

COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE
DES DROITS DE L'HOMME

Avis sur le projet de loi relatif à l'immigration, l'intégration et la nationalité

(Adopté par l'assemblée plénière du 5 juillet 2010)

1. La CNCDH a été saisie le 27 mai 2010¹ du projet de loi sur l'immigration, l'intégration et la nationalité, déposé le 31 mars 2010 à l'Assemblée nationale. A son initiative, le Ministre est venu expliquer son projet devant l'assemblée plénière de la CNCDH. Ce projet de loi, qui s'inscrit dans la suite d'une longue série de lois – plus d'une vingtaine depuis 1980 – modifie de manière substantielle le droit des étrangers. En réagissant à certains faits d'actualité, et notamment à l'annulation de plusieurs prolongations de placement en rétention administrative par le juge des libertés et de la détention², cette réforme vient illustrer quelques uns des principaux défauts de la méthode d'élaboration des lois que la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) a déjà pointés dans son avis du 15 avril 2010³. La CNCDH rappelle l'importance d'une politique cohérente, stable et lisible, dont la qualité ne se mesure pas à son degré de réactivité aux circonstances du moment. De manière générale, la CNCDH est particulièrement préoccupée par la rigueur accrue de la politique migratoire à l'égard des étrangers, que l'argument des chiffres de l'asile⁴ ne peut venir contredire, celui-ci ne participant que davantage à la confusion entretenue entre la mise en oeuvre du droit d'asile et la conduite d'une politique migratoire.
2. Le projet de loi qui vise à transposer trois directives européennes⁵ poursuit également, ainsi que l'indique son exposé des motifs, l'objectif, d'une part, de « renforcer la politique d'intégration, conformément aux orientations du séminaire sur l'identité nationale » par des dispositions relatives au droit au séjour et à l'accès à la nationalité française, d'autre part, d'« améliorer l'efficacité de la lutte contre l'immigration irrégulière » par la réforme des procédures et du contentieux de l'éloignement des étrangers en séjour irrégulier. S'il appartient au gouvernement de déterminer et de mener la politique migratoire, la CNCDH faillirait à la mission que lui a confiée le législateur si elle ne l'éclairait pas sur les questions principales, que soulève le présent projet de loi, relatives au respect des droits et libertés.
3. Il n'est toutefois pas dans l'intention de la CNCDH d'analyser point par point le projet de loi, notamment parce qu'elle s'est déjà exprimée sur un certain nombre de ses dispositions, en particulier celle relative au délit d'aide à l'entrée à la circulation et au séjour des personnes en situation irrégulière⁶.

¹ Lettre de saisine du Ministre de l'Immigration, de l'Intégration, de l'Identité nationale et du Développement solidaire, en date du 27 mai 2010.

² Voir par exemple : Tribunal de Grande Instance de Lyon, ordonnance de non surveillance, 25 janvier 2010, requête 10/00166 ; Tribunal de Grande Instance de Marseille, ordonnance sur demande de prolongation de rétention administrative, 24 janvier 2010 ; Tribunal de Grande Instance de Nîmes, ordonnance sur demande de prolongation de rétention administrative, 24 janvier 2010, requête 10/00079.

³ CNCDH, *Avis sur l'élaboration des lois*, 23 avril 2010, disponible sur : http://www.cncdh.fr/rubrique.php3?id_rubrique=22

⁴ A cet égard, la CNCDH souligne : que les chiffres de l'asile régulièrement mis en avant sont en réalité ceux des demandes d'asile, et non pas des personnes bénéficiant du statut de réfugié ou de la protection subsidiaire. Qu'avec 33 235 premières demandes reçues en 2009 (chiffres OFPRA 2009), la France arrive au troisième rang mondial après l'Afrique du Sud (plus de 222 000 demandes) et les Etats-Unis (47 900 demandes) (chiffres Haut Commissariat pour les Réfugiés 2009 *Global trends*). Que toutefois, ce chiffre est relatif et devrait, pour avoir une signification réelle, être rapporté à la population du pays. Par ailleurs, le taux de décisions favorables à la demande d'asile, décisions OFPRA et CNDA confondues, s'élève à environ 29%, soit 10 373 personnes; parmi celles-ci, 24% soit 2 449 le sont au titre de la protection subsidiaire (chiffres OFPRA 2009).

⁵ Il s'agit de la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, dite directive « retour », de la directive 2009/50/CE du 25 mai 2009 établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié, dite directive « carte bleue européenne », et de la directive 2009/52/CE du 18 juin 2009 prévoyant des normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, dite directive « sanctions ».

⁶ CNCDH, *Avis sur l'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers*, 19 novembre 2009, disponible sur : http://www.cncdh.fr/rubrique.php3?id_rubrique=22

Elle ne peut, à cet égard, que regretter que sa recommandation visant à inverser la logique du dispositif pénal, afin que l'immunité soit le principe et l'infraction l'exception, n'ait pas été retenue par le gouvernement. D'autres dispositions prévues dans le projet de loi ont également fait l'objet d'avis de la CNCDH sur lesquelles elle ne reviendra pas ici, comme celles relatives à l'usage de la procédure d'asile prioritaire qui entrave l'exercice effectif du droit d'asile⁷.

4. La CNCDH ne souhaite pas non plus traiter des dispositions relatives à l'acquisition de la nationalité française et à l'intégration, qui ne peuvent être comprises en dehors du contexte du débat sur l'identité nationale, dont le principe même a été discuté. La CNCDH tient cependant à faire part de l'inquiétude que suscite à ses yeux la mise en œuvre du contrôle de l'adhésion aux principes et valeurs essentiels de la République pour l'acquisition de la nationalité française par décision de l'autorité publique (art.2). Outre l'imprécision du concept⁸, l'adhésion aux « principes et valeurs de la République » se manifesterait par la signature d'une charte des droits et devoirs du citoyen par l'étranger à l'issue d'un entretien avec l'agent de l'Etat chargé de contrôler son assimilation. La CNCDH observe que l'approbation par décret en Conseil d'Etat d'une telle charte porterait atteinte à la compétence donnée au législateur par l'article 34 de la Constitution de fixer « *les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées au citoyen pour l'exercice des libertés publiques* »⁹. En outre, la CNCDH rappelle que tant la tradition constitutionnelle française que les textes internationaux n'énoncent que des droits en s'abstenant de préciser les devoirs inhérents au respect des droits d'autrui. En toute hypothèse, la distinction qu'introduirait une telle charte entre les citoyens selon qu'ils sont français de naissance ou par acquisition de la nationalité est en contradiction avec le principe d'égalité. Elle ne paraît en outre ni nécessaire ni de nature à, par la défiance qu'elle implique, contribuer à l'intégration recherchée.
5. Au-delà, la CNCDH s'inquiète particulièrement des dispositions nouvelles relatives à l'éloignement des étrangers en situation irrégulière. Au nom d'une recherche d'efficacité toujours plus poussée, le projet de loi, s'il était adopté en l'état, restreindrait les garanties données aux étrangers éloignés et renforcerait le dispositif répressif. Bien que ne s'énonçant jamais comme tel, ce dispositif banaliserait la privation de liberté, marginaliserait le rôle du juge judiciaire et renforcerait les pouvoirs des autorités administratives, laissant ainsi une place croissante au risque d'arbitraire administratif.

La banalisation de la privation de liberté

6. La CNCDH s'inquiète en premier lieu de la banalisation de la privation de liberté par les dispositions du projet de loi relatives tant au placement des étrangers en zone d'attente à l'occasion de leur entrée sur le territoire qu'à leur rétention administrative à l'occasion de leur éloignement. Malgré l'euphémisation constante des termes (rétention administrative, zone d'attente, prestation de type hôtelier, etc.), la CNCDH rappelle que les zones d'attente et les centres de rétention constituent des lieux de privation de liberté. Le placement d'un étranger dans ces lieux d'enfermement doit donc satisfaire aux garanties issues de l'article 66 de la Constitution, ainsi qu'aux garanties issues de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme. Ces garanties sont à la fois substantielles - respecter notamment les principes de légalité et de nécessité de la mesure - et de procédure. La CNCDH s'inquiète en conséquence d'un projet de loi qui permettrait encore d'étendre le placement d'étrangers dans un lieu privatif de liberté, les conditions du recours à l'assignation à résidence, en l'état actuel du projet, n'en faisant pas une alternative crédible à la rétention administrative. La CNCDH rappelle en outre les critiques formulées par la Commission nationale de déontologie de la sécurité¹⁰ et le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe à l'encontre de ces lieux d'enfermement s'agissant de l'aggravation des conditions d'hébergement, la surpopulation et l'aspect déshumanisé de certains centres

⁷ CNCDH, Avis sur les conditions d'exercice du droit d'asile, 29 juin 2006 dans lequel « la CNCDH constate le recours excessif aux procédures prioritaires appliquées à près d'un quart des demandes d'asile et non assorties de toutes les garanties requises pour un examen équitable des dossiers, notamment celle d'un délai raisonnable d'instruction et le droit au recours suspensif » et considère que « l'examen des dossiers en procédure prioritaire doit demeurer l'exception » disponible sur : http://www.cncdh.fr/rubrique.php3?id_rubrique=22

⁸ CNCDH, Avis sur le projet de loi relatif à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration, et à l'asile, 20 septembre 2007, §17, disponible sur : http://www.cncdh.fr/rubrique.php3?id_rubrique=22

⁹ L'article 34 de la Constitution française prévoit que « La loi fixe les règles concernant : les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques; la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias; les sujétions imposées par la Défense Nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens ».

¹⁰ A titre d'exemple, les avis de la CNDS sur les conditions matérielles de la rétention administrative : 2008-5 ; 2008-89 ; 2009-43 ; 2009-66 ; 2009-76.

causés par une multiplication du recours au placement en rétention¹¹, ces critiques n'ayant été qu'insuffisamment prises en compte par le gouvernement.

7. **L'extension des zones d'attente** - Le projet de loi, en écho à l'annulation de plusieurs placements en rétention d'étrangers et demandeurs d'asile, permettrait le placement en zone d'attente « *lorsqu'il est manifeste qu'un groupe d'étrangers vient d'arriver en France en dehors d'un point de passage frontalier* » (art.6). Les zones en cause s'étendant du « *lieu où ils sont découverts jusqu'au point de passage frontalier le plus proche* » sont donc déterminées de manière *ad hoc* sur la base de la « *découverte* » d'un « *groupe d'étrangers* » venant manifestement d'arriver en France. L'absence de définition précise de ces zones d'attente, qui peuvent être créées en tout lieu et à tout moment, permet en pratique leur extension sur l'ensemble du territoire. Au-delà du fait que cette extension illimitée confirme la fiction juridique de la zone « *internationale* » qu'est la zone d'attente, elle contredit les exigences européennes et constitutionnelles en matière de protection de la liberté individuelle. Le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme exigent que le placement en zone d'attente respecte le principe de légalité, principe entendu formellement et matériellement, c'est-à-dire comme requérant de la loi qu'elle soit accessible, précise et prévisible. Ainsi, le Conseil constitutionnel a condamné les dispositions dont « *la formulation générale et imprécise [...] porte atteinte aux principes essentiels sur lesquels repose la protection de la liberté individuelle* »¹² tandis que la Cour européenne des droits de l'homme appelée à se prononcer en 1996 sur les zones d'attente instituées en France a jugé que « *pareille qualité implique qu'une loi nationale autorisant une privation de liberté (...) soit suffisamment accessible et précise afin d'éviter tout danger d'arbitraire* »¹³. Par ailleurs, la Cour de justice de l'Union européenne a de son côté jugé qu'une législation nationale conférant une compétence aux autorités de police doit, pour satisfaire l'exigence de sécurité juridique « *prévoir l'encadrement nécessaire de la compétence conférée à ces autorités afin, notamment, de guider le pouvoir d'appréciation dont disposent ces dernières dans l'application pratique de ladite compétence* »¹⁴. En l'espèce, le pouvoir conféré à l'autorité administrative compétente de délimiter une zone d'attente ne paraît pas suffisamment encadré dans l'actuel projet de loi.
8. L'extension illimitée des zones d'attente ne serait en outre pas sans conséquence sur l'exercice du droit d'asile puisque des demandeurs pourront être assujettis en tout lieu déclaré zone d'attente à la procédure d'asile à la frontière, véritable filtre pour l'accès ultérieur à la procédure d'asile sur le territoire. Or, d'une part, la Cour européenne des droits de l'homme a souligné « *l'importance fondamentale* » de la qualité de la loi fondant la privation de liberté « *dans le domaine des demandeurs d'asile dans les aéroports* »¹⁵, d'autre part, cette procédure ne présente toujours pas, en dépit de l'aménagement du recours contentieux à la suite de la condamnation de la France par la Cour européenne dans l'affaire Gebremedhin¹⁶, de garanties suffisantes permettant aux demandeurs d'asile d'exercer pleinement leur droit d'asile.
9. Les mineurs isolés étrangers pourront également être « *enfermés* » dans ces zones d'attente. Une telle privation de liberté est, ainsi que l'a souligné le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, particulièrement inadaptée aux mineurs¹⁷. Ainsi que l'a indiqué la Cour européenne des droits de l'homme, « *[la situation d'extrême vulnérabilité] [doit être] déterminant[e] et prédomine[r] sur la qualité d'étranger en séjour illégal* »¹⁸. De plus, du fait de la mobilité des zones d'attentes *ad hoc*, les difficultés rencontrées pour désigner un administrateur *ad hoc* qualifié dans les meilleurs délais, comme l'exige la loi, vont être démultipliées et la représentation des mineurs risque d'être inexistante.

¹¹ Memorandum de Thomas Hammarberg, Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, à la suite de sa visite en France du 21 au 23 mai 2008, disponible sur : https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1372841&Site=CM#P352_71633

¹² Décision n°94-352 DC du 18 janvier 1995, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, cons.18. Antérieurement, voir décision n° 76-75 DC du 12 janvier 1977, *Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales* : « *Considérant qu'en raison de l'étendue des pouvoirs, dont la nature n'est, par ailleurs, pas définie, conférés aux officiers de police judiciaire et à leurs agents, du caractère très général des cas dans lesquels ces pouvoirs pourraient s'exercer et de l'imprécision de la portée des contrôles auxquels il seraient susceptibles de donner lieu, ce texte porte atteinte aux principes essentiels sur lesquels repose la protection de la liberté individuelle ; que, par suite, il n'est pas conforme à la Constitution* ».

¹³ CEDH, *Amuur c/ France* 25 juin 1996 (affaire n°17/1995/523/609), para.50.

¹⁴ CJUE, *Aziz Melki et Sélim Abdeli*, 22 juin 2010, C-188/10 et C-189/10.

¹⁵ CEDH, *Amuur c/ France*, 25 juin 1996 (affaire n°17/1995/523/609).

¹⁶ CEDH (ancienne 2e section), *Gebremedhin [Gaberamadhien] contre France*, 26 avril 2007, (requête n°25389/05).

¹⁷ Observations finales du Comité des droits de l'enfant sur la France, 22 juin 2009, CRC/C/FRA/CO/4, para.84 à 86.

¹⁸ CEDH, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c/ Belgique*, 12 octobre 2006 para.55, (requête n°13178/03).

- 10. Rétenction administrative** - Le projet de loi allongerait la durée maximale de rétention de 32 à 45 jours. La CNCDH rappelle que toute privation de liberté voit sa légalité subordonnée, tant dans la jurisprudence constitutionnelle¹⁹ qu'européenne²⁰, à sa stricte nécessité au regard de l'objectif poursuivi, qui est s'agissant du placement des étrangers en centre de rétention, leur éloignement du territoire. Si la jurisprudence constitutionnelle n'a pas fixé la durée maximale du délai de privation de liberté, elle exige toutefois « *une durée qui ne saurait excéder un délai raisonnable* »²¹. Celle-ci doit s'apprécier après un examen individuel de la situation. La CNCDH exprime la plus grande inquiétude face à l'allongement constant, depuis son institution, de la durée d'enfermement. Elle relève à cet égard que le Conseil constitutionnel a censuré en 1986 et en 1993 la prolongation au-delà de six jours pour trois jours supplémentaires du placement en centre de rétention²², tandis que le Conseil d'Etat a estimé pour sa part en 1997 qu'une durée portée à quinze jours était excessive²³. Si d'autres allongements n'ont en revanche pas donné lieu à censure, la CNCDH n'en déplore pas moins l'extension globale prévue par le projet de loi dès lors qu'aucune nécessité impérieuse ne parait la justifier.
- 11.** Enfin, l'argument selon lequel cette durée serait moindre que celle existant dans d'autres Etats européens n'est pas pertinent, le respect de la liberté individuelle ne se mesurant pas à l'aune de la pratique d'Etats voisins. De plus, l'argument selon lequel l'allongement serait rendu nécessaire par la lenteur de la délivrance des laissez-passer consulaires n'apparaît pas davantage légitime eu égard à la gravité de la mesure de privation de liberté. La durée de la rétention ne saurait être fonction des difficultés des pays de destination, ces difficultés n'étant en outre pas sans lien avec la pression exercée par les pays d'accueil pour la réadmission des étrangers.

La marginalisation du contrôle du juge judiciaire

- 12.** Outre qu'il donnerait des pouvoirs particulièrement étendus à l'autorité administrative non sans risque d'arbitraire, le projet de loi réduirait le rôle du juge judiciaire en matière de contrôle de la rétention administrative en reculant le moment de l'intervention du juge des libertés et de la détention au sixième jour de rétention. En vertu de l'article 66 de la Constitution qui fait de l'autorité judiciaire la gardienne de la liberté individuelle, la rétention administrative doit pour le Conseil constitutionnel être placée « *sous le contrôle du juge* ». Il s'agit là d'une garantie fondamentale de la liberté individuelle visant à éviter « *un internement arbitraire* »²⁴. Sur le fondement de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour européenne partage la même analyse²⁵. Le respect du droit à la sûreté, c'est-

¹⁹ Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, cons.96 : « *Considérant que cet article modifie les conditions dans lesquelles un étranger peut être maintenu dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire, pendant le temps strictement nécessaire à son départ ; qu'il prévoit que cette rétention peut avoir lieu s'il y a "nécessité" et non plus "nécessité absolue" ; qu'il confère à l'autorité judiciaire, lorsqu'un délai de vingt-quatre heures s'est écoulé, le soin de prononcer la prolongation du maintien en rétention, sans plus exiger que cette mesure ne puisse intervenir qu'"à titre exceptionnel", restriction qui concernerait désormais l'assignation à résidence laquelle était prévue auparavant à titre principal ; [...]* Considérant qu'il est loisible au législateur de modifier les cas dans lesquels une mesure de rétention peut être imposée à un étranger qui doit quitter le territoire, pendant le temps strictement nécessaire à son départ, à condition qu'il ne prive pas de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel ; que cette rétention ne peut intervenir que dans des cas et sous des formes et conditions strictement définies par lui, sous le contrôle du juge et dans le respect des droits de la défense ; [...] Considérant, en revanche, qu'une telle mesure de rétention, même placée sous le contrôle du juge, ne saurait, sauf urgence absolue et menace d'une particulière gravité pour l'ordre public, être prolongée sans porter atteinte à la liberté individuelle garantie par la Constitution ». En application de cette jurisprudence, l'article L. 554-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile dispose que « *l'étranger ne peut être placé ou maintenu en rétention que pour le temps strictement nécessaire à son départ* ».

²⁰ CEDH, *Amuur c/ France* 25 juin 1996 (affaire n°17/1995/523/609).

²¹ Décision n°92-306 DC 25 février 1992, *Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*.

²² Décision n°86-216 DC du 3 septembre 1986, *Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, cons.22 : « *Considérant qu'une telle mesure de rétention, même placée sous le contrôle du juge, ne saurait être prolongée, sauf urgence absolue et menace de particulière gravité pour l'ordre public, sans porter atteinte à la liberté individuelle garantie par la Constitution ; qu'en étendant indistinctement à tous les étrangers qui ont fait l'objet d'un arrêté d'expulsion ou d'une mesure de reconduite à la frontière la possibilité de les retenir pendant trois jours supplémentaires dans des locaux non pénitentiaires, la deuxième phrase du 12ème alinéa de l'article 35 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945, telle qu'elle résulte de l'article 15-II de la loi, est contraire à la Constitution* » ; Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*,

²³ Avis du Conseil d'Etat sur l'avant-projet de loi Chevènement du 15 octobre 1997, in Rapport de la mission d'étude des législations de la nationalité et de l'immigration, Documentation française, 1997 p. 108.

²⁴ Décision CC n°79-109 DC, 9 janvier 1980, *Loi relative à la prévention de l'immigration clandestine et portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'office national d'immigration*.

²⁵ CEDH, *Amuur c/ France* 25 juin 1996 (affaire n°17/1995/523/609).

à-dire le droit de ne pas être privé arbitrairement de sa liberté, qui constitue le premier droit de l'homme, impose donc une garantie judiciaire. Le contrôle du juge judiciaire doit intervenir « *dans le plus court délai possible* »²⁶ ou « *dans les meilleurs délais* »²⁷, exigence que ne paraît pas satisfaire le projet de loi. La CNCDH rappelle que le Conseil constitutionnel a jugé qu'il est satisfait à l'exigence de brièveté du délai par un délai de 48 heures, mais non par un délai de sept jours²⁸, marquant bien le caractère dérogatoire de cette mesure au regard du principe général de contrôle judiciaire de toute privation de liberté. Le Conseil constitutionnel s'étant borné à statuer sur la disposition législative contestée qui fixait ce délai à sept jours, cette dernière décision ne peut être interprétée, comme le fait l'étude d'impact, comme autorisant une privation de liberté dans un délai pouvant aller jusqu'à sept jours. Il convient d'observer que cet allongement considérable du délai de privation de liberté avant toute intervention du juge judiciaire n'est nullement imposé par la « directive retour » dont le projet de loi est présenté comme l'application en droit français.

13. En outre, l'argument selon lequel le contrôle du juge judiciaire est un obstacle à l'efficacité de la politique migratoire ne saurait constituer une justification acceptable au regard de la gravité d'une mesure privative de liberté. Il reviendrait à postuler que l'Etat de droit lui-même, que le juge judiciaire a pour mission de faire respecter, nuirait à l'efficacité de la politique migratoire. Quels que soient les autres contrôles possibles, le contrôle par le juge judiciaire, qui s'exerce en dehors de tout contentieux, est essentiel ; le retarder serait un recul ; ainsi de nombreux étrangers pourraient, pendant ce délai de cinq jours, être reconduits à la frontière même s'ils ont fait l'objet d'une procédure irrégulière que le juge judiciaire aurait annulée. Le prétendu enchevêtrement des procédures ayant trait au placement en rétention de l'étranger, découlant de l'intervention constitutionnellement garantie des deux ordres de juridiction²⁹, l'un pour le contrôle de la légalité des décisions administratives, l'autre gardien de la liberté individuelle, est en réalité une garantie du respect des droits des étrangers faisant l'objet d'une mesure d'éloignement³⁰.
14. De plus, la CNCDH constate que l'étranger en séjour irrégulier disposerait de moins de garanties que la personne suspectée du plus grave des crimes, lequel dès qu'il est placé en garde-à-vue voit cette mesure contrôlée par le procureur de la République et la décision de prolonger la privation de liberté au-delà de 48 heures, décidée par un magistrat du siège.
15. Par ailleurs, la CNCDH manifeste sa plus vive inquiétude quant à la limitation des pouvoirs du juge des libertés et de la détention, la loi prévoyant que seuls les vices de procédure présentant un caractère substantiel entraîneraient l'annulation de la décision privative de liberté (placement en zone d'attente et en centre de rétention administrative). S'agissant d'un contrôle de la régularité d'une procédure ayant mené à une privation de liberté, la CNCDH souligne que cette procédure touchant aux droits les plus fondamentaux, le vice de procédure doit s'analyser *in concreto* et au regard des conséquences que ce manquement a eu pour les droits de l'étranger. De plus, la définition du caractère substantiel des vices de procédure ne manquerait pas de susciter un abondant contentieux et serait une source supplémentaire d'insécurité juridique.

Le renforcement du dispositif d'éloignement par l'institution de l'interdiction de retour

16. La marginalisation du rôle du juge judiciaire serait confirmée par l'introduction de l'interdiction de retour dans le cadre d'une nouvelle réforme de la procédure d'éloignement. La CNCDH est à cet égard particulièrement préoccupée par le développement de la répression administrative en droit des étrangers, développement par ailleurs confirmé dans le projet de loi à propos de l'emploi d'étrangers en situation irrégulière. Alors que le législateur a renoué depuis 1998 avec la tradition de l'interdiction du territoire par le seul juge judiciaire en cas d'infraction pénale, tradition brièvement interrompue par le législateur en 1993, l'interdiction de retour (art.23-III) relève de l'autorité administrative (préfectorale) et n'est pas fondée sur une condamnation pénale prononcée par un juge judiciaire. La CNCDH relève d'une part la durée de cette mesure d'interdiction de retour qui peut aller jusqu'à cinq ans et son application à tous les

²⁶ Décision CC n°79-109 DC, 9 janvier 1980, *ibid.*

²⁷ Décision CC n°92-307 DC, 25 février 1992, *Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.*

²⁸ Décision CC n°79-109 DC, 9 janvier 1980, *ibid.* ; Décision CC n°97-389 DC, 22 avril 1997, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration.*

²⁹ Décision n° 93-325 DC, 13 août 1993, *Ibid.*

³⁰ Rapport de la Commission sur le cadre constitutionnel de la nouvelle politique d'immigration, http://www.immigration.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport_Mazeaud.pdf

Etats parties au groupe Schengen. En toute hypothèse, la directive « retour » n'impose qu'une telle interdiction relève de la compétence des seules autorités administratives pour en décider.

17. Constitutive selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel d'une sanction administrative et soumise comme telle au respect de diverses garanties issues du droit pénal et de la procédure pénale (procédure contradictoire, droits de la défense, etc.)³¹, une application systématique de l'interdiction de retour contredirait, par sa durée, les principes de nécessité et de proportionnalité des peines en dépit des garanties qui l'entourent. De plus, l'impossibilité d'en demander l'abrogation si l'étranger n'apporte pas lui-même la justification de sa résidence hors de France constituerait une méconnaissance du droit à un recours effectif³². Par ailleurs, cette sanction est de nature à porter gravement atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale, notamment pour l'étranger conjoint d'un ressortissant français, et au droit d'asile si les étrangers renvoyés dans leur pays ont ensuite besoin de le quitter en raison de menaces de persécution.
18. Plus généralement, la CNCDH au terme de cet avis regrette un ensemble de mesures qui restreint les droits des étrangers et s'oppose à la mise en œuvre effective du droit pour toute personne de quitter son pays³³.

Par conséquent, la CNCDH :

1. **Rappelle que les étrangers ont, comme les nationaux, droit au respect de leur liberté individuelle et que leur enfermement ne peut devenir un instrument ordinaire de politique migratoire. A ce titre, elle demande :**
 - le renoncement à la création des zones d'attente *ad hoc* dans la mesure où les garanties recommandées par la CNCDH s'agissant des zones d'attente classiques ne pourront y être manifestement mises en œuvre.
 - l'abandon de l'allongement de la durée de rétention administrative.
 - le maintien de l'intervention du juge judiciaire dans les plus brefs délais; ce délai ne pouvant dépasser 48 heures.
 - le renforcement du contrôle du juge sur les pratiques de l'administration.
2. **Demande que les mesures relatives à l'interdiction de retour sur le territoire français, comme plus généralement celles concernant le droit au séjour ou les mesures d'éloignement, respectent les garanties de fond et de procédure inhérentes à un Etat de droit.**
3. **Elle rappelle enfin que les règles communautaires ne doivent pas servir d'alibi à une politique migratoire restrictive qui contrarie l'engagement international de la France de rendre effective la possibilité reconnue à chacun de quitter son pays ; et ce d'autant que la directive « retour » qui définit des normes et procédures communes aux Etats membres prend soin de préserver la liberté des Etats membres de maintenir des dispositions du droit national « plus favorables » pourvu qu'elles soient compatibles avec la directive.**
4. **La CNCDH bien que n'ayant pas traité ces questions de manière spécifique recommande néanmoins :**
 - la révision des dispositions relatives au délit d'aide à l'entrée, au séjour, et à la circulation des étrangers en situation irrégulière conformément à son avis du 18 novembre 2009.
 - l'institution d'un recours suspensif en cas d'application de la procédure prioritaire à un demandeur d'asile ou de remise de l'étranger à un Etat membre en application du règlement établissant les critères et mécanismes de détermination de l'Etat membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des Etats membres par un ressortissant d'un pays tiers (règlement Dublin II).

(Résultat du vote en assemblée plénière : 24 voix pour, 5 voix contre, 0 abstention)

³¹ Décision n° 93-325 DC, 13 août 1993, *Ibid.*

³² Article 23 III – alinéa 29.

³³ Article 13-2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et article 12-2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.