

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

SECONDES 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

Suite aux observations déposées par le premier ministre, les exposants entendent formuler les secondes observations suivantes.

LEn premier lieu, il ne saurait être considéré que la question, en ce qu'elle porte sur l'article L.213-2 du CESEDA, se heurterait au droit de l'Union européenne.

En effet, la question prioritaire de constitutionnalité reproche à cette disposition de n'entourer les auditions ayant lieu avant la décision de maintien en zone d'attente d'aucune garantie, et principalement, de ne pas prévoir l'assistance d'un avocat.

Aucune disposition de l'Union européenne n'impose de telles auditions sans avocat ; et cette disposition, en ce qu'elle ne prévoit aucune garantie à cet égard ne constitue pas une transposition d'une quelconque norme européenne.

Comme l'avait relevé le Conseiller rapporteur de la Cour de cassation dans son rapport, en effet, l'article 8 du règlement UE n°2016-399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 prévoit seulement que des vérifications peuvent être effectués par les gardes-frontières, celles-ci portant sur les « documents de voyage, les cachets d'entrée et de sortie, les points de départ et d'arrivée, l'objet du séjour, les moyens de subsistance, les moyens de transport, ou encore les objets transportés ».

Ainsi, ni ce règlement ni aucune norme européenne ne prévoit le régime des auditions, intervenant avant la décision de maintien en zone d'attente, qui peuvent porter notamment sur l'objet du voyage des personnes.

Dès lors, il ne saurait être considéré à cet égard que l'article L.213-2 du CESEDA tirerait les conséquences de dispositions d'un règlement de l'Union européenne.

On soulignera, enfin, concernant le premier aspect de la question prioritaire de constitutionnalité, que le premier ministre ne défend pas sur la conformité à la Constitution de l'article L.213-2 du CESEDA à la Constitution.

II-En deuxième lieu, les articles L.213-2 et L.221-4 du CESEDA en ce qu'ils ne permettent pas l'assistance effective d'un avocat lors de l'audition ayant lieu d'une part, avant, et d'autre part, après la décision de maintien en zone d'attente, ne sont pas conformes à la Constitution.

L'on soulignera que la présente question prioritaire de constitutionnalité est l'occasion pour le Conseil constitutionnel de préciser le champ d'application des droits de la défense, en matière d'auditions précédant une décision administrative, puis une décision juridictionnelle, privatives de liberté, ou à tout le moins attentatoires à la liberté d'aller et venir.

Elle invite le Conseil constitutionnel à préciser sa jurisprudence en matière d'auditions, ayant lieu avant et durant une mesure de contrainte.

Elle propose d'une part, de transposer la solution retenue en matière de garde à vue aux hypothèses dans lesquelles la personne est auditionnée, sous une mesure de contrainte (audition pendant le maintien en zone d'attente), et d'autre part, de considérer que les droits de la défense doivent également être garantis avant l'édition d'une mesure privative de liberté (audition, antérieure à la décision de maintien en zone d'attente).

La jurisprudence du Conseil constitutionnel ne s'oppose pas à ce que les droits de la défense, incluant le droit d'être assisté par un avocat, soient considérés comme applicables à ces deux hypothèses.

Tout d'abord, le Conseil constitutionnel ne restreint pas le champ d'application de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 aux seules mesures ayant la nature d'une sanction.

Les décisions citées par le premier ministre n'affirment pas le contraire.

Ainsi, en matière de garde à vue, les droits de la défense, impliquant le droit à l'assistance d'un avocat, doivent être garantis, alors même qu'à ce stade, aucune sanction n'est prononcée ou ne le sera nécessairement.

Ensuite, la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel sur l'application des droits de la défense aux décisions administratives constituant des sanctions, ne tranche pas la question particulière qui nous occupe.

III- En effet, s'agissant, tout d'abord, de l'audition intervenant avant la décision de maintien en zone d'attente, la question que devra trancher le Conseil constitutionnel est celle de savoir s'il ne convient pas de considérer que les droits de la défense impliquant le droit à l'assistance d'un avocat ne s'impose pas dès lors que cette audition a lieu avant l'édition d'une mesure privative de liberté, ou à tout le moins attentatoire à la liberté individuelle.

Une telle solution s'impose dans cette hypothèse, dans la mesure où les déclarations des personnes auront une incidence déterminante sur la décision administrative de refus d'entrée et celle de maintien en zone d'attente, d'une part, et, le cas échéant, sur la décision du juge des libertés et de la détention, d'autre part.

Il sera renvoyé sur ce point aux développements des premières observations.

IV- Ensuite, concernant l'audition intervenant après la décision de maintien en zone d'attente, la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel sur le respect des droits de la défense avant l'édition de décisions administratives ayant le caractère d'une sanction est sans emport.

En effet, la question n'est ici pas de savoir si les droits de la défense pourraient être invoqués à l'encontre d'une mesure administrative ou de police.

A ce stade, la décision administrative est déjà intervenue.

La question qui se pose en revanche est de savoir si dès lors que la personne est placée sous une mesure de contrainte, et que ses déclarations seront susceptibles d'avoir une incidence sur la prolongation de cette mesure privative de liberté, prononcée par le juge des libertés et de la détention, elle ne devrait pas bénéficier du droit à l'assistance d'un avocat, inclus dans les droits de la défense.

Ainsi, la jurisprudence invoquée par le premier ministre sur les droits de la défense en matière de décisions administratives est sans incidence sur la question de savoir si les droits de la défense, impliquant le droit à l'assistance d'un avocat, doivent être garantis au stade de l'audition, intervenant après la décision de maintien en zone d'attente et ne s'y oppose pas.

On ajoutera que l'analogie avec la retenue administrative, qui, est, quant à elle, entourée de garanties, dont le droit à l'assistance d'un avocat lors de l'audition, ne saurait être considérée comme non pertinente, du fait des sanctions pénales éventuellement encourues par les étrangers retenus, comme le propose le premier ministre.

En effet, comme sous le régime de la retenue administrative, l'étranger maintenu en zone d'attente est placé sous la contrainte, et doit, lors de son audition, bénéficier du droit à l'assistance d'un avocat.

Il est dès lors contestable que ce droit, qui est constitutionnellement protégé, soit garanti dans un cas, et pas dans l'autre, comme Mme le Conseiller rapporteur et Mme l'Avocat général l'avaient d'ailleurs souligné devant la Cour de cassation.

On ajoutera que la circonstance suivant laquelle un étranger qui pénètre irrégulièrement sur le sol national encourt une peine d'emprisonnement et une amende, en application de l'article L.621-1 du CESEDA est étrangère à l'objet de la retenue.

Les garanties qui sont prévues en la matière, dont le droit à l'assistance d'un avocat, s'imposent en raison de la contrainte qui est exercée sur l'étranger, lors de cette mesure.

Les exigences des droits de la défense imposent que l'on retienne la même solution, en matière d'auditions ayant lieu durant le maintien en zone d'attente.

On ajoutera par ailleurs que les exigences du respect de l'ordre public n'imposent pas que les personnes soient privées de tout droit à l'assistance d'un avocat durant ces auditions – et le premier ministre n'explique d'ailleurs pas en quoi elles l'exigeraient.

V-Enfin, il ne saurait être considéré que les exigences de l'article 16 de la Déclaration de 1789 ne seraient pas méconnues, dès lors que les dispositions en cause ne feraient pas obstacle à ce que l'étranger puisse bénéficier de l'assistance d'un avocat.

En effet, comme il l'a été développé dans les premières observations, ces dispositions ne prévoient tout d'abord aucune garantie, lors de l'audition intervenant avant la décision de maintien en zone d'attente.

Ensuite, l'article L.221-4 du CESEDA prévoit seulement que l'étranger maintenu en zone d'attente peut communiquer avec un conseil et qu'il doit être informé de ce droit.

Or, la loi ne prévoit tout d'abord pas qu'un avocat puisse être désigné d'office.

Sans une telle possibilité, prévue par la loi, le droit de communiquer avec un conseil est seulement théorique et ne peut être considéré comme garanti par les dispositions en cause.

En effet, il ne suffit pas de ne pas interdire ; encore faut-il organiser et garantir effectivement le droit à l'assistance d'un avocat, lors des auditions durant le maintien en zone d'attente, ce qui implique le droit à voir désigné un avocat d'office.

Cette question prioritaire de constitutionnalité est également l'occasion pour le Conseil constitutionnel de préciser que le droit à l'assistance d'un avocat, tel que garanti par l'article 16 de la déclaration de 1789, doit inclure le droit à la désignation d'office d'un avocat, qui seul permet de garantir effectivement le premier.

Par ailleurs, la loi ne prévoit qu'un simple droit à communication avec un conseil, sans organiser un véritable droit à l'assistance d'un avocat durant l'audition, ce qui est très différent.

En conclusion, il est demandé au Conseil constitutionnel de conférer toute leur portée aux exigences tenant aux droits de la défense garantis par l'article 16 de la déclaration de 1789 et de considérer, dans le prolongement de la solution retenue en matière de garde à vue et de retenue douanière, qu'ils doivent être garantis lors des auditions ayant lieu avant et après la décision de placement en zone d'attente, dès lors qu'elles ont lieu soit sous contrainte, soit en amont d'une décision privative de liberté, et que les déclarations de la personne peuvent être déterminantes lors d'une procédure juridictionnelle.

Pour ces raisons et celles développées dans les premières observations, 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