

anafé

association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers

L'étranger et le juge au royaume de la police

Commentaire de la loi Sarkozy

Dispositions relatives à la modification des articles 5 et 35 quater de l'ordonnance du 2 novembre 1945 (loi n°2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, JORF 27 novembre 2003, p. 20136)

L'on constate à la lecture des nouvelles dispositions relatives aux articles 5 et 35 quater de l'ordonnance du 2 novembre 1945 par la loi du 26 novembre 2003 une volonté manifeste de renforcer les pouvoirs de la police aux frontières au détriment de l'intervention du juge judiciaire et des garanties offertes aux étrangers maintenus en zone d'attente. Certaines dispositions, notamment celles concernant la définition de la zone d'attente et la délocalisation des audiences dites du 35 quater, permettent en outre de légaliser des situations discutées et dénoncées, parfois depuis de nombreuses années, par l'Anafé. Certains aspects de la réforme vont jusqu'à contredire la jurisprudence établie par la Cour de cassation. Ils avaient pourtant été, pour la plupart d'entre eux, critiqués par la Commission nationale consultative des droits de l'homme, dans son avis adopté le 15 mai 2003.

Enfin, il est regrettable qu'un recours suspensif contre la notification de non admission sur le territoire n'ait toujours pas été instauré alors que des étrangers demandant leur admission au titre de l'asile risquent d'être refoulés après un examen sommaire de leur demande d'asile.

Notion du jour franc

La loi modifie l'article 5 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 qui prévoyait " qu'en aucun cas le refus d'entrée ne peut donner lieu à une mesure de rapatriement contre le gré de l'intéressé avant l'expiration du délai d'un jour franc ", en précisant dans un nouvel alinéa que l'étranger " est invité à indiquer sur la notification s'il souhaite bénéficier du jour franc ". Selon le projet initial, il était seulement " réputé y renoncer lorsqu'il refuse de signer le procès verbal ".

Afin d'éviter d'être en contradiction avec le principe selon lequel il peut être renoncé à un droit seulement expressément, sauf en cas de forclusion, le législateur a préféré inverser la procédure : le silence ne profitera plus à l'étranger, il lui faudra exprimer clairement sa volonté d'être rapatrié après l'expiration d'un jour franc, faute de quoi il ne pourra pas disposer de ce délai supplémentaire avant son embarquement forcé. On assiste ainsi à une importante fragilisation de ce qui devait pourtant être l'une des garanties essentielles de l'étranger se présentant à nos frontières. La possibilité de prendre contact avec son consulat, un membre de la famille ou un proche avant d'être rapatrié est en effet essentielle. L'on peut craindre que dans un contexte dans lequel l'étranger est souvent exposé à des pressions de la part de la police aux frontières et où les problèmes d'interprétariat sont souvent nombreux, il ne soit pas correctement informé de la possibilité de bénéficier d'un tel droit et qu'il soit simplement invité à signer un refus d'admission, souvent à l'issue d'un contrôle effectué en passerelle d'avion.

Définition de la zone d'attente

L'article 50 de la loi complète l'article 35 quater, I, et prévoit que les étrangers pourront être maintenus non seulement dans l'emprise directe aéroportuaire, portuaire ou ferroviaire mais

également “ à proximité du lieu de débarquement ”. Cette disposition vise clairement des situations telles que celle déjà rencontrée après l'échouage du navire East Sea sur la côte varoise en février 2001. Une zone d'attente ad hoc avait spécialement été créée dans l'urgence, ce qui avait conduit certaines associations de défense du droit des étrangers à saisir le tribunal administratif de Nice, qui critiquaient le maintien d'étrangers dans une zone d'attente qui n'existait juridiquement pas encore lors de leur placement initial. Le tribunal administratif de Nice n'a pas encore statué. En tout état de cause, sa position ne sera pas de nature à infléchir les nouvelles dispositions qui forment désormais notre cadre législatif.

L'article 50 de la loi ajoute un nouvel alinéa à l'article 35 quater, VIII, et prévoit également que “ l'étranger peut être transféré dans une zone d'attente dans laquelle les conditions requises pour son maintien dans les conditions prévues au présent article sont réunies ”. Il ajoute enfin que la zone d'attente “ s'étend, sans qu'il soit besoin de prendre une disposition 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 ” (article 35 quater, I, al. 6). La loi valide ainsi la jurisprudence de la Cour de cassation (Cass. Civ. 2ème, 18 mars 1998).

Ces dispositions sont clairement destinées à favoriser la souplesse et la commodité de la gestion de la zone d'attente par la police aux frontières. Elles se rapprochent de plus en plus de la définition de la rétention administrative de laquelle il découle que c'est la zone d'attente qui suit l'étranger et non pas l'inverse. Dans ces conditions, les garanties de l'étranger maintenu en zone d'attente risquent d'être considérablement affaiblies. L'on peut en effet douter du respect des droits fondamentaux qui risquent de devenir trop formels, ne serait-ce qu'à propos de la mise à disposition effective des moyens matériels qui sont nécessaires pour leur mise en œuvre.

Autorités habilitées à signer les mesures de maintien en zone d'attente

La législation antérieure prévoyait que seul le chef du service de contrôle des frontières ou le fonctionnaire désigné par lui, titulaire au moins du grade d'inspecteur était habilité à prononcer le maintien en zone d'attente. La loi du 26 novembre 2003 a élargi cette disposition à tout fonctionnaire “ titulaire au moins du grade de brigadier ”. Lorsque ce sont les douanes qui procèdent à une telle notification, cela peut être un agent de constatation principal de deuxième classe (article 35 quater, II, al. 1er). Cette disposition, clairement destinée à répondre aux commodités de la police aux frontières, pose néanmoins un certain nombre de difficultés. Ainsi, il est surprenant qu'un acte de restriction de la liberté d'aller et venir puisse être réalisé par un fonctionnaire n'ayant pas le statut d'officier de police judiciaire.

Garanties de l'étranger maintenu en zone d'attente

La loi du 26 novembre 2003 retient quelques avancées jurisprudentielles de ces dernières années, notamment en matière d'exercice effectif des droits de la défense, encore que ces garanties risquent en pratique d'être difficilement respectées. Le gouvernement et le législateur n'ont par ailleurs pas hésité à affaiblir en de nombreux aspects les droits fondamentaux de l'étranger maintenu en zone d'attente qui avaient pourtant été soulignés par le juge judiciaire, intervenant en tant que garant, selon la Constitution, des libertés individuelles.

Notification des droits

L'étranger n'est plus “ immédiatement informé de ses droits et de ses devoirs, s'il y a lieu par l'intermédiaire d'un interprète ”. Il est simplement “ 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 " (article 35 quater, I, al. 2).

Cette nouvelle formulation permettra au juge judiciaire d'apprécier avec plus de souplesse qu'auparavant le délai courant entre l'interpellation de l'étranger, à partir de laquelle la restriction de liberté devient effective, et la notification de la mesure de maintien en zone d'attente et des droits qui y sont rattachés. Les difficultés pratiques souvent invoquées par la police aux frontières risque de justifier de nombreux retards dans la notification des droits des étrangers qui font l'objet d'un placement en zone d'attente.

Affaiblissement du rôle du Parquet

La loi avalise également la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle la seule mention de l'avis à Parquet sur la décision de maintien ou de son renouvellement est considérée comme suffisante et dispense de ce fait la police aux frontières de produire l'avis au dossier : " Lorsque la notification faite à l'étranger mentionne que le procureur de la République a été informé sans délai de la décision de maintien en zone d'attente ou de son renouvellement, cette mention fait foi sauf preuve contraire " (article 35 quater, II, in fine). La bonne foi de la police aux frontières est présumée et la possibilité pour l'étranger d'apporter la preuve contraire risque cependant de rester théorique. Le rôle du procureur de la République en tant que garant des libertés individuelles est également affaibli par le nombre de ses visites qui diminue. Si l'obligation était auparavant semestrielle, elle est désormais seulement annuelle et " chaque fois qu'il l'estime nécessaire " (article 35 quater, V, al. 1er).

L'intervention d'un interprète

Les droits relatifs au concours d'un interprète sont également fragilisés. Ainsi que cela a été précédemment énoncé, la notification des droits se fait dans une langue que l'étranger " comprend " et non pas dans sa langue maternelle. Il est pourtant regrettable que le législateur français n'ait pas estimé nécessaire que la notification de mesures aussi complexes et déterminantes pour l'avenir de tout étranger présent à nos frontières soit faite dans la langue dont chacun est le plus familier. La loi prévoit même que " si l'étranger refuse d'indiquer une langue qu'il comprend, la langue utilisée est le français ". Il risque ainsi d'être pénalisé dans des cas où il sera difficile de prouver que ce sont en réalité les agents de la police aux frontières qui n'ont pas été aussi coopératifs qu'il le faudrait.

L'article 51 de la loi du 26 novembre 2003 est venu apporter des garanties en matière d'interprétariat, consacrant ainsi un nouvel article 35 sexies à l'ordonnance du 2 novembre 1945 : obligation de compétence et de secret professionnel, mise à la disposition de l'étranger de la liste des interprètes susceptibles d'intervenir, obligation d'intervention lorsque l'étranger ne parle pas le français et est analphabète. L'on observera toutefois que celles-ci sont également fragilisées sur certains aspects. En particulier, il est désormais possible, malgré une jurisprudence constante de la Cour de cassation, de faire intervenir un interprète par l'intermédiaire de moyens de télécommunication. Même si les nouvelles dispositions législatives viennent renforcer les garanties d'impartialité de l'interprète, il n'est pas certain, et l'expérience l'a suffisamment démontré, que les étrangers aient une confiance suffisante en une personne qui n'est pas à leurs côtés et dont le rôle est pourtant crucial.

Enfin, toujours par esprit de commodité pour la police et la justice, indépendamment des intérêts de l'étranger, une seule langue est utilisée pendant l'ensemble de la procédure, celle annoncée dès le début (article 35 sexies, al. 1er).

L'intervention de l'avocat

Reprenant des principes dégagés par la Cour de cassation, il est prévu que les lieux d'hébergement comprennent " un espace permettant aux avocats de s'entretenir confidentiellement avec les étrangers " et qu'à " cette fin, sauf en cas de force majeure, il est accessible en toutes circonstances sur demande de l'avocat " (article 35 quater, I, al. 5 in fine). Cette nouvelle disposition doit être lue en combinaison avec l'arrêt du Conseil d'Etat du 30 juillet 2003 qui souligne la nécessité de bénéficier des infrastructures matérielles liées à l'exercice de la mission de l'avocat (téléphone et télécopie). En pratique, l'on peut déjà craindre qu'avec la nouvelle définition de la zone d'attente, qui englobe désormais des lieux figurant à proximité de la zone aéroportuaire, maritime ou ferroviaire, de même que tout autre lieu dicté par les nécessités liées au maintien (notamment hôpital ou juridiction), ces facilités matérielles fassent défaut, malgré la volonté du législateur. Enfin, une lecture trop restrictive de cette nouvelle disposition ne devrait pas autoriser la police aux frontières à limiter la communication avec l'avocat seulement dans les lieux d'hébergement. Le concours d'un avocat constituant un droit fondamental prévu à l'article 35 quater, I, al. 2, celui-ci doit également pouvoir intervenir lorsque l'étranger maintenu en zone d'attente se trouve dans un aéroport. Comme pour toute exception à un droit fondamental, la force majeure pourra enfin être invoquée seulement dans des cas exceptionnels et circonstanciés.

Délocalisation et utilisation de moyens de télécommunications

Le nouvel article 35 quater, III, al. 2, prévoit que " le juge des libertés et de la détention statue au siège du tribunal de grande instance. Toutefois, si une salle d'audience lui permettant de statuer publiquement a été spécialement aménagée sur l'emprise ferroviaire, portuaire ou aéroportuaire, il statue dans cette salle "

Cette délocalisation des audiences " 35 quater " statuant sur le maintien des étrangers en zone d'attente et, pour les étrangers maintenus dans la zone de Roissy, habituellement tenues au Tribunal de Grande Instance de Bobigny a déjà été envisagée par le gouvernement précédent et a fait l'objet de nombreuses contestations. Malgré les avantages liés à la commodité de la gestion des services de police constamment mis en avant par le ministère de l'intérieur, cette possibilité, qui ouvre au juge la possibilité de siéger dans le lieu même dans lequel la prolongation de la mesure restrictive de liberté est sollicitée par l'administration, constituerait une violation des principes essentiels du procès judiciaire et du principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs qui implique que le pouvoir judiciaire ne saurait être exercé dans des locaux appartenant au pouvoir exécutif, la police en l'occurrence. Elle risque en outre de méconnaître, à tout le moins d'affaiblir considérablement, les principes de l'indépendance et de l'impartialité des juges qui seront isolés de leurs pairs et entourés de nombreux agents de la police aux frontières, et de la publicité des débats dans un lieu identifiable comme un lieu dans lequel la justice est rendue. Au-delà des difficultés d'accès pour les juges et auxiliaires de justice ainsi que pour tout public, cette disposition instaure un véritable tribunal d'exception à l'heure où plus de 12 000 personnes (soit autant que le contentieux pénal annuel du tribunal de grande instance de Bobigny) ont été présentées dans le cadre des maintiens concernant la zone d'attente de Roissy-Charles de Gaulle.

La loi prévoit également que " par décision du juge sur proposition du Préfet, et avec le consentement de l'étranger, l'audience peut également se dérouler avec l'utilisation de moyens de

télécommunications garantissant la confidentialité de la transmission ” (article 35 quater, II, al. 2). Cette possibilité existe également pour les audiences en appel (article 35 quater II, al. 3). Là encore, le législateur a manifestement répondu au souci de commodité, qui prévaut en de nombreux aspects réformés par la loi du 26 novembre 2003, au mépris du respect effectif des garanties offertes à l'étranger maintenu en zone d'attente. L'isolement déjà existant de l'étranger dont la liberté est restreinte risque ainsi d'être accentué. L'étranger ne verra alors même plus son juge, pourtant garant des libertés individuelles. Le principe fondamental qu'est celui de la publicité des débats est également atteint sans justification valable. Enfin, une telle disposition risque également de soulever des difficultés déontologiques à l'égard de l'avocat dont l'intervention constitue pourtant un droit fondamental qui ne doit souffrir d'aucune entorse : celui-ci sera-t-il aux côtés de l'étranger, du juge ou dans son cabinet et dans quelles mesures la confidentialité de son intervention sera-t-elle garantie ? En outre, la nouvelle loi ne précise pas les modalités selon lesquelles l'étranger sera informé de la possibilité d'être jugé par moyens de télécommunications, ni des vérifications portant sur la réalité de son consentement.

Cette faculté a été expérimentée pour la première fois dans l'histoire judiciaire française en appel d'instances relevant du territoire de Saint Pierre et Miquelon qui sont à l'évidence d'un nombre largement inférieur à ceux que connaissent les juges judiciaires amenés à se prononcer sur certaines zones d'attente. Pour Saint Pierre et Miquelon, des garanties particulières, destinées à compenser l'absence de contact immédiat entre le justiciable et son juge, avaient pu être facilement respectées en raison du nombre limité des cas concernés.

Appel suspensif sous condition

“ Si l'ordonnance met fin au maintien en zone d'attente, elle est immédiatement notifiée au procureur de la République. A moins que le procureur de la République n'en dispose autrement, l'étranger est alors maintenu à la disposition de la justice pendant un délai de quatre heures à compter de l'ordonnance. (...) 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 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 après le prononcé de l'ordonnance. 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 ” (article 35 quater, III, al. 2 in fine et 4).

Cette disposition, également proposée en matière de rétention administrative, porte clairement atteinte au principe de l'égalité des parties à l'instance et introduit ainsi une asymétrie dans notre système judiciaire. Il est en effet fort à craindre que le prononcé du caractère suspensif de l'appel dépende, en ce qui concerne l'étranger, de ses garanties de représentation, condition qui ne sera à l'évidence pas posée à l'encontre de l'administration lorsque celle-ci sera à l'origine de la contestation portée en appel. Cette asymétrie est renforcée par la mise à la disposition de l'étranger à la justice pendant un délai de quatre heures supplémentaires, alors même que le juge de première instance a décidé qu'il ne convenait pas de prolonger le maintien en zone d'attente, ce qui permet au procureur de la République de réagir avec la plus grande efficacité.

Allongement de la durée du maintien en zone d'attente en cas de demande d'asile formulée tardivement

Si l'accroissement de la durée de la rétention administrative est l'un des points les plus importants de la réforme, celle du maintien en zone d'attente a été partiellement modifiée et vise un seul cas de figure : lorsque l'étranger non admis à pénétrer sur le territoire français dépose une demande d'asile dans les quatre derniers jours, c'est-à-dire entre les seizième et vingtième jours, le maintien en zone d'attente est prorogé d'office de quatre jours à compter du jour de la demande par la police aux frontières. Cette décision est portée sur le registre prévu à l'article 35 quater, II, et portée à la connaissance du procureur de la République. Le juge des libertés et de la détention est informé immédiatement de cette prorogation et il dispose de la faculté d'y mettre un terme, soit d'office, soit sur requête de l'étranger. Mais contrairement à la prolongation et à la prorogation qui ont été précédemment décidées respectivement au terme des quatrième et huitième jours, l'intervention du juge judiciaire n'est, pour le cas des demandeurs d'asile " tardifs ", pas systématique. Il est pourtant le seul garant des libertés individuelles. Cette nouvelle faculté est enfin fondée sur la présomption de fraude du demandeur d'asile qui agirait ainsi de manière dilatoire. Elle est en effet destinée à éviter qu'un étranger sollicite l'admission au titre de l'asile quelques jours avant la fin du maintien en zone d'attente avec l'espoir que l'instruction de sa demande ne soit pas achevée et qu'à l'expiration du vingtième jour, il soit automatiquement admis sur le territoire, muni d'un sauf-conduit. Il n'est toutefois pas rare que des étrangers rencontrent les pires obstacles pour faire enregistrer leur demande d'asile par la police aux frontières qui agit de manière totalement arbitraire. En ont témoigné de nombreux rapports de l'Anafé.

Une commission nationale de contrôle

La loi institue une Commission nationale de contrôle des centres et locaux de rétention et des zones d'attente, chargée de « veiller au respect des droits des étrangers, (...) des normes relatives à l'hygiène, à la salubrité, à la sécurité, à l'équipement et à l'aménagement des lieux ». Elle effectuera des missions et pourra émettre des recommandations. Elle sera composée d'un député, un sénateur, des représentants de la Cour de Cassation et du Conseil d'Etat, une personnalité qualifiée en matière pénitencière, deux représentants d'associations humanitaires et deux des principales administrations concernées.

Renforcement des sanctions aux transporteurs

La loi renforce l'arsenal des sanctions contre les transporteurs d'étrangers arrivant sans les documents requis (amende de 5000 euros) et incite les compagnies de transports à effectuer elle-même un contrôle approfondi de leurs passagers puisqu'elles pourront être dispensées d'amende :

- partiellement (diminution de 2 000 euros), si elles ont mis en place un dispositif de numérisation et de transmission aux autorités françaises de documents de voyage ;
- totalement, si elle peuvent établir que « les documents requis et ne présentant pas d'irrégularité manifeste leur ont été présentés lors de l'embarquement » ou si l'étranger a été admis sur le territoire « au titre de l'asile » (la loi antérieure prévoyait une dispense si l'étranger avait demandé l'asile et avait été admis sur le territoire quel que soit le motif d'admission (asile ou autre).