

CONSEIL D'ETAT

MEMOIRE EN REPONSE

DOSSIER n°416737

QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ

Tendant à faire constater qu'en édictant les dispositions de l'article L. 512-1 IV du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile – lesquelles prévoient que les obligations de quitter le territoire français (OQTF) prononcées à l'encontre de ressortissants étrangers incarcérés ne peuvent être contestées par ces derniers que dans le délai de quarante-huit heures suivant leur notification –, le législateur a méconnu le droit à un recours effectif garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

- POUR :**
- 1/ La Section française de l'Observatoire international des prisons**
 - 2/ La Cimade**
 - 3/ Le Groupe d'information et de soutien des immigré-e-s (Gisti)**

SCP SPINOSI & SUREAU

DISCUSSION

Le mémoire présenté en défense le 29 janvier 2018 par la ministre de la Justice dans le cadre de la présente instance appelle de la part des associations requérantes les observations suivantes.

I. A titre liminaire, il apparaît nécessaire de revenir sur les objectifs que le législateur a entendu poursuivre avec l'adoption des dispositions litigieuses de l'article L. 512-1 IV du CESEDA, objectifs que la Ministre de la Justice a jugé nécessaire d'explicitier dans ses écritures en défense.

I-1. Prévoyant que les obligations de quitter le territoire français (OQTF) notifiées en détention ne peuvent être contestées que dans les 48 heures suivant leur notification, ces dispositions ont également réduit de trois mois à 72 heures le délai donné au juge administratif pour statuer sur les recours déposés dans ce cadre.

Ainsi que l'expose la ministre, l'institution d'un délai de recours extrêmement bref contre les OQTF notifiées en détention ainsi que l'extension de la procédure accélérée de jugement aux recours déposés contre ces dernières poursuivaient un double objectif :

« -Eviter à l'étranger à l'issue d'une peine d'emprisonnement, l'application d'une mesure de rétention également privative de liberté dans un cadre juridique qui ne garantissait pas le règlement contentieux de l'OQTF avant l'élargissement ;

- Limiter les difficultés constatées dans la coordination des autorités pénitentiaires et administratives pour assurer la mise en œuvre effective de l'éloignement de la personne concernée à la levée d'écrou » (p. 3 du mémoire en défense).

Telle est en effet l'intention qui fut explicitée par Erwann BINET, rapporteur du projet de loi devant l'Assemblée nationale et auteur de l'amendement à l'origine des dispositions législatives contestées, lors des débats parlementaires.

Dans le Rapport fait au nom de la Commission des lois sur le projet de loi *relatif au droit des étrangers en France*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 2 juillet 2015, le député indiquait en ce sens :

« La Commission a souhaité que soit évité un placement en rétention pour l'éloignement des étrangers détenus à la suite d'une condamnation judiciaire. Les délais dans lesquels statue le juge administratif sont réduits pour qu'il soit possible de procéder à l'éloignement dès l'élargissement, sans qu'il soit nécessaire de prononcer une mesure administrative restrictive de liberté dans l'intervalle. » (p. 57).

Plus loin, le rapport précisait que :

« Un amendement du rapporteur a étendu la procédure accélérée de jugement en soixante-douze heures par un juge unique aux cas d'éloignement d'un détenu. En effet, le cadre juridique actuel ne favorise pas le règlement de ces situations avant l'élargissement, en dépit de la volonté des préfetures d'engager la procédure suffisamment tôt. Une OQTF ne peut être exécutée d'office avant que le juge ait statué sur sa légalité ; or, en l'absence d'assignation à résidence ou de rétention (ce qui est bien le cas dans une détention), le tribunal administratif statue dans le délai de droit commun de trois mois. Le moindre retard peut conduire l'autorité administrative à faire succéder une rétention à une détention, ce qui n'est satisfaisant ni pour l'étranger ni pour l'efficacité de l'action publique. En outre, les gestionnaires de centre de rétention administrative ont fait état avec insistance de la difficile cohabitation entre les étrangers sortants de prison et les autres dans l'attente d'un éloignement. Le dispositif adopté devrait permettre de prévenir cette situation. » (p.179).

Les explications ainsi avancées par le député BINET, et reprises par la ministre de la Justice dans sa défense pour justifier l'application de la procédure accélérée de jugement aux recours formés contre des OQTF notifiées en détention appellent cependant de la part des associations requérantes plusieurs commentaires.

I-2. Il est d'abord un fait indiscutable que chaque année, un nombre important de personnes étrangères faisant l'objet d'une mesure d'éloignement sont placées en rétention à leur sortie de prison.

En 2009, un rapport de la Cour des comptes évoquait « *la présence non négligeable de sortants de prison dans plusieurs CRA* » alors que « *l'administration devrait avoir tous les moyens de l'éviter en utilisant la période de prison pour préparer l'éloignement.* » (Cour des Comptes, « La gestion des centres de rétention administrative », juin 2009, p. 110).

Dans un rapport enregistré à la Présidence du Sénat le 23 juillet 2014, les parlementaires Éliane ASSASSI et François-Noël BUFFET confirmaient que la rétention « *ne doit pas être la prolongation de la détention pour remédier aux difficultés d'identification ou d'obtention des laissez-passer consulaires* » et regrettaient que ce soit « *pourtant encore trop souvent le cas* ». (Rapport d'Information fait au nom de la commission des lois du Sénat sur les centres de rétention administrative, 23 juill. 2014, p. 38).

Plus récemment encore, les associations présentes dans les centres de rétention ont constaté qu'en 2016, 1918 personnes étrangères avaient encore été placées en rétention à leur sortie de prison, ce qui représentait 8% de l'ensemble des personnes retenues cette année-là (hors Outre-Mer). Dans certains centres de rétention, la proportion de sortants de prison avait pu atteindre 15% (Sète), 17% (Plaisir), 23% (Marseille) voire même 41% (Palaiseau) du total des retenus sur l'année (**Prod. 1 et 2**).

Parmi ces 1918 sortants de prison retenus en 2016, 1192 personnes l'avaient été visées pour mise à exécution d'une OQTF sans délai de départ volontaire (62 %) et 148 autres pour mise à exécution d'un arrêté de reconduite à la frontière (APRF) (8%).

I-3. Or, il convient de souligner que, contrairement à ce qu'a laissé entendre le député Erwann BINET, le délai de trois mois accordé au juge administratif pour statuer sur les recours formés contre les OQTF notifiées en détention n'était en rien responsable du nombre relativement important de personnes étrangères placées en rétention à leur sortie de prison.

I-3.1 D'une part, en effet, **seule une minorité d'OQTF notifiées en détention** font l'objet d'un recours contentieux.

Autrement dit, la plupart des placements en rétention ordonnés en sortie de détention ne s'expliquent pas par le fait que l'administration serait contrainte d'attendre une décision du juge administratif avant de pouvoir procéder à la mise à exécution de l'OQTF.

Ainsi que l'indique par exemple le rapport 2016 des associations sur la rétention, sur 55 personnes étrangères qui ont été retenues au centre de rétention de Lyon cette année-là en vue de la mise à exécution d'une OQTF notifiée en prison, 15 d'entre elles seulement avaient réussi à former un recours contre la mesure d'éloignement (**Prod. 1**, p. 59).

I-3-2. D'autre part, ni la Cour des comptes en 2009, ni le rapport d'information établi par les sénateurs Éliane ASSASSI et François-Noël BUFFET en 2014 n'ont évoqué la responsabilité des procédures contentieuses engagées par les étrangers détenus pour expliquer leur forte présence en rétention à l'issue de la période d'incarcération.

Bien qu'il soutienne cette thèse, le Député Erwann BINET lui-même n'a fourni lors des débats parlementaires aucune donnée chiffrée, ni même aucun exemple concret permettant d'illustrer cette responsabilité.

Par contre, le rapport de Madame ASSASSI et de M. BUFFET pointait le manque de coopération des autorités consulaires de certains états pour la délivrance de laissez-passer à leurs ressortissants visés par une mesure d'éloignement.

Il déplorait également un manque de coordination des services préfectoraux avec « *les autorités judiciaires et pénitentiaires* », en dépit de ce que plusieurs protocoles avaient été conclus entre le ministère de l'intérieur et celui de la justice en 1999, 2004 et 2011 pour tenter d'améliorer l'identification des détenus avant leur sortie de prison (**Prod. 3**).

I-3.3 De fait, c'est le manque de diligence et d'anticipation de l'administration qui semble effectivement surtout expliquer le placement régulier de sortants de prison en rétention.

Ainsi que le montre le Rapport 2016 établi par les associations présentes dans les centres de rétention (**Prod. 1**), les OQTF visant les étrangers détenus sont en effet généralement notifiées très tardivement aux intéressés, quelques jours seulement avant la sortie de prison, voire le jour même de l'élargissement.

A propos des personnes placées au centre de Rouen-Oissel, par exemple, ce rapport souligne que « *les préfectures notifient quasi-systématiquement la mesure d'éloignement aux intéressés quelques jours avant la fin de la détention.* » (p. 112)

De même, s'agissant du centre de détention de Lyon, il relève qu'« *en 2016, 100 retenus sortant de maison d'arrêt ont été placés au CRA sur le fondement d'obligations de quitter le territoire sans délai de départ volontaire, dont 55 ont été notifiées en prison, et 30 le jour de la sortie de la maison d'arrêt* » (p. 59).

En conséquence, il est fréquent qu'aucune démarche n'ait été engagée par l'administration pour assurer l'exécution des OQTF notifiées en détention avant le placement de la personne concernée en détention, ainsi que le précise par exemple la fiche du rapport qui concerne le centre de rétention de Palaiseau :

« *Dans le cas des personnes détenues, les diligences doivent être entreprises pendant la période d'incarcération, afin de ne pas imposer une nouvelle privation de liberté souvent perçue comme une double peine. Or, la plupart des sortants de prison n'a jamais été présentée aux autorités consulaires avant le placement en CRA, prolongeant d'autant la durée de leur rétention.* » (p. 86).

I-4 Il faut d'ailleurs insister sur le fait que ni la brièveté du recours ouvert contre les OQTF notifiées en détention ni le resserrement à 72 heures du délai d'examen des recours par le juge qui ont été consacrés par le législateur en juin 2016 n'ont entraîné une baisse du nombre de personnes détenues placées en rétention à leur sortie de prison l'année suivante.

Selon les chiffres provisoires fournis par les différentes associations présentes en rétention, en effet, il apparaît que près de 2200 personnes retenues en 2017 sortaient de prison (contre 1918 en 2016) parmi lesquelles se sont trouvées 1466 personnes visées par une OQTF (contre 1192 en 2016) (**Prod.4**).

I-5. Il est par conséquent indiscutable que l'adoption des dispositions critiquées de l'article L. 512-1 IV du CESEDA n'a pas eu le moindre impact au regard de l'objectif affiché de réduction du nombre de placement en rétention de sortants de prison, et qu'elle ne pouvait d'ailleurs pas en avoir.

Loin d'agir sur les causes réelles de ce continuum entre prison et rétention, ces dispositions ont en réalité surtout permis à l'administration de poursuivre sa politique d'éloignement des étrangers sortants de prison en échappant aux contraintes d'un contrôle juridictionnel adéquat, au prix inacceptable d'une atteinte patente au droit constitutionnel à un recours effectif.

A cet égard, les arguments présentés en défense par la ministre de la Justice pour conclure au rejet de la QPC n'emportent aucunement l'adhésion.

II. En premier lieu, la ministre de la Justice soutient que les différents griefs soulevés par les exposantes au soutien du moyen tiré d'une violation du droit constitutionnel à un recours effectif seraient inopérants « *dès lors qu'ils ne contestent pas les dispositions de l'article L. 512-1 IV du CESEDA elles-mêmes mais les modalités de leur application* ».

En effet, poursuit-elle, « *l'objet du contrôle de constitutionnalité de la loi (...) est de s'assurer de la conformité à la Constitution des dispositions législatives elles-mêmes et non de leurs modalités d'application* ».

Il ne saurait cependant être souscrit à la position défendue ici par l'administration.

II-1. D'emblée, il convient de souligner que contrairement à ce qu'affirme la ministre, la critique des associations requérantes est bien directement dirigée contre l'article L. 512-1 IV du CESEDA, en ce que ces dispositions méconnaissent le droit à un recours effectif en prévoyant, d'une part, que les OQTF notifiées en détention ne peuvent être contestées que dans le délai de 48 heures suivant leur notification et, d'autre part, que les recours formés dans ce cadre doivent être examinés par la juridiction dans les 72 heures.

Le fait que cette critique prenne appui sur la dénonciation des obstacles pratiques auxquels les détenus étrangers peuvent être confrontés pour former leur recours dans un tel délai ne saurait ainsi en aucun cas rendre le grief inopérant.

II-2. Par ailleurs, comme semble l'ignorer la ministre de la Justice, le Conseil constitutionnel se prononce souvent sur la constitutionnalité de dispositions législatives en intégrant à son contrôle des éléments concrets découlant de la mise en œuvre de la loi.

Dans la décision n° 2016-606/607 QPC du 24 janvier 2017 relative aux contrôles d'identité, par exemple, le juge constitutionnel envisage que les dispositions législatives litigieuses puissent entraîner « *des contrôles d'identité généralisés et discrétionnaires* » contraires aux droits et libertés constitutionnels et entend prévenir ce risque par la formulation d'une réserve interprétation :

« 23. En second lieu, il ressort des dispositions contestées que les réquisitions du procureur de la République ne peuvent viser que des lieux et des périodes de temps déterminés. Ces dispositions ne sauraient, sans méconnaître la liberté d'aller et de venir, autoriser le procureur de la République à retenir des lieux et périodes sans lien avec la recherche des infractions visées dans ses réquisitions. Elles ne sauraient non plus autoriser, en particulier par un cumul de réquisitions portant sur des lieux ou des périodes différents, la pratique de contrôles d'identité généralisés dans le temps ou dans l'espace. / 24. Sous les réserves énoncées au paragraphe précédent, le grief tiré de la violation de la liberté d'aller et de venir doit être écarté. »

La prise en compte par le Conseil constitutionnel des modalités concrètes de mise en œuvre de la loi, ou des conséquences pratiques de l'application de cette dernière, est d'ailleurs particulièrement marquée dans le cadre du contrôle du respect par le législateur du droit à un recours effectif.

L'intitulé lui-même - droit à un recours juridictionnel *effectif*- laisse entendre que cette exigence constitutionnelle requiert un examen « concret » de la part du juge constitutionnel.

Le Conseil précise ainsi souvent que doit être écartée toute interprétation de la loi qui reviendrait à « *priv[er] d'effectivité le droit d'exercer un recours juridictionnel* » (déc. n°2004-499 DC, cons. 14).

De même, il juge de manière constante que, sauf à méconnaître l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen « *il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction* » (notamment déc. n°2011-198 QPC, cons. 3 ; n°2012-288 QPC, cons. 4 ; n°2014-424 QPC, cons. 4 ; n°2012-283 QPC, cons. 11 ; n°2016-600 QPC, cons. 7).

Il arrive dès lors que la censure soit justifiée par la carence du législateur à assurer la mise en œuvre adéquate du droit à un recours juridictionnel effectif, et ce **y compris lorsqu'une voie de recours est prévue par la loi.**

Ainsi, méconnaissent ce droit les dispositions qui enserment l'exercice du recours dans un délai excessivement réduit, et ce même si une telle limitation du délai de recours procède du « *souci du législateur* » de poursuivre l'impératif de « *renforce[ment de] la sécurité juridique* » (Déc. n° 96-373 DC du 9 avril 1996, cons. 85).

De même, les dispositions qui manquent de préciser les titulaires de ce droit de recours et, plus largement, les conditions d'exercice d'un tel droit privent de garanties légales le droit d'exercer un recours juridictionnel effectif et doivent donc être censurées :

« Considérant, toutefois, que, si le législateur a pu choisir de donner qualité pour agir à des personnes dont la liste n'est pas limitativement établie et qui ne sauraient, par conséquent, recevoir

toutes individuellement la notification de l'arrêté en cause, il ne pouvait, sans priver de garanties légales le droit d'exercer un recours juridictionnel effectif, s'abstenir de définir les cas et conditions dans lesquels celles des personnes qui présentent un lien plus étroit avec l'enfant sont effectivement mises à même d'exercer ce recours ; que, par suite, les dispositions du premier alinéa de l'article L. 224-8 du code de l'action sociale et des familles méconnaissent les exigences de l'article 16 de la Déclaration de 1789 et doivent être déclarées contraires à la Constitution ». (Déc. n° 2012-268 QPC du 27 juil. 2012, *Recours contre l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'Etat*, cons. 9).

On peut encore évoquer, à titre d'illustration, la décision du 27 novembre 2015, n°2015-500 QPC, *Contestation et prise en charge des frais d'une expertise décidée par le CHSCT*, par laquelle le Conseil constitutionnel a sanctionné l'absence de délai fixé au juge pour statuer sur un recours dépourvu d'effet suspensif (cons. 10).

Il faut en outre souligner que le Conseil constitutionnel **émet fréquemment des réserves d'interprétation destinées à assurer la mise en œuvre concrète et effective du droit à un recours juridictionnel.**

Cela vaut en particulier pour les dispositifs législatifs qui font courir un délai de recours sans que la personne ne soit informée de la décision qui est susceptible de lui faire grief, **ceci faisant matériellement obstacle à la saisine du juge dans les délais impartis** (Cons. const. 9 juillet 2014, n°2014-406 QPC, cons. 12 ; Cons. const. 4 décembre 2015, n°2015-503 QPC, cons. 14 ; Cons. const. 2 juin 2017, n°632 QPC, cons. 17).

Il ressort donc indiscutablement de ce bref tour d'horizon jurisprudentiel que, contrairement à ce que soutient la ministre de la Justice, le Conseil constitutionnel n'opère pas seulement un contrôle du texte de loi pris abstraitement mais qu'il apprécie également le respect des exigences constitutionnelles à la lumière des conditions concrètes de la mise en œuvre des dispositions critiquées.

III. En Second lieu, la ministre de la Justice tente en vain de convaincre de ce que les griefs invoqués par les associations requérantes seraient, faute d'être inopérants, à tout le moins dénués de caractère sérieux.

Selon elle, en effet la limitation à 48 heures du délai de recours ouvert contre les OQTF notifiées en détention ne saurait être regardée comme caractérisant une atteinte substantielle au droit des personnes détenues visées par ces mesures d'éloignement à un recours juridictionnel effectif.

IV. A l'appui de cette position, la ministre renvoie **dans un premier temps** aux dispositions des articles R. 776-31 et R. 779-19 du code de justice administrative, lesquelles prévoient que l'étranger détenu visé par une OQTF peut, dans le délai de 48 heures suivant la notification de celle-ci, valablement déposer son recours auprès du directeur de l'établissement pénitentiaire qui le détient.

Si elle semble admettre les difficultés auxquelles peuvent se heurter les détenus pour saisir le tribunal administratif dans le délai de 48 heures, la ministre souligne par contre que « *la démarche de saisir le chef d'établissement est courante et accessible à toute personne détenue* ».

Autrement dit, indiquent clairement les écritures en défense de l'administration, les articles R. 776-31 et R. 779-19 du code de justice administrative constitueraient « *l'une des garanties* » les plus notables du respect du droit à un recours effectif pour les personnes détenues faisant l'objet d'une QOTF.

Cette affirmation, à laquelle les associations requérantes ne souscrivent pas, appelle plusieurs niveaux de réponse.

IV-1 D'une part, il faut retenir que, de l'aveu même de la ministre de la Justice, la garantie essentielle du respect du droit à un recours effectif résiderait dans les prévisions des dispositions réglementaires précitées des articles R. 776-31 et R. 779-19 du code de justice administrative, et non dans celles des dispositions législatives critiquées de l'article L. 512-1 IV du CESEDA.

Or, en vertu de l'article 34 de la Constitution, il appartient au législateur d'assortir de garanties légales suffisantes l'exercice des droits et libertés constitutionnels, et non de renvoyer au pouvoir réglementaire le soin de procéder à la définition et à l'énonciation desdites garanties, sous peine de se placer en situation d'incompétence négative (voir par ex. la décision n° 2010-33 QPC du 22 déc. 2010 ; sur le fait que l'incompétence négative peut affecter le droit à un recours juridictionnel effectif : décision n°2012-298 QPC du 28 mars 2013).

L'insuffisant encadrement législatif de l'exercice des droits et libertés constitutionnels ne saurait ainsi être pallié par le pouvoir réglementaire sans violation manifeste des dispositions précitées de l'article 34 de la Constitution.

De ce premier point de vue, la critique formulée par les associations exposantes est ainsi manifestement sérieuse.

IV-2 D'autre part, et en tout état de cause, les requérantes contestent fermement l'idée selon laquelle la faculté offerte aux étrangers détenus de former un recours dans les 48 heures auprès du directeur de la prison permettrait à la procédure contentieuse applicable aux OQTF notifiées en détention de répondre aux exigences du droit constitutionnel à un recours effectif.

IV-2.1 D'abord, en effet, il faut insister sur le fait que le traitement des requêtes des personnes détenues par l'administration pénitentiaire pose régulièrement des problèmes qui, s'ils peuvent varier en intensité d'un établissement à un autre, n'en restent pas moins récurrents (traçabilité, transmission voire traitement aléatoire des demandes, délai de réponse, etc...).

Tel est en effet le constat qu'inspire la consultation régulière des rapports de visite du Contrôleur général des lieux de privation de liberté (CGLPL) dont certains seront cités ici à titre d'exemples.

Après avoir visité la maison d'arrêt de Cherbourg en 2016, les services du CGLPL ont ainsi relevé l'absence de traçabilité des

requêtes formulées par les personnes détenues dans cet établissement et souligné que, de ce fait, « *il pouvait y avoir des déperditions d'information selon les surveillants qui réceptionnent les demandes* » (**Prod. 5-a**).

Concernant un autre établissement, la CGLPL a pu signaler que « *l'absence du directeur impacte la fluidité et la réactivité du traitement qui accuse un retard certain (trois à quatre semaines) ce qui expliquerait les doléances de certaines personnes qui disent ne pas obtenir de réponse à leur requête* » (**Prod. 5-b**).

A la suite de sa visite de la maison d'arrêt de Brest, la CGLPL expliquait également en 2016 que « *les requêtes adressées à la direction sont traitées via le CEL. Toutefois le temps nécessaire à l'enregistrement, particulièrement lourd, empêche l'encadrement intermédiaire d'insérer les requêtes courantes quotidiennes.* » (**Prod. 5-c**).

Durant leur visite de la Maison d'arrêt de Nevers, les contrôleurs signalent encore avoir « *été destinataires de nombreux témoignages de personnes détenues soulevant des incertitudes sur l'acheminement des requêtes à leurs destinataires. Ces plaintes récurrentes se sont vues confirmées par plusieurs agents rapportant des faits de disparition de requêtes.* » (**Prod. 5-d**).

De façon plus générale sur ce point, les associations requérantes renvoient à leurs premières écritures, lorsqu'elles insistent sur le fait que la surpopulation et le sous-effectif en personnels affectant de nombreuses prisons perturbent parfois gravement l'enregistrement et la prise en charge des requêtes des personnes détenues.

IV-2.2 Aux difficultés dans l'organisation du traitement des requêtes des personnes détenues, dont l'évocation régulière dans les rapports du CGLPL montre donc qu'elles n'ont rien d'exceptionnel, s'ajoutent ensuite les obstacles matériels auxquels se heurtent concrètement les personnes détenues pour saisir la direction d'un recours dans les 48 heures.

Outre le fait que ces dernières n'ont en général pas un accès libre aux boîtes aux lettres internes, et ne disposent pas toujours d'accusés de

réception de leurs réclamations, le recours doit être adressé par écrit au directeur, ce qui complique considérablement la tâche des personnes non francophones ne sachant pas écrire le français.

Les requérantes souhaitent par ailleurs insister sur le fait qu'elles n'ont trouvé, au cours de l'enquête réalisée en amont du dépôt de la présente QPC, aucun exemple concret de recours qui aurait été déposé contre une OQTF par les personnes détenues étrangères auprès de la direction d'un établissement pénitentiaire, que ce soit dans les nombreuses décisions de justice étudiées, dans les questionnaires renseignés par les avocats ou autres intervenants, dans les rapports du CGLPL ou encore dans le rapport d'activité consulté des associations ou points d'accès aux droits présent en détention.

Il est particulièrement significatif, à cet égard, de relever que la ministre de la Justice évoque la possibilité *« d'envisager que le contenu de [l'article R. 776-31 du Code de justice administrative] qui prévoit que le recours peut être déposé auprès du chef d'établissement pénitentiaire apparaisse clairement dans la décision et/ou notification qui est en faite »*, signifiant ainsi que ce n'est pas actuellement le cas.

IV-2.3 Au demeurant, il serait cependant faux de penser que le très faible nombre de recours remis aux directeurs de prison ne résulterait que d'un manque patent d'information sur cette possibilité.

Il découle en effet plus largement, et de façon plus déterminante encore, des multiples obstacles qui se dressent pour l'exercice d'un tel recours dans le délai de 48 heures, quelle que soit l'autorité auprès de laquelle ce recours est adressé, obstacles dont les requérantes ont largement documenté l'existence dans le cadre de leurs précédentes écritures : notification expéditives et sans interprète des OQTF, impossibilité fréquente de conserver la mesure d'éloignement en cellule, ineffectivité du droit d'avoir accès à un interprète et à un conseil dans un temps compatible avec le délai de recours de 48 heures, absence de modèle de recours à la libre disposition de la plupart des personnes détenues, inadaptation ou inexistence des dispositifs d'accès au droit en détention, etc...

IV. Or précisément, **dans un deuxième temps**, la ministre de la Justice tente de minimiser, voire de contester la réalité desdits obstacles en revenant successivement sur les conditions de notifications des OQTF en détention, l'accès des détenus étrangers à un interprète, à un conseil juridique et à un conseil, la saisine par ces derniers du tribunal administratif ou encore la relation de dépendance existant entre les personnes incarcérées et les agents de l'administration pénitentiaire.

Peu précise et purement théorique la plupart du temps, n'apportant aucun démenti sérieux aux différents problèmes pointés par les requérantes, la présentation en défense de l'administration n'appelle de réponse, à ce stade, que sur certains points particulièrement discutables.

Sur l'interdiction de conserver l'OQTF en cellule

IV-1 S'agissant de l'interdiction de conserver l'OQTF en cellule lorsque celle-ci mentionne le motif d'écrou, ce qui est la plupart du temps le cas, la ministre de la Justice indique qu'une copie de la mesure d'éloignement sur laquelle ces mentions auront été occultées peut être remise à l'étranger « *lorsque les motifs d'écrou ne revêtent pas une importance centrale dans le document et qu'il est possible de les occulter sans le dénaturer et le rendre incompréhensible* ».

Non évoquée par la circulaire JUSK1140031C du 9 juin 2011 *relative à la confidentialité des documents personnels des personnes détenues*, cette faculté d'occultation n'est envisagée que de façon très confidentielle par le *Guide des greffes* diffusé dans les prisons par l'administration pénitentiaire, document interne auquel n'ont pas accès les personnes détenues.

Elle n'est donc probablement que très rarement utilisée en pratique.

En outre, la demande d'une copie de l'OQTF occultant le motif d'écrou peut être entourée d'un formalisme incompatible avec l'urgence de la situation et constituer un coût certes modique mais auquel les personnes détenues peuvent ne pas pouvoir répondre.

Ainsi que l'explique en effet par exemple le CGLP à propos de la maison d'arrêt de Cherbourg visitée en 2016, « *les personnes détenues souhaitant faire des photocopies de documents doivent adresser une demande écrite au greffe de l'établissement qui les réalise une fois obtenu l'accord de la comptabilité pour un prélèvement sur le pécule. Le coût des photocopies est de 0,18 euro la page.* » (Prod. 5)

Sur le droit à l'assistance d'un interprète

IV-2 Ainsi que le relevaient les associations requérantes dans leurs précédentes écritures, l'article L. 512-1 du CESEDA ne fait pas peser sur l'administration l'obligation de notifier les OQTF en présence d'un interprète.

Ces dispositions ne consacrent en effet que le droit pour le détenu étranger d'être informé dans une langue qu'il comprend, au moment de cette notification, de ce qu'il peut solliciter l'assistance d'un interprète et d'un conseil dans le cadre de la procédure d'éloignement dont il fait l'objet.

Or, il faut naturellement questionner l'effectivité de ce droit à l'information lorsque celle-ci est délivrée sans l'assistance d'un interprète à des étrangers non francophones.

Mais, au-delà, la réplique de l'administration explique et confirme l'ineffectivité pratique du droit de se faire assister par un interprète, droit pourtant expressément rappelé par l'article L. 512-1 IV du CESEDA pour afficher l'existence de garanties renforcées en contrepois du très bref délai laissé à l'étranger détenu pour contester l'OQTF notifiée à son encontre.

L'ineffectivité de ce droit procède d'abord de l'appréhension juridique – contestable - des conditions qui encadrent selon l'administration son exercice.

Pour la ministre de la Justice, en effet, le droit à l'assistance d'un interprète visé par les dispositions critiquées de l'article L. 512-1 IV du CESEDA s'exerce dans les conditions définies par l'article D. 506 du code de procédure pénale, et ne peut donc être invoqué « *qu'en cas*

de nécessité absolue, si la personne détenue ne parle ou ne comprend pas la langue française et s'il ne se trouve sur place aucune personne capable d'assurer la traduction ».

Or, ce recours à un tiers, un agent de l'administration pénitentiaire ou un codétenu par exemple, pose d'inévitables problèmes de confidentialité qu'il s'agisse des informations contenues dans la mesures d'éloignement, mais également des faits que la personne détenue demanderait à l'interprète de traduire par écrit en vue de formaliser son recours (état de santé, situation personnelle et familiale, risque éventuels en cas de retour dans le pays d'origine, etc...).

Une seconde difficulté réside dans ce que l'appréciation de la nécessité de recourir à un interprète, et notamment de la capacité de tiers présents dans l'établissement à répondre de façon compétente au besoin de traduction, repose sur la seule appréciation d'une administration pénitentiaire dont les agents en détention sont généralement débordés et guère formés pour apprécier les compétences linguistiques des personnes dont ils ont la garde.

En outre, la ministre de la Justice souligne que dans tous les cas, « *les établissements pénitentiaires, comme les juridictions judiciaires, sont dépendantes de l'offre de services et de disponibilité des interprètes* ».

Trouver un interprète disponible dans le créneau de temps extrêmement réduit qu'impose la brièveté du délai de recours ouvert contre l'OQTF s'avère ainsi bien souvent totalement illusoire.

En ce sens, le CGLPL n'a pas manqué de relever qu'il paraît difficile de concevoir que le droit à l'information garantis par les dispositions législatives litigieuse puisse bénéficier, en détention, de réelles garanties d'effectivité :

« Si l'arrêté notifié mentionne, conformément aux dispositions de l'article L. 512-2 du CESEDA, qu'il « est informé qu'il peut recevoir communication, dans une langue qu'il comprend, des principaux éléments des décisions qui lui sont notifiées », aucune mention ne permet de vérifier qu'il a bien été informé et mis en mesure d'avertir son conseil ou toute autre personne de son choix. D'ailleurs, dans un contexte d'incarcération, se pose la question des modalités de mise en œuvre de cet avertissement » (Prod. 2 de la requête en QPC, p. 79).

Sur les dispositifs d'accès au droit

IV-3 Les écritures en défense de la ministre de la Justice confirment, s'il en était besoin, l'inadaptation profonde des dispositifs d'accès aux droit présents en détention avec la prise en charge urgente et technique qu'impose l'accompagnement d'une personne détenue venant de recevoir notification d'un OQTF (répartition inégale des dispositifs au plan national, modalités et temps d'intervention inadaptés, etc.).

En particulier, elle précise que conseiller et accompagner juridiquement les détenus visés par une mesure d'éloignement ne fait pas partie des missions des conseillers d'insertion et de probation travaillant en détention.

Si la ministre de la Justice présente avec insistance le travail opéré par le PAD de la prison Fresnes dans l'accompagnement des étrangers visés par une mesure d'éloignement, le caractère exceptionnel de l'intervention mise en place souligne, par défaut, les carences structurelles de cet accompagnement dans l'immense majorité des établissements pénitentiaires.

En définitive, ainsi que l'a résumé le CGLPL, « *la spécificité de la situation des personnes détenues ne maîtrisant pas la langue française par rapport à celle des personnes libres, ou même en rétention, tient, notamment, au fait qu'elles ne peuvent avoir un libre accès à une association ou à un conseil qui puisse les aider à comprendre le sens de la décision dont elles ont reçu notification et à formuler par écrit, en langue française, un recours dans le délai imparti.* » (**Prod. 2 de la requête en QPC**, p. 81).

Sur l'accès à l'avocat

IV-4 Tout en soutenant, pour la forme, que les exigences du droit à un recours effectif sont dans l'ensemble garanties, la ministre de la Justice ne peut cependant faire autrement que de constater, avec les associations requérantes, les difficultés réelles auxquelles se heurtent

les étrangers détenus pour exercer leur droit d'accès à un avocat dans des conditions adéquates.

Celle-ci reconnaît ainsi par exemple que les dispositions relatives au droit d'accès à un conseil « *sont plus difficiles à mettre en œuvre si l'intéressé est incarcéré* », notamment « *en raison des restrictions prévues par le code de procédure pénale pour l'usage du téléphone dans les établissements* ».

De même, elle admet que « *l'organisation et la coordination avec les barreaux locaux peuvent être améliorées afin de renforcer les droits de la défense du détenu étranger faisant l'objet d'une OQTF* », sans pour autant annoncer d'initiatives pour y remédier.

En outre, loin de nier le problème de l'absence d'extraction systématique des détenus étrangers requérants en vue de leur présentation devant le tribunal administratif, la ministre de la Justice se contente d'imputer aux autorités préfectorales les difficultés rencontrées.

Sur les garanties apportées par la jurisprudence administrative au droit à un recours effectif

IV-5 Enfin, les écritures en défense de l'administration insistent sur les garanties qui ont été apportées par la jurisprudence administrative, dans le sens d'un renforcement du droit à un recours effectif en faveur des étrangers détenus visés par une mesure d'éloignement.

Mais, si des avancées ne peuvent être niées, en pratique, ces aménagements jurisprudentiels ne corrigent cependant qu'à la marge un dispositif dont il a été démontré qu'il est structurellement et fondamentalement inadapté au contexte carcéral et que le principe même d'un délai de recours de 48 heures est manifestement contraire aux exigences minimales du droit à un recours effectif dans ce contexte carcéral.

IV-5.1 Il suffit d'abord pour s'en convaincre de rappeler que **seule une très faible minorité d'OQTF notifiées en prison font l'objet d'un recours.**

Quelles que soient les garanties apportées par la jurisprudence, ces dernières ne bénéficient donc qu'à un nombre très réduit de personnes, à l'exclusion de toutes celles qui n'ont pas engagé de recours soit qu'elles n'ont pas compris l'importance de saisir le juge, soit qu'elles étaient ou se pensaient hors délai pour le faire.

Par ailleurs, ainsi que l'indiquaient les associations exposantes dans leurs précédentes écritures, **une proportion importante de recours formés par des étrangers détenus contre une OQTF sont rejetés par les juridictions au motif qu'ils sont tardifs**. Tel est en effet ce qui ressort du corpus analysé par les exposantes de 93 de décisions rendues par les tribunaux administratifs entre 2010 et 2017 dans le contentieux des OQTF notifiées en détention : 40 recours sur 93 ont été déclarés irrecevables car tardifs, soit 43% de l'ensemble des recours formés dans les affaires examinées (**Prod. 6 de la requête en QPC**).

On ne retrouve dans aucune autre branche du contentieux administratif un taux aussi important de recours rejetés pour tardiveté.

Cet état de fait confirme, s'il en était encore besoin, que le contexte carcéral est peu propice à l'exercice dans de bonnes conditions d'un recours en urgence contre une mesure d'éloignement.

IV-5.2 Par ailleurs, la jurisprudence administrative peine à prendre réellement la mesure des contraintes et obstacles rencontrés par les détenus étrangers pour exercer un recours dans les 48 heures de la notification d'une OQTF, en dépit des aménagements jurisprudentiels évoqués par la ministre de la Justice.

IV-5.2.1 Le Conseil d'Etat a d'abord accepté d'examiner des recours parvenus après l'expiration du délai de recours, mais qui ont été déposés ou envoyés dans ce délai, en relevant que les requérants se sont trouvés dans « *l'incapacité (...) d'assurer [eux-mêmes] l'acheminement de [leur] recours* » du fait de leur incarcération (CE, 27 janv. 1992, n°125409).

Il faut cependant immédiatement souligner que tous les recours réceptionnés après l'épuisement du délai de 48 heures, mais formés avant, ne sont pas jugés recevables par les juges administratifs. En témoigne, parmi d'autres, un arrêt très récent de la Cour administrative d'appel de Douai qui estime que « *la circonstance que [la demande d'annulation], envoyée par voie postale, ait été postée dans le délai de 48 heures est sans incidence sur l'irrecevabilité de la requête qui a été reçue après l'expiration de ce délai* » (CAA Douai, 7 fév. 2017, n°17DA00069).

La jurisprudence a ensuite admis que **le délai de recours de 48 heures ne court pas lorsque l'OQTF a été notifiée dans des conditions portant atteinte au droit à un recours effectif garanti par l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH).**

Il en va ainsi, par exemple, lorsque la mesure a été notifiée à un étranger non francophone sans l'assistance d'un interprète (TA Melun, 10 oct. 2013, n°1308376/12 ; TA Rouen, 6 janv. 2017, n°1604197) ou lorsqu'il n'a pas été indiqué à l'étranger qu'il dispose du droit d'être assisté par un conseil (TA Rennes, 10 oct. 17, n°1704537). Mais aussi, même quand un interprète était présent au moment de la notification (CAA Bordeaux, 13 janv. 2015, n°14BX01975), si l'étranger n'a pas été mis concrètement « *en mesure d'avertir, dans les meilleurs délais, un conseil ou une personne de son choix* » (CAA Bordeaux, 11 oct. 2017, n°17BX01664).

Dans toutes ces hypothèses, le recours formé après le délai de 48 heures devrait donc tout de même être regardé comme recevable par le juge.

On trouve cependant, derrière l'énonciation de ces principes protecteurs une jurisprudence fluctuante, de plus en plus permissive avec l'administration et exigeante avec les étrangers sur le plan probatoire, déconnectée des réalités du quotidien carcéral et, en définitive, trop peu protectrice du droit à un recours effectif.

IV-5.2.2 L'examen juridictionnel des conditions de notification des OQTF peut en effet donner lieu à des décisions particulièrement

sévères, s'agissant par exemple des mesures d'éloignement remises en fin de semaine.

Si le CGLPL et tous les acteurs consultés par l'OIP-SF (avocats, juristes travaillant dans des points d'accès au droit en détention, intervenant associatifs) confirment que les étrangers ne peuvent bénéficier d'aucune assistance juridique le week-end et qu'il est très difficile d'envoyer un recours un jour non-ouvré, les juges administratifs rejettent néanmoins assez massivement les recours formés tardivement contre des OQTF notifiées en fin de semaine.

L'analyse du corpus de jugements réunis par l'OIP-SF montre en effet que 66% des recours formés tardivement contre des OQTF remises en fin de semaine ont été jugés irrecevables.

Pour les juges, la notification d'une OQTF la veille d'un week-end ne fait pas « *par elle-même, obstacle à ce qu'il puisse en demander l'annulation dans le délai de recours contentieux* » (TA Lyon, 18 janv. 2017, n°1700240).

IV-5.2.3 Le contrôle juridictionnel des conditions dans lesquelles les étrangers reçoivent notification de leurs droits est aussi parfois très discutable.

Ainsi, pour juger que la notification d'une OQTF est intervenue conformément aux exigences du droit à un recours effectif, le Tribunal administratif de Toulouse a par exemple relevé que l'étranger avait été informé par écrit, dans la mesure d'éloignement, de son droit de demander l'assistance d'un interprète et d'un conseil, alors que l'intéressé soutenait sans être démenti comprendre le français mais ne pas savoir le lire (TA Toulouse, 8 août 2017, n°1703674).

IV-5.2.4 Les juridictions peuvent en outre se montrer très peu exigeantes avec l'administration lorsqu'elles examinent si les requérants ont été mis matériellement « *en mesure d'avertir, dans les meilleurs délais, un conseil ou une personne de son choix* » ainsi que de former un recours.

Une décision récente du tribunal administratif de Rouen en porte par

exemple témoignage (TA Rouen, 18 avril 2017, n°1701127). Dans cette affaire, l'OQTF avait été notifiée un vendredi, le délai de recours de 48 heures débordant donc pour moitié sur un jour non-ouvré. Le tribunal rejette cependant le recours formé tardivement en relevant que : *« que si M. X. soutient que ces décisions lui ont été notifiées alors qu'il était incarcéré un vendredi et qu'il n'a, dès lors, pas été en mesure de saisir le tribunal dans le délai de quarante-huit heures, il n'établit, ni qu'il aurait spontanément tenté de former en vain un recours dans ce délai, l'administration pénitentiaire ne l'ayant pas mis à même d'y parvenir; ni qu'il aurait été d'en l'impossibilité d'y parvenir le week-end approchant, l'acte attaqué ayant pourtant été remis en milieu de matinée, ni même qu'il aurait fait seulement part de son intention d'y procéder ; que, dans ces conditions, et même si les détenus n'ont pas d'accès libre à un télécopieur, M. X. n'établit pas qu'il était dans l'incapacité de saisir le tribunal administratif dans le délai de quarante-huit heures, ou qu'un cas de force majeure s'y soit opposé »*.

Pour justifier le retard avec lequel il a exercé son recours, dans une autre affaire soumise à la Cour administrative d'appel de Lyon, un ressortissant étranger se plaignait quant à lui de ne pas avoir *« été en mesure de contacter son conseil dans le délai de quarante-huit heures suivant la notification de [l'OQTF], faute de pouvoir accéder à un téléphone ou un télécopieur »*. En réponse, le Préfet a fait valoir qu'il existait dans la prison 22 « points phone » accessibles tous les jours de la semaine de 7 h 30 à 11 h 30 et de 13 h 30 à 17 h 30 et indiquait que les détenus *« ont la possibilité de faire enregistrer, le jour-même, par l'établissement, les coordonnées téléphoniques des correspondants qu'ils souhaitent appeler »*. Or, l'enregistrement d'une telle demande dépend néanmoins de la disponibilité des agents que l'on ne peut garantir comme systématique. Par ailleurs, il faut rappeler que l'accès au téléphone n'est pas libre dans les prisons fonctionnant sur le régime « portes fermées », les détenus ne disposant d'aucune liberté de circulation hors de la cellule. L'accès au téléphone n'est donc en général possible qu'au moment de la promenade, ce qui réduit considérablement l'amplitude horaire dans laquelle cet accès peut avoir lieu. Enfin, le requérant, M. X., soutenait que *« son compte téléphone n'était pas alimenté de façon à lui permettre de passer un appel téléphonique à son avocat et qu'il était dans l'impossibilité d'alimenter son compte téléphone avant l'expiration du délai de quarante-huit heures »*. En effet, confirmait un rapport du Contrôleur

général des lieux de privation de liberté, les bons d'alimentation dudit compte sont « ramassés en cellule le dimanche pour être traités par la régie des comptes nominatifs le jeudi suivant » et il n'est « pas possible de recharger directement son compte sur un poste téléphonique ». Soulignant que M. X. « *ne justifie d'aucune demande auprès de l'administration pénitentiaire d'accès à un téléphone, à un avocat ou à toute autre personne susceptible de l'assister* », la Cour a considéré que « *le préfet de l'Isère produit en appel des éléments suffisants pour démontrer qu'eu égard aux conditions offertes aux personnes détenues [dans l'établissement pénitentiaire], pour avertir dans les meilleurs délais leur conseil ou une personne de leur choix, [le requérant] a été mis en mesure d'exercer effectivement son droit au recours dans le délai requis* » (CAA Lyon, 23 juin 2016, n°14LY02172).

On peut encore évoquer ici une autre affaire dans laquelle un étranger s'était vu notifier en détention une OQTF prononcée à destination de l'Espagne le 27 mai 2017 à 9h16 et mise à exécution immédiatement, le requérant ayant été reconduit dans la journée à Malaga, où il est arrivé en début de soirée, vers 19h30. Son recours contre l'OQTF a été reçu par le tribunal administratif le 29 mai à 10h40, c'est-à-dire avec un retard de 1h24 sur le délai de recours de 48 heures. Bien que l'intéressé ait passé une journée en détention puis dans les transports, durant laquelle il lui était impossible d'entreprendre la moindre démarche, et qu'il soit difficile en Espagne de trouver en quelques heures un avocat ou tout autre conseil connaisseur de la langue française et du droit français relatifs aux mesures d'éloignement, le tribunal a estimé que « *le requérant, qui avait été libéré, ne justifi[ait] pas de circonstances particulières qui l'auraient empêché d'introduire son recours dans le délai de quarante-huit heures* » (TA Nice, 30 mai 2017, n°1702023).

IV-5.2.5 Les juridictions exigent ainsi des étrangers qu'ils détaillent par des faits précis les difficultés particulières rencontrées pour exercer un recours dans les délais, refusant d'accorder un poids suffisant aux contraintes inhérentes à la détention auxquelles tout détenu est nécessairement confronté (entière dépendance vis-à-vis de l'administration pénitentiaire pour le moindre déplacement ou la moindre démarche, dysfonctionnement des services pénitentiaires résultant de la surpopulation qui affecte de nombreux établissements,

absence d'interprètes présents en détention, interdiction pour les détenus de conserver en cellule les documents mentionnant le motif d'écrou, grandes difficultés pour entrer en contact en urgence avec un avocat ou tout autre conseil, etc...).

Il est alors souvent reproché à l'étranger de ne pas apporter la preuve que des circonstances particulières auraient fait obstacle à l'exercice d'un recours.

Ainsi, pour refuser d'examiner un recours formé avec cinq heures de retard, le Tribunal administratif de Lyon a par exemple considéré, sans plus de détails, que si le requérant « *allègue que la tardiveté de sa requête s'explique par l'impossibilité de prendre contact avec un conseil avant l'expiration du délai de recours, il ne justifie pas que les conditions de sa détention auraient porté atteinte à son droit à un recours effectif en ne le mettant pas en mesure d'avertir, dans les meilleurs délais, un conseil ou une personne de son choix ou de déposer sa requête* » (TA Lyon, 16 mars 2017, n°1702017).

De même, dans une autre affaire, le Tribunal administratif de Lille a reproché au requérant de n'avoir « *apporté aucun élément, ni dans ses écritures, ni à l'audience, sur les obstacles ou refus qu'il se serait éventuellement vu opposer au centre pénitentiaire* » pour exercer un recours dans les délais (TA Lille, 27 juill. 2015, n°1506087).

Or, si l'étranger répond aux attentes des juges en pointant des difficultés particulières, par exemple en évoquant plus précisément un comportement négligeant ou d'obstruction de l'administration pénitentiaire, se pose alors la difficulté pour lui d'apporter la preuve de ses allégations.

Il peut être ainsi reproché à l'étranger de ne produire « *aucun élément de nature à corroborer la difficulté dont il fait état, tels que des attestations de l'administration pénitentiaire* » (TA Melun, 10 nov. 2017, n°170874) alors que cette administration peut être en partie responsable desdites difficultés et qu'on peut supposer sans peine qu'il sera difficile au requérant d'obtenir de cette dernière une attestation en ce sens.

De même, dans une décision récente, le Tribunal administratif de Melun indique que si le détenu étranger « *fait valoir qu'il n'a pas pu*

lire [les] mentions relatives aux voies et délais de recours [indiquées dans l'OQTF dont il n'a pas conservé une copie], il ne le justifie pas ». Or comment le requérant pouvait-il démontrer ne pas avoir eu le temps de lire certaines mentions contenues dans la mesure d'éloignement ? Il est également reproché à l'intéressé de ne pas avoir « *réalisé les démarches nécessaires et utiles pour obtenir copie de l'arrêté litigieux* » auprès de l'administration alors qu'une telle démarche, si elle avait été engagée et avait aboutie, n'aurait en rien garanti que le requérant soit en mesure d'exercer un recours dans le délai de 48 heures. Encore fallait-il, en outre que l'étranger ait conscience de son droit de solliciter une telle copie et de l'importance de cette démarche pour la suite de la procédure... (TA Melun, 23 mai 2017, n°1704038).

Dans une décision rendue en 2014, le Tribunal administratif de Versailles (TA Versailles, 8 sept. 2014, n°1406313) a de son côté jugé tardif le recours d'un étranger en relevant que si ce dernier « *fait valoir que l'administration pénitentiaire a fait obstacle à son souhait de déposer un recours devant le tribunal administratif de Versailles contre [l'OQTF], il ne produit aucun élément au soutien de ses allégations* ». L'intéressé soutenait que son « *recours, formé un vendredi soir, [et remis à un surveillant] était resté tout le week-end 'posé sur un bureau' sans être transmis à la juridiction compétente* ». Mais il n'avait, là encore, aucun moyen de le prouver.

Un dossier traité par le Tribunal administratif de Melun (TA Melun, 26 janv. 2017, n°1700534) illustre parfaitement les difficultés que peut rencontrer un étranger pour obtenir communication des documents justifiant des obstacles rencontrés pour former un recours dans des délais adéquats. Dans cette affaire, le tribunal avait rejeté le recours d'un ressortissant malgache comme tardif, constatant que la requête lui avait été envoyée plusieurs jours après l'épuisement du délai de 48 heures. Ce n'est qu'après l'éloignement de l'intéressé que son avocat a réussi à obtenir une copie du registre d'envoi des courriers de détenus tenu par le vaguemestre de la prison, lequel atteste que le requérant avait bien formé un recours dans les délais et que le retard avec lequel celui-ci avait été réceptionné par le tribunal était imputable à l'administration pénitentiaire.

Dans certains cas, même, un comportement fautif de l'administration ne sera pas suffisant pour pousser le juge à admettre la recevabilité du

recours envoyé tardivement. Tel semble en effet avoir été le cas dans une affaire jugée par le Tribunal administratif de Rennes. Pour la juridiction, en effet, « *la circonstance que l'administration pénitentiaire ait rendu au requérant son recours accompagné de la mention « Veuillez directement écrire à la Préfecture » au lieu de le communiquer sans délai au tribunal administratif, (...), pour regrettable qu'elle soit, est sans incidence sur la procédure* ». Reçu tardivement par le tribunal à la suite de cette erreur, le recours a été jugé irrecevable (TA Rennes, 12 juill. 2017, n°1703127).

Même lorsque l'étranger fait tout pour que son recours soit adressé à la juridiction dans les délais, sa diligence n'est pas forcément récompensée comme en atteste une affaire examinée traitée par la Cour administrative d'appel de Douai. Ne sachant pas comment faire parvenir en urgence sa requête au tribunal, un détenu étranger a demandé à son frère, qui avait prévu de venir le visiter plusieurs semaines auparavant, d'envoyer le document qu'il lui a transmis de façon irrégulière lors du parloir. Bien que remis par le frère à la Poste dans le délai de 48 heures, la recours n'a été reçu par le juge administratif que le lendemain et a été rejeté par ce dernier comme tardif (CAA Douai, 7 fév. 2017, n°17DA00069).

IV-5.2.6 Enfin, il faut encore souligner qu'en l'état actuel de la jurisprudence, il n'est tenu aucun compte des difficultés auxquelles se heurtent en pratique les avocats pour s'entretenir avec leurs clients et réunir les éléments nécessaires à l'exercice d'une défense normale.

Le seul fait que l'étranger ait réussi à former un recours suffit pour attester du respect du droit à un recours effectif, même si le conseil n'a pas été mis en situation de s'entretenir avec son client et de réunir les éléments nécessaires à sa défense, et qu'il ne dispose donc concrètement d'aucun élément pour défendre son client (CAA Lyon, 5 oct. 2017, n°17LY01800).

V. En conclusion, les associations requérantes entendent réaffirmer 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, et que la juridiction saisie doit statuer sur les recours formés dans le délai de 72 heures, **le législateur a**

manifestement méconnu le droit à un recours effectif garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

Si les contraintes et entraves inhérentes au monde carcéral ne disparaîtraient pas du seul fait d'un rallongement du délai de recours et de jugement, ce dernier permettrait néanmoins de les gérer, de les surmonter ou de les compenser, au moins en partie, afin de garantir le niveau d'effectivité que l'on doit attendre de voies de recours permettant la contestation de mesures d'éloignement du territoire français.

Dès lors, la question prioritaire de constitutionnalité posée ne peut être regardée que comme sérieuse et, ainsi, être nécessairement transmise au Conseil constitutionnel.

PAR CES MOTIFS, et tous autres à produire, déduire, suppléer, au besoin même d'office, l'association exposante persiste dans les conclusions de ses précédentes écritures.

Avec toutes conséquences de droit.

SPINOSI & SUREAU
SCP d'Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation

Productions

Prod. 1 : Rapport 2016 sur les centres et locaux de rétention ;

Prod. 2 : statistiques relatives aux sortants de prison en rétention en 2016 ;

Prod. 3 : Protocoles ministère de l'intérieur/ministère de la justice relatif aux étrangers détenus ;

Prod. 4 : statistiques relatives aux sortants de prison en rétention en 2017 ;

Prod. 5 : Extraits de différents rapports de visite du CGLPL ;