administrative ;

- **METTRE A LA CHARGE** de l'État la somme de 4.000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Avec toutes conséquences de droit.

SPINOSI & SUREAU
SCP d'Avocat au Conseil d'État

Productions :

- Production 1 :** Demande d'abrogation avec accusé de réception et courrier du Premier ministre ;
- Production 2 :** Statuts et règlements intérieurs de l'OIP-SF ;
- Production 3 :** Statuts du GISTI et délibération du bureau ;
- Production 4 :** Statuts de La Cimade et délibération du bureau ;
- Production 5 :** Rapport de l'OIP-SF, du GISTI et de La Cimade sur la contestation des OQTF notifiées en détention, décembre 2015 ;
- Production 6 :** Enquête du Contrôleur général des lieux de privation de liberté auprès des personnes détenues de nationalité somalienne (Fresnes – Fleury-Mérogis et la Santé), 2012 (Extraits) ;
- Production 7 :** Rapport d'activité 2015 du Contrôleur général des lieux de privation de liberté (Extrait) ;
- Production 8 :** Recommandations en urgence du Contrôleur général des lieux de privation de liberté à propos de la maison d'arrêt de Fresnes
- Production 9 :** Rapport d'activité 2013 du Contrôleur général des lieux de privation de libertés (Extrait)
- Production 10 :** Rapport du Commissaire européen aux droits de l'homme (Extrait)