

Anafé

Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers

Projet de loi relatif à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité

Déposé au Conseil des ministres du 31 mars 2010

Une zone d'attente partout et le juge nulle part ?

Dispositions relatives à la zone d'attente et l'entrée sur le territoire

Le dépôt du projet de loi commenté n'est pas une surprise. Au mois de janvier 2010, cent-vingt-trois Kurdes débarquaient sur les côtes corses, vus par personne, et erraient ensuite sur les routes pour être interpellés, placés à la hâte dans un gymnase et dispersés en quelques heures dans plusieurs centres de rétention du continent. Amenés à se prononcer sur la prolongation de leur placement, tous les juges des libertés et de la détention ont retenu de nombreuses irrégularités commises par l'administration dans les procédures et les personnes ont été libérées. La réaction médiatique du ministère chargé de l'immigration a été rapide. En substance : notre dispositif législatif n'est pas adapté à de telles situations d'arrivées massives et il faut le réformer en concertation avec nos partenaires européens.

L'évènement n'était qu'un prétexte. Le projet devait être finalisé, surtout depuis les conclusions qui étaient tirées par la Commission Mazeaud, qui n'hésitait pas à souligner la « permissivité » des juges des libertés et de la détention (Commission sur le cadre constitutionnel de la nouvelle politique d'immigration, juillet 2008).

Dans un tel contexte, il n'est pas surprenant de constater dans ce projet de loi que le principal souci du gouvernement semble être celui d'assurer une réelle efficacité au travail de l'administration, concrètement la police aux frontières, en dehors de tout contrôle. Pour cela, il n'hésite pas à demander au législateur d'avaliser une série d'atteintes graves et inquiétantes aux libertés fondamentales dont l'étranger maintenu en zone d'attente doit pourtant disposer de manière impérative et effective dans un État de droit.

On regrettera enfin que le gouvernement ne saisisse pas cette occasion pour prévoir l'adoption de principes essentiels pour la protection des personnes exposées à une vulnérabilité singulière.

Il aurait ainsi pu décider que soient interdits l'enfermement et le refoulement des mineurs isolés, en conformité avec les engagements internationaux pourtant souscrits par la France suivant les débats à ce sujet au sein d'un groupe de travail créé en 2009 à l'initiative du ministère chargé de l'immigration (CFDA, Hors la rue, ANAFE, DEI France, *Pour une application du droit commun dans la prise en charge des mineurs isolés étrangers en quête d'asile et de protection, voir sur le site www.anafe.org*).

-Une réforme conforme au droit européen ?

Le projet de loi a pour objet, en partie au moins, d'ajouter des dispositions au Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) pour les cas d'arrivées considérées par les pouvoirs publics comme massives. Cette hypothèse est visée par la directive communautaire du 16 décembre 2008, dite « retour », dans son article 18 relatif aux situations d'urgence.

On peut déjà s'interroger sur la compatibilité du projet de loi avec les engagements souscrits par la France dans le cadre du Conseil de l'Union européenne.

En effet, l'article 18 de la directive se lit ainsi : « 1. Lorsqu'un nombre exceptionnellement élevé de ressortissants de pays tiers soumis à une obligation de retour fait peser une charge lourde et imprévue sur la capacité des centres de rétention d'un État membre ou sur son personnel administratif et judiciaire, l'État membre en question peut, aussi longtemps que cette situation exceptionnelle persiste, décider d'accorder pour le contrôle juridictionnel des délais plus longs que ceux prévus à l'article 15, paragraphe 2, troisième alinéa, et de prendre des mesures d'urgence concernant les conditions de rétention dérogeant à celles énoncées à l'article 16, paragraphe 1, et à l'article 17, paragraphe 2.

2. Lorsqu'il recourt à ce type de mesures exceptionnelles, l'État membre concerné en informe la Commission. Il informe également la Commission dès que les motifs justifiant l'application de ces mesures ont cessé d'exister. »

Enfin, il convient de rappeler aux autorités françaises les termes du paragraphe 3 de cet article : « Aucune disposition du présent article ne saurait être interprétée comme autorisant les États membres à déroger à l'obligation générale qui leur incombe de prendre toutes les mesures appropriées, qu'elles soient générales ou particulières, pour veiller au respect de leurs obligations découlant de la présente directive ».

La comparaison des deux versions du projet de loi qui ont à ce jour été diffusées révèle déjà que le gouvernement tente de faire adopter des dispositions qui n'ont rien à voir avec ces mesures exceptionnelles. En effet, le projet de loi ne vise pas la notion d'urgence, le caractère exceptionnel de la situation encore moins, et c'est seulement la présence de plusieurs étrangers qui est retenue comme référence, de surcroît avec la plus grande maladresse : la première version visait, pour la définition de la zone d'attente et les modalités de notification des droits, « la présence simultanée d'un nombre important d'étrangers en situation irrégulière » (article 2 de l'avant-projet) et celle qui a finalement été déposée au Conseil des ministres du 31 mars 2010 évoque seulement la présence « d'un groupe d'étrangers », sans fournir de définition ni précision (articles 6 et 7).

Faut-il conclure à l'existence d'un groupe d'étrangers au-delà de deux personnes, quelles que soient les circonstances ?

Le gouvernement érige un nouveau système de règles venant se superposer à celles qui existent déjà, en principe pour faire face à des situations urgentes. En effet, le projet de loi tend à autoriser l'administration à agir de manière dérogatoire mais la référence à la présence « d'un groupe d'étrangers » permet d'y recourir de manière permanente et non exceptionnellement.

Ainsi, ce qui était initialement envisagé comme une exception par les partenaires européens risque finalement de devenir la règle en France.

Au-delà de l'inconstitutionnalité qui est susceptible d'être reconnue, il ne fait aucun doute que la France risque également d'être critiquée par la voie d'une plainte qui serait déposée à la Commission européenne puis d'être condamnée par la Cour de justice de l'Union européenne.

- L'article 6 : la définition de la zone d'attente

Titre II – Maintien en zone d'attente

Chapitre Ier – Conditions du maintien en zone d'attente [...]

L. 221-2

La zone d'attente est délimitée par l'autorité administrative compétente. Elle s'étend des points d'embarquement et de débarquement à ceux où¹ sont effectués les contrôles des personnes. Elle peut inclure, sur l'emprise, ou à proximité, de la gare, du port ou de l'aéroport ou à proximité du lieu de débarquement, un ou plusieurs lieux d'hébergement assurant aux étrangers concernés des prestations de type hôtelier. Dans ces lieux d'hébergement, un espace permettant aux avocats de s'entretenir confidentiellement avec les étrangers est prévu. A cette fin, sauf en cas de force majeure, il est accessible en toutes circonstances sur demande de l'avocat.

Lorsqu'il est manifeste qu'un groupe d'étrangers vient d'arriver à la frontière en dehors d'un point de passage frontalier, la zone d'attente s'étend du lieu de découverte des intéressés jusqu'au point de passage frontalier le plus proche¹.

La zone d'attente s'étend, sans qu'il soit besoin de prendre une décision particulière, aux lieux dans lesquels l'étranger doit se rendre soit dans le cadre de la procédure en cours, soit en cas de nécessité médicale. Sont matériellement distincts et séparés les locaux qui ne relèvent pas de l'administration pénitentiaire et qui sont soit des zones d'attente, soit des zones de rétention mentionnées à l'article L. 551-1.

Selon les intentions nouvelles du gouvernement, la zone d'attente pourrait ainsi s'étendre du lieu de découverte au point de passage frontalier le plus proche lorsqu'il est manifeste qu'« un groupe d'étrangers » vient d'arriver à la frontière en dehors d'un poste frontière.

La zone d'attente est un espace physique, créé et défini par la loi du 6 juillet 1992, qui s'étend « des points d'embarquement et de débarquement à ceux où sont effectués les contrôles des personnes ». Elle est instituée par voie d'arrêté préfectoral dans un port, un aéroport ou une gare ouverte au trafic international (articles L. 221-1 et suivants du CESEDA). Cette procédure, déjà très souple, permet aux préfets de créer des lieux d'enfermement en fonction des arrivées de migrants. La liste qui est fournie aux associations varie en fonction des besoins de la police aux frontières, notamment en outre-mer où elle est souvent dans l'incapacité de les situer.

¹ Sont en italiques les dispositions figurant dans le nouveau projet de Loi

Depuis la loi Sarkozy de 2003, le texte prévoyait déjà qu'une zone d'attente pouvait être créée « à proximité du lieu de débarquement » et non plus seulement dans une gare ferroviaire ouverte au trafic international, dans un port ou un aéroport. Cet élargissement de la définition avait été décidé par anticipation à la censure annoncée du tribunal administratif de Nice de la décision préfectorale selon laquelle avait été créée dans un camp militaire désaffecté la zone *ad hoc* destinée à quelques 900 Kurdes arrivés par bateau à Fréjus (TA Nice, 9 décembre 2005, req. n° 0102466).

Cette définition est maintenue. Mais le gouvernement propose d'ajouter une nouvelle disposition à la réglementation actuelle, en prévoyant la possibilité de placer les étrangers sous le régime de la zone d'attente lorsqu'ils arrivent par « groupe ». Cette notion n'est aucunement définie, ce qui permet à l'administration d'englober toute situation collective, même non « massive », ni urgente, contrairement aux garde-fous prévus à l'article 18 de la directive communautaire dite « retour ».

Il n'est plus même besoin pour l'autorité administrative d'instituer une zone d'attente. Désormais, celle-ci existe intrinsèquement, quelles que soient les circonstances, dès lors que la présence « d'un groupe d'étrangers » est constatée et qu'il est « manifeste qu'il vient d'arriver en France en dehors d'un point de passage frontalier ». Dans une telle hypothèse, ceux-ci relèvent automatiquement du régime de la zone d'attente.

D'aucuns ont déjà qualifié cette nouveauté de « zone d'attente sac à dos » ou de « zone d'attente portable », que l'étranger apporte lui-même en quelque sorte, en foulant le sol français.

En précisant que « la zone d'attente s'étend du lieu de découverte au point de passage frontalier le plus proche », le gouvernement propose une définition spatiale illimitée. Tout lieu du territoire national serait potentiellement une zone d'attente, dès lors que l'administration soutiendrait constater la présence d'un groupe d'étrangers qui viendrait selon elle d'arriver en France. Celle-ci s'étend jusqu'au point de passage frontalier le plus proche, quelle que soit la distance qui le sépare du lieu d'interpellation. Nous verrons donc apparaître des zones d'attente éphémères, ayant vocation à émerger partout, et à tout moment. Elles disparaîtraient en fonction du sort qui sera ensuite réservé au groupe d'étrangers maintenus : le transfert dans une zone d'attente physique, le refoulement ou l'admission sur le territoire.

L'article 18 de la directive communautaire prévoit quant à lui que « lorsqu'un nombre exceptionnellement élevé de ressortissants de pays tiers soumis à une obligation de retour fait peser une charge lourde et imprévue » pour les autorités d'un Etat membre, celui-ci peut recourir à des mesures dérogatoires « aussi longtemps que cette situation exceptionnelle persiste ». Ces limites ne sont pas reprises dans le projet de loi et le système nouveau prévu dans celui-ci a vocation à exister de manière permanente, en raison non pas d'une situation exceptionnelle et urgente mais seulement de la présence d'un groupe d'étrangers en dehors d'un point de contrôle aux frontières. De même, la directive prévoit que des dérogations sont possibles mais seulement à l'égard de « ressortissants d'Etats tiers soumis à une obligation de retour ». En devraient donc normalement être exclus tous les demandeurs d'asile. Le projet de loi ne procède à aucune distinction des personnes considérées. L'inadéquation au droit communautaire est évidente.

- L'article 7 : les droits en zone d'attente

L. 221-4

L'étranger maintenu en zone d'attente est informé, dans les meilleurs délais, qu'il peut demander l'assistance d'un interprète et d'un médecin, communiquer avec un conseil ou toute personne de son choix et quitter à tout moment la zone d'attente pour toute destination située hors de France.

Ces informations lui sont communiquées dans une langue qu'il comprend. Mention en est faite sur le registre mentionné au deuxième alinéa de l'article L.221-3, qui est élargé par l'intéressé.

En cas de maintien en zone d'attente d'un groupe d'étrangers, la notification des droits énoncés à l'alinéa précédent s'opère dans les meilleurs délais possibles, eu égard au temps requis, le cas échéant, pour l'accomplissement de cette formalité par les agents de l'autorité administrative et les interprètes disponibles.

Les droits énoncés au premier alinéa s'exercent dans les meilleurs délais possibles, eu égard aux circonstances particulières mentionnées au paragraphe précédent.

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

Le gouvernement propose ainsi au législateur d'adopter une règle dérogatoire en matière de notification des droits en zone d'attente, qui offre plus de souplesse à l'administration dans les obligations qu'elle doit pourtant respecter, pour les cas où elle se trouve en présence d'un « groupe d'étrangers ».

En principe, quelle que soit la situation de l'étranger (non-admis, demandeur d'asile ou transit interrompu), la police aux frontières notifie les droits accordés en zone d'attente : concours d'un interprète, d'un avocat, d'un médecin, possibilité de communiquer avec toute personne de son choix etc. Ceux-ci doivent être notifiés et pouvoir être exercés de manière effective immédiatement lors du placement en zone d'attente.

Cette nécessité découle du fait qu'entre le moment de son interpellation et celui du placement en zone d'attente, l'étranger est privé de l'ensemble de ses droits, exposé à un quasi-vide juridique et donc un risque d'arbitraire total de l'administration qui agit sans un contrôle et peut procéder à des refoulements d'étrangers qui auront alors été totalement invisibles. Cette situation doit donc être extrêmement courte et il est urgent que l'administration procède à la notification des droits afférents au maintien en zone d'attente et que, en particulier, le juge administratif puisse effectivement être saisi, notamment pour les personnes auxquelles le renvoi ferait encourir des risques, parfois vitaux

La Cour de cassation, juge suprême des libertés individuelles, est naturellement très exigeante sur ce point, et veille à ce que la durée de la période au cours de laquelle l'étranger est totalement privé de ses droits les plus élémentaires soit la plus brève possible, et toujours justifiée par la nécessité pour l'administration de procéder aux diligences préalables au placement en zone d'attente (par exemple, vérification de l'authenticité des documents de voyage). Le contrôle du juge est donc réalisé *in concreto*, c'est-à-dire au par cas et de manière précise. Ainsi, une relative tardiveté est tolérée seulement si démarches sont longues et nombreuses et que la police aux frontières en justifie. Dans ce domaine, tout est affaire de circonstances. Par exemple, il a été logiquement considéré que trois heures constituent un délai excessif, lorsque la police aux frontières n'apporte pas « *la preuve de la moindre diligence* » qui serait susceptible de justifier un tel retard.

Au cours du temps, le législateur a assoupli les contraintes de l'administration à cet égard. Depuis la loi Sarkozy de 2003, l'étranger n'est plus informé « *immédiatement* », mais seulement « *dans les meilleurs délais* ».

Avec ce nouveau projet de loi, le gouvernement lui demande de fragiliser davantage les garanties essentielles dont l'étranger privé de liberté doit pourtant disposer : toujours en présence d'un « groupe d'étrangers », la police aux frontières procédera à la notification des droits « dans les meilleurs délais », « eu égard au temps requis » et compte tenu de la disponibilité des interprètes dont la présence pourrait s'avérer nécessaire.

Ici encore, par cette disposition, le gouvernement tente manifestement de se prémunir contre toute « inefficacité » de la procédure de maintien en zone d'attente qui est susceptible d'être invalidée dans le cadre du contrôle exercé par le juge judiciaire, lequel reste toutefois incontournable en présence d'une limitation à une liberté individuelle. Mais c'est avec la plus grande maladresse qu'il tire les enseignements de récentes expériences d'arrivées d'étrangers qu'il a considérées comme massives, comme celle des Tchétchènes à l'aéroport de Roissy-Charles de Gaulle au cours de la période de décembre 2007 à février 2008 et plus récemment, celle des Kurdes sur les plages corses, à la fin du mois de janvier 2010. En effet, il est curieux de voir souhaiter qu'il soit légiféré sur ce qui est pourtant pratiqué quotidiennement.

En mettant en avant les contingences auxquelles l'administration doit faire face pour procéder à la notification des droits, au besoin par l'intermédiaire d'un interprète, le gouvernement tente de placer au premier rang l'un des nombreux critères pourtant déjà utilisés par le juge judiciaire et qui relève du bon sens, celui de la durée comprise entre l'interpellation et la notification des droits afférents au placement en zone d'attente. Cherche-t-il par là à accorder une sorte de clause exonératoire à l'administration ?

C'est pourtant mission impossible : que ce soit au nom des principes généraux déjà dégagés par la Cour de cassation ou d'une nouvelle loi qui serait sur ce point redondante, les impératifs pour l'administration restent identiques car la notification des droits doit être rapide et cet impératif est apprécié au cas par cas, selon les circonstances propres. Quelles que soient les circonstances, il appartient à l'administration de mettre en œuvre tous les moyens nécessaires, notamment d'effectifs, même en cas d'arrivées massives et imprévisibles. Il en est de même à propos de la sollicitation des interprètes qui peuvent s'avérer nécessaires lors de ces notifications.

Ce régime dérogatoire et ouvrant la voie aux pratiques arbitraires de l'administration risque de devenir la règle générale, dès lors qu'il s'appliquera à tout « groupe d'étrangers ». Pourtant, la directive communautaire les tolère seulement de manière exceptionnelle et ponctuelle, en cas d'urgence et d'arrivée massive...

- Les articles 8 à 12 : le contrôle du juge des libertés et de la détention

Section 1 : Décision du juge des libertés et de la détention

L. 222-1

Le maintien en zone d'attente au-delà de quatre jours à compter de la décision initiale peut être autorisé, par le juge des libertés et de la détention, pour une durée qui ne peut être supérieure à huit jours.

L. 222-1-1

A peine d'irrecevabilité, prononcée d'office, aucune irrégularité ne peut être soulevée après l'audience prévue à l'article précédent, à moins qu'elle ne porte sur une irrégularité postérieure à celle-ci.

L. 222-3

L'autorité administrative expose dans sa saisine les raisons pour lesquelles l'étranger n'a pu être rapatrié ou, s'il a demandé l'asile, admis, et le délai nécessaire pour assurer son départ de la zone d'attente.

Le juge des libertés et de la détention, *dans les vingt-quatre heures de la saisine*, statue par ordonnance, après audition de l'intéressé ou de son conseil s'il en a un, ou celui-ci dûment averti.

L'existence de garanties de représentation de l'étranger n'est pas à elle seule susceptible de justifier le refus de prolongation de son maintien en zone d'attente.

L'étranger peut demander au juge des libertés et de la détention qu'il lui soit désigné un conseil d'office. Le mineur est assisté d'un avocat choisi par l'administrateur ad hoc ou, à défaut, commis d'office. L'étranger ou, dans le cas du mineur mentionné à l'article L. 221-5, l'administrateur ad hoc peut également demander au juge des libertés et de la détention le concours d'un interprète et la communication de son dossier.

L. 222-3-1

Une irrégularité n'entraîne la mainlevée de la mesure de maintien en zone d'attente que si elle présente un caractère substantiel et a eu pour effet de porter atteinte aux droits de l'étranger.

Section 2 : Voies de recours

L. 222-6

L'ordonnance est susceptible d'appel devant le premier président de la cour d'appel ou son délégué. Celui-ci est saisi sans forme et doit statuer dans les quarante-huit heures de sa saisine.

Par décision du premier président de la cour d'appel ou de son délégué, prise sur une proposition de l'autorité administrative à laquelle l'étranger dûment informé dans une langue qu'il comprend ne s'est pas opposé, l'audience peut se dérouler avec l'utilisation de moyens de télécommunication audiovisuelle dans les conditions prévues au troisième alinéa de l'article L 222-4. Le droit d'appel appartient à l'intéressé, au ministère public et au représentant de l'État dans le département.

L'appel n'est pas suspensif.

Toutefois, le ministère public peut demander au premier président de la cour d'appel ou à son délégué de déclarer son recours suspensif. Dans ce cas, l'appel, accompagné de la demande, est formé dans un délai de quatre heures *six heures* à compter de la notification de l'ordonnance au procureur de la République et transmis au premier président de la cour d'appel ou à son délégué.

Celui-ci décide, sans délai, s'il y a lieu, au vu des pièces du dossier, de donner à cet appel un effet suspensif. Il statue par une ordonnance motivée rendue contradictoirement qui n'est pas susceptible de recours. L'intéressé est maintenu à la disposition de la justice jusqu'à ce que cette ordonnance soit rendue et, si elle donne un effet suspensif à l'appel du ministère public, jusqu'à ce qu'il soit statué sur le fond.

L. 222-6-1

A peine d'irrecevabilité, prononcée d'office, aucune irrégularité ne peut être soulevée après l'audience prévue à l'article précédent, à moins qu'elle ne porte sur une irrégularité postérieure à celle-ci.

Pendant les quatre premiers jours, l'étranger est maintenu en zone d'attente sous le seul contrôle de l'administration. Au-delà, le maintien peut être prolongé pour une durée de huit jours seulement sur accord donné par le juge des libertés et de la détention saisi à cet effet par la police aux frontières. Au terme de cette période, l'administration peut à nouveau saisir le même juge, afin d'obtenir

l'autorisation d'une nouvelle prolongation, également de huit jours. Au terme de cette durée totale de vingt jours, l'étranger présent en zone d'attente est automatiquement admis sur le territoire français. Tel est rarement le cas, notamment parce que la durée moyenne de maintien en zone d'attente est inférieure à deux jours, de telle sorte que le juge est saisi dans des cas qui sont largement minoritaires.

Le juge ne se prononce pas seulement sur la requête de l'administration tendant à la prolongation du maintien en zone d'attente. Comme garant des libertés individuelles, telle que celle d'aller et venir, il doit au préalable vérifier qu'il n'y a pas eu d'atteinte aux droits fondamentaux et que la procédure préalable à sa saisine était régulière (délai de notification du maintien en zone d'attente, accès effectif à un interprète ou un conseil, respect des droits inhérents au maintien en zone d'attente). Dans le cas contraire, la procédure est invalidée et il ne peut se prononcer sur l'objet initial de la requête dont il a été saisi. La prolongation du maintien en zone d'attente n'étant pas autorisée, l'étranger est alors immédiatement admis sur le territoire français. Il est mis en possession d'un sauf-conduit, ayant la valeur d'un visa d'une durée de huit jours.

Dans son projet de loi, le gouvernement cherche à fragiliser, là encore, l'exercice des droits des étrangers maintenus en zone d'attente, en réformant un certain nombre de règles procédurales qui sont loin d'être seulement formelles. La procédure suivie auprès du juge des libertés et de la détention est au demeurant semblable à celle existant en matière de rétention. La quasi-totalité des points de la réforme concernent donc aussi bien les étrangers en quête d'admission sur le territoire que ceux qui risquent d'en être éloignés.

Les modifications introduites dans le CESEDA par le projet de loi sont tout entières imprégnées d'un esprit de défiance à l'égard du juge judiciaire, accusé de relâcher trop souvent les étrangers et considéré par l'administration comme un gêneur dans la mise en œuvre de ses objectifs chiffrés d'éloignement.

S'agissant plus spécifiquement de la zone d'attente, le projet de loi vise, par plusieurs dispositions, à limiter, voire à neutraliser le pouvoir de contrôle du juge des libertés et de la détention, compétent pour autoriser le maintien en zone d'attente au-delà du délai de quatre jours.

1^{er} moyen : la purge des nullités

Tout d'abord, il sera soumis au système de la « purge des nullités ». Les articles 8 et 12 du projet de loi introduisant les articles L. 222-1-1 et L. 222-6-1 (première et deuxième prolongation) interdisent au juge judiciaire d'examiner le moyen tiré d'une irrégularité qui serait antérieure à un précédent examen du dossier. Autrement dit, le juge qui constaterait qu'une irrégularité manifeste violant les droits de l'étranger aurait été commise devrait néanmoins feindre de ne pas la voir et s'interdire de la constater pour ordonner la mise en liberté sur ce fondement et ce, pour la seule raison que cette irrégularité n'avait pas été invoquée dès le premier passage devant un juge.

Cette disposition s'avèrera particulièrement contraignante pour le juge d'appel, qui se verra ainsi amputé d'une partie de sa capacité à exercer un contrôle complet sur la régularité de la procédure.

Cette disposition constitue évidemment une réponse aux nombreuses récriminations de l'administration qui se plaint que les juges exercent un contrôle considéré comme trop « tatillon ».

La Commission Mazeaud (juillet 2008) avait déjà tenu ce discours : « [...] La défense des dossiers est mal assurée [par l'administration] voire pas assurée du tout, devant le juge des libertés ou de la détention ou le tribunal administratif ... Ces erreurs exposent l'administration à être désavouée par le juge. Souvent inéluctable, la censure juridictionnelle met alors à néant un travail administratif qui, en dépit des irrégularités commises, pouvait être justifié « sur le fond ».

L'exposé des motifs du projet de loi affirme que l'instauration de ce principe de purge des nullités est « dans la logique de la procédure civile ». Cette affirmation est largement contestable.

Devant le juge judiciaire, l'étranger ne se trouve jamais en position de demandeur. C'est en effet toujours la police aux frontières qui saisit le juge des libertés et de la détention. Dès lors, l'étranger se trouve-t-il toujours dans la position du défendeur, même lorsqu'il est appelant d'une décision du juge des libertés et de la détention. Il entre ainsi dans l'un des cas prévus par l'article 564 du code de procédure civile : ses prétentions ayant pour objet de « faire écarter les prétentions adverses », rien ne devrait alors s'opposer à ce qu'elles soient présentées pour la première fois en cause d'appel.

L'article 74 du code de procédure civile prévoit bien, en effet, l'irrecevabilité des exceptions de procédure qui n'ont pas été soulevées devant le premier juge, mais seulement en ce qui concerne les exceptions de nullité pour vice de forme. C'est ce que rappelle la première chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt dénué d'ambiguïté, concernant, en l'occurrence, une affaire de divorce : « Mais attendu qu'ayant relevé que Mme Y... concluait pour la première fois devant elle à la nullité de la requête en divorce pour défaut de sa traduction en langue française, la cour d'appel a justement retenu que cette exception de procédure qui n'avait pas été soulevée devant le premier juge était irrecevable, peu important la référence erronée à l'article 563 du nouveau code de procédure civile ; que s'agissant d'une nullité pour vice de forme, l'arrêt se trouve légalement justifié par application de l'article 74 du nouveau code de procédure civile... » (Cass. civ. 1^{ère}, 12 décembre 2006, n° de pourvoi : 04-15099, Bulletin 2006, I, n° 538, p. 479).

Cependant que, selon la même chambre de la Cour de cassation, sont toujours recevables en appel les exceptions de nullité pour irrégularités de fond : « Vu l'article 564 du nouveau Code de procédure civile [...] attendu [...] qu'après avoir, en première instance, opposé le caractère abusif de la clause pénale, la société Vélo 2000 a invoqué, en cause d'appel, la nullité du contrat ; attendu que pour déclarer irrecevable cette exception de nullité, l'arrêt attaqué retient que cette prétention est nouvelle en cause d'appel ; attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que la demande en annulation du contrat tendait à faire écarter la prétention adverse en paiement de la peine stipulée par ce contrat, la cour d'appel a violé le texte susvisé. » (Cass. 1^{ère} civ., 26 avril 2000, n° 98-14212, inédit titré).

Dans un arrêt du 1er juillet 2009, qui écarte l'application de l'article 74 du Code de procédure civile aux exceptions de procédure ayant un rapport direct avec l'exercice effectif des droits de l'étranger, la Cour de cassation a validé cette analyse : « Mais attendu qu'ayant relevé que le moyen concernait l'exercice effectif des droits de l'étranger dont le juge devait s'assurer, de sorte qu'il ne constituait pas une exception de procédure au sens de l'article 74 du code de procédure civile, le premier président en a justement déduit que, bien que n'ayant pas été soulevé devant le juge des libertés et de la détention, il convenait d'y répondre ; que le moyen n'est pas fondé » (Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juillet 2009, n° de pourvoi : 08-11846, publié au Bulletin).

Les exceptions de nullité susceptibles d'être soulevées devant les diverses juridictions civiles et pénales le sont toujours dans un cadre procédural permettant en principe un examen poussé de la régularité des procédures, compte tenu des délais d'audiencement ou de la durée de la procédure judiciaire, après des mois voire des années d'instruction par un magistrat affecté à cette tâche : le juge de la mise en état ou d'instruction

Le système de purge des nullités proposé par le projet serait donc sans exemple connu, compte tenu du délai particulièrement bref dont dispose l'étranger pour organiser sa défense. Cette discrimination des étrangers par rapport au justiciable de droit commun n'est instaurée que pour accommoder l'administration et aggrave encore un déséquilibre face à la justice qui rend inéquitable la procédure. En effet, la police aux frontières, qui est systématiquement demandeur à l'instance, n'a pas vocation à soulever une quelconque irrégularité de la procédure préalable à cette audience. Elle marque également une défiance à l'égard des juges judiciaires qui, en cause d'appel, ne pourront plus que constater que l'administration a gravement porté atteinte aux droits de l'étranger, sans pouvoir la sanctionner, et ce, alors même que les nullités qu'un étranger peut invoquer sont d'ordre public.

Cette disposition pourrait être considérée comme contraire à l'article 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, dans la mesure où elle amenuise considérablement le droit à un recours effectif.

Par ailleurs, elle constitue une entorse au principe de l'effet dévolutif de l'appel, selon lequel les juges d'appel sont investis du devoir de statuer à nouveau, en fait et en droit, sur la chose jugée en première instance (v. articles 521 et suivants du Code de procédure civile). La portée – conventionnelle ou constitutionnelle – de ce principe n'est toutefois pas clairement établie.

2^{ème} moyen : interdiction sera faite au juge de tenir compte des garanties de représentation offertes par l'étranger maintenu en zone d'attente

Le projet de loi contient une disposition spécifique à l'étranger maintenu en zone d'attente. En effet, l'article 9 prévoit d'insérer un nouvel alinéa à l'article L. 222-3 du CESEDA, selon lequel « l'existence de garanties de représentation de l'étranger n'est pas à elle seule susceptible de justifier le refus de prolongation de son maintien en zone d'attente ». Le gouvernement tente une fois encore de contrecarrer les pouvoirs du juge judiciaire saisi de requêtes en prolongation du maintien en zone d'attente : même s'il constate qu'il n'y a pas de risque à laisser entrer la personne sur le territoire dès lors que celle-ci justifie d'un billet de retour, d'une réservation hôtelière, d'une somme d'argent en espèces ou encore de la présence de membres de sa famille en France, le juge ne peut fonder une décision de refus du maintien en zone d'attente sur cette seule constatation.

Cette disposition vise là encore à instaurer la toute puissance, sans contrôle, de la police aux frontières, et veut considérablement réduire la possibilité pour le juge d'apprécier la nécessité ou non d'un enfermement, dont le maintien devient donc quasi-automatique.

Mais ce sera peut-être en vain.

Un rappel de la genèse de cette disposition s'impose. En matière de zone d'attente, le régime juridique est sur ce point radicalement différent de celui de la rétention administrative.

Pour ce dernier, un étranger peut solliciter du juge judiciaire une assignation à résidence, pour laquelle la justification de garanties de représentation est prescrite. S'agissant de la zone d'attente, le juge judiciaire peut soit faire droit à la demande de l'administration, c'est-à-dire prolonger le maintien pour une durée de huit jours, soit refuser, ce qui entraîne l'admission de l'étranger sur le territoire français. Ce pouvoir résulte exclusivement du pouvoir qui lui est conféré en tant que juge judiciaire, garant des libertés individuelles, en vertu de la Constitution. Il est en effet constant que le maintien en zone d'attente constitue une atteinte suffisamment grave à la liberté individuelle pour que le Conseil constitutionnel ait estimé dans sa décision du 25 février 1992 qu'« en vertu de l'article 66 de la Constitution, l'autorité judiciaire est gardienne de la liberté individuelle. Le maintien en zone d'attente, comme le placement en rétention, en raison de l'effet conjugué du degré de contrainte qu'il revêt et de sa durée, a néanmoins pour conséquence d'affecter la liberté individuelle de la personne qui en fait l'objet au sein de l'article 66 de la Constitution : si la compétence pour décider du maintien peut être confiée par la loi à l'autorité administrative, le législateur doit prévoir selon des modalités appropriées l'intervention de l'autorité judiciaire pour que celle-ci exerce la responsabilité et les pouvoirs de contrôle qui lui reviennent » (Cons. const., Déc. 25 févr. 1992 n° 92-307 DC : JO, 12 mars). Concrètement, la prolongation du maintien en zone d'attente peut être autorisée seulement si elle semble justifiée par les éléments fournis par l'administration à l'appui de sa requête et si une telle décision ne porte pas une atteinte disproportionnée à la liberté individuelle de l'étranger souhaitant accéder au territoire français. Il s'agit donc d'une simple faculté pour le juge des libertés et de la détention et c'est ce qui a en toute logique été jugé à de nombreuses reprises par la cour de cassation (Cass. 2^e civ., 15 nov. 1995, n° 94-50.045, Isey : Bull. civ., n° 276, p. 163 ; Cass. 2^e civ., 4 janv. 1996, n° 94-50.056, Préfet de la Seine-Saint-Denis c/ Omoruyi).

Dans le cadre de l'appréciation qu'il porte au cas par cas, le juge judiciaire évalue l'ensemble des critères qui lui sont présentés par l'administration d'une part, par l'étranger d'autre part.

La question qui se pose à lui est de savoir, non pas si la mesure de maintien initialement prise par la police aux frontières est légale, cela revient au juge administratif, au nom du principe de la séparation des pouvoirs, mais si, pour les huit jours à venir, il est justifié ou non que l'étranger souffre d'une atteinte à sa liberté individuelle en étant maintenu en zone d'attente. Dans le cadre de cette évaluation, il peut notamment tenir compte des garanties de représentation de l'étranger - billet de retour, réservation hôtelière, famille en France, somme d'argent en espèces, mais ces éléments ne sont ni impératifs ni exhaustifs (Cass. 2^e civ., 21 févr. 2002, n° 00-50.079, Gassama). Il s'agit là **d'un critère parmi d'autres** et aucunement d'une exigence telle celle qui est prévue en matière de rétention administrative. La preuve en est que statuant en opportunité au regard de ces prescriptions légales, le juge judiciaire peut aussi écarter le motif invoqué par l'administration tiré des contraintes liées à l'organisation du départ, même dans les cas où l'étranger ne dispose pas de garanties de représentation (Cass. 2^e civ., 8 juill. 2004, n° 03-50.096, Préfet de la Seine-Saint-Denis c/ Benouidren ; Cass. 2^e civ., 3 juin 2004, n° 03-50.059, Min. de l'Intérieur et a. c/ Yao).

A la lumière de cette jurisprudence constante dont les motifs ne sauraient souffrir d'aucun renversement, sauf à remettre entièrement en cause la nature même du contrôle exercé par le juge judiciaire au regard des principes constitutionnels, la modification suggérée par le gouvernement ne peut être valablement accueillie par le législateur, sinon par le Conseil constitutionnel. L'existence de garanties de représentation ne pourrait plus faire obstacle à la prolongation du maintien de l'étranger en zone d'attente.

Mais dans la mesure où les rejets des requêtes de l'administration ne sont pas fondés uniquement sur l'existence de garanties de représentation, rien n'interdira au juge judiciaire de continuer à user de son pouvoir d'appréciation dans le cadre du contrôle qu'il exerce au nom de la Constitution.

3^{ème} moyen : le temps dont le juge dispose pour statuer sera limité à vingt quatre heures

L'article 9 du projet de loi modifiant l'article L. 222-3 du CESEDA contraint le juge à statuer dans les vingt-quatre heures de sa saisine, alors qu'il était seulement précisé jusqu'à maintenant qu'il devait statuer « sans délai ».

Sans que l'on puisse très bien comprendre l'intérêt de cette mesure, il est clair qu'elle va dans le sens d'une contrainte toujours plus pressante pesant sur le juge que l'administration saisit pour obtenir une prolongation du maintien en zone d'attente.

Sans doute, se maintiendra l'habitude d'un décompte d'heure à heure du délai, sur l'exemple de ce qui se fait déjà devant la Cour d'appel, ainsi que le montre un arrêt de juin 1995 de la Cour de Cassation : « *Attendu que le premier président ou son délégué saisi d'un appel d'une ordonnance prise en exécution du premier de ces textes doit statuer dans les 48 heures, le délai courant à compter de sa saisine ; Attendu, selon l'ordonnance attaquée et les productions, que M. Simpi a fait l'objet d'un arrêté de reconduite à la frontière, que le préfet de la Seine-Saint-Denis a sollicité la prolongation de sa rétention et que le vendredi 11 mars 1994, le président d'un tribunal de grande instance a assigné l'intéressé à résidence ; que le préfet a fait appel de cette décision le 11 mars, et que la cour d'appel en a été saisie le même jour à 17 heures ; Attendu qu'en décidant le renvoi de l'affaire au-delà du 14 mars à 17 heures, le premier président a excédé ses pouvoirs ;* » (Cass. Civ. 2, 28 juin 1995, n° de pourvoi : 94-50009, n° de pourvoi : 94-50014, publié au Bulletin).

Il importera donc de prêter la plus grande attention à l'enregistrement des requêtes par le greffe, avec mention de la date et de l'heure, et à l'horodatage exact des ordonnances.

L'irrespect de la durée de vingt-quatre heures pourrait entraîner la mainlevée de la mesure de rétention, si l'analyse ayant cours pour ce qui concerne la Cour d'appel était transposée à la procédure devant le juge des libertés et de la détention.

Enfin, ce délai de vingt-quatre heures ne sera pas, dans l'état actuel du projet, susceptible d'être prorogé, ainsi que le prévoit l'article R. 552-15, alinéa 4, du CEDEDA devant la Cour d'appel : « Le premier président ou son délégué statue au fond dans les quarante-huit heures de sa saisine. Le délai ainsi prévu est calculé et prorogé conformément aux articles 640 et 642 du code de procédure civile. »

4^{ème} moyen : le juge sera empêché de tirer les conséquences de certaines irrégularités de la procédure

L'article 10 du projet de loi, qui introduit l'article L. 222-3-1, nouveau dispose que seule une irrégularité présentant un caractère substantiel et portant atteinte aux droits de l'étranger est susceptible d'entraîner la mainlevée de la mesure de maintien en zone d'attente.

Il s'agit bien, ici encore, de limiter les cas dans lesquels le juge pourrait sanctionner les irrégularités qu'il constate par la mise en liberté de la personne maintenue en zone d'attente et ce, en introduisant une « hiérarchie » entre les irrégularités suivant qu'elles porteraient atteinte ou non aux droits des étrangers.

C'est méconnaître que les nullités susceptibles d'être invoquées par un étranger sont d'ordre public et doivent être considérées comme portant grief intrinsèquement. En ce sens, la série d'arrêts rendus par la Cour de cassation le 31 janvier 2006 rappelant à l'ordre la Cour d'appel de Paris, illustrent l'inanité d'une telle disposition.

Celle-ci pourrait dès lors s'avérer vaine : par définition, toute irrégularité porte atteinte aux droits de l'étranger et le juge judiciaire a le pouvoir et le devoir de le constater en application de l'article 66 de la constitution.

Les exigences du procès équitable devraient d'ailleurs, elles aussi, interdire qu'une telle disposition puisse avoir pour effet de rendre les droits de l'étranger théoriques ou illusoire. Dans l'affaire *Nedzela c. France* (27 juillet 2006, n° 73695/01, § 48), la Cour européenne des droits de l'homme a considéré : « La Convention ne visant pas à garantir des droits théoriques ou illusoire mais des droits concrets et effectifs (*Artico c. Italie*, arrêt du 13 mai 1980, série A n° 37, p. 16, § 33), le droit à un procès équitable ne peut passer pour effectif que si les demandes et les observations des parties sont vraiment « entendues », c'est-à-dire dûment examinées par le tribunal saisi. Autrement dit, l'article 6 implique à la charge du « tribunal » l'obligation de se livrer à un examen effectif des moyens, arguments et offres de preuve des parties, sauf à en apprécier la pertinence » (*Van de Hurk c. Pays-Bas*, arrêt du 19 avril 1994, série A n° 288, p. 19, § 59 ; *Dulaurans c. France* du 21 mars 2000, n° 34553/97, § 33 ; *Virgil Ionescu c. Roumanie*, n° 53037/99, § 44, 28 juin 2005).

On peut également être d'avis, d'ailleurs sans contradiction avec le précédent, que la nécessité d'invoquer un grief, ou plutôt une atteinte aux droits, que jusqu'ici, la Cour de cassation avait réservé au cas de la convocation à l'audience, alignera la procédure de zone d'attente et de rétention administrative sur le droit pénal, où il faut établir non seulement l'irrégularité, mais encore le grief qui en découle. Mission complètement impossible pour l'étranger placé en zone d'attente ou en rétention.

L'atteinte aux droits est également une notion éminemment subjective. Il suffira au juge ayant constaté l'irrégularité, de considérer qu'il n'est pas démontré que celle-ci ait porté atteinte aux droits du retenu (par exemple, parce qu'il pouvait exercer ses droits d'une autre manière que celle prévue par le texte, et qu'il n'établit pas qu'il n'a pas pu le faire) pour prolonger la rétention.

Cette rédaction serait donc plus restrictive, en ce que l'on devrait, dans un délai de quelques heures ou minutes, non pas seulement démontrer que l'administration n'a pas mis le retenu en mesure d'exercer ses droits comme les textes l'y obligeaient, mais encore que l'étranger n'a pu pallier aux insuffisances de celle-ci en prenant des initiatives pour parvenir à exercer ses droits (ex : l'administration l'a privé de son téléphone portable, mais il ne démontre pas qu'il n'a pas pu obtenir un téléphone d'une association ou d'un autre retenu). C'est à dire une preuve négative qui sera toujours impossible dans ce contentieux particulier de l'urgence.

5^{ème} moyen : la suspension, à l'initiative du parquet, d'une décision de mise en liberté sera facilitée

L'article 11 du projet de loi modifie l'article L. 222-6 du CESEDA pour porter de quatre à six heures le délai pendant lequel le procureur de la République pourra relever appel d'une décision de refus de maintien en zone d'attente ou en rétention et ce, en demandant au Premier président de la Cour d'appel ou à son délégué de déclarer que son appel suspend la mise en liberté.

Outre que l'allongement de ce délai va faciliter l'usage par le parquet de cette arme redoutable, qui permet de neutraliser une décision favorable à l'étranger, il renforce encore, au détriment de ce dernier, l'inégalité des armes qui résulte déjà de ce que cet appel suspensif est réservé au seul procureur de la République.

Si, en effet, l'appel des ordonnances du juge des libertés et de la détention n'est en principe pas suspensif, il peut être dérogé à cet effet non suspensif de l'appel, mais uniquement à l'initiative du parquet et seulement lorsque le juge a refusé le maintien en zone d'attente. Autrement dit, la loi elle-même instrumentalise le parquet en lui confiant une mission à sens unique c'est-à-dire dans le but exclusif de faire échec à une décision de mise en liberté de l'étranger.

Il y a une double perversion dans ce système de l'appel suspensif à l'initiative du seul parquet :

- d'abord, bien sûr, parce qu'il repose sur une prétendue neutralité du parquet qui est en réalité fictive, la fiction étant d'ailleurs de plus en plus démentie par les dérives auxquelles on assiste, depuis plusieurs années, en termes de reprise en main du ministère public par l'exécutif,
- ensuite et surtout parce que la loi ne donne même plus au procureur de la République les moyens de cette neutralité théorique puisqu'il ne peut faire déclarer l'appel suspensif que pour assurer le maintien en zone d'attente.

Cela signifie que si d'aventure il s'apercevait qu'une décision de maintien en zone d'attente a été rendue par un juge des libertés et de la détention alors même que la procédure était totalement viciée pour une raison ou une autre, il ne pourrait pas faire en sorte que l'étranger soit remis en liberté avant que l'affaire ne soit jugée en appel, ce qui constituerait pourtant la mesure symétrique à celle dont il dispose.

Il n'est pas certain, au demeurant, que la dualité du régime de l'appel – selon qu'il est exercé par l'étranger ou par le ministère public – résultant de ces dispositions soit conforme au principe d'égalité des armes imposé par le principe du procès équitable (article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme).

La Cour de cassation a par exemple, sous la contrainte de la Convention européenne, considéré comme incompatibles avec ce principe les dispositions du Code de procédure pénale qui ouvraient au procureur général un délai d'appel plus long que celui accordé aux autres parties (Cass. Crim. 17 septembre 2008).