



Cultures & Conflits

23 | automne 1996

Circuler, enfermer, éloigner : zones d'attente et centres de rétention aux frontières des démocraties occidentales

La rétention des étrangers aux frontières françaises (partie 2)

François Julien-Lafferrière



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/conflits/577>

DOI : 10.4000/conflits.577

ISSN : 1777-5345

Éditeur :

CCLS - Centre d'études sur les conflits liberté et sécurité, L'Harmattan

Édition imprimée

Date de publication : 15 octobre 1996

ISSN : 1157-996X

Référence électronique

François Julien-Lafferrière, « La rétention des étrangers aux frontières françaises (partie 2) », *Cultures & Conflits* [En ligne], 23 | automne 1996, mis en ligne le 13 mars 2006, consulté le 01 mai 2019. URL : <http://journals.openedition.org/conflits/577> ; DOI : 10.4000/conflits.577

Ce document a été généré automatiquement le 1 mai 2019.

Creative Commons License

La rétention des étrangers aux frontières françaises (partie 2)

François Julien-Laferrière

LA RETENTION ADMINISTRATIVE

L'article 35 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945 emploie, pour désigner la privation de liberté des étrangers qu'il vise, les termes « maintenu » ou « maintien » — comme le fait l'article 35 quater —, et non ceux de « retenu » ou « rétention ». C'est pourtant de « rétention administrative » que l'on parle couramment. Le Conseil constitutionnel a, au demeurant, légitimé cette différence de vocabulaire en énonçant, dans sa décision du 25 février 1992¹, que le degré de contrainte n'est pas le même dans les deux cas.

Qui peut être retenu ?

L'article 35 bis énumère les cas dans lesquels un étranger peut être placé en rétention. Il s'agit :

- de l'étranger qui, « devant être remis aux autorités compétentes d'un Etat membre de la Communauté économique européenne en application de l'article 33, ne peut quitter immédiatement le territoire français » ;

- de celui qui, « faisant l'objet d'un arrêté d'expulsion », ne peut quitter immédiatement le territoire français » ;

- de celui qui, « devant être reconduit à la frontière », ne peut quitter immédiatement le territoire français ».

La rétention administrative est donc destinée à permettre de s'assurer de la personne d'un étranger en voie d'éloignement du territoire « pendant le temps strictement nécessaire à son départ », comme le précise l'article 35 bis, alinéa 1er, c'est-à-dire jusqu'à ce que l'éloignement puisse être effectivement exécuté.

<!--SPIP-->

L'étranger devant être remis aux autorités d'un Etat membre de la Communauté européenne

L'article 33 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, auquel renvoie l'article 35 bis, vise « l'étranger, non ressortissant d'un Etat membre de la Communauté économique européenne, qui a pénétré ou séjourné en France sans se conformer aux dispositions des 1er à 4e alinéas de l'article 5, et à celles de l'article 6 ». Il s'agit, d'une part, de l'étranger non ressortissant CEE qui est entré sur le territoire français, soit sans être muni des documents exigés pour l'entrée en France, soit alors qu'il faisait l'objet d'un arrêté d'expulsion ou d'une interdiction du territoire, et, d'autre part, de celui qui s'est maintenu sur le territoire pendant plus de trois mois ou après l'expiration du visa sous couvert duquel il est entré et qui n'a pas demandé un titre de séjour.

Cet étranger peut, selon l'article 33, « être remis aux autorités compétentes de l'Etat membre de la Communauté économique européenne qui l'a admis à entrer ou à séjourner sur son territoire, ou dont il provient directement ». L'idée est de « responsabiliser » les Etats membres de la CEE en les contraignant à reprendre en charge les étrangers auxquels ils ont accordé — peut-être avec une certaine légèreté — un visa ou un titre de séjour mais dont l'intention était de venir en France.

Les cas de remise aux autorités d'un Etat membre de la CEE sont, semble-t-il, relativement rares, bien que leur nombre tende à augmenter depuis le début de 1995.

L'étranger faisant l'objet d'un arrêté d'expulsion

Aux termes des articles 23 et 26 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, l'expulsion « peut être prononcée [...] si la présence sur le territoire français d'un étranger constitue une menace grave pour l'ordre public » ou en cas de « nécessité impérieuse pour la sûreté de l'Etat ou la sécurité publique ». La « menace grave pour l'ordre public » est constituée quand l'étranger, en raison de son comportement, représente un risque pour la sécurité des personnes et des biens ou est susceptible de porter atteinte à la sécurité publique ; la « nécessité impérieuse pour la sûreté de l'Etat ou la sécurité publique » vise les cas d'espionnage, de trafic de stupéfiants, d'attitude violente et asociale répétée, de délinquance particulièrement grave.

Dans la pratique, bien qu'une condamnation pénale ne puisse légalement justifier par elle-même l'expulsion², il est fréquent que cette mesure soit prononcée à l'encontre d'un étranger qui a été condamné pour crime ou délit, la mesure étant alors exécutée dès la sortie de prison de l'intéressé.

L'étranger faisant l'objet d'un arrêté de reconduite à la frontière

Les cas de reconduite à la frontière sont énumérés à l'article 22, paragraphes I à III, de l'ordonnance du 2 novembre 1945.

Le paragraphe I vise sept catégories d'étrangers, parmi lesquelles : celui « qui ne peut justifier être entré régulièrement sur le territoire français » ; celui « qui s'est maintenu sur le territoire au-delà de la durée de validité de son visa ou, s'il n'est pas soumis à l'obligation du visa, à l'expiration du délai de trois mois à compter de son entrée sur le territoire, sans être titulaire d'un premier titre de séjour » ; celui « auquel la délivrance ou le renouvellement d'un titre de séjour a été refusé ou dont le titre de séjour a été retiré [et qui] s'est maintenu sur le territoire » ; celui « qui n'a pas demandé le renouvellement de son titre de séjour et s'est maintenu sur le territoire » ; celui qui « a fait l'objet d'une condamnation définitive pour contrefaçon, falsification, établissement sous un autre nom que le sien ou défaut de titre de séjour ».

Les paragraphes II et III de l'article 22 constituent une adaptation de la législation française à la Convention de Schengen du 19 juin 1990 et concernent, d'une part, l'étranger non ressortissant d'un Etat membre de la CEE qui est entré ou séjourne en France sans remplir les conditions prévues à l'article 5 de cette convention — qui sont presque les mêmes que les conditions posées à l'article 5 de l'ordonnance du 2 novembre 1945³ — et, d'autre part, celui qui, en provenance directe d'un Etat partie à la Convention de Schengen⁴, est entré ou séjourne en France sans se conformer aux dispositions suivantes de cette convention : 19, § 1 et 2, instituant l'obligation d'être muni d'un « visa uniforme » en cours de validité ; 20, § 1, limitant le séjour sur le territoire des Etats parties à trois mois pendant une période maximale de six mois depuis la première entrée sur le territoire commun ; 21, § 1 ou 2, autorisant la libre circulation sur le territoire commun, pendant trois mois au plus, des étrangers titulaire d'un titre de séjour délivré par l'un des Etats parties ; 22, instituant l'obligation de souscrire une « déclaration d'entrée sur le territoire »⁵.

Le régime de la rétention administrative

La détermination du régime de la rétention est l'objet principal de l'article 35 bis qui énonce, d'une part, dans quelles conditions la rétention est décidée et prolongée et, d'autre part, quels sont les droits de l'étranger retenu.

On observera que, contrairement à l'article 35 quater, l'article 35 bis ne précise pas dans quelles conditions un centre de rétention d'étrangers peut être créé, mais indique simplement que la rétention a lieu « dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire », c'est-à-dire placés sous la responsabilité de la police ou de la gendarmerie.

La mise en rétention et sa prolongation : compétence administrative et judiciaire

On retrouve, en matière de rétention administrative, la même dualité de compétence qu'en ce qui concerne le maintien en zone d'attente : la décision initiale est prise par l'autorité administrative, mais sa prolongation doit être autorisée par le juge judiciaire, en sa qualité de gardien de la liberté individuelle. Les règles, notamment de délai, sont toutefois différentes dans un cas et dans l'autre.

La décision initiale et sa prolongation :

C'est, aux termes de l'article 35 bis, alinéa 1er, le représentant de l'Etat dans le département — ou préfet — qui prononce la mise en rétention, « par décision écrite motivée ». Le préfet doit donc, d'une part, indiquer dans sa décision de quelle disposition de l'article 35 bis il fait application et en quoi l'étranger qui fait l'objet de la mesure entre dans les prévisions de cette disposition — par exemple : il est entré en France sans visa alors qu'il est ressortissant d'un Etat dont les nationaux sont soumis à cette obligation ; il s'est maintenu en France au-delà de la durée de validité de son visa sans demander la délivrance d'un titre de séjour, etc. — et, d'autre part, justifier pourquoi l'étranger « ne peut immédiatement quitter le territoire français ».

En vertu du 7^e alinéa de l'article 35 bis, le placement en rétention sous couvert de la décision du préfet ne peut durer que vingt-quatre heures, soit la moitié du temps du maintien en zone d'attente par décision administrative. Au-delà de vingt-quatre heures, la rétention doit être autorisée par le président du tribunal de grande instance — dans le ressort duquel l'étranger est retenu⁶ — ou un magistrat du siège délégué par lui, qui est saisi par le préfet et statue « sans délai »⁷ par ordonnance après audition de l'étranger et

de son conseil, s'il en a un. La requête du préfet doit être motivée et accompagnée de toute pièce justificative utile⁸.

L'ordonnance du président du TGI ou du magistrat délégué peut, selon l'article 35 bis, alinéas 8 et 9, de l'ordonnance du 2 novembre 1945, prononcer l'une des mesures suivantes : soit « la prolongation du maintien », soit, « à titre exceptionnel, lorsque l'étranger dispose de garanties de représentations effectives, l'assignation à résidence après remise à un service de police ou de gendarmerie du passeport et de tout document justificatif de l'identité » ; dans ce dernier cas, la remise du document d'identité doit être préalable au prononcé de l'ordonnance, sous peine de nullité de celle-ci⁹.

L'article 35 bis, alinéa 10, limite à six jours à compter de l'ordonnance du président du TGI ou du juge délégué — soit sept jours depuis le placement initial en rétention — la durée de la rétention ou de l'assignation à résidence. Cependant, la loi du 30 décembre 1993 a ajouté à l'alinéa 11 du même article une phrase qui permet au président du TGI ou au juge délégué de proroger¹⁰, au-delà de sept jours, le délai de la rétention » d'une durée maximale de soixante-douze heures [...] en cas d'urgence absolue et de menace d'une particulière gravité pour l'ordre public [ou] lorsque l'étranger n'a pas présenté à l'autorité administrative compétente de document de voyage permettant l'exécution d'une mesure prévue au 2° ou 3° du présent article¹¹ et que des éléments de fait montrent que ce délai supplémentaire est de nature à permettre l'obtention de ce document ». La rétention ne peut donc durer que dix jours au plus, soit, ici encore, la moitié du temps du maintien en zone d'attente.

La précision des motifs pour lesquels la rétention peut être prorogée jusqu'à atteindre au total dix jours a été exigée par le Conseil constitutionnel qui, dans sa décision du 13 août 1993¹², avait censuré la disposition de la loi qui lui était déférée — de venue la loi du 24 août 1993 — étendant la possibilité de proroger la rétention de « tous les étrangers qui ont fait l'objet d'un arrêté d'expulsion ou d'une mesure de reconduite à la frontière, dès lors qu'ils n'ont pas présenté de document de voyage ». Le texte issu de la loi du 30 décembre 1993 vise donc deux hypothèses : celle où la libération de l'étranger à l'issue de sept jours risque de compromettre très gravement l'ordre public ; celle où le délai supplémentaire de trois jours permet d'obtenir des autorités consulaires de l'Etat dont l'intéressé est ressortissant l'établissement de l'identité de celui-ci et la délivrance d'un sauf-conduit rendant possible son départ de France et son entrée dans son pays d'origine¹³.

Le rôle du juge judiciaire :

Le président du TGI ne peut, selon l'article 35 bis, alinéas 8 et 9, prendre que l'une des deux mesures suivantes : la prolongation du maintien ou l'assignation à résidence. Depuis la loi du 24 août 1993, la règle est la prolongation, l'assignation à résidence ne pouvant être prononcée qu'« à titre exceptionnel » et lorsque l'intéressé présente « des garanties de représentation effectives », c'est-à-dire des attaches suffisantes en France pour s'assurer qu'il ne disparaîtra pas dans la nature sans laisser de traces¹⁴. Il y a inversion des priorités par rapport à la disposition antérieure qui, au contraire, prévoyait que c'était la prolongation du maintien qui était exceptionnelle.

De plus, la Cour de cassation a estimé que la mention de ces deux seules mesures n'a pas un caractère limitatif. Elle a jugé, en effet, bien que cette possibilité ne soit pas envisagée par l'article 35 bis, « qu'en vertu des articles 66 de la Constitution du 4 octobre 1958 et 136 du code de procédure pénale, il appartient au juge, saisi par le préfet en application de l'article 35 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945, de se prononcer comme gardien

de la liberté individuelle, et sans que sa décision préjuge la validité de l'arrêté de reconduite à la frontière, sur l'irrégularité, invoquée par l'étranger, de l'interpellation » et, si cette interpellation est effectivement irrégulière, de « faire cesser toute atteinte à la liberté individuelle en ordonnant la libération immédiate de la personne concernée »¹⁵.

Toutefois, comme le précise l'arrêt, le contrôle de la régularité de l'interpellation de l'étranger ne peut conduire le juge à « préjuger la validité de l'arrêté de reconduite à la frontière » qui a été pris après que cette interpellation a permis de découvrir que l'intéressé était en situation irrégulière. En effet, le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires s'oppose à ce que le président du TGI ou le juge délégué apprécie la légalité de l'arrêté de reconduite à la frontière, acte administratif individuel qui ne peut être contesté que devant le juge administratif.

Le juge judiciaire peut donc mettre fin à la rétention si l'opération — contrôle d'identité ou garde à vue — à l'origine de la découverte de la situation irrégulière de l'étranger est entachée d'irrégularité, mais il ne peut en tirer de conséquence quant à la légalité de l'arrêté de reconduite à la frontière. L'étranger, libéré par le juge judiciaire, pourra être appréhendé dès la sortie de l'audience et, si cette interpellation est opérée régulièrement, il pourra être placé à nouveau en rétention. Les effets concrets de cette jurisprudence sont donc limités.

Les voies de recours :

La décision préfectorale de placement en rétention étant une décision administrative, elle peut faire l'objet d'un recours en annulation devant le tribunal administratif du ressort. Ce recours peut se révéler plus efficace que celui dont est susceptible la décision de maintien en zone d'attente car, selon le Conseil d'Etat, « lorsqu'il est saisi d'un recours dirigé contre une mesure de reconduite à la frontière [...] le président du tribunal administratif ou son délégué est également compétent pour connaître des conclusions dirigées contre le placement en rétention administrative »¹⁶. Or le recours contre l'arrêté de reconduite à la frontière, qui doit être formé devant le président du tribunal administratif dans les vingt-quatre heures de sa notification, est jugé en quarante-huit heures, ce qui permet que le jugement soit rendu avant l'expiration du délai de la rétention. Toutefois, le Conseil d'Etat a précisé que, contrairement au recours contre l'arrêté de reconduite à la frontière, celui dirigé contre le placement en rétention « n'a pas d'effet suspensif ».

Quant aux ordonnances du président du TGI autorisant la prolongation ou la prorogation de la rétention — après vingt-quatre heures comme après sept jours —, elles peuvent être déferées, par l'intéressé, le ministère public ou le préfet, « dans les quatre jours » de leur prononcé¹⁷, au « premier président de la Cour d'appel ou son délégué [qui] doit statuer dans les quarante-huit heures, le délai courant à compter de sa saisine »¹⁸. L'ordonnance d'appel peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation, par l'étranger, le préfet ou le ministère public, « dans les dix jours suivant (sa) notification »¹⁹.

Comme dans le contentieux du maintien en zone d'attente, ni l'appel, ni le pourvoi en cassation ne sont suspensifs. Mais, ici aussi, la brièveté du délai permet souvent au juge d'appel de statuer avant l'expiration du délai de rétention, si bien que cette voie est fréquemment employée.

Les droits des étrangers retenus

Moins détaillé que l'article 35 quater applicable au maintien en zone d'attente, l'article 35 bis ne définit que les garanties juridiques de l'étranger placé en rétention — proches

d'ailleurs de celles de l'étranger maintenu en zone d'attente —, mais il est muet quant aux conditions matérielles de cette rétention.

Les garanties juridiques :

- Dès la prise de la décision de mise en rétention, « l'étranger est immédiatement informé de ses droits, par l'intermédiaire d'un interprète s'il ne connaît pas la langue française » ; contrairement à l'article 35 quater, l'article 35 bis ne fait pas allusion aux « devoirs » de l'étranger retenu. De même, s'il est prévu que « le procureur de la République est immédiatement informé » de la décision de placement en rétention, il n'est pas précisé, en revanche, que cette décision est inscrite sur le registre du lieu de rétention, ni que ce registre est émarginé par l'intéressé. Pourtant, ce registre existe bien, qui doit mentionner « l'état civil des personnes [retenues] ainsi que les conditions de leur maintien ».

L'assistance d'un interprète est un droit pour tout étranger placé en rétention qui ne parle ou ne comprend le français. Comme en cas de maintien en zone d'attente, c'est donc l'administration qui doit procurer un interprète à l'étranger, celui-ci n'ayant ni à le solliciter ni à en supporter les frais.

Le procureur de la République peut consulter à tout moment le registre qui permet de vérifier que les règles posées par l'article 35 bis, notamment quant au délai de saisine du juge judiciaire, sont effectivement respectés.

- Le dernier alinéa de l'article 35 bis dispose que, pendant toute la durée du maintien, l'étranger « peut demander l'assistance d'un interprète, d'un médecin, d'un conseil et, s'il le désire, communiquer avec son consulat et avec une personne de son choix ».

Pas plus que dans le cadre du maintien en zone d'attente, l'étranger n'a le choix du médecin, qui est appelé par les agents de l'administration parmi les médecins agréés.

L'étranger retenu n'a pas seulement le droit de « communiquer » avec un conseil, comme l'étranger maintenu en zone d'attente, mais de « demander [son] assistance », ce qui est évidemment plus effectif. En revanche, il n'est pas précisé qu'il peut s'agir du « conseil de son choix », mais le principe du libre choix de l'avocat doit s'imposer, même en l'absence de disposition expresse. Le choix d'un conseil peut poser les mêmes difficultés qu'en cas de maintien en zone d'attente. Toutefois, l'étranger placé en rétention ayant déjà séjourné en France, parfois même longuement — notamment lorsque la mesure est prise pour l'exécution d'un arrêté d'expulsion ou à la suite d'un refus de renouvellement de titre de séjour —, il n'est pas rare qu'il connaisse un avocat — qui l'a, par exemple, assisté lors de la prise de la décision à l'origine de la rétention — auquel il peut faire appel depuis le lieu de rétention.

La plus originale de ces garanties, par rapport aux autres régimes de privation de liberté — y compris le maintien en zone d'attente — est la possibilité donnée à l'étranger retenu de « communiquer avec son consulat », lequel a pour mission de défendre les intérêts des ressortissants de l'Etat qu'il représente et peut intervenir auprès des autorités françaises pour faire valoir les droits. En pratique, il ne semble toutefois pas que les intéressés fassent un usage fréquent de cette faculté.

On constate, par ailleurs, que l'article 35 quater, lorsqu'il donne la liste des personnes avec lesquelles l'étranger retenu peut communiquer, n'emploie pas la conjonction « ou », mais la conjonction « et », ce qui implique que l'étranger placé en rétention doit pouvoir communiquer, s'il le demande, avec toutes les personnes énumérées au dernier alinéa de

l'article 35 bis. Concrètement, ce droit doit se traduire par un libre accès à un téléphone et par un aménagement des locaux permettant l'accueil des visiteurs et un entretien confidentiel avec eux.

- Le procureur de la République peut, « pendant toute la durée du maintien, [...] se transporter sur les lieux, vérifier les conditions du maintien et se faire communiquer le registre ». Cette garantie ne devrait pas être plus efficace en cas de rétention qu'elle ne l'est en cas de maintien en zone d'attente, l'obstacle majeur à sa mise en oeuvre — excès de charge du procureur de la République — étant le même dans les deux cas.

L'article 35 bis n'autorise pas, comme le fait l'article 35 quater, l'étranger à « quitter à tout moment [le lieu de rétention] pour toute destination située hors de France ». L'étranger étant « retenu », il ne doit pas échapper aux autorités chargées d'exécuter la mesure d'éloignement dont il est l'objet. Pourtant, l'expulsion et la reconduite à la frontière ne sont pas une extradition et ne s'accompagnent pas de la remise de l'intéressé aux autorités du pays de renvoi. L'étranger devrait donc, quand il en a la possibilité, être autorisé à quitter le lieu de rétention pour la destination de son choix extérieure au territoire français, au besoin sous la condition que les services français de police vérifient qu'il est effectivement admissible dans le pays qu'il se propose de gagner.

Les conditions matérielles de la rétention :

- A la différence de l'article 35 quater, qui prévoit des « prestations de type hôtelier », l'article 35 bis ne donne aucune indication sur les conditions matérielles de la rétention. Celles-ci sont donc laissées à l'appréciation de l'autorité administrative, le cas échéant sous le contrôle du juge.

Certes, l'administration doit assurer, au minimum, un traitement décent des étrangers, afin notamment que les conditions de la rétention ne soient pas assimilables à des « traitements inhumains ou dégradants », au sens de l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales²⁰.

La seule précision que donne l'article 35 bis concerne l'autorité sous la responsabilité de laquelle sont placés les locaux utilisés pour la rétention : il doit s'agir de « locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire », ce qui signifie seulement que les étrangers retenus ne sont pas incarcérés. Mais ce critère organique — négatif de surcroît — n'a en soi aucune conséquence concrète quant au traitement dont les intéressés doivent être l'objet. De plus, l'article 35 bis ne fixe aucune règle de compétence pour la création des lieux de rétention, contrairement à l'article 35 quater qui précise que « la zone d'attente est délimitée par le représentant de l'Etat dans le département ». Dans la pratique, ce sont les préfets qui décident dans quels locaux les étrangers peuvent être retenus dans leur département.

<!--SPIP-->

C'est ce qui explique que les locaux utilisés pour la rétention sont extrêmement variés. Dans les départements où résident ou circulent de nombreux étrangers — zones frontalières, agglomération parisienne, zones à forte urbanisation —, les préfets ont créé des « centres de rétention » exclusivement réservés à cet usage. En l'absence de centre de cette nature, les étrangers sont retenus dans des locaux de police ou de gendarmerie²¹.

- L'absence de disposition relative aux prestations qui doivent être fournies aux étran-

gers explique les conditions parfois gravement défectueuses dans lesquelles la rétention se déroule. C'est ainsi que le centre de rétention de Paris, dit « dépôt de la préfecture de police », situé dans les sous-sols du Palais de justice, a donné lieu à de nombreuses protestations, dont certaines ont débouché sur des actions contentieuses.

Ainsi le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines et traitements inhumains ou dégradants a formulé des observations sur les conditions d'alimentation, d'hygiène et de salubrité de certains centres de rétention, notamment le dépôt de Paris. A l'automne 1993, un huissier, mandaté sur place par l'avocat d'un étranger retenu, a fait des observations comparables. Au printemps 1995, un juge délégué du président du TGI de Paris, qui souhaitait se rendre compte sur les lieux des conditions de la rétention, avant d'en autoriser éventuellement la prolongation, s'est vu refuser l'entrée. Enfin, courant 1994 et 1995, divers incidents graves se sont produits, traduisant le climat de violence et d'insécurité qui règne dans ces locaux : suicide d'un étranger retenu ; meurtre d'un autre par l'un de ses « coretenus » ; viol d'un étranger retenu par un policier affecté à la surveillance, etc.

- Le Tribunal des conflits, saisi de la question de savoir si les conditions matérielles de la rétention étaient susceptibles de constituer une voie de fait et, par conséquent, de justifier la compétence de la juridiction judiciaire, a répondu par la négative en considérant « que les litiges relatifs aux conditions matérielles d'exécution de la rétention des étrangers en instance d'éloignement prévue par l'article 35 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945, fût-elle prolongée par le juge judiciaire, ressortissent [...] à la seule compétence des juridictions administratives »²².

En d'autres termes, quelles qu'elles soient et même si elles peuvent être regardées comme des traitements inhumains ou dégradants, les conditions matérielles de la rétention ne peuvent être constitutives de voie de fait, ce qui veut dire qu'elles ne sont pas assimilables à « un acte portant gravement atteinte à une liberté fondamentale et manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir de l'administration »²³, dès lors que — même s'il est porté une grave atteinte à la liberté individuelle des étrangers retenus — le fonctionnement des locaux de rétention appartient bien à l'administration qui n'est donc pas sortie de sa sphère de compétence. En somme, l'administration commettrait une voie de fait si elle maintenait en rétention un étranger à l'hôtel Crillon pendant vingt-cinq heures sans saisir le juge judiciaire, mais elle n'en commettrait pas si elle retenait, en respectant les délais et la procédure prévus par l'article 35 bis, un étranger dans la cave obscure et humide d'un commissariat de police où elle le prive de nourriture.

Le ministère des Affaires sociales a conclu avec la Cimade, association humanitaire de défense des droits de l'homme, une convention aux termes de laquelle les représentants de cette association peuvent accéder à certains centres de rétention et y apporter aux étrangers une assistance sociale et humanitaire, voire juridique. Cet accès de la Cimade permet de connaître les conditions de rétention dans les centres qu'elle visite mais n'est pas suffisant pour faire cesser les abus qui s'y produisent.

<!--SPIP-->

La fin de la rétention

Comme le maintien en zone d'attente, la rétention peut prendre fin pour des raisons diverses.

- En général, il est mis fin à la rétention par l'administration elle-même, dès que l'étranger est en mesure de quitter le territoire français, soit parce que son identité a pu enfin être établie et qu'un document de voyage transfrontière lui a été délivré par les autorités du pays de renvoi — généralement celui dont il a la nationalité —, soit parce qu'un moyen de transport — la plupart du temps aérien — est disponible pour l'acheminer jusqu'au pays de renvoi.

- La rétention peut également cesser en cas de retrait de la mesure d'éloignement par son auteur — préfet s'il s'agit d'un arrêté de reconduite à la frontière ; ministre de l'Intérieur si c'est un arrêté d'expulsion —, en cas d'annulation de cette mesure par le juge administratif²⁴ ou de sursis à l'exécution prononcé par le juge administratif²⁵.

- Enfin, la rétention cesse quand cesse l'autorisation, soit parce que le juge judiciaire a refusé de prolonger la rétention et a prononcé l'assignation à résidence ou la mise en liberté, soit parce que, à l'expiration du délai maximum de dix jours autorisé par l'article 35 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945, il n'est pas possible de réaliser le départ de l'étranger vers le pays de renvoi.

Dans cette hypothèse — comme en cas de maintien en zone d'attente et malgré le silence de l'article 35 bis, contrairement à l'article 35 quater —, l'administration doit remettre l'étranger en liberté. Cependant, la mesure d'éloignement reste en vigueur et il appartient à l'intéressé de l'exécuter de lui-même en quittant le territoire français. S'il ne le fait pas spontanément, il s'expose à des poursuites pénales pour infraction à arrêté de reconduite à la frontière ou à arrêté d'expulsion²⁶ et, en cas de condamnation, à une interdiction du territoire. Et, cette interdiction du territoire emportant de plein droit reconduite à la frontière, l'intéressé peut, si son départ immédiat est impossible, être à nouveau placé en rétention.

- En revanche, l'étranger retenu ne peut quitter volontairement le lieu de rétention, même « pour toute destination située hors de France », à l'inverse de l'étranger maintenu en zone d'attente. En effet, contrairement à l'article 35 quater, l'article 35 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945 n'y autorise pas l'étranger placé en rétention.

Détenir, retenir, maintenir les étrangers pour mettre en oeuvre la politique d'immigration ou, plutôt, de non-immigration ou encore, selon la formule de Charles Pasqua d'« immigration zéro »²⁷ ? Qu'importent les nuances de vocabulaire — retenir porterait moins atteinte à la liberté que détenu, et maintenir encore moins que retenir — destinées à se donner bonne conscience.

L'important c'est que des hommes, des femmes et des enfants, par centaines et par milliers chaque année, sont privés de liberté pendant des jours, des semaines parfois — près de trois en zone d'attente —, alors qu'ils n'ont pas commis d'infraction, mais parce qu'ils ont le front de demander l'hospitalité à la France, la Patrie des droits de l'homme — ou qui se prétend encore telle — pour échapper aux risques qu'ils encourent dans leur pays où, justement, on ne les respecte pas, ces droits de l'homme, ou pour visiter un parent, un ami, un amour, mais qu'ils représentent, alors, ce qu'on appelle, dans le jargon administratif, un « risque migratoire majeur ». Tout étranger qui souhaite venir en France ne doit-il pas être soupçonné, de vouloir s'y installer, d'y prendre racine ?

Orgueil de nantis croyant que tout est mieux chez eux que chez les autres et qu'ils attirent le monde entier ? Logique de police contre logique de droits de l'homme ? Frilosité et peur du lendemain, de l'étranger donc de l'étrange, repliement sur soi-même parce qu'on ne sait plus qui on est ? Crainte de recueillir « toute la misère du monde », pour reprendre la malheureuse expression de Michel Rocard ? Soyons sérieux. Il existe, actuellement, près de quinze millions de réfugiés dans le monde ; l'Europe occidentale n'en accueille que moins de deux millions et la France cent cinquante mille²⁸. Comparés aux six millions de réfugiés accueillis en Afrique, dont 1,7 million par le Zaïre, ou aux cinq millions que compte l'Asie, dont un million vit au Pakistan, que fait l'Europe et que fait la France ?

Dans ces conditions, peut-on parler de « flux », d'« invasion » ? Avons-nous le droit, sans manquer à nos devoirs de solidarité internationale — ou, tout simplement, à la morale — de nous barricader dans notre Europe cage dorée et de nous voiler la face pour ne pas voir « toute cette misère du monde » contre laquelle nous ne luttons guère. Les barrières que dressent les Etats européens à leurs frontières — et la France n'échappe pas à ce mouvement — sont les nouveaux murs de Berlin ou rideaux de fer de la fin de ce siècle, mais ils ont une fonction inverse : il ne s'agit pas d'empêcher de fuir, mais d'empêcher d'entrer et d'obliger à partir. Est-ce plus digne ?

Retour à la première partie

NOTES

1. Voir note 40.

2. CE 21 janv. 1977, Min. de l'Intérieur c. Dridi, Rec. CE, p. 38 ; AJDA 1977, p. 133, chron. M. Nauwelaers et L. Fabius ; D. 1977 p. 527, note F. Julien-Laferrière ; Gaz. Pal. 1977 p. 340, concl. B. Genevois.

3. Voir supra note 3.

4. Il s'agit de l'Allemagne, de l'Autriche, de la Belgique, de l'Espagne, de la France, de la Grèce, de l'Italie, du Luxembourg, des Pays-Bas et du Portugal. Toutefois, seuls sept de ces dix Etats appliquant la convention — l'Autriche y a adhéré récemment et a obtenu un délai d'adaptation ; la Grèce et l'Italie y ont renoncé tant qu'elles ne contrôlent pas mieux leurs frontières —, on peut se demander ce qu'il faut entendre par « Etat partie à la Convention de Schengen » au sens de l'article 22, paragraphe II de l'ord. du 2 nov. 1945 : les dix Etats qui l'ont ratifiée ou y ont adhéré ou les sept qui l'appliquent ?

5. La rédaction de l'ord. du 2 nov. 1945, en particulier par les renvois qu'elle opère à la Convention de Schengen, en a rendu la lecture difficile et la compréhension presque impossible, au moins aux non spécialistes, parmi lesquels figurent la plupart des étrangers. Peut-on légitimement, dans ces conditions, leur opposer la célèbre adage : « nul n'est censé ignorer la loi » ? Pour plus de clarté, signalons que le « visa uniforme » est un visa identique pour tous les Etats appliquant la Convention de Schengen et dont la délivrance par les autorités consulaires de l'un d'eux est opposable aux autres ; ainsi, par exemple, un étranger à qui un consulat d'Allemagne a accordé un visa peut, pour une durée maximale de trois mois, circuler librement au sein de l'« espace Schengen », donc

entrer en France, sans avoir besoin d'un visa délivré par un consulat de France. Quant à la « déclaration d'entrée », elle doit être souscrite par tout étranger non ressortissant CEE soumis à l'obligation de visa et qui n'est pas titulaire d'un titre de séjour délivré par un Etat appli-quant la Convention de Schengen d'une validité d'au moins un an, dès qu'il pénètre sur le territoire d'un de ces Etats à partir du territoire d'un autre de ces Etats ; elle s'impose donc essentiellement aux étrangers non Européens lors du franchissement des fron-tières intérieures à l'« espace Schengen » tels, par exemple, les touristes roumains se rendant d'Espagne en France qui doivent déclarer leur entrée en France à Hendaye ou à Cerbère.

6. Cette règle de compétence territoriale n'est pas toujours respectée. La préfecture de police de Paris, en effet, a demandé aux services de police, en 1994, de faire « transiter » les étrangers retenus au Mesnil-Amelot, dans le ressort du TGI de Meaux, par le « dépôt » de Paris, situé dans les sous-sols du Palais de justice, afin de les faire comparaître devant le TGI de Paris, qui est plus rapide pour statuer et accorde plus facilement la prolongation du maintien. Certaines associations de défense des droits des étrangers et une organisation de magistrats ont dénoncé ce « détournement de la loi », mais la plainte qu'ils ont introduite a été rejetée, en décembre 1995, au motif que seul le Parquet pouvait prendre l'initiative de poursuites contre l'auteur de cette directive.

7. Décr. n° 91-1164 du 12 nov. 1945, art. 7.

8. Ibid., art. 2.

9. Cass. 2e civ., 2 nov. 1994, Bull. civ. II, n° 213 ; D. 1995, Somm. p.188, obs. F. Julien-Laferrière.

10. L'art. 35 bis distingue la « prolongation » de la rétention, autorisée par le président du TGI ou le juge délégué à l'expiration du délai de vingt-quatre heures, de la « prorogation » autorisée au-delà de sept jours. Cette nuance terminologique ne semble pas correspondre à une différence de nature des deux déci-sions afférentes.

11. C'est-à-dire un arrêté d'expulsion ou de reconduite à la frontière.

12. C. const. 13 août 1993, décision n° 93-325 DC.

13. Il est vérifié, en pratique, que les consulats étrangers se prêtent peu à cette collaboration avec les autorités françaises — un accord franco-algérien en ce sens a été signé et dénoncé au cours de l'année 1994 — et que le délai de trois jours sera rarement suffisant pour produire l'effet qui en est attendu.

14. Ces garanties de représentation sont constituées, notamment, par un domicile, un conjoint, des enfants présents en France, etc. Elles sont appréciées souverainement par le juge.

15. Cass. 2e civ., 28 juin 1995, Préfet de la Haute-Garonne c. Bechta, AJDA 1996 p. 72, note A. Legrand ; D. 1996, Somm. p. -, obs. F. Julien-Laferrière ; JCP 1996.II.22504, concl. J. Sainte-Rose. La Cour de cassation a rendu, le même jour, dix arrêts statuant dans le même sens.

16. CE 26 mai 1995 (avis), Mme Yilmaz, Dr. adm. 1995, n° 501 ; D. 1996, Somm. p. -, obs. F. Julien-Laferrière.

17. Décr. n° 91-1164 du 12 nov. 1991, art. 8.

18. Ord. 2 nov. 1945, art. 35 bis, al. 11.

19. Décr. n° 91-1164 du 12 nov. 1991, art. 12.

20. Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ».

21. Par circulaire du 25 janv. 1990 (J.O. du 26 janv.), le ministre de l'Intérieur a apporté quelques précisions relatives au choix des locaux de rétention. Il donne, par ailleurs, instruction de retenir de préférence les étrangers dans le département dont le préfet a pris la mesure d'éloignement, afin de faciliter la présentation de l'étranger devant le juge judiciaire et, en cas de recours contre l'arrêté de reconduite à la frontière, devant le juge administratif. Après achèvement de ces procédures, l'étranger peut être transféré dans un centre de rétention situé dans un autre département.

22. T.C. 25 avr. 1994, Préfet de Police c. Dulangi, Rec. C.E. p. 597 ; AJDA 1994, p. 496, chron. C. Maugué et L. Touvet ; D. 1994 p. 389, concl. R. Abraham.

23. Telle est la définition traditionnelle de la voie de fait selon le Tribunal des conflits (T.C. 25 janv. 1988, Fondation Cousteau, Rec. C.E. p. 484 ; RFDA 1990, p. 191, concl. M. Laroque), le Conseil d'Etat (C.E. 15 avr. 1988, Michélix, Rec. C.E. p. 142 ; AJDA 1988 p. 555, obs. X. Prétot ; RDP 1989 p. 922, note J.-M. Auby) et la Cour de cassation (Cass. 1ère civ. 28 nov. 1984, Bull. civ. I n° 321 ; D. 1985 p. 145, note J. Gavalda ; JCP 1986.II.20600, note M. Lombard ; RFDA 1985, p. 760, concl. Sadon).

24. Ce qui est parfaitement possible, compte tenu de la brièveté des délais en cette matière : saisine du TA dans les vingt-quatre heures de la notification de l'arrêté de reconduite à la frontière ; jugement du TA dans les quarante-huit heures de sa saisine, soit en tout trois jours pour la procédure de première instance.

25. Cette hypothèse est beaucoup moins plausible. En effet, elle ne peut viser que l'arrêté d'expulsion — la rapidité de la procédure en matière de reconduite à la frontière ne justifie pas que soit demandé le sursis — et, celui-ci étant soumis à la procédure contentieuse de droit commun, la demande de sursis ne reçoit qu'exceptionnellement une réponse dans le délai de la rétention.

26. Ord. du 2 nov. 1945, art. 27 : « Tout étranger qui se sera soustrait ou qui aura tenté de se soustraire à l'exécution d'un arrêté d'expulsion ou d'une mesure de reconduite à la frontière [...] sera puni d'une peine de trois ans d'emprisonnement.— Le tribunal pourra, en outre, prononcer à l'encontre du condamné l'interdiction du territoire pour une durée n'excédant pas dix ans.— L'interdiction du territoire emporte de plein droit reconduite du condamné à la frontière, le cas échéant, à l'expiration de sa peine d'emprisonnement ».

27. Le Monde, 2 juin 1993, propos recueillis par Philippe Bernard, Eric Inciyan et Edwy Plenel.

28. Chiffres extraits de Les réfugiés dans le monde - En quête de solutions, HCR, Ed. La Découverte, 1995.

INDEX

Mots-clés : centre de rétention, étrangers, frontières, mobilité

AUTEUR

FRANÇOIS JULIEN-LAFERRIÈRE

Professeur à la Faculté Jean Monnet, Directeur du Centre de recherches internationales sur les droits de l'homme (CRIDHOM), Université de Paris Sud.