

**ANALYSE COLLECTIVE DU PROJET DE LOI « BESSON »
du 30 mars 2010**

**« relatif à l'immigration, à l'intégration
et à la nationalité »**

Ont participé à la rédaction de cette analyse :

**ADDE, Acat France, Anafé, Cimade, Fasti, Gisti, InfoMIE, Migreurop,
MOM, Association Primo Levi, SAF, Syndicat de la magistrature**

*Sont en outre associées à ce travail les organisations membres de la CFDA
(Coordination française pour le droit d'asile)*

SOMMAIRE

INTRODUCTION GÉNÉRALE	p. 1
I – Zone d'attente et entrée sur le territoire	p. 5
<i>Une zone d'attente « sac à dos »</i>	
A – Une réforme à la conformité douteuse	
B – L'article 6 : nouvelle définition de la zone d'attente	
C – L'article 7 : les droits en zone d'attente affaiblis	
D – Les articles 8 à 12 : recul du contrôle du Juge des libertés et de la détention	
II – Eloignement / Contentieux judiciaire et administratif	p. 13
<i>Sans délai et sans retour</i>	
A – Contentieux judiciaire	
B – Contentieux administratif	
C – Un éclairage européen : état de transposition de la Directive « retour » dans l'UE	
III – Asile	p. 45
<i>Bâclé et bouclés</i>	
A – Vers une procédure expéditive banalisée	
B – De nouvelles entraves à la procédure d'asile	
C – L'illusion de la demande d'asile en rétention	
D – Des « interdictions de retour » restreignant le droit d'asile et aggravant la situation des déboutés	
IV – Travail	p. 55
<i>La grande illusion</i>	
A – Les droits des travailleurs « sans papiers » : le compte n'y sera pas	
B – La lutte contre le travail illégal : un affichage plutôt qu'une réalité	
C – La carte bleue européenne : une nouvelle carte pour attirer des travailleurs qualifiés	
D – La suppression de la liste des métiers pour l'admission exceptionnelle au séjour	
V – Outre-mer	p. 67
<i>Régime d'exception, encore et toujours</i>	
A – Applicabilité du CESEDA à l'Outre-mer, notamment à Saint-Martin et Saint-Barthélemy	
B – Dérogations au droit commun concernant la Guyane, la Guadeloupe, Saint-Martin et Saint-Barthélemy	
VI – Séjour des jeunes majeurs isolés	p. 73
<i>Trompe-l'œil</i>	
A – Des exigences renforcées	
B – Des jeunes toujours exclus du dispositif	
VII – Nationalité	p. 77
<i>Identité nationale : signez là !</i>	
A – L'adhésion aux « principes et valeurs de la République »	
B – L'enregistrement des déclarations de nationalité retardé	
VIII – « Immunité humanitaire »	p. 81
<i>Délit de solidarité : tout ça pour ça...</i>	
A – Le délit de solidarité implicitement reconnu	
B – Un délit quasi-inchangé	
C – Les cas d'immunité toujours très rares	

INTRODUCTION GÉNÉRALE

2003, 2006, 2007 et maintenant 2010... Le train des réformes législatives en matière de droit des étrangers fonctionne à plein régime : quatrième texte en 7 ans à venir modifier la condition des étrangers en France, le projet de loi marque un nouveau tournant dans la politique d'hostilité aux populations étrangères et attaque insidieusement le droit d'asile.

Officiellement, il s'agit de transposer en droit français trois directives communautaires. Pour le gouvernement, qui fait dire à ces textes européens ce qu'ils ne contiennent pas toujours, c'est surtout l'occasion d'affûter contre les migrants les outils juridiques existants et d'en forger de nouveaux, utilisables dès leur arrivée et lors de leur éloignement, beaucoup plus expéditif, le tout en cherchant à prévenir leur retour en France et au-delà en Europe. Tous les moyens sont bons, à commencer par celui d'amoindrir le pouvoir pour les juges de sanctionner les illégalités de la police quand elle interpelle des étrangers ou les rafle en masse. Certaines pratiques, jusqu'alors condamnées par les tribunaux, vont devenir acceptables. Malgré l'échec flagrant de la politique répressive envers les migrants, et sans tirer le bilan des conséquences humaines catastrophiques de cette politique, le projet de loi s'obstine à poursuivre dans la même impasse. Son message est au fond beaucoup plus politique que technique. Il est sous-tendu par l'idée selon laquelle les migrants ne bénéficient pas des mêmes droits et n'ont donc pas la même dignité humaine que les autres. Il réactive d'ailleurs la notion d'« assimilation », à laquelle peu à peu se voyait préférée celle d'intégration, évocatrice d'une nationalité plus ouverte.

Même si le gouvernement attend probablement une profonde modification de l'État de droit actuel avec cette réforme, sa communication cherchera probablement à la banaliser en expliquant qu'il s'agit juste d'adapter la réglementation française aux normes européennes. En réalité, il en rajoute et profite de la circonstance pour raboter nombre de droits.

De façon à préserver les apparences, le projet contient quelques mesures présentées comme

améliorant la situation des étrangers résidant en France. Ces supposées avancées sont presque uniquement des trompe-l'œil et leur portée réelle sera peu significative. À l'inverse, la majorité des mesures qui figurent dans le texte aura pour conséquence de précariser davantage encore la situation de nombreux étrangers, tout particulièrement les sans-papiers, dont les chances de régularisation s'étiolent, les nouveaux arrivants, parmi lesquels les demandeurs d'asile, et ceux qui se trouvent en instance d'éloignement.

C'est ce que se propose de démontrer l'analyse du projet de loi réalisée par les organisations signataires et à laquelle renvoie cette introduction.

I – Des avancées en trompe-l'œil

1/ Une mesure illusoire pour les jeunes majeurs – Les jeunes confiés au service de l'aide sociale à l'enfance entre l'âge de 16 et 18 ans pourront obtenir un titre de séjour dans l'année qui suit leur 18^e anniversaire.

Toutefois, cette possibilité est assortie, en pratique, d'une série de conditions restrictives et sans rapport avec la réalité que vivent ces jeunes, qui risquent d'exclure la majeure partie d'entre eux de son bénéfice (cf. VI – « Séjour des jeunes majeurs isolés »).

2/ Fausse immunité humanitaire en matière de « délit de solidarité » – Contrairement à ce qui est écrit dans l'exposé des motifs du projet de loi, la modification rédactionnelle apportée à l'article L. 622-4 du CESEDA n'institue pas une véritable « immunité humanitaire » au bénéfice des personnes qui aident de façon désintéressée les sans-papiers, dès lors que les notions de « sauvegarde de la vie ou de l'intégrité physique d'une personne » (actuelle formulation) et de « sauvegarde de la personne » (formulation du projet de loi) sont quasi identiques et entendues de façon très restrictive par les juridictions pénales (cf. VIII – « Immunité humanitaire »).

3/ Pseudo renforcement des droits des travailleurs sans titre de séjour – Quelques mesures visent à améliorer les droits des travailleurs sans papiers, en cas de rupture de leur contrat de travail et d'éloignement, sur le plan des indemnités qui leur sont dues. Elles sont à la fois pécuniairement limitées et problématiques à appliquer.

On peut par ailleurs douter que l'aggravation des sanctions contre les employeurs de sans-papiers, et notamment contre les donneurs d'ordre, traduise une véritable volonté politique de lutter contre ces pratiques : en effet, les intéressés pourront facilement s'exonérer de leur responsabilité pénale ou de la solidarité financière avec leurs sous-traitants, et il n'est pas sûr que, dans le contexte économique et social actuel, l'administration prenne la responsabilité de fermer un établissement dans lequel aura été constatée une infraction de travail illégal.

Enfin, la suppression de la liste des « métiers en tension » n'aura pas pour conséquence d'ouvrir les portes de la régularisation aux travailleurs sans papiers, celle-ci restant un pouvoir discrétionnaire du préfet qui, simplement, ne pourra plus fonder son refus sur le seul motif que le métier envisagé ne figure pas sur ladite liste (cf. IV – « Travail »).

4/ Une « carte bleue européenne » utilitariste – L'arrivée en France de cette nouvelle carte prévue par le droit européen s'inscrit dans la logique de l'« immigration choisie » qui vise à attirer en Europe des travailleurs qualifiés. Elle concernera un nombre très restreint de personnes, tout comme la carte « compétence et talents » apparue en 2006 qu'elle va concurrencer (cf. IV – « Travail »).

II – Des reculs bien réels

1/ Mise à l'écart des juges et allongement de la durée de rétention – Le projet de loi est imprégné d'une défiance évidente à l'égard du juge des libertés et de la détention (JLD), considéré comme un « empêcheur d'expulser » efficacement.

Elle se traduit par le fait qu'un étranger placé en centre de rétention en vue de son éloignement devra attendre 5 jours au lieu de 48 heures aujourd'hui avant de comparaître devant le JLD, qui pourra lui rendre sa liberté ou prolonger sa rétention.

L'exposé des motifs indique clairement que le but de la manœuvre est d'obtenir que le juge administratif (JA) statue sur la légalité de la mesure d'éloignement avant que le JLD ne se soit prononcé sur le maintien en rétention. L'argument avancé est d'éviter que le JLD ne maintienne en rétention l'étranger sous le coup d'une mesure illégale que le juge administratif va annuler. Il est permis de penser qu'il s'agit plutôt d'empêcher le JLD de remettre en liberté l'étranger dont la mesure d'éloignement sera validée par le juge administratif, laquelle pourra être mise à exécution immédiatement sans aucun contrôle des conditions d'interpellation.

Pas la moindre source européenne dans la défiance du gouvernement à l'égard des juges de la liberté et de la détention appelés à maintenir ou à libérer des étrangers enfermés en vue de leur refoulement dès leur arrivée en France (zones d'attente) ou en vue de leur éloignement (centres de rétention). Le projet de loi tente de neutraliser autant que faire se peut ces « empêcheurs d'expulser » qui, sous le régime actuel, usent pourtant très « raisonnablement » de leur pouvoir.

La transposition de la directive « retour » des étrangers en situation irrégulière donne lieu à une proposition d'allongement de la durée du maintien en rétention : 45 jours au total au lieu de 32 jours actuellement. Pour convaincre de sa modération, le gouvernement souligne que le texte européen l'autorise à des enfermements beaucoup plus longs auxquels il a renoncé. A vrai dire, cette « retenue » ne lui coûtera rien dans la mesure où l'essentiel des éloignements sont exécutés dans les premiers jours qui suivent l'enfermement. La circonstance lui permet de proposer des atteintes bien plus redoutables aux droits des étrangers qui, elles, ne relèvent d'aucune norme européenne, et parfois de violer ces normes quand elles prévoient des garde-fous.

À l'attitude d'évitement des JLD, s'ajoute le rétrécissement de leur pouvoir. Ainsi, ils ne pourront plus examiner le moyen tiré d'une irrégularité qui serait antérieure à un précédent examen du dossier ; ils ne disposeront plus que de 24 heures pour statuer ; ils seront empêchés de tenir compte de certaines irrégularités de la procédure ; ils seront tenus de prendre en compte les contraintes de l'administration et de considérer avec bienveillance les retards dans la notification ou l'exercice effectif des droits de la personne retenue. Concrètement le projet crée un vide juridique au détriment des étrangers transférés d'un coin de l'Hexagone à l'autre. A l'inverse, la suspension, à l'initiative du parquet, d'une décision de mise en liberté sera facilitée.

2/ Une « simplification » très complexe des éloignements et un bannissement de l'Europe

– Dans l'intitulé de sa première version, le projet de loi avançait la « simplification » des procédures d'éloignement comme l'un de ses objectifs. On comprend que la formule ait ensuite disparu. Car la réforme multiplie à l'envi les outils de départ contraint et les situations des étrangers qui y sont condamnés.

Si l'obligation de quitter le territoire français (OQTF) devient l'instrument quasi unique de l'éloignement, au détriment de l'arrêté préfectoral de reconduite à la frontière (APRF), elle peut s'accompagner de toute une série de mesures connexes. Les étrangers jugés indésirables devront quitter la France avec ou sans délai de départ volontaire, avec ou sans interdiction (plus ou moins longue) de retour, avec ou sans une aide au retour chez eux, avec ou sans placement en rétention ou en assignation à résidence, avec ou sans exécution d'office (immédiate) de la décision.

L'interdiction de retour sur le territoire français, mesure nouvelle, a les effets d'un véritable bannissement. En pratique, ce bannissement s'applique à l'ensemble de l'« espace de coopération Schengen » (22 pays de l'UE, plus le Royaume-Uni et l'Irlande qui, sans appartenir à l'Espace Schengen, coopèrent avec lui, ainsi que la Norvège, l'Islande et la Suisse) par le biais d'un signalement de tous les étrangers au SIS (Système d'information de Schengen). En droit français, le bannissement est prévu pour durer entre deux et cinq ans.

Par ailleurs, l'abrogation de l'interdiction de retour n'est possible que depuis l'étranger, la prison ou l'assignation à résidence ou, si l'étranger « bénéficiant » d'un délai de départ volontaire, justifie être parti au plus tard deux mois après l'expiration du délai. On mesure l'ampleur de ce bannissement dans l'espace et dans le temps. Il va priver nombre de sans-papiers de tout espoir de régularisation et entraver l'exil de quantité d'étrangers, y compris les ressortissants de pays dans lesquels interviendra une crise majeure et qui risqueront des persécutions.

Comme on le voit, il ne sera pas facile pour un non-initié de se retrouver dans ce dédale procédural (cf. II – « Éloignement / Contentieux administratif »).

3/ La France entière transformée en zone potentielle de refoulement

– Prenant prétexte de l'annulation par les juges de toutes les décisions d'éloignement et de placement en rétention d'une centaine de Kurdes de Syrie débarqués en Corse en janvier 2010, le ministre de l'immigration veut pouvoir, dans l'avenir, renvoyer chez eux aisément tout « groupe d'étrangers », niant au passage leur éventuelle condition de réfugiés. A cette fin, il propose la fiction juridique d'une « zone d'attente » virtuelle qui collerait à la peau de tout groupe d'étrangers (dès 2 personnes) découvert à l'intérieur du territoire en dehors d'un poste frontalier et supposé composé de primo-arrivants. Elle permettrait de considérer que, bien que se trouvant en France, éventuellement loin à l'intérieur de ses frontières, ils seraient juridiquement à sa bordure en train d'y pénétrer. Le stratagème vise à pouvoir sommairement refouler ces étrangers au prix d'une « vérité juridique » totalement déconnectée de la réalité.

Ici, le projet de loi vise à assouplir les règles en matière de notification de leurs droits aux intéressés et à restreindre drastiquement les pouvoirs du JLD en lui interdisant d'autoriser l'admission sur le territoire d'un étranger fondé uniquement sur le fait que l'intéressé dispose de garanties de représentation (cf. I – « Zone d'attente et entrée sur le territoire »).

4/ De nouveaux demandeurs d'asile pris en otages au nom de l'« appel d'air »

– En matière de droit d'asile, le projet de loi ne

prévoit qu'une disposition qui crée une nouvelle restriction pour l'admission sur le territoire d'un demandeur d'asile, s'ajoutant à celles déjà prévues à l'article L. 741-4 du CESEDA, c'est-à-dire aux 20 % de demandeurs déjà placés en « procédure prioritaire ».

Il s'agit de ceux qui auront fourni de fausses indications ou dissimulé des informations concernant leur identité, leur nationalité ou les modalités d'entrée en France « afin d'induire en erreur les autorités ». Ceux-là seraient donc à leur tour handicapés par cette procédure accélérée, par l'absence de conditions matérielles d'accueil décentes, comme par le risque de leur éloignement avant d'avoir été entendus en appel.

Les plus mauvais coups portés au droit d'asile viennent souvent de mesures qui visent les migrants en général. Ainsi la logique de la lutte contre l'« appel d'air » s'applique aux demandeurs d'asile. Elle légitime l'amointrissement de leurs chances de protection dans l'objectif d'émettre un signal destiné à les dissuader de venir.

Le projet de loi, combiné aux pratiques administratives en vigueur, augmente, pour le demandeur d'asile, le risque d'être éloigné du territoire avant d'avoir pu déposer une requête, de voir cette requête traitée selon la procédure prioritaire, ainsi que les cas de détention pendant toute la période d'instruction de la requête. Enfin, il réduit les possibilités pour les étrangers renvoyés avec une « interdiction de retour » de demander ultérieurement l'asile en Europe en cas de menace dans leur pays, et aggrave la situation des déboutés du droit d'asile qui n'ont pu faire valoir leurs craintes et sont exposés dans leur pays à des traitements prohibés par la Convention européenne des droits de l'homme (cf. III – « Asile »).

5/ L'exception d'outre-mer étendue aux nouvelles collectivités – Le projet de loi tient compte du changement de statut de Saint-Martin et de Saint-Barthélemy. Il rend applicables à ces deux collectivités les dispositions du CESEDA, y compris celles qui,

outre-mer, réduisent encore les droits des migrants par rapport à la métropole.

Leur sont également applicables les dispositions qui prévoient que, dans les collectivités d'outre-mer, le droit au séjour du demandeur d'asile, quand il lui est accordé, est restreint au lieu où il se trouve ; déjà contestable, cette disposition devient absurde lorsqu'elle est étendue à des territoires aussi limités. (cf. V – « Outre-mer »).

6/ « Contrôle de l'assimilation » pour les nouveaux Français – Non prévues dans le premier état du projet de loi, quelques dispositions sur la nationalité ont été introduites. Si la notion d'« intégration » apparaît à cette occasion dans l'intitulé de la réforme, c'est pour procéder à un « contrôle de l'assimilation » des nouveaux Français par la signature d'une « charte des droits et devoirs du citoyen » qui vise sans doute à donner l'illusion que le débat sur l'identité nationale a débouché sur des propositions concrètes. La réactivation du devoir d'« assimilation » renvoie à une négation symbolique de la diversité culturelle de la nation.

S'il faut saluer la réduction de la durée de stage de 5 à 2 ans pour les candidats à la naturalisation qui « remplissent manifestement la condition d'assimilation », on notera que, dans le même texte, le parcours du combattant des conjoints de Français pour se faire reconnaître la nationalité française est encore allongé (cf. VII – « Nationalité »).

*
* *

Bien plus qu'une énième réforme, ce texte vise à priver d'espoir les migrants qui projettent de venir en France comme ceux qui sont déjà là. Au mépris des libertés fondamentales les plus élémentaires, beaucoup plus d'arrivants devraient être refoulés, beaucoup plus de sans-papiers pourraient être expulsés. À ceux qui, ayant été reconduits dans leur pays, souhaiteront revenir, l'Europe tout entière fera barrage pendant plusieurs années. La France renforce sa politique de dissuasion migratoire de manière brutale et probablement sans plus d'efficacité qu'avec les précédentes réformes.

I/ Zone d'attente et entrée sur le territoire

Une zone d'attente « sac à dos »

Les réformes apportées ici par le projet de loi commenté ne sont pas une surprise. En janvier 2010, cent-vingt-trois Kurdes débarquaient sur les côtes corses, avant d'être interpellés pour être transférés à la hâte dans un gymnase et finalement dispersés en quelques heures dans plusieurs centres de rétention du continent. Les juges des libertés et de la détention amenés à se prononcer sur la prolongation de leur placement ont tous retenu de nombreuses irrégularités de procédure commises par l'administration, conduisant ainsi à leur libération. La réaction médiatique du ministère chargé de l'immigration ne s'est pas fait attendre... En substance : notre dispositif législatif n'est pas adapté à de telles situations d'arrivées massives ; d'où la nécessité d'une réforme, en concertation avec nos partenaires européens.

L'évènement n'était qu'un prétexte. Le projet devait avant tout être finalisé, notamment depuis les conclusions rendues 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 nous est permis de penser que le principal souci du gouvernement dans l'élaboration de ce projet de loi était d'assurer une réelle efficacité au travail de l'administration, concrètement la police aux frontières, et ce 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 devrait pourtant pouvoir bénéficier de manière impérative et effective dans un État de droit.

Il est également à déplorer que le gouvernement ne saisisse pas cette occasion pour prévoir l'adoption de principes essentiels garantissant 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, comme cela avait été prescrit au sein notamment 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).

A - Une réforme à la conformité douteuse

Le projet de loi a pour objet, en partie au moins, d'ajouter diverses dispositions au Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) pour les cas d'arrivées considérées comme « massives » par les pouvoirs publics. Cette hypothèse est visée par la directive communautaire 2008/115/CE du 16 décembre 2008, dite « retour »¹, 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

¹ Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier

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 :

« 3. 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 sans aucune mesure avec le caractère exceptionnel pourtant explicitement visé par la directive. En effet, le projet de loi ne mentionne aucune condition 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 des modalités de notification des droits, « *la présence simultanée d'un nombre important d'étrangers en situation irrégulière* » (article 2 de l'avant-projet) ; celle qui a finalement été déposée au Conseil des ministres du 31 mars 2010 évoque seulement la présence « *d'un groupe d'étrangers* », sans plus de précisions (articles 6 et 7 du projet).

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 existaient 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 ; pourtant cette référence à la présence « *d'un groupe d'étrangers* » lui permettrait d'y recourir de manière permanente et non exceptionnelle. Ainsi, ce qui était initialement envisagé comme une exception par les partenaires européens risque finalement de devenir la règle sur notre territoire.

Au-delà de l'inconstitutionnalité qui serait susceptible d'être reconnue, il ne fait aucun doute que la France court également le risque de faire l'objet de plaintes à la Commission européenne, voire d'être condamnée par la Cour de justice de l'Union européenne.

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

CESEDA

L. 221-2 (art. 6 du projet de loi)

La zone d'attente est délimitée par l'autorité administrative compétente. Elle s'étend des points d'embarquement et de débarquement à ceux où 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 en France 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 proche.

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.

Depuis la loi « Sarkozy » de 2003 (*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*), 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 en anticipant la censure annoncée par le tribunal administratif de Nice de la décision préfectorale par laquelle avait été créée dans un camp militaire désaffecté une 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 « retour ».

Il n'est même plus 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 relèveront 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 n'importe où, 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 « retour » 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 État 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 ; le système prévu 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'États tiers soumis à une obligation de retour* ». Devraient donc normalement en être exclus tous les demandeurs d'asile. Or le projet de loi n'opère aucune distinction entre les personnes considérées. L'inadéquation au droit communautaire ne fait alors aucun doute.

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

CESEDA

L. 221-4 (art. 7 du projet de loi)

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 émarginé 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 doivent pouvoir être exercés de manière effective et immédiate 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 à un risque d'arbitraire total de l'administration, celle-ci agissant sans aucun contrôle et pouvant ainsi procéder à des refoulements d'étrangers qui seront alors restés totalement invisibles. Cette situation doit donc être réduite au possible et il est urgent que l'administration procède au plus vite à la notification des droits afférents au maintien en zone d'attente et que, en particulier, le juge administratif puisse effectivement être saisi, notamment par 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*, au cas par cas, et de manière précise. Ainsi, une relative tardiveté n'est tolérée que lorsque les démarches s'avèrent longues et nombreuses et à condition 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* » susceptible de justifier un tel retard.

Au cours du temps, le législateur a assoupli les contraintes pesant sur l'administration à cet égard. Depuis la loi « Sarkozy » de 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, 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 encore davantage les garanties essentielles dont devrait pourtant bénéficier tout étranger privé de liberté : 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, laquelle est toujours susceptible d'être invalidée dans le cadre du contrôle exercé par le juge judiciaire, gardien incontournable des libertés individuelles. Mais c'est avec la plus grande maladresse qu'il tire les enseignements des récentes expériences d'arrivées d'étrangers qu'il a pu considérer comme « massives », telles que celles des Tchétchènes à l'aéroport de Roissy-Charles de Gaulle au cours de la période de décembre 2007 à février 2008, ou, plus récemment, celle des Kurdes sur les plages corses à la fin du mois de janvier 2010. En effet, 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 ? Ce serait 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 ; la notification des droits doit être imminente et cet impératif est apprécié au cas par cas, selon les circonstances propres de l'espèce. Quelles que soient ces circonstances, il appartient à l'administration de mettre en œuvre tous les moyens nécessaires, notamment d'effectifs, y compris en cas d'arrivées massives et imprévisibles. Il en est de même à propos de la sollicitation des interprètes qui s'avèrent souvent nécessaires lors de ces notifications.

Ce régime dérogatoire, renforçant et légitimant les pratiques arbitraires de l'administration risque donc de devenir la règle, dès lors qu'il s'appliquera à tout « *groupe d'étrangers* ».

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

- Voir chapitre II/A-2 : La neutralisation du pouvoir de contrôle du juge judiciaire

CESEDA

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 (art. 8 du projet de loi)

À 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 (art. 9 du projet de loi)

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 sa 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 (art. 10 du projet de loi)

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.

L. 222-6 (art. 11 du projet de loi)

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 **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 (art. 12 du projet de loi)

À peine d'irrecevabilité, prononcée d'office, aucune irrégularité ne peut être soulevée pour la première fois en cause d'appel, à moins que celle-ci soit postérieure à la décision du premier juge.

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 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, aux fins d'obtenir l'autorisation d'une nouvelle prolongation, de huit jours également. Au terme de cette durée globale de vingt jours, l'étranger présent en zone d'attente est automatiquement admis sur le territoire français. Tel est rarement le cas, la durée moyenne de maintien en zone d'attente étant généralement inférieure à deux jours, de telle sorte que le juge n'est saisi que 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. En tant que garant des libertés individuelles, dont notamment 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 ait été 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 sans qu'il ait pu 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 pourtant 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.

Une disposition du projet de loi concerne cependant uniquement la procédure devant le juge des libertés et de la détention saisi de demandes de prolongation du maintien en zone d'attente : interdiction sera faite au juge de tenir compte des garanties de représentation offertes par l'étranger maintenu en zone d'attente. En effet, l'article 9 du projet 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 pourra fonder une décision de refus du maintien en zone d'attente sur cette seule constatation. Cette disposition vise là encore à instaurer une toute puissance, sans aucun contrôle, de la police aux frontières, et vise à réduire considérablement la possibilité pour le juge d'apprécier la nécessité ou non d'un enfermement, dont le maintien deviendrait alors quasi-automatique.

Malgré tout, il n'est pas certain que cette disposition trouve à s'appliquer en pratique.

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. Dans le cadre d'une rétention administrative, 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 de facto l'admission de l'étranger sur le territoire français. Cette possibilité résulte exclusivement du pouvoir qui lui est conféré par la Constitution en sa qualité de garant des libertés individuelles. 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 que « *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 ne peut être autorisée que 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, ce qui a en toute logique été confirmé 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 éléments qui lui sont présentés par l'administration d'une part, et 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 (cette appréciation revient au juge administratif, au nom du principe de la séparation des pouvoirs), mais si, pour les huit jours à venir, il est ou non justifié 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 tant d'autres** et aucunement d'une exigence telle que 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).

À 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, 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 regard des principes constitutionnels.

II/ Éloignement/contentieux judiciaire et administratif

Sans délai et sans retour

Analysant les dispositions du projet de loi relatives au contrôle juridictionnel des mesures d'éloignement et aux procédures mises en place pour leur exécution, et prenant la mesure de l'étendue des atteintes aux principes d'un procès équitable et d'un recours effectif, le juriste n'est pas loin de penser qu'une déclaration de guerre contre les migrants a été concoctée par le gouvernement et qu'un régime d'exception applicable aux seuls étrangers sera mis en place par le législateur s'il adopte ce projet de loi.

Aucune justification (économique, sociologique, démographique) ni aucune directive européenne n'obligent la France à créer des zones de non-droit, de véritables « trous noirs » vides de toute norme et excluant les principes de protection de la dignité des personnes.

Les atteintes les plus graves aux garanties qui doivent entourer le contentieux judiciaire sont le résultat de la promesse faite par l'exécutif d'éviter, à l'avenir, d'être confronté aux véritables fiascos qu'ont été les annulations massives des procédures qui visaient à éloigner les Afghans de Calais, en septembre 2009, et les Kurdes syriens de Corse en janvier 2010. Mais la justice d'exception est également mise en place au niveau administratif : la privation de liberté décidée par l'administration, en dehors de toute validation judiciaire, entraîne l'intervention à très bref délai d'un juge unique qui aura la lourde charge d'examiner la légalité de l'éloignement et du bannissement de personnes qui sont sur notre territoire parfois depuis plus de dix ans, qui ont des enfants scolarisés, qui sont demandeurs d'asile, qui risquent des traitements inhumains ou dégradants dans leur pays d'origine ou qui sont gravement malades.

Force est de se poser la question : la France n'est-elle pas en train de perdre son âme au nom d'une guerre injuste contre les migrants ?

A - Contentieux judiciaire

Il faut rappeler que la compétence du juge judiciaire se fonde sur les dispositions de l'article 66 de la Constitution, qui en fait le gardien de la liberté individuelle. À ce titre il lui revient, tout à la fois, d'une part de vérifier que la personne retenue a été pleinement informée de ses droits - et mise en mesure de les exercer effectivement - au moment de la notification de la décision de placement en rétention ou en zone d'attente et, d'autre part, de s'assurer de la régularité de la procédure antérieure au placement en rétention, c'est à dire, en pratique, de la procédure d'interpellation et de placement en garde à vue.

Ce contrôle, exclusivement tourné vers la sanction d'irrégularités attentatoires à la liberté, est tout à fait distinct de celui qu'exerce le juge administratif sur la régularité et le bien fondé des décisions administratives de reconduite à la frontière, de placement en rétention ou de placement en zone d'attente. Or les modifications introduites dans le CESEDA par le projet de loi visent toutes, qu'il s'agisse de la procédure d'autorisation du maintien en zone d'attente ou d'autorisation du maintien en rétention, soit à éviter l'intervention du juge judiciaire soit à réduire ou à neutraliser son pouvoir de contrôle : le projet de loi est ainsi entièrement imprégné d'un esprit de défiance à l'égard du juge

judiciaire, accusé de libérer trop souvent les étrangers et considéré par l'administration comme un gêneur dans la mise en œuvre de ses objectifs chiffrés d'éloignement.

A-1 L'évitement du juge judiciaire

a. Une rétention administrative sans contrôle judiciaire pendant cinq jours

CESEDA

L. 552-1 (art. 37 du projet de loi)

Quand un délai de **cinq jours** s'est écoulé depuis la décision de placement en rétention, le juge des libertés et de la détention est saisi aux fins de prolongation de la rétention. **Le juge statue dans les vingt-quatre heures de sa saisine** par ordonnance au siège du tribunal de grande instance dans le ressort duquel se situe le lieu de placement en rétention de l'étranger, sauf exception prévue par voie réglementaire, après audition du représentant de l'administration, si celui-ci, dûment convoqué, est présent, et de l'intéressé ou de son conseil, s'il en a un. L'étranger peut demander au juge des libertés et de la détention qu'il lui soit désigné un conseil d'office. Toutefois, si une salle d'audience attribuée au ministère de la justice lui permettant de statuer publiquement a été spécialement aménagée à proximité immédiate de ce lieu de rétention, il statue dans cette salle.

La mesure centrale, à cet égard, consiste à repousser de 48 heures (actuellement) à cinq jours le délai dans lequel l'administration doit saisir le juge des libertés et de la détention (JLD) pour autoriser la prolongation de la rétention administrative.

Cet accroissement du délai avant la saisine du juge organise une sorte de déni de justice : s'agissant des mesures de reconduite à la frontière exécutables d'office (réadmission Dublin ou APRF/OQTF exécutoires) et alors qu'il se commet régulièrement (sans doute tous les jours) des arrestations illégales, aucun juge, ni pénal ni civil - faute d'être saisi avant la mise à exécution de la mesure - ni administratif - faute d'être compétent - n'aura jamais à connaître des atteintes aux droits fondamentaux des personnes concernées : le retenu sera éloigné avant d'être présenté à un juge.

Il faut rappeler en outre que la Cour de cassation a restreint la possibilité pour le retenu de saisir de sa propre initiative le JLD d'une demande fondée sur l'article R. 552-17, en considérant qu'« un étranger n'est recevable à demander au juge judiciaire qu'il soit mis fin à sa rétention qu'après que la prolongation de celle-ci a été ordonnée » (*Cass., 1^{re} civ., 30 sept. 2009, n° 08-15790*). Si la Cour de cassation maintient sa jurisprudence, aucun contrôle des droits du retenu ni de la régularité de la procédure ne pourra donc, en toute hypothèse, être exercé par le juge judiciaire pendant les cinq premiers jours de rétention. C'est pourquoi, au demeurant, il faudra s'interroger sur la conformité à la Constitution de cette disposition.²

La comparaison avec la situation qui prévaut déjà en matière de maintien en zone d'attente justifie d'ailleurs largement les critiques que cette disposition suscite. Le juge judiciaire n'est en effet saisi aux fins de prolongation du maintien en zone d'attente que quatre jours après le placement initial, alors que la durée moyenne des maintiens en zone d'attente est inférieure à trois jours. Ainsi, dans une grande majorité de cas, les conditions du maintien en zone d'attente ne font-elles l'objet d'aucun contrôle judiciaire. Il est donc vraisemblable qu'un délai passant de deux à cinq jours en matière de rétention administrative permettra, de la même manière, à l'administration de parvenir à mettre des mesures d'éloignement à exécution avant tout contrôle judiciaire dans un nombre de cas significativement plus important.

² Pour rappel, le juge constitutionnel avait considéré que le maintien en détention pendant sept jours sans qu'un juge ait à intervenir, de plein droit ou à la demande de l'intéressé, n'est pas conforme à la constitution (Décision « Loi Bonnet » n° 79-109 DC du 09 janvier 1980).

Mais cet allongement du délai de saisine du JLD aura surtout pour conséquence, au demeurant recherchée par le gouvernement, que le juge administratif statuera sur la validité de la décision de placement en rétention avant que le juge judiciaire ne statue lui-même sur la prolongation de la rétention en vérifiant la régularité de la procédure d'interpellation et l'accès de la personne retenue à l'exercice effectif de tous ses droits.

Dans ce dispositif, le juge administratif va donc se trouver confronté à un dilemme au moment d'exercer son contrôle sur la légalité des mesures d'éloignement et de placement en rétention :

- soit, prenant en considération les exigences du recours effectif et du respect des libertés fondamentales découlant des normes européennes, il acceptera d'élargir le champ de son contrôle à l'examen de la régularité de l'interpellation et du respect des droits en rétention ;

- soit, considérant que le principe de séparation des pouvoirs lui interdit d'examiner ces questions et qu'il revient à l'étranger ou à l'administration de saisir le JLD, il se cantonnera dans son strict champ de compétences.

Il est vraisemblable, en tout cas, que l'inversion de l'ordre d'intervention des deux ordres de juridiction, le juge administratif précédant dorénavant le juge judiciaire, aboutira, ainsi que le redoute le syndicat des juridictions administratives³, à un transfert massif du contentieux judiciaire vers le contentieux administratif, et qu'il sera alors d'autant plus difficile, pour le juge administratif, d'ignorer délibérément les atteintes à la liberté individuelle qui seraient invoquées devant lui dans le cadre du contrôle de la légalité des mesures d'éloignement et du placement en rétention.

Si les auteurs de l'exposé des motifs du projet de loi n'ont même pas jugé nécessaire de justifier cette disposition, les explications avancées dans l'étude d'impact sont consternantes. Il y est expliqué que le recours effectif devant le juge administratif, juge de la légalité du placement en rétention, serait en quelque sorte contrarié, dans le dispositif actuel, par l'intervention préalable du juge judiciaire : ce dernier serait en effet amené à prolonger des mesures de rétention que le juge administratif aurait pu annuler s'il était intervenu avant lui. Ainsi, l'intervention du juge administratif, qui statue dans les soixante-douze heures du placement en rétention, devrait-elle dorénavant précéder celle du juge judiciaire pour assurer l'effectivité du contrôle juridictionnel. Et ainsi, grâce à ce nouveau dispositif, « le JLD ne prolongera plus les effets d'une décision illégale ».

Ces justifications font preuve d'un certain aplomb ! Elles sont en effet fondées sur le postulat, évidemment irrecevable, que le contrôle opéré par le juge administratif suffirait, à lui seul, à assurer le contrôle juridictionnel de la rétention et qu'il serait finalement plus étendu et plus efficace que celui qu'exerce le juge judiciaire.

La réalité c'est que l'un et l'autre de ces contrôles n'ont tout simplement pas le même objet, celui du juge administratif portant sur la légalité interne et externe de la décision administrative de placement en rétention tandis que le contrôle du JLD porte sur la régularité des conditions d'interpellation et l'exercice effectif de ses droits par la personne retenue.

C'est au demeurant cette exigence constitutionnelle de la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction qui discrédite totalement l'argument du ministre de l'immigration s'indignant, avec une feinte malice, que le juge administratif puisse être suspecté d'être moins préoccupé que son homologue judiciaire par les libertés individuelles. Il est évidemment hors de propos et assez pernicieux de les présenter comme s'ils étaient en situation de concurrence en matière de libertés, alors que l'un et l'autre sont simplement investis de missions différentes, le juge judiciaire étant seul chargé de veiller au respect des principes dans ce domaine.

Ce qui est certain, en revanche, c'est que le contrôle exercé par le juge judiciaire, en ce qu'il touche précisément à l'exercice des libertés individuelles, s'avère dans la pratique beaucoup plus porteur d'annulations potentielles que le contrôle du juge administratif, plus « technicien » et limité dans

³ http://www.sja-juradm.org/article.php?id_article=413

son objet. Ainsi la préoccupation de ne plus voir, à l'avenir, le JLD prolonger les effets d'une décision que le juge administratif pourrait néanmoins considérer comme illégale ne repose-t-elle sur aucune difficulté réelle ; elle n'apparaît en fait que comme le prétexte vertueux d'une mesure qui n'a pour objet que de limiter les « capacités de nuisance » du juge judiciaire.

On remarquera d'ailleurs que cet argumentaire passe totalement sous silence la situation inverse, pourtant beaucoup plus fréquente, où le juge administratif sera amené à valider un placement en rétention alors même que la procédure était viciée dès l'origine en raison, par exemple, des conditions de l'interpellation et ce, sans que le juge judiciaire ait été mis en mesure de le constater.

Prétendre, enfin, que cette disposition va dans le sens d'une meilleure transposition de la directive relève de l'imposture. Elle retarde au contraire l'intervention de l'un des deux juges compétents alors même que la directive exige que le contrôle juridictionnel de la légalité de la rétention intervienne « dans les meilleurs délais » - celui-ci incluant évidemment aussi bien le contrôle du juge judiciaire que celui du juge administratif. Car la directive, loi commune de tous les États membres de l'Union, n'opère pas de distinction entre les deux ordres de juridictions : cette distinction n'existe pas dans tous les pays.

b. Une seconde demande de prolongation de la rétention retardée de cinq jours

- Voir p. 32 : l'allongement de la durée de rétention à 45 jours

A-2 La neutralisation du pouvoir de contrôle du juge judiciaire

- Voir chapitre I/D : Le recul du contrôle du juge des libertés et de la détention

a. Le juge sera soumis au système de la « purge des nullités »

CESEDA

L. 222-1-1 (art. 8 du projet de loi)

À 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. 222-6-1 (art. 12 du projet de loi)

À peine d'irrecevabilité, prononcée d'office, aucune irrégularité ne peut être soulevée pour la première fois en cause d'appel, à moins que celle-ci soit postérieure à la décision du premier juge.

L. 552-8 (art. 42 du projet de loi)

À peine d'irrecevabilité, prononcée d'office, aucune irrégularité ne peut être soulevée après l'audience portant sur la première prolongation de la rétention, à moins qu'elle ne porte sur une irrégularité postérieure à celle-ci.

L. 552-9-1 (art. 43 du projet de loi)

À peine d'irrecevabilité, prononcée d'office, aucune irrégularité ne peut être soulevée pour la première fois en cause d'appel, à moins que celle-ci soit postérieure à la décision du premier juge.

Le projet de loi réduit les pouvoirs du juge judiciaire appelé à se prononcer sur l'opportunité du maintien en zone d'attente ou en rétention en lui interdisant d'examiner le moyen tiré d'une irrégularité qui serait antérieure à un précédent examen du dossier et qui n'aurait pas été soulevé devant le premier juge.

Autrement dit, le juge qui constaterait une irrégularité manifeste violant les droits de l'étranger devrait néanmoins feindre de ne pas la voir et s'interdire d'en faire le motif d'une mise en liberté et

ce, pour la seule raison que cette irrégularité n'avait pas été invoquée dès la comparution devant le juge précédent.

Cette disposition s'avérera particulièrement contraignante pour le juge d'appel, qui se verra ainsi empêché d'examiner des arguments nouveaux et dont la capacité à exercer un contrôle effectif et complet sur la régularité de la procédure sera donc sérieusement amputée. Elle constitue d'ailleurs 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 l'ensemble du litige (article 561 du Code de procédure civile) les parties pouvant invoquer des moyens nouveaux, produire de nouvelles pièces ou proposer de nouvelles preuves (art. 563 CPC).

Ce système dit de la « purge des nullités », spécifique aux procédures civiles, est sans précédent connu en ce qu'il s'appliquera, ici, dans une procédure mettant en jeu la liberté individuelle. Il s'avérera très pénalisant compte tenu du délai particulièrement bref dont dispose l'étranger pour organiser sa défense : toute irrégularité qui, dans l'urgence, n'aurait pas été repérée et invoquée devant le premier juge sera en effet inopérante, alors même que le juge d'appel serait parfaitement compétent pour la sanctionner.

Ce traitement procédural discriminatoire, au détriment des seuls étrangers, n'est instauré que pour faciliter la tâche de l'administration ; ce faisant, le projet de loi consacre un déséquilibre qui contrevient gravement aux principes du procès équitable.

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

b. Le juge ne pourra plus tenir compte des garanties de représentation offertes par l'étranger maintenu en zone d'attente.

- Voir chapitre I/D, p. 10 et 11

c. Le temps dont le juge dispose pour statuer sera dorénavant limité à vingt quatre heures.

CESEDA

L. 222-3 (art. 9 du projet de loi)

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. 552-1 (art. 37 du projet de loi)

Quand un délai ***de cinq jours*** s'est écoulé depuis la décision de placement en rétention, le juge des libertés et de la détention est saisi aux fins de prolongation de la rétention. ***Le juge statue dans les vingt-quatre heures*** de sa saisine par ordonnance au siège du tribunal de grande instance dans le ressort duquel se situe le lieu de placement en rétention de l'étranger, sauf exception prévue par voie réglementaire, après audition du représentant de l'administration, si celui-ci,

dûment convoqué, est présent, et de l'intéressé ou de son conseil, s'il en a un. L'étranger peut demander au juge des libertés et de la détention qu'il lui soit désigné un conseil d'office. Toutefois, si une salle d'audience attribuée au ministère de la justice lui permettant de statuer publiquement a été spécialement aménagée à proximité immédiate de ce lieu de rétention, il statue dans cette salle.

Le projet de loi fixe à 24h le délai dans lequel le JLD devra se prononcer sur le maintien en zone d'attente et en rétention, 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 de la rétention ou du maintien en zone d'attente.

d. Le juge sera empêché de tirer les conséquences de certaines irrégularités de la procédure.

CESESA

L. 222-3-1 (art. 10 du projet de loi)

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

L. 552-2-1 (art. 39 du projet de loi)

Une irrégularité n'entraîne la mainlevée de la mesure de rétention que si elle a eu pour effet de porter atteinte aux droits de l'étranger.

Le projet de loi introduit les articles L. 222-3-1 (pour la zone d'attente) et L. 552-2-1 (pour la rétention) qui disposent que seule une irrégularité « ayant eu pour effet de porter atteinte aux droits de l'étranger » est susceptible d'entraîner la mainlevée de la mesure de maintien en zone d'attente ou de rétention. Ce à quoi le Conseil d'État a ajouté que l'irrégularité invoquée devait au surplus présenter « un caractère substantiel ».

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 ou retenue en centre de rétention et ce, en introduisant une « hiérarchie » entre les irrégularités suivant qu'elles seraient substantielles ou formelles, et qu'elles porteraient atteinte ou non aux droits des étrangers.

Et il s'agit, du même coup, de donner satisfaction à l'administration, qui se plaint d'un contrôle des juges 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 JLD 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.* »

Cette nouvelle hiérarchie des causes de nullité de la procédure, selon la gravité supposée de leurs conséquences quant aux droits des étrangers, tend à faire oublier que les nullités susceptibles d'être invoquées par un étranger devraient toujours être considérées comme étant d'ordre public dès lors qu'elles sanctionnent des irrégularités qui font intrinsèquement grief : sont toujours en cause, en effet, des droits dont l'exercice touche à la liberté individuelle. 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 la perversité d'une telle disposition.

Celle-ci devrait 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.

On soulignera notamment que l'ajout, après l'examen du texte par le Conseil d'État, de l'exigence du caractère substantiel de l'irrégularité ne saurait avoir pour effet de rendre les droits de l'étranger théoriques ou illusoires au sens de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH). La CEDH considère en effet que : « la Convention ne visant pas à garantir des droits théoriques ou illusoires mais des droits concrets et effectifs, 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 [de la CESDH] 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 » (*Nedzela c. France*, 27 juillet 2006, n° 73695/01, § 48).

Si cette lecture positive de la jurisprudence européenne ne permettait pas d'écarter ces nouvelles conditions de mise en œuvre des nullités, il faudrait alors considérer 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, alignerait la procédure de rétention administrative sur le droit pénal, où il faut établir non seulement l'irrégularité, mais encore le grief qui en découle. Si tel est le cas, alors il s'agira d'une mission complètement impossible pour le retenu.

L'atteinte aux droits est au demeurant une notion éminemment subjective. Il suffira au juge ayant constaté l'irrégularité d'alléguer 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'établissait pas qu'il n'a pas pu le faire) pour prolonger la rétention.

Cette rédaction peut donc, à cet égard, apparaître extrêmement restrictive en ce qu'il serait nécessaire de démontrer non seulement 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 pas pu pallier les 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).

e. La suspension, à l'initiative du parquet, d'une décision de mise en liberté sera facilitée.

CESEDA

L. 222-6 (art. 11 du projet de loi)

L'ordonnance est susceptible d'appel devant le premier président de la Cour d'appel ou son délégué [..., voir p. 10]. 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 **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 contrairement 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. 552-10 (art. 44 du projet de loi)

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 lorsqu'il lui apparaît que l'intéressé ne dispose pas de garanties de représentation effectives ou en cas de menace grave pour l'ordre public. Dans ce cas, l'appel, accompagné de la demande qui se réfère à l'absence de garanties de représentation effectives ou à la menace grave pour l'ordre public, est formé dans un délai de **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 de donner à cet appel un effet suspensif, en fonction des garanties de représentation dont dispose l'étranger ou de la menace grave pour l'ordre public, par une ordonnance motivée rendue contrairement 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.
[...]

Le projet de loi fait passer 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 du 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 qui résulte déjà de ce que cet appel suspensif est réservé au seul procureur de la République.

NB : Il faut rappeler que si l'appel des ordonnances du JLD 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 JLD a refusé le maintien en zone d'attente ou en rétention. 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 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 l'article 6§1 CESDH et aux principes directeurs de transposition de la directive retour. La Cour de cassation a par exemple, sous la contrainte de la CESDH, 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).

f. Le juge sera tenu de prendre en compte les contraintes de l'administration et de considérer avec bienveillance les retards dans la notification ou l'exercice effectif des droits de la personne retenue.

CESEDA

L. 552-2 (art. 38 du projet de loi)

Le juge rappelle à l'étranger les droits qui lui sont reconnus et s'assure, d'après les mentions figurant au registre prévu à l'article L. 553-1 émargé par l'intéressé, que celui-ci a été, dans **les meilleurs délais possibles suivant la notification de la décision** de placement, pleinement informé de ses droits et placé en état de les faire valoir **à compter de son arrivée au lieu de rétention. Le juge tient compte des circonstances particulières liées notamment au placement en rétention d'un groupe d'étrangers pour l'appréciation des délais relatifs à la notification de la décision, à l'information des droits et à leur prise d'effet.** Il informe **l'étranger** des possibilités et des délais de recours contre toutes les décisions le concernant. L'intéressé est maintenu à la disposition de la justice, pendant le temps strictement nécessaire à la tenue de l'audience et au prononcé de l'ordonnance.

L'article 38 du projet de loi modifie l'article L. 552-2 pour préciser que le juge vérifiera, d'une part, que l'étranger a été pleinement informé de ses droits, non plus au moment même de la notification de son placement en rétention mais seulement « *dans les meilleurs délais possibles* » et, d'autre part, que l'étranger a été placé en état de faire valoir ces droits seulement « *à compter de son arrivée au lieu de rétention* ». Au surplus le juge sera contraint de tenir compte « *des circonstances particulières liées notamment au placement en rétention d'un groupe d'étrangers pour l'appréciation des délais relatifs à la notification de la décision, à l'information des droits et à leur prise d'effet* ».

Ces modifications font écho à celles de l'article L. 551-2.

CESEDA

L. 551-2 (art. 31 du projet de loi)

La décision de placement est prise par l'autorité administrative, après l'interpellation de l'étranger et, le cas échéant, à l'expiration de sa garde à vue, ou à l'issue de sa période d'incarcération en cas de détention. Elle est écrite et motivée. Un double en est remis à l'intéressé. **Elle prend effet à compter de sa notification à l'intéressé.** Le procureur de la République en est informé immédiatement.

L'étranger est informé dans une langue qu'il comprend et dans les meilleurs délais que, **à compter de son arrivée au lieu de rétention** il peut demander l'assistance d'un interprète, d'un conseil ainsi que d'un médecin. Il est également informé qu'il peut communiquer avec son consulat et avec une personne de son choix. Un décret en Conseil d'État précise, en tant que de besoin, les modalités selon lesquelles s'exerce l'assistance de ces intervenants.

Les meilleurs délais au sens de l'alinéa précédent s'entendent compte tenu du temps requis pour informer chaque étranger de ses droits lorsqu'un groupe d'étrangers doit être simultanément placé en rétention.

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

Ces nouvelles dispositions mettent les droits des retenus entre parenthèses pendant tout le temps nécessaire, selon la seule administration, à leur arrivée dans un centre de rétention et à la notification de leurs droits. Ce faisant, elles ne tirent aucune conséquence des errements passés de l'administration. Lors de la grande rafle dans la jungle de Calais (septembre 2009), la plupart des juridictions avaient censuré le comportement de la préfecture qui, de manière délibérée, avait choisi de disperser sur tout le territoire national plus de cent retenus. En l'espace de 48 heures, ils se sont retrouvés déportés à des centaines de kilomètres de leur lieu d'arrestation. Lors de la rafle de réfugiés syriens sur le littoral corse (janvier 2010), une même solution avait été retenue, visant à éloigner à l'autre bout du territoire français les étrangers arrêtés. Dans tous ces cas, qui concernaient plusieurs centaines de personnes, l'autorité judiciaire était unanime pour rappeler qu'il lui appartenait de veiller au respect des droits des retenus, en dépit des pratiques de l'administration.

Non seulement, en s'abstenant de traiter par la loi la question cruciale du choix du lieu de placement en rétention, le ministre ne tire aucune leçon de ces violations graves et répétées aux droits des étrangers, mais encore il autorise et encourage l'administration à récidiver : dorénavant, les droits essentiels du retenu (demander l'assistance d'un interprète, d'un conseil et d'un médecin) ne lui seront ouverts « qu'à compter de son arrivée au lieu de rétention ».

Il pourra seulement communiquer immédiatement « avec son ambassade et toute personne de son choix » (entendez : ses proches). La référence explicite à l'avocat et aux associations, qui ont la charge de lui permettre l'exercice de ses droits (notamment pendant les premières 48 heures de rétention, délai dans lequel un étranger peut formuler un recours contre la mesure d'expulsion) disparaît.

Concrètement, cela signifie que de nombreux étrangers, arrivés dans un centre de rétention de longues heures après leur placement théorique dans celui-ci, seront privés de leur droit de contester la mesure d'éloignement dont ils font l'objet. De plus, la privation de liberté durant le transfert de ces étrangers - qui pourra donc s'étendre pendant un temps indéterminé - est dépourvue de tout cadre juridique : ni le régime de la garde à vue, ni celui de la rétention administrative ne seront applicables. De fait ils ne seront donc plus protégés et plus titulaires d'aucuns droits.

Il n'est pas inutile de rappeler que le 17^e considérant de la directive « retour » précise pourtant que :

(cons. 17) Les ressortissants de pays tiers placés en rétention devraient être traités humainement et dignement dans le respect de leurs droits fondamentaux et conformément aux dispositions du droit national et du droit international. Sans préjudice de l'arrestation initiale opérée par les autorités chargées de l'application de la loi, régie par la législation nationale, la rétention devrait s'effectuer en règle générale dans des centres de rétention spécialisés.

Les dispositions du projet de loi vont à l'encontre de ce principe en ce qu'elles aboutissent à neutraliser l'exercice par les étrangers de leurs droits les plus élémentaires pendant la durée, indéterminée, de leur transfert entre les locaux de garde à vue et les centres de rétention.

Ce texte est par ailleurs à mettre en vis-à-vis des articles L. 221-2 et L. 221-4 relatifs aux « **situations d'urgence** » (« en cas de maintien en zone d'attente d'un groupe d'étrangers, la notification des droits s'opère dans les meilleurs délais » eu égard aux circonstances), qui restreint encore plus le temps pendant lequel les retenus peuvent exercer leurs droits.

CESEDA

L. 221-2 (art. 6 du projet de loi)

Lorsqu'il est manifeste qu'un groupe d'étrangers viennent vient d'arriver en France 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 proche

La restriction des droits pendant le transfert des personnes, y compris en « situation d'urgence », s'oppose frontalement à toute la jurisprudence issue des arrêts de la Cour de cassation du 31 janvier 2006, enjoignant au juge judiciaire de vérifier si l'étranger a été, dès son placement en rétention, mis en mesure d'exercer effectivement les droits qui lui sont reconnus. Dorénavant, l'essentiel des droits sera suspendu dans l'attente du transport et pendant le transport : impossibilité de voir un médecin, un avocat, une association, un interprète, bref impossibilité d'envisager le moindre acte juridique jusqu'à son arrivée au centre de rétention.

Se pose par ailleurs la question de savoir comment définir objectivement (obligation imposée par la directive) un « groupe » d'étrangers... Le changement rédactionnel entre la première version du projet de loi et celle qui a été présentée au conseil des ministres accentue l'arbitraire quant à la définition d'une situation d'urgence : ce n'est plus « un nombre important d'étrangers en situation irrégulière » mais « un groupe d'étrangers » : à partir de combien de personnes un groupe est constitué ? La latitude laissée à l'administration est dès lors plus importante.

Le projet de loi fait grand cas des **situations d'urgence** qui seraient caractérisées par l'arrivée massive d'étrangers sur les rivages français, pour en déduire que, dans ces circonstances, les procédures peuvent être allégées et les droits édulcorés. Ce n'est pourtant pas ce que prévoit la directive « retour » à son article 18 :

*(art. 18) : 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.***

Selon la directive, si les conditions de rétention peuvent être différentes, les procédures doivent rester les mêmes et leur gestion impliquera l'allongement des délais de traitement. Notons en outre qu'il s'agit d'une disposition non contraignante de la directive, de sorte que la France n'est pas obligée de la transposer. Si les États membres souhaitent faire application de cette disposition, les dérogations consenties par la directive (seuil minimal de garanties en Europe) ne peuvent concerner que les délais de contrôle juridictionnel accéléré et la rétention des familles.

Par ailleurs, la directive prévoit que les « situations urgentes » revêtent un caractère exceptionnel, qui ne permet de déroger que ponctuellement aux règles normales de traitement des étrangers en séjour irrégulier :

(art. 18) : ... 2. Lorsqu'il recourt à ce type de mesures exceptionnelles, l'État membre concerné en informe la Commission [européenne]. Il informe également la Commission dès que les motifs justifiant l'application de ces mesures ont cessé d'exister.

Le caractère exceptionnel de telles situations est souligné par le fait que l'État membre doit informer la Commission européenne lorsqu'il envisage de prendre des mesures dérogatoires. Il est donc légitime de s'interroger sur la constitutionnalité de l'instauration d'une dérogation permanente, inscrite dans la loi. Il semblerait plus conforme à la directive que l'État membre n'y déroge que de façon ponctuelle et au cas par cas.

On s'interrogera, enfin, sur la compatibilité du dispositif prévu par le projet de loi avec la directive « retour », selon laquelle :

(art. 18) : ... 3. 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.

B - Contentieux administratif

Sont ici étudiées les mesures d'éloignement (B-1) ainsi que la rétention administrative et l'assignation à résidence (B-2). Le traitement des mesures privatives de liberté dans l'étude du contentieux administratif découle des conséquences que l'édition de ces mesures fait subir à l'étranger en termes de délai de jugement. En effet, dès qu'un étranger est placé en rétention ou, en alternative à la rétention, en assignation à résidence (article L. 561-2 du CESEDA), le tribunal administratif doit statuer à juge unique et sans rapporteur public dans le délai de 72 heures. Ainsi, une double sanction est infligée à l'étranger privé de liberté : d'une part la restriction de son droit à aller et venir, d'autre part l'examen de la mesure d'éloignement et de bannissement par une juridiction d'exception.

Sont également analysées les garanties procédurales (B-3) dont bénéficie la personne frappée d'une mesure d'éloignement au regard de l'acquis communautaire.

Enfin, une critique (B-4) argumentée sur les buts affichés du projet clôt cette partie. Sur cet aspect comme sur bien d'autres, l'esprit du projet de loi est en effet de réduire les droits des étrangers et leurs possibilités d'accès à ces droits à travers la multiplication d'obstacles procéduraux. L'allongement de la durée de rétention et la multiplication des situations dans lesquelles un étranger peut faire l'objet d'une mesure de privation de liberté attestent de la volonté de faire de l'enfermement le mode normal de gestion des migrants. Le développement de l'assignation à résidence, ou d'obligations de pointage auprès des autorités de police, installe quant à lui un système de mise sous surveillance des étrangers en situation irrégulière.

B-1 Mesures d'éloignement issues du projet de loi

Dans le projet, le registre des mesures est sensiblement modifié, l'obligation de quitter le territoire devenant la mesure phare de l'éloignement.

a. L'arrêté de reconduite à la frontière

CESEDA

L. 533-1 (art. 49 du projet de loi)

L'autorité administrative compétente peut, par arrêté motivé, décider qu'un étranger sera reconduit à la frontière si, pendant la période de validité de son visa ou, s'il n'est pas soumis à l'obligation du visa, pendant un délai de trois mois suivant son entrée en France, le comportement de l'étranger a constitué une menace à l'ordre public ou si, pendant cette même durée, l'étranger a méconnu les dispositions de l'article L. 5221-5 du code du travail. Les dispositions de l'article L. 511-4, L. 512-1 à L. 512-3, du premier alinéa de l'article L. 512-4, du premier alinéa du I de l'article L. 513-1, des articles L. 513-2, L. 513-3, L. 514-1, L. 514-2 et L. 561-1 sont applicables aux mesures prises en application du présent article.

La possibilité de prendre un arrêté de reconduite motivé n'existe plus désormais que dans un cas marginal : lorsque, pendant la période de validité de son visa ou, s'il n'est pas soumis à l'obligation du visa, pendant un délai de trois mois suivant son entrée en France, l'étranger a eu un comportement constituant une menace à l'ordre public ou si, pendant cette même durée, l'étranger a méconnu les dispositions de l'article L. 5221-5 du code du travail, c'est-à-dire s'il a exercé une activité salariée sans avoir reçu une autorisation de travail. La nomenclature des mesures de reconduite, telle qu'elle est fixée, par exemple, par le nouvel article L. 776-1 du code de justice administrative, n'envisage en effet, sous l'intitulé d'arrêtés préfectoraux de reconduite à la frontière, que ceux pris sur le fondement de l'article L. 533-1.

Seuls deux autres APRF subsistent : L. 531-3 (étranger signalé au SIS) et L. 541-3 (étranger condamné à une ITF), immédiatement exécutoires mais susceptibles d'un référé-liberté.

b. L'obligation de quitter le territoire français - article L. 511-1-I

Dans le projet de loi, l'obligation de quitter le territoire français (OQTF) nouvelle manière ne frappe donc plus seulement les étrangers qui, ayant demandé la délivrance ou le renouvellement d'un titre de séjour, se seront vu opposer un refus ou ceux dont le titre de séjour aura été retiré, mais cinq catégories de situations :

CESEDA

L. 511-1 (art. 23 du projet de loi)

I. L'autorité administrative peut obliger à quitter le territoire français un étranger non ressortissant d'un État membre de l'Union européenne, d'un autre État partie à l'accord sur l'espace économique européen ou de la Confédération suisse et qui n'est pas membre de la famille d'un tel ressortissant au sens des 4° et 5° de l'article L. 121-1, lorsqu'il se trouve dans l'un des cas suivants :

1° Si l'étranger ne peut justifier être entré régulièrement **sur le territoire français**, à moins qu'il ne soit titulaire d'un titre de séjour en cours de validité ;

2° Si l'étranger 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 d'un délai de trois mois à compter de son entrée **sur le territoire** sans être titulaire d'un premier titre de séjour régulièrement délivré ;

3° *Si la délivrance ou le renouvellement d'un titre de séjour a été refusé à l'étranger ou si le titre de séjour qui lui avait été délivré lui a été retiré ;*

4° *Si l'étranger n'a pas demandé le renouvellement de son titre de séjour temporaire et s'est maintenu sur le territoire à l'expiration de ce titre ;*

5° *Si le récépissé de la demande de carte de séjour ou l'autorisation provisoire de séjour qui avait été délivré à l'étranger lui a été retiré ou si le renouvellement de ces documents lui a été refusé.*

La décision énonçant l'obligation de quitter le territoire français est motivée. Elle n'a pas à faire l'objet d'une motivation distincte de celle de la décision relative au séjour dans les cas prévus aux 3° et 5°, sans préjudice, le cas échéant, de l'indication des motifs pour lesquels il est fait application du II et du III.

L'obligation de quitter le territoire français fixe le pays à destination duquel l'étranger sera renvoyé en cas d'exécution d'office.

Comme le prévoit actuellement la loi, la mesure d'éloignement (OQTF) qui accompagne le refus de délivrance ou le retrait d'un titre de séjour, d'un récépissé de demande de titre ou d'une autorisation provisoire de séjour ne sont pas motivés, seule la décision énonçant le refus de délivrance ou de renouvellement ou le retrait d'un titre de séjour devant l'être. En l'état, le dispositif ne serait pas conforme à la directive « retour », dont l'article 12 §1 prévoit que « les décisions de retour (...) indiquent leurs motifs de fait et de droit ». La seule exception prévue par la directive à cet égard concerne la sauvegarde de la sécurité nationale ou la prévention d'infractions pénales.

Le délai de trente jours à compter de la notification pour mettre spontanément à exécution la mesure subsiste (c'est désormais le « délai de départ volontaire »), et l'administration a même le pouvoir, à titre exceptionnel, de le porter à soixante jours :

CESEDA

L. 511-1 (art. 23 du projet de loi)

II. Pour satisfaire à l'obligation qui lui a été faite de quitter le territoire français, l'étranger dispose d'un délai de trente jours à compter de sa notification et peut solliciter à cet effet un dispositif d'aide au retour dans son pays d'origine. Si nécessaire, eu égard à la situation personnelle de l'étranger, l'autorité administrative peut accorder à titre exceptionnel un délai de départ volontaire supérieure à trente jours.

[Voir le deuxième alinéa dans le cadre suivant]

Cette décision de prolonger le délai est totalement discrétionnaire, le projet de loi se bornant à évoquer « la situation personnelle de l'étranger » sans plus de précisions et ce au mépris de l'article 7§2 de la directive « retour ».

c. Le refus d'accorder un délai de départ volontaire - art L. 511-1-II

CESEDA

L. 511-1 (art. 23 du projet de loi)

II. [Voir le premier alinéa dans le cadre précédent]

Toutefois, l'autorité administrative peut, par une décision motivée, décider que l'étranger est obligé de quitter sans délai le territoire français :

a) Si le comportement de l'étranger constitue une menace pour l'ordre public ;

b) Si l'étranger s'est vu refuser la délivrance ou le renouvellement de son titre de séjour, de son récépissé de demande de carte de séjour ou de son autorisation provisoire de séjour au motif que sa demande était ou manifestement infondée ou frauduleuse ;

c) S'il existe un risque que l'étranger se soustraie à cette obligation. Ce risque est regardé comme établi, sauf circonstance particulière, dans les cas suivants :

1° Si l'étranger, qui ne peut justifier être entré régulièrement en France, n'a pas sollicité la délivrance d'un titre de séjour ;

2° Si l'étranger s'est maintenu sur le territoire français après l'expiration de la durée de validité de son visa ou, s'il n'est pas soumis à l'obligation du visa, à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de son entrée en France, sans avoir sollicité la délivrance d'un titre de séjour ;

3° Si l'étranger s'est maintenu sur le territoire français plus d'un mois après l'expiration de son titre de séjour, de son récépissé de demande de carte de séjour ou de son autorisation provisoire de séjour, sans en avoir demandé le renouvellement ;
4° Si l'étranger s'est soustrait à l'exécution d'une précédente mesure d'éloignement ;
5° Si l'étranger a contrefait, falsifié ou établi sous un autre nom que le sien un titre de séjour ou un document d'identité ou de voyage ;
6° Si l'étranger ne présente pas de garanties de représentation suffisantes, notamment parce qu'il ne peut justifier de la possession de documents d'identité ou de voyage en cours de validité, ou qu'il a dissimulé des éléments de son identité, ou qu'il n'a pas déclaré le lieu de sa résidence effective ou permanente, ou qu'il s'est précédemment soustrait aux obligations prévues par les articles L. 513-4, L. 552-4, L. 561-1 et L. 561-2 ;

L'autorité administrative peut faire application du deuxième alinéa du II lorsque le motif apparaît au cours du délai accordé en application du premier alinéa.

L'administration peut, dans certains cas limitativement énumérés, décider que l'étranger quittera immédiatement le territoire français. Cette décision doit être motivée. Et pour cause : elle est une des conditions qui permettent que soit prononcée une interdiction du territoire (que l'on peut sans crainte appeler « bannissement ») et aggrave la durée de cette interdiction (de deux à trois ans). Qui plus est, elle oblige l'étranger à déposer un recours dans les 48h de la notification de la décision. Or, certaines hypothèses prévues par le projet de loi justifiant l'édition d'une OQTF sans délai de départ volontaire sont contraires à la directive « retour ».

- *Les hypothèses de refus de délai de départ volontaire prévues par la directive « retour »*

L'article 7§4 de la directive est très précis : il liste les **3 hypothèses** dans lesquelles l'État peut s'abstenir d'accorder un délai :

- *Art. 7§4. S'il existe un risque de fuite, ou si une demande de séjour régulier a été rejetée comme étant manifestement non fondée ou frauduleuse, ou si la personne concernée constitue un danger pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sécurité nationale, les États membres peuvent s'abstenir d'accorder un délai de départ volontaire ou peuvent accorder un délai inférieur à sept jours.*

Il faut noter que la directive recourt fréquemment à des formules telles que « notamment », « en particulier », etc., qui ouvrent aux États une marge d'interprétation large quant aux modalités de sa transposition. L'article 7 de la directive, qui n'utilise pas ce procédé, doit au contraire être interprété comme manifestant la volonté du législateur communautaire d'encadrer étroitement les cas dans lesquels l'État peut supprimer le délai accordé à l'étranger pour quitter le territoire. En ajoutant des possibilités à une exception qui, comme toute exception doit s'entendre de manière limitative, le projet de loi est par conséquent contraire à ce que la jurisprudence communautaire désigne comme « l'économie générale des dispositions de la directive ».

Le projet de loi prévoit **8 hypothèses** qui permettent à l'administration de refuser le délai de départ volontaire. Il s'agit, pour les deux premiers cas des hypothèses envisagées par l'article 7 de la directive : la personne constitue un danger pour l'ordre public et la demande de séjour est manifestement non fondée ou frauduleuse.

- *Le « risque de fuite »*

Le troisième cas, décliné en six hypothèses, correspond à ce que la directive désigne comme le « risque de fuite ». Le projet de loi instaure une « présomption » de risque de fuite et définit plusieurs cas « objectifs » de ce risque. Les trois premiers cas sont très discutables :

- 1° Si l'étranger, qui ne peut justifier être entré régulièrement en France, **n'a pas sollicité la délivrance d'un titre de séjour** ;

On sait que les pratiques de certaines préfectures rendent parfois impossible le simple dépôt d'une demande de titre de séjour. Par exemple, la préfecture de Versailles n'accepte que trois dépôts de dossier par jour, tandis que d'autres préfectures - comme celle de Toulouse en matière de titre de séjour « étranger malade » jusqu'à ce qu'elle se fasse condamner par la justice administrative - refusent purement et simplement les dépôts de dossiers. Il y a tout lieu de craindre qu'un automatisme résulte, de fait, de cette énumération, bien que l'étude d'impact du projet de loi s'en défende.

Par ailleurs, il est abusif d'assimiler le « défaut de demande de titre » à un « risque de fuite », si les textes ne laissent aucun laps de temps à l'étranger pour préparer sa demande. Ainsi, beaucoup de demandeurs potentiels d'asile se trouvent dans la situation du 1°. Le risque de refoulement de personnes pouvant prétendre à une protection internationale est donc très important.

2° Si l'étranger s'est maintenu sur le territoire français après l'expiration de la durée de validité de son visa ou, s'il n'est pas soumis à l'obligation du visa, à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de son entrée en France, **sans avoir sollicité la délivrance d'un titre de séjour** ;

L'hypothèse prévue par le 2° laisse présager des situations ubuesques : ainsi lorsque l'étranger arrivé à l'expiration de son visa ne voudra pas demander de titre de séjour parce qu'il aura l'intention de rentrer dans son pays, mais que, pour des raisons diverses (problèmes de santé, de famille), il n'aura pas pu quitter le territoire en temps voulu. Il serait utile, à cet égard, de légiférer pour prévoir des possibilités d'extension de visa ; à défaut, certains étrangers sont aujourd'hui contraints à déposer des demandes de titre de séjour alors qu'ils n'auraient besoin que d'une prorogation de leur visa.

3° Si l'étranger s'est maintenu sur le territoire français plus d'un mois après l'expiration de son titre de séjour, de son récépissé de demande de carte de séjour ou de son autorisation provisoire de séjour, **sans en avoir demandé le renouvellement** ;

Assimiler l'absence de démarches en vue de régularisation à un risque de fuite est une interprétation exorbitante. L'exercice procède d'un raisonnement spéculaire, qui consiste à considérer que si un étranger n'a pas cherché à régulariser sa situation, il ne se soumettra pas volontairement à une mesure d'éloignement. Il s'agit d'un cas qui n'est pas prévu par la directive « retour ». Si le gouvernement souhaite légiférer sur le « risque de fuite », il est indispensable que le texte soit clair et que les cas de figure prévus correspondent à des situations objectives.

Par le caractère très large des « critères objectifs » retenus, le projet de loi conduit à systématiser la notion de « risque de fuite », en écartant l'appréciation au cas par cas prévue par la directive. Bien au contraire, un renversement de la charge de la preuve est instauré, et ce sera à l'étranger à démontrer dans un cadre excessivement restreint (« sauf circonstance exceptionnelle ») que le risque de fuite n'existe pas, ce qui revient à exiger de lui une preuve impossible.

La sixième hypothèse de présomption de risque de fuite est plus préoccupante encore :

6° Si l'étranger ne présente pas de garanties de représentation suffisantes, notamment parce qu'il ne peut justifier de la possession de documents d'identité ou de voyage en cours de validité [...] ;

En effet, elle ajoute une situation non prévue par la directive « retour » et laisse une latitude totale à l'arbitraire de l'administration pour édicter une mesure lourde de conséquences et particulièrement dure avec l'étranger car il n'est pas rare qu'un étranger n'ait pas de document de voyage ou d'identité **en cours de validité**, tout simplement parce qu'il n'a pas pu en obtenir le renouvellement en France (de nombreux consulats n'acceptent ce renouvellement qu'à condition que la personne soit en situation régulière). Il sera de surcroît toujours possible pour l'administration d'évoquer des garanties de représentation insuffisantes et ce sera extrêmement difficile pour un étranger d'apporter une preuve contraire. De plus, si l'administration « découvre » cette situation pendant le délai de

départ volontaire, elle peut supprimer le délai de départ volontaire avec toutes les conséquences que cela entraîne en termes procéduraux et d'interdiction de retour sur le territoire français.

- ***Conséquences procédurales du refus de délai de départ volontaire***

Bien que les nouvelles dispositions sur le refus d'accorder un délai de départ volontaire fassent penser que les OQTF non assorties du délai de départ volontaire (DDV) sont équivalentes aux anciens arrêtés préfectoraux de reconduite à la frontière (APRF), dans de nombreux cas, notamment chaque fois qu'un étranger est resté en France malgré un APRF ou une OQTF antérieurs, ou bien chaque fois que l'étranger a utilisé des faux papiers pour travailler, le préfet pourra lui refuser la délivrance ou le renouvellement de son titre de séjour en assortissant ce refus d'une OQTF à effet immédiat, ce qui n'était pas possible dans l'état du droit antérieur au projet de loi. Concrètement, dès que cet étranger aura eu notification de la décision préfectorale, il risque donc, s'il est contrôlé, de faire l'objet d'un placement en centre de rétention et de voir sa situation examinée par un juge unique dans un délai extrêmement court.

Il y a là une précarisation accrue de la situation des étrangers qui font les démarches nécessaires pour tenter d'obtenir un titre de séjour. Il semble bien que, dès lors que les situations envisagées sont caractérisées, l'administration pourra exercer un pouvoir discrétionnaire et quasiment arbitraire.

Par ailleurs, l'édition d'une OQTF sans délai oblige l'étranger à saisir le tribunal administratif dans les 48h suivant la notification de la décision. La brièveté du délai de recours n'est nullement justifiée par le projet de loi, ni par l'étude d'impact. En effet, comme pour les OQTF avec délai de départ volontaire, le tribunal en formation collégiale a trois mois pour statuer. Ce n'est qu'en cas de placement en rétention qu'il doit statuer dans les 72 heures. À moins de considérer que toute OQTF sans délai est automatiquement accompagnée d'un placement en rétention, la différence, s'agissant des délais de recours, entre l'OQTF sans délai et l'OQTF avec délai, porte une atteinte disproportionnée au droit à un procès équitable et à un recours effectif.

De plus, l'étranger doit se voir reconnaître le bénéfice des dispositions de l'article 24 de la loi du 12 avril 2000 faisant obligation à l'autorité administrative, préalablement à l'intervention des décisions devant être motivées en la forme par application de la loi du 11 juillet 1979 (ce qui est sans doute le cas des décisions envisageant une OQTF d'exécution immédiate, puisque les hypothèses dans lesquelles elles sont possibles sont limitativement énumérés), de mettre la personne intéressée à même de présenter des observations écrites et, le cas échéant, sur sa demande, des observations orales en ayant la faculté de se faire assister d'un conseil de son choix.

d. L'interdiction de retour dans le territoire français (bannissement) - article L. 511-1-III

Dernière innovation : l'interdiction de retour sur le territoire français (IRTF), dont l'administration peut assortir l'OQTF. Il s'agit de l'introduction en droit français d'une des dispositions les plus graves de la directive « retour ».

CESEDA

L. 511-1 (art. 23 du projet de loi)

III. L'autorité administrative peut, par une décision motivée, assortir l'obligation de quitter le territoire français d'une interdiction de retour sur le territoire français.

L'étranger à l'encontre duquel a été prise une interdiction de retour est informé qu'il fait l'objet d'un signalement aux fins de non-admission dans le système d'information Schengen, conformément à l'article 96 de la convention signée à Schengen le 19 juin 1990.

Lorsque l'étranger ne faisant pas l'objet d'une interdiction de retour s'est maintenu sur le territoire au-delà du délai de départ volontaire, l'autorité administrative peut prononcer une interdiction de retour pour une durée maximale de deux ans à compter de sa notification.

Lorsqu'aucun délai de départ volontaire n'a été accordé à l'étranger obligé de quitter le territoire français, l'autorité administrative peut prononcer l'interdiction de retour pour une durée maximale de trois ans à compter de sa notification.

Lorsqu'un délai de départ volontaire a été accordé à l'étranger obligé de quitter le territoire français, l'autorité administrative peut prononcer l'interdiction de retour, prenant effet à l'expiration du délai, pour une durée maximale de deux ans à compter de sa notification.

Lorsque l'étranger faisant l'objet d'une interdiction de retour s'est maintenu sur le territoire au-delà du délai de départ volontaire ou, ayant déféré à l'obligation de quitter le territoire français, y est revenu alors que l'interdiction de retour poursuit ses effets, l'autorité administrative peut prolonger cette mesure pour une durée maximale de deux ans.

L'interdiction de retour et sa durée sont décidées par l'autorité administrative en tenant notamment compte de la durée de présence de l'étranger sur le territoire français, de la nature et de l'ancienneté de ses liens avec la France, de la circonstance qu'il a déjà fait l'objet ou non d'une mesure d'éloignement, et de la menace pour l'ordre public que représente sa présence sur le territoire français.

Lorsque l'étranger sollicite l'abrogation de l'interdiction de retour, sa demande n'est recevable que s'il justifie résider hors de France. Cette condition ne s'applique pas :

1° Pendant le temps où l'étranger purge en France une peine d'emprisonnement ferme ;

2° Lorsque l'étranger fait l'objet d'une mesure d'assignation à résidence prise en application des articles L. 561-1 ou L. 561-2.

Lorsqu'un étranger faisant l'objet d'une obligation de quitter le territoire français avec délai de départ volontaire assortie d'une interdiction de retour justifie avoir satisfait à cette obligation dans les délais impartis, au plus tard deux mois suivant l'expiration de ce délai de départ volontaire, cette interdiction de retour est abrogée. Toutefois, par décision motivée, l'autorité administrative peut refuser cette abrogation au regard de circonstances particulières tenant à la situation et au comportement de l'intéressé.

Avec cette « double peine administrative », il s'agit d'instituer un véritable bannissement des étrangers de l'ensemble du territoire européen : tout étranger qui fait l'objet d'une mesure d'éloignement est susceptible d'être frappé par une interdiction de retour (allant de 2 à 5 ans).

Aucun dispositif ne permet de protéger du bannissement certaines catégories d'étrangers qui ont pourtant vocation à séjourner en France. Un exemple permet de mesurer la gravité de cette lacune. Une application mécanique du projet de loi, tel qu'il est rédigé, permettrait de prononcer une OQTF assortie d'un bannissement à l'encontre d'un étranger marié avec un Français si l'étranger n'est pas entré régulièrement sur le territoire français. Si le texte est adopté tel quel, le conjoint d'un Français pourrait être éloigné sans espoir de revenir rejoindre son époux(se) pendant au minimum 2 ans.

Cette mesure est laissée à la discrétion des préfetures. Il y a donc fort à craindre qu'elle ne devienne en réalité systématique alors que ses conséquences sont très graves pour les étrangers concernés. La mention du fait que l'administration devra tenir compte de la durée de présence sur le territoire, de la nature et de l'ancienneté des liens avec la France de l'étranger, de la circonstance d'une mesure d'éloignement préalable et de la menace à l'ordre public que représente l'étranger, n'est pas un cadre législatif suffisant permettant de protéger effectivement des étrangers ayant vocation à recevoir de plein droit un titre de séjour. La formulation vague des éléments que l'administration doit examiner avant de prononcer un bannissement, permet d'affirmer qu'en pratique il sera très difficile de contester une telle interdiction de retour sur le territoire.

La directive « retour » exclut, sous certaines conditions, la possibilité de prononcer une interdiction de retour contre des personnes victimes de la traite des êtres humains ou qui ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine et qui coopèrent avec les autorités (article 11, § 3, 2^e alinéa). Cette

limitation n'est pas reprise par le projet de loi. On doit donc considérer que la transposition n'est pas suffisante.

Le projet de loi prévoit que l'étranger qui a respecté l'obligation de quitter le territoire avec délai de départ volontaire et qui en justifie dans les deux mois de son départ peut voir abroger l'IRTF dont il est frappé. En imposant que la demande d'abrogation soit déposée dans ce délai « raisonnable » de deux mois, le projet excède le cadre de la directive qui, elle, ne prévoit aucune limite, et diminue les droits des étrangers frappés de bannissement.

Le projet de loi prévoit que l'étranger qui s'est maintenu au-delà du délai de départ volontaire peut être frappé d'une IRTF, sans que cette possibilité soit tempérée s'il a saisi une juridiction d'une contestation de l'OQTF. Cette absence de prise en compte de l'introduction d'un recours est contraire à l'esprit de la directive « retour » qui prévoit que l'exécution de l'éloignement est suspendue pendant la procédure de recours (articles 9§1 b et 13 de la directive).

Enfin, le projet ne prévoit pas de mécanisme d'annulation de l'inscription de l'étranger frappé d'une IRTF au SIS (système d'information Schengen) lorsque celle-ci aura été abrogée ou annulée. On sait pourtant que l'inscription dans ce fichier se traduit par l'impossibilité (du moins dans le moyen terme) d'obtenir un visa ou un titre de séjour dans n'importe quel pays européen et par une mesure d'expulsion automatique en cas de contrôle dans l'espace Schengen.

Par ailleurs, la reconduite d'office de l'étranger frappé d'une interdiction de retour, prévue par le I de l'article L. 513-1, semble, en substance, assimilable à l'exécution d'une interdiction du territoire français judiciaire (voir l'article L. 513-1, p. 39).

B-2 Dispositions affectant la liberté des étrangers : rétention administrative, assignation à résidence et garanties d'éloignement

a. Sur le fait que la rétention administrative est considérée par la directive « retour » comme le dernier recours possible en vue de garantir l'éloignement

On constate que le projet de loi, censé transposer le dispositif qu'organise la directive retour, est loin d'en respecter les aspects qui vont dans le sens d'une meilleure garantie des droits des étrangers.

À propos de la rétention, l'article 15§1 de la directive « retour » dispose :

À moins que d'autres mesures suffisantes, mais moins coercitives, puissent être appliquées efficacement dans un cas particulier, les États membres peuvent uniquement placer en rétention le ressortissant d'un pays tiers qui fait l'objet de procédures de retour afin de préparer le retour et/ou de procéder à l'éloignement, en particulier lorsque :

- a) il existe un risque de fuite, ou*
- b) le ressortissant concerné d'un pays tiers évite ou empêche la préparation du retour ou de la procédure d'éloignement.*

La directive définit ainsi de manière exhaustive les motifs du placement en rétention. Contrairement à ce que soutient le gouvernement dans l'exposé des motifs du projet de loi, le placement en rétention ne peut être justifié par une « menace pour l'ordre public ».

Comme le prévoit déjà la loi française, la rétention ne peut être maintenue que pendant le temps strictement nécessaire à l'éloignement (article L. 554-1 du CESEDA). Ce qui est rappelé ainsi que suit par la directive :

Toute rétention est aussi brève que possible et n'est maintenue qu'aussi longtemps que le dispositif d'éloignement est en cours et exécuté avec toute la diligence requise.

Toutefois, la directive précise à l'article 15§4 que :

*Lorsqu'il apparaît qu'il n'existe plus de **perspective raisonnable d'éloignement** pour des considérations d'ordre juridique ou autres ou que les conditions énoncées au paragraphe 1 ne sont plus réunies, la rétention ne se justifie plus et la personne concernée est immédiatement remise en liberté.*

Ainsi, la directive stipule que lorsque des mesures moins coercitives sont possibles, ou s'il n'existe plus de risque de fuite, ou si l'étranger coopère pleinement avec les autorités, la personne doit être remise en liberté. Mieux : même si un risque de fuite existe et que la rétention est la seule option pour garantir un éloignement, la personne doit être remise en liberté si cet éloignement n'est raisonnablement pas possible, pour des motifs juridiques (risques de traitement inhumains et dégradants conformément à l'article 3 de la CESDH par exemple) ou autres (absence de coopération des autorités consulaires ou absence de représentation consulaire – la Somalie par exemple). Autrement, la rétention revêtirait un caractère pénal.

La Cour de justice de l'Union européenne s'est déjà prononcée sur l'interprétation du paragraphe 4 de l'article 15 dans l'arrêt Kadzoev du 30 novembre 2009 affaire n° C-357/09. Selon cette jurisprudence il est nécessaire « *au moment du réexamen de la légalité de la rétention par la juridiction nationale, [qu']apparaisse [...] une réelle perspective que l'éloignement puisse être mené à bien eu égard aux délais fixés à l'article 15, paragraphes 5 et 6, de la directive 2008/115 [(32 jours voire 45 jours si le projet de loi est adopté)...]. Ainsi, une perspective raisonnable d'éloignement n'existe pas lorsqu'il paraît peu probable que l'intéressé soit accueilli dans un pays tiers eu égard auxdits délais* ». Or le projet de loi ne comporte aucune disposition en vue de transposer cette obligation de remise en liberté stipulée à l'article 15§4.

Par application du considérant 12 de la directive retour, une autorisation provisoire de séjour devrait alors être remise aux étrangers dont il n'existe pas de perspective raisonnable d'éloignement. Il indique en effet :

Cons. 12 : Il convient de régler la situation des ressortissants de pays tiers qui sont en séjour irrégulier, mais qui ne peuvent pas encore faire l'objet d'un éloignement. Leurs besoins de base devraient être définis conformément à la législation nationale. Afin d'être en mesure de prouver leur situation spécifique en cas de vérifications ou de contrôles administratifs, ces personnes devraient se voir délivrer une confirmation écrite de leur situation. Les États membres devraient avoir une grande latitude pour déterminer la forme et le modèle de la confirmation écrite et devraient également être en mesure de l'inclure dans les décisions liées au retour adoptées au titre de la présente directive.

Il sera également souligné que la nouvelle rédaction de l'article L. 551-1 par le projet de loi n'envisage que l'assignation à résidence comme seule mesure alternative à la rétention, alors que la directive prévoit une panoplie de mesures moins coercitives, telles que la remise du passeport aux autorités administratives, la simple obligation de pointage sans obligation de garder domicile, l'indication des démarches effectuées en vue du départ, etc.

b. Non respect de la jurisprudence de la CEDH

Par ailleurs, la rédaction du premier alinéa de l'article L. 551-2 du CESEDA n'en modifie pas le sens :

CESEDA

L. 551-2 (art. 31 du projet de loi)

La décision de placement est prise par l'autorité administrative, après l'interpellation de l'étranger et, le cas échéant, à l'expiration de sa garde à vue, ou à l'issue de sa période d'incarcération en cas de détention. Elle est écrite et motivée. Elle prend effet à compter de sa notification à l'intéressé. Le procureur de la République en est informé immédiatement.

Dans son récent arrêt *Medvedyev II* (29 mars 2010), la CEDH estime que ces dispositions sont contraires à l'article 5 de la CESDH, dans la mesure où ce texte impose que toute personne arrêtée doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires – **à l'exclusion du ministère public**. Comme l'ont notamment souligné le Syndicat des avocats de France et l'Ordre des avocats des Paris, il résulte de cette décision que l'arrestation d'une personne, son placement en garde à vue et le prolongement de cette mesure ne peuvent s'envisager que sous le contrôle d'un juge du siège. Le même raisonnement peut être appliqué au placement en rétention, alors que seul le procureur est informé immédiatement, le contrôle du Juge des libertés et de la détention n'intervenant qu'après un délai de 5 jours.

c. Sur l'allongement de la durée de la rétention jusqu'à un maximum de 45 jours au lieu de 32 jours

CESEDA

L. 552-1 (art. 37 du projet de loi)

*Quand un délai de **cinq jours** s'est écoulé depuis la décision de placement en rétention, le juge des libertés et de la détention est saisi aux fins de prolongation de la rétention. **Le juge statue dans les vingt-quatre heures de sa saisine** par ordonnance au siège du tribunal de grande instance dans le ressort duquel se situe le lieu de placement en rétention de l'étranger, sauf exception prévue par voie réglementaire, après audition du représentant de l'administration, si celui-ci, dûment convoqué, est présent, et de l'intéressé ou de son conseil, s'il en a un. L'étranger peut demander au juge des libertés et de la détention qu'il lui soit désigné un conseil d'office. Toutefois, si une salle d'audience attribuée au ministère de la justice lui permettant de statuer publiquement a été spécialement aménagée à proximité immédiate de ce lieu de rétention, il statue dans cette salle.*

L. 552-7 (art. 41 du projet de loi)

*Quand un délai de **vingt jours** s'est écoulé depuis l'expiration du délai de cinq jours mentionné à l'article L. 552-1 et en cas d'urgence absolue ou de menace d'une particulière gravité pour l'ordre public, ou lorsque l'impossibilité d'exécuter la mesure d'éloignement résulte de la perte ou de la destruction des documents de voyage de l'intéressé, de la dissimulation par celui-ci de son identité ou de l'obstruction volontaire faite à son éloignement, le juge des libertés et de la détention est à nouveau saisi.*

Le juge peut également être saisi lorsque, malgré les diligences de l'administration, la mesure d'éloignement n'a pu être exécutée en raison du défaut de délivrance des documents de voyage par le consulat dont relève l'intéressé ou de l'absence de moyens de transport, et qu'il est établi par l'autorité administrative compétente, que l'une ou l'autre de ces circonstances doit intervenir à bref délai. Il peut également être saisi aux mêmes fins lorsque la délivrance des documents de voyage est intervenue trop tardivement, malgré les diligences de l'administration, pour pouvoir procéder à l'exécution de la mesure d'éloignement dans le délai de vingt jours prescrit **au premier alinéa**.

[Ce paragraphe est l'ancien article L. 552-8, 1^{er} alinéa]

*Le juge statue par ordonnance dans les conditions prévues aux articles L. 552-1 et L. 552-2. S'il ordonne la prolongation de la rétention, l'ordonnance de prolongation court à compter de l'expiration du délai de **vingt jours** mentionné à l'alinéa précédent au premier alinéa, et pour une nouvelle période d'une durée maximale de **vingt jours**. Les dispositions de l'article L. 552-6 sont applicables.*

Ainsi que le démontrent notamment les rapports de la Cimade, une rétention supérieure à 10 jours se solde en général par la libération du retenu. Le rapport de M. Pierre Bernard-Reymond, sénateur

UMP, sur la rétention administrative publié le 3 juillet 2009 constate que « moins d'une mesure d'éloignement forcé sur cinq est aujourd'hui effectuée » et que « l'allongement de la durée de rétention n'apparaît plus, en règle générale, comme un moyen d'améliorer l'efficacité du système alors que son coût n'est pas négligeable ». De sorte que la proposition d'allonger le délai de rétention de 32 à 45 jours est abusive et infondée. Elle ne correspond de surcroît pas à ce qui est en principe la définition même de la rétention administrative : une privation de liberté la plus courte possible ne visant qu'à l'organisation de l'éloignement de l'étranger. L'introduction par le gouvernement de ce nouvel allongement de la durée de rétention traduit un changement de nature de cette mesure : l'enfermement, par nature traumatisant, se transforme peu à peu en une mesure répressive et devient un moyen de mise à l'écart d'étrangers considérés comme indésirables.

De plus, alors que le délai de rétention s'allonge considérablement, le juge ne peut toujours pas moduler la durée pour l'adapter aux nécessités d'une situation donnée ce qui est contraire à l'esprit de la directive. En effet, selon son article 15§5 :

La rétention est maintenue aussi longtemps que les conditions énoncées au paragraphe 1 sont réunies et qu'il est nécessaire de garantir que l'éloignement puisse être mené à bien.

Enfin, alors que la directive stipule que la première période de rétention ne peut être prolongée une deuxième fois que dans deux hypothèses (article 15§6) :

- le manque de coopération de l'étranger et les
- retards subis pour obtenir de pays tiers les documents nécessaires,

le projet de loi y ajoute :

- l'urgence absolue (sans que celle-ci soit définie),
- une menace d'une particulière gravité pour l'ordre public,
- la perte des documents de voyage par l'intéressé,
- l'absence de moyens de transport.

Ces dispositions sont en contradiction directe avec la directive retour et devront être supprimées.

d. Rétention des mineurs

Par principe, l'enfermement de mineurs devrait être proscrit et ce par respect de l'intérêt supérieur de l'enfant, nonobstant le fait que la directive « retour » l'autorise. Encore une fois, des mesures moins coercitives que le placement en rétention pourraient être adoptées par l'administration lorsque les adultes qu'elle projette d'éloigner ont des mineurs à leur charge.

Avec cette réserve de principe, il sera noté que l'article 17 sur la rétention des familles et des mineurs de la directive retour stipule :

1. *Les mineurs non accompagnés et les familles comportant des mineurs ne sont placés en rétention **qu'en dernier ressort et pour la période appropriée la plus brève possible.***
2. *Les familles placées en rétention dans l'attente d'un éloignement disposent d'un lieu d'hébergement séparé qui leur garantit une intimité adéquate.*
3. *Les mineurs placés en rétention ont la possibilité de pratiquer des activités de loisirs, y compris des jeux et des activités récréatives adaptés à leur âge, **et ont, en fonction de la durée de leur séjour, accès à l'éducation.***

La lecture du rapport du Contrôleur général des lieux de privation de liberté pour l'année 2009 (page 194), permet d'affirmer qu'il n'est pas certain que les centres de rétention administrative qui accueillent des familles garantissent systématiquement « un lieu d'hébergement séparé qui leur garantit une intimité adéquate ». De même, actuellement, aucun mineur placé en rétention en France n'a accès à l'éducation.

e. Assignation à résidence

Les articles L. 561.1 et L. 561.2 du projet de loi sont nouveaux ; les anciens articles portant ces numéros sont décalés (art. L. 571-1 et L. 571-2).

CESEDA

L. 561-2 (art. 33 du projet de loi)

Dans les cas prévus à l'article L. 551-1, l'autorité administrative peut également prendre une décision d'assignation à résidence à l'égard de l'étranger pour lequel l'exécution de l'obligation de quitter le territoire demeure une perspective raisonnable et n'est reportée que pour des motifs techniques tenant à l'absence d'identification, de documents de voyage ou de moyens de transport, et qui présente des garanties de représentation effectives propres à prévenir le risque mentionné au II de l'article L. 511-1 qu'il se soustraie à cette obligation. Les trois derniers alinéas de l'article L. 561-1 [voir le cadre suivant] sont alors applicables, sous réserve de la durée maximale de l'assignation, qui ne peut excéder une durée de 45 jours, renouvelable une fois.

L'article L. 561-2 prévoit la possibilité de l'administration d'assigner à résidence en alternative à la rétention administrative, peut laisser penser à un traitement plus favorable pour l'étranger. On peut toutefois craindre que l'administration fasse un usage excessif de l'assignation à résidence dans le but de continuer à placer sous surveillance des étrangers sans s'encombrer des formalités et du respect des droits que représente le placement en rétention administrative d'une personne.

L'apparition de cette disposition libère le pouvoir coercitif de l'administration, puisque l'étranger qui se verra assigner à résidence par l'administration (et non par le juge judiciaire) pourra voir cette mesure prononcée pour une durée maximale de 90 jours (contre 40 jours par le juge judiciaire). C'est pourquoi il n'est pas à exclure qu'elle soit prise par l'administration de manière totalement gratuite, dans des hypothèses où celle-ci préfère aujourd'hui laisser l'étranger revenir chez lui à l'issue d'une garde à vue.

Le recours par l'administration à cette modalité de restriction de liberté n'est pas anodin : un placement en assignation à résidence en vertu de l'article L. 561-2 du CESEDA entraîne automatiquement la mise en place d'un examen à juge unique, sans rapporteur, et dans le délai de 72 heures de la contestation de l'OQTF, du refus de délai de départ volontaire et de l'interdiction de retour, alors que l'assignation à résidence peut être prononcée pour un délai de 45 jours renouvelable une fois.

Le passage à une justice d'exception en cas d'édiction d'une mesure d'assignation à résidence est disproportionné. Les étrangers soumis à cette restriction de liberté devraient bénéficier du même régime de contentieux administratif que ceux qui disposent de toute leur liberté. L'urgence imposée par la rétention administrative, privative de liberté, qui justifie que le juge administratif soit tenu de statuer dans un délai très bref, n'existe nullement en matière d'assignation à résidence. Ce n'est que dans l'hypothèse d'un placement en rétention administrative, et lorsque l'administration démontre la réunion des conditions nécessaires à l'éloignement effectif d'un étranger, que le tribunal devrait statuer dans un délai abrégé de 72h.

Par contre, en tant qu'elle emporte une restriction importante à la liberté d'aller et de venir, l'assignation à résidence devrait être soumise à un recours dont il doit être statué à bref délai.

CESEDA

L. 561-1 (art. 33 du projet de loi)

Lorsque l'étranger justifie être dans l'impossibilité de quitter le territoire français ou ne peut ni regagner son pays d'origine, ni se rendre dans aucun autre pays, l'autorité administrative peut, jusqu'à ce qu'existe une perspective raisonnable d'exécution de son obligation, l'autoriser à se maintenir provisoirement sur le territoire français en l'assignant à résidence, par dérogation aux dispositions de l'article L. 551-1, dans les cas suivants :

1° Si l'étranger fait l'objet d'une obligation de quitter le territoire français sans délai ou si le délai de départ volontaire qui lui a été accordé est expiré ;

2° Si l'étranger doit être remis aux autorités d'un État membre de l'Union européenne en application des articles L. 531-1 ou L. 531-2 ;

3° Si l'étranger doit être reconduit à la frontière en application de l'article L. 531-3 ;

4° Si l'étranger doit être reconduit à la frontière en exécution d'une interdiction de retour ;

5° Si l'étranger doit être reconduit à la frontière en exécution d'une interdiction du territoire prévue au deuxième alinéa de l'article 131-30 du code pénal.

La décision d'assignation à résidence est motivée. Elle peut être prise pour une durée maximale de six mois, et renouvelée une fois ou plus dans la même limite de durée, par une décision également motivée. Par exception, cette durée ne s'applique ni aux cas visés au 5° du présent article ni à ceux des articles L. 523-3 à L. 523-5 du présent code.

L'étranger, astreint à résider dans les lieux qui lui sont fixés par l'autorité administrative, doit se présenter périodiquement aux services de police ou aux unités de gendarmerie. L'autorité administrative peut prescrire à l'étranger la remise de l'original de son passeport ou de tout document justificatif de son identité dans les conditions prévues à l'article L. 611-2.

Le non-respect des prescriptions liées à l'assignation à résidence est sanctionné dans les conditions prévues à l'article L. 624-4. »

L'assignation à résidence prévue par l'article L. 561-1 du projet de loi est d'application plus restrictive que celle prévue par l'article L. 561-2. L'étranger a la charge de démontrer qu'il ne peut pas quitter le territoire (par exemple s'il est hospitalisé) ou qu'il ne peut retourner dans son pays (par exemple scénario type « séisme en Haïti »). L'étranger peut alors être assigné à résidence pendant une durée maximale d'un an (six mois renouvelables une fois). Il s'agit là d'une restriction à une liberté fondamentale (celle d'aller et de venir) qui est disproportionnée dans le temps.

La motivation de cet article est critiquable. Selon l'exposé des motifs, « *il assure la transposition des articles 9⁴ et paragraphe 2⁵ de l'article 14 de la directive « retour » qui prévoient le report de l'éloignement dans le cas où l'étranger est dans l'impossibilité de quitter le territoire national. Il ne s'agit pas là d'une impossibilité immédiate liée à l'absence momentanée d'un moyen de transport ou du défaut de document de circulation mais d'une **impossibilité à moyen ou long terme**. Dans ces cas, conformément aux dispositions du paragraphe 3⁶ de l'article 9, l'étranger peut être assigné à résidence.* »

La directive **impose** bien le report de l'éloignement dans les situations considérées par l'article 9 § 1. L'État membre doit donc transposer d'une façon efficace cette obligation. C'est la moindre des

4 Article 9 : Report de l'éloignement

1. Les États membres reportent l'éloignement:

- a) dans le cas où il se ferait en violation du principe de non-refoulement, ou
- b) tant que dure l'effet suspensif accordé conformément à l'article 13, paragraphe 2.

2. Les États membres peuvent reporter l'éloignement pour une période appropriée en tenant compte des circonstances propres à chaque cas. Ils prennent en compte notamment :

- a) l'état physique ou mental du ressortissant d'un pays tiers ;
- b) des motifs d'ordre technique, comme l'absence de moyens de transport ou l'échec de l'éloignement en raison de l'absence d'identification.

3. Si l'éloignement est reporté conformément aux paragraphes 1 et 2, les obligations prévues à l'article 7, paragraphe 3, peuvent être imposées au ressortissant concerné d'un pays tiers.

5 Les États membres **confirment par écrit** aux personnes visées au paragraphe 1, conformément à la législation nationale, que le délai de départ volontaire a été prolongé conformément à l'article 7, paragraphe 2, ou que la décision de retour ne sera temporairement pas exécutée.

6 Les obligations prévues (en référence au §3 de l'article 7) sont :

Certaines obligations visant à éviter le risque de fuite, comme les obligations de se présenter régulièrement aux autorités, de déposer une garantie financière adéquate, de remettre des documents ou de demeurer en un lieu déterminé, peuvent être imposées [...].

choses, puisque sont évoqués le risque de refoulement contraire au droit d'asile, et l'effet suspensif du recours contre une mesure d'éloignement. Le report est donc la garantie de la protection des réfugiés et de l'efficacité des recours contre les mesures d'éloignement.

Mais la directive n'impose nullement aux États d'assigner à résidence les personnes dont l'éloignement est reporté. Il s'agit d'une faculté. Le gouvernement a pourtant le loisir de choisir dans la panoplie des mesures que les États peuvent mettre en place dans le but d'éviter les risques de fuite lors du report d'une mesure d'éloignement, parmi lesquelles on trouve des mesures moins coercitives, comme par exemple le pointage régulier auprès des autorités de police ou la remise des documents de voyage (*cf supra*). Ainsi, considérer l'assignation à résidence comme la seule alternative en cas de report de l'éloignement est une mesure excessive.

En second lieu, la faculté d'imposer l'assignation à résidence à des demandeurs d'asile ou réfugiés statutaires reconnus par d'autres pays que la France, ou aux étrangers qui décident d'exercer un recours contre l'OQTF, peut être interprétée comme une mesure disproportionnée sanctionnant l'exercice d'un droit et devrait donc être interdite.

f. Justice d'exception pour l'étranger privé de liberté

Enfin, il est nécessaire d'attirer l'attention sur la conséquence, en termes de contentieux administratif, qu'entraîne le prononcé d'une décision de rétention administrative ou d'assignation à résidence : l'étranger frappé de cette privation de liberté devra être soumis à une justice d'exception - la « double peine administrative ».

CESEDA

L. 512-1 (art. 34 du projet de loi)

I. [voir p. 40]

II. L'étranger qui fait l'objet d'une obligation de quitter le territoire sans délai peut demander au président du tribunal administratif l'annulation de cette décision dans les quarante-huit heures suivant sa notification par voie administrative. Le même recours en annulation peut être également dirigé contre la décision relative au séjour et la décision refusant un délai de départ volontaire, ainsi que contre la décision mentionnant le pays de destination et la décision d'interdiction de retour sur le territoire français qui l'accompagnent le cas échéant.

Il est statué sur ce recours selon la procédure et dans les délais prévus au I.

Toutefois si l'étranger est retenu ou assigné à résidence en application de l'article L. 561-2, il est statué selon la procédure et dans les délais prévus au III.

III. [voir p. 38]

En effet, la rétention administrative ou l'assignation à résidence entraînent l'examen de la requête contre l'OQTF, le refus de délai de départ et d'interdiction du territoire par un juge unique, sans l'intervention du rapporteur public, qui aura un délai de 72 heures pour statuer (voir l'article L. 512-1 III).

Les conséquences d'une telle restriction des garanties normales de la procédure administrative, justifiées par l'urgence liée à la privation de liberté, devraient à tout le moins être tempérées en cas d'annulation de la rétention administrative ou de l'assignation à résidence avec un retour aux délais et procédures normaux. Le juge de l'urgence devrait ainsi d'abord examiner la légalité du placement en rétention ou l'assignation à résidence, son annulation devant le conduire à renvoyer l'examen de la légalité de l'OQTF, du refus de délai de départ et de l'interdiction du territoire à la formation collégiale. De façon identique, si la rétention est annulée par le juge judiciaire, la saisine du juge unique devrait devenir caduque. Ceci dans le respect des principes d'une procédure équitable et d'un recours effectif tels que garantis par la CESDH et la Charte des droits fondamentaux de l'UE (la Charte).

g. Mesures destinées à assurer le départ de l'étranger

CESEDA

L. 512-5 (art. 34 du projet de loi)

L'étranger qui fait l'objet d'une obligation de quitter le territoire français peut solliciter un dispositif d'aide au retour dans son pays d'origine, sauf s'il a été placé en rétention.

L'étranger placé en rétention ne peut bénéficier de l'aide au retour, ce qui peut sembler logique. Mais aucune disposition ne prévoit d'aide au retour pour l'étranger dont la rétention a été annulée. Cet article devrait être mieux rédigé.

CESEDA

L. 513-4 (art. 29 du projet de loi)

L'étranger auquel un délai de départ volontaire a été accordé en application du II de l'article L. 511-1 peut, dès la notification de l'obligation de quitter le territoire français, être astreint à se présenter à l'autorité administrative ou aux services de police ou aux unités de gendarmerie, notamment pour y indiquer ses diligences dans la préparation de son départ.

Un décret au Conseil d'État prévoit les modalités d'application du présent article.

Cette nouvelle disposition participe également à la création d'un dispositif de contrôle et de surveillance des étrangers faisant l'objet d'une mesure d'éloignement, alors qu'un délai de départ volontaire leur est accordé. L'étranger peut avoir à se présenter « pour indiquer ses diligences dans la préparation de son départ ». Cet article transpose l'article 7§3 de la directive retour qui ne prévoit pas que l'étranger doive faire un rapport à chaque fois qu'il se présente. Dans la directive, la justification de ce type de mesure est de prévenir le risque de fuite. Mais le projet de loi va plus loin, car le simple fait de se présenter démontre qu'on n'a pas pris la fuite.

h. Garanties procédurales : procès équitable, recours effectif, aide juridictionnelle

Procès équitable

Le lecteur pourra se référer aux critiques portées aux dispositions du projet de loi sur le contentieux judiciaire, qui portent atteinte à l'égalité des armes entre les parties et limitent arbitrairement les pouvoirs de contrôle du juge judiciaire.

En matière de contentieux administratif, se pose la question du caractère équitable de la procédure en urgence lorsqu'un étranger est placé en rétention ou assigné à résidence en mesure alternative à la rétention. En effet, par la seule circonstance de l'édition par l'administration de ces mesures restrictives à la liberté, une dichotomie s'opère dans le régime procédural : juge unique et procédure accélérée alors que les enjeux en termes de vie privée et familiale, respect du droit d'asile et sauvegarde de l'intégrité et dignité d'une personne sont très souvent mis en balance avec la législation sur l'immigration. Ce n'est que dans l'hypothèse d'un placement en rétention administrative et lorsque l'administration démontre la réunion des conditions nécessaires à l'éloignement effectif d'un étranger que le tribunal devrait statuer dans un délai abrégé de 72 heures.

CESEDA

L. 512-1 (art. 34 du projet de loi)

III. En cas de décision de placement en rétention ou d'assignation à résidence de l'étranger en application de l'article L. 561-2 avant que tribunal administratif ait statué sur le recours visé au I, l'étranger peut demander au

président du tribunal administratif l'annulation de cette décision dans les quarante-huit heures suivant sa notification.

Lorsque l'étranger a fait l'objet d'une obligation de quitter le territoire français, le même recours en annulation peut être également dirigé contre l'obligation de quitter le territoire français, et contre la décision refusant un délai de départ volontaire, la décision mentionnant le pays de destination et la décision d'interdiction de retour sur le territoire français qui l'accompagnent le cas échéant, lorsque ces décisions sont notifiées avec la décision de placement ou d'assignation.

Le président ou le magistrat qu'il désigne à cette fin parmi les membres de sa juridiction ou les magistrats honoraires inscrits sur la liste mentionnée à l'article L. 222-2-1 du code de justice administrative statue, au plus tard soixante-douze heures à compter de sa saisine. La notification par l'administration au tribunal du placement en rétention ou d'assignation à résidence et, le cas échéant, de l'interdiction de retour sur le territoire français. Il peut se transporter au siège de la juridiction judiciaire la plus proche du lieu où se trouve l'étranger si celui-ci est retenu en application de l'article L. 511-1.

*L'étranger peut demander au président du tribunal ou au magistrat désigné à cette fin le concours d'un interprète et la communication du dossier contenant les pièces sur la base desquelles la décision attaquée a été prise. L'audience est publique. Elle se déroule sans conclusions du **rapporteur public**, en présence de l'intéressé, sauf si celui-ci, dument convoqué, ne se présente pas. L'étranger est assisté de son conseil, s'il en a un en a un. Il peut demander au président ou au magistrat désigné à cette fin qu'il lui en soit désigné un d'office.*

[Ce paragraphe est l'ancien article L. 512-2]

Il est également statué selon la procédure prévue au présent III sur le recours dirigé contre l'obligation de quitter le territoire français par un étranger qui est l'objet en cours d'instance d'une décision de placement en rétention ou d'assignation en résidence en application de l'article L. 561-2. Le délai de soixante-douze heures pour statuer court à compter de la notification par l'administration au tribunal de la décision de placement ou d'assignation.

Par ailleurs, les risques de spécialisation du contentieux de masse au détriment des étrangers existent : ordonnances de tri et analyse trop rapide des dossiers.

Enfin, s'il est prévu par l'article L. 512-2 du CESEDA que l'étranger ait la possibilité de demander que les « principaux éléments » des décisions qui lui sont notifiées lui soient communiqués dans une langue qu'il comprend,

CESEDA

L. 512-2 (art. 34 du projet de loi)

Dès notification de l'obligation de quitter le territoire français l'étranger auquel aucun délai de départ n'a été accordé, est mis en mesure, dans les meilleurs délais, d'avertir un conseil, son consulat ou une personne de son choix. Sur demande de l'intéressé, les principaux éléments des décisions notifiées à l'étranger en application de l'article L. 511-1 lui sont communiqués dans une langue qu'il comprend ou dont il est raisonnable de supposer qu'il la comprend.

On peut regretter que cette traduction ne soit pas systématique ou à tout le moins que l'étranger ne soit pas informé de ce droit ; car pour l'exercer de manière effective, faut-il encore que l'étranger sache qu'il peut revendiquer la traduction. Dans l'état actuel, si des mesures concrètes ne sont pas prévues pour permettre à l'étranger d'exercer ce droit, il restera lettre morte. Il est également critiquable que la rédaction première du projet de loi ait été modifiée. En effet, la version au 18 février 2010 prévoyait que ce qui serait traduit à l'étranger à sa demande étaient « le sens et les motifs ainsi que les voies et délais de recours ouvertes ».

La mise en parallèle avec le droit au recours effectif prévu par la directive est pertinente : on ne peut pas parler d'un droit à un recours effectif dans l'hypothèse où l'État réduit de manière totalement arbitraire et injustifiée les délais durant lesquels l'étranger est susceptible de contester la mesure dont il fait l'objet.

Recours effectif et effet suspensif

La directive retour contient plusieurs stipulations sur l'effet suspensif des recours, dans le but de garantir leur effectivité :

Article 6§5 - Si un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier sur le territoire d'un État membre fait l'objet d'une procédure en cours portant sur le renouvellement de son titre de séjour ou d'une autre autorisation lui conférant un droit de séjour, cet État membre examine s'il y a lieu de s'abstenir de prendre une décision de retour jusqu'à l'achèvement de la procédure en cours, sans préjudice du paragraphe 6.

Article 9§1 - Les États membres reportent l'éloignement : [...]

b) tant que dure l'effet suspensif accordé conformément à l'article 13, paragraphe 2.

Article 13§2 - L'autorité ou l'instance visée au paragraphe 1 est compétente pour réexaminer les décisions liées au retour visées à l'article 12, paragraphe 1, et peut notamment en suspendre temporairement l'exécution, à moins qu'une suspension temporaire ne soit déjà applicable en vertu de la législation nationale.

Il sera souligné qu'il n'existe aucune justification à ce que l'OQTF devienne exécutoire alors que la juridiction administrative est saisie d'un recours.

CESEDA

L. 513-1 (art. 28 du projet de loi)

I. L'obligation de quitter sans délai le territoire français, qui n'a pas été contestée devant le président du tribunal administratif dans le délai prévu au II premier alinéa du I de l'article L.512-1 ou qui n'a pas fait l'objet d'une annulation, peut être exécutée d'office.

L'obligation de quitter le territoire français avec un délai de départ volontaire, qui n'a pas été contestée devant le tribunal administratif dans le délai prévu au I premier alinéa du II de l'article L.512-1 ou qui n'a pas fait l'objet d'une annulation, peut être exécutée d'office à l'expiration du délai de départ volontaire.

II. L'étranger faisant l'objet d'une interdiction de retour sur le territoire français peut être d'office reconduit à la frontière.

Le principe de l'effet suspensif de la saisine du tribunal administratif pendant toute la durée de l'instance devrait être inscrit dans la loi. De sorte que devrait être supprimée de la rédaction actuelle de cet article la mention « ou qui n'a pas fait l'objet d'une annulation ».

La CEDH s'est déjà prononcée sur l'effet suspensif et le caractère effectif d'un recours en matière d'éloignement dans deux arrêts très remarquables.

a) L'arrêt *Čonka* contre Belgique du 5 février 2002 : « *Il convient de souligner que les exigences de l'article 13, tout comme celles des autres dispositions de la Convention, sont de l'ordre de la garantie, et non du simple bon vouloir ou de l'arrangement pratique. C'est là une des conséquences de la prééminence du droit, l'un des principes fondamentaux d'une société démocratique, inhérent à l'ensemble des articles de la Convention* » (voir, mutatis mutandis, *Latridis c. Grèce [GC]*, n° 31107/96, § 58, CEDH 1999-II).

b) L'arrêt *Gebremehdin* contre France du 26 avril 2007.

Le gouvernement pourra avancer que même si l'OQTF devient exécutoire, ce n'est qu'en cas de placement en rétention administrative ou assignation à résidence, et après que le juge administratif de l'urgence ait statué, que l'OQTF pourra être exécutée. Il n'en demeure pas moins que le fait qui déclenche la procédure d'exception est une décision de privation de liberté prise unilatéralement et arbitrairement par l'administration, dont la légalité peut échapper à l'examen du juge administratif si elle est validée par le juge judiciaire. Il est donc important d'examiner l'effectivité du recours (et donc son effet suspensif) au prisme du principe d'un procès équitable : le délai raisonnable d'examen de la situation personnelle d'un étranger qui risque un éloignement, voire même un bannissement (surtout au regard des articles 3 et 8 de la CESDH et de la Convention de Genève de 1951 sur le droit d'asile) ne peut être de 72 heures, surtout si ce délai est la conséquence automatique d'une décision administrative de privation de liberté dont la légalité n'a pas été examinée.

Il est donc indispensable, pour garantir un procès équitable et un recours effectif, que la légalité de la décision administrative de privation (rétention) ou de restriction (assignation à résidence) de liberté soit d'abord examinée par le juge administratif, avant que ne soient déclenchées les procédures d'urgence et d'exception prévues par l'article L.512-1-III du CESEDA. L'efficacité du recours à la juridiction administrative ne saurait être parfaite sans que l'appel de la décision du juge administratif, et en particulier du juge unique statuant dans l'urgence, soit suspensif. Les conséquences extrêmement dommageables pour la personne frappée d'une décision d'éloignement et/ou de bannissement qui est jugée illégale par le juge de l'appel devraient être tempérées par l'octroi d'une protection plus forte à l'étranger qui perd en première instance.

Devrait être instauré le principe selon lequel l'appel des décisions relatives à l'éloignement et au bannissement soit suspensif pour toutes les décisions rendues selon la procédure d'urgence (article L.512-1-III), et pour les décisions rendues selon la procédure normale (article L.512-1-I et II) sauf si l'exécution provisoire est ordonnée par le tribunal statuant en formation collégiale.

Aide juridictionnelle

CESEDA

L. 512-1 (art. 34 du projet de loi)

*I. L'étranger qui fait l'objet d'une obligation de quitter le territoire français **et qui dispose du délai de départ volontaire mentionné au premier alinéa du II de l'article L. 511-1** peut, dans le délai de **trente jours suivant sa notification, demander au tribunal administratif l'annulation de cette décision. Le même recours en annulation peut également être dirigé contre la décision relative au séjour, la décision mentionnant le pays de destination et la décision d'interdiction de retour sur le territoire français qui l'accompagnent le cas échéant. L'étranger qui fait l'objet de l'interdiction de retour prévu au septième alinéa du III de l'article L. 511-1** peut, dans le délai de trente jours suivants sa notification, demander l'annulation de cette décision.*

L'étranger peut demander le bénéfice de l'aide juridictionnelle au plus tard lors de l'introduction de sa requête en annulation.

Le projet de loi prévoit que l'étranger frappé d'une OQTF avec délai de départ volontaire peut demander l'aide juridictionnelle au plus tard au moment de l'introduction de sa requête. Rien ne justifie une telle exigence : l'aide juridictionnelle doit pouvoir être sollicitée à n'importe quel stade de la procédure. Aux termes de l'article 13§4 de la directive, *Les États membres veillent à ce que l'assistance juridique et/ou la représentation nécessaires soient accordées sur demande gratuitement conformément à la législation ou à la réglementation nationale applicable en matière d'assistance juridique [...]*. L'exigence du projet de loi est une restriction qui ne trouve par conséquent aucun fondement ni dans la législation nationale, ni dans la directive retour. Elle est de plus contraire au principe d'un procès équitable.

Par ailleurs, aucune disposition du projet de loi ne prévoit l'attribution de l'aide juridictionnelle aux personnes frappées d'une OQTF sans délai, ce qui est encore plus attentatoire aux droits de la défense puisque l'étranger est alors menacé d'un éloignement dans un délai très bref.

Conclusions

En ce qui concerne les mesures d'éloignement, la rétention administrative et le contentieux judiciaire et administratif qui en découlent, ce projet de loi est entièrement tourné vers la réduction des droits des étrangers.

Il supprime un certain nombre de droits et de garanties fondamentales, réduit ou supprime le contrôle des juges et durcit les sanctions frappant ces personnes. Il renforce encore le dispositif de contrôle et d'enfermement des étrangers.

Il s'inscrit dans le droit fil des politiques migratoires européennes qui depuis de longues années se préoccupent avant tout de la création d'un espace européen fermé dans lequel l'harmonisation des

législations des pays membres n'est axée que sur le contrôle et l'objectif (par ailleurs totalement illusoire) de l'arrêt des flux migratoires.

Ainsi, la plupart des dispositions les plus répressives de la directive « retour » seraient introduites en droit français. Au contraire, les rares dispositions renforçant les garanties pour les droits des étrangers contenues dans la directive (droit à un procès équitable ou à un recours effectif par exemple) ne sont pas transposées par le projet.

Enfin, ce projet de loi, présenté comme devant apporter une « simplification » et donc une plus grande efficacité de l'action administrative en contentieuse, est bien loin de cet objectif :

Actuellement, le juge administratif est chargé d'examiner la légalité de :

- l'APRF, recours dans les 48 - 72 heures pour statuer ;
- le refus de séjour, recours dans un délai de 30 jours - 3 mois pour statuer si assorti d'un OQTF, dans le délai de deux mois et délai illimité pour statuer s'il n'est pas accompagné d'un OQTF ;
- l'OQTF et la fixation du pays de renvoi, recours dans un délai de 30 jours - 3 mois pour statuer, 48 - 72 heures si placement en rétention ;
- très rarement du placement en rétention, dans un délai de deux mois ou 48 - 72 heures pour statuer dans le cadre des APRF et des OQTF devenues exécutoires ;
- l'arrêté ministériel d'expulsion contre un étranger considéré comme représentant un danger pour l'ordre public, recours de droit commun dans les deux mois et délai illimité pour statuer.

Pour le citoyen français non averti, de même que pour le juriste non spécialisé, il s'agit de dispositions excessivement compliquées et incompréhensibles. Certes, les juridictions administratives sont aujourd'hui « engorgées » par le contentieux relatif à ces mesures. Mais loin de répondre à l'objectif d'allègement allégué, le projet de loi met en place un dispositif encore plus complexe, puisque le juge administratif aura à juger des décisions suivantes :

- l'APRF (qui subsiste dans trois hypothèses très particulières : L. 531-3 (étranger signalé au SIS), L. 541-3 (étranger condamné à une ITF) immédiatement exécutoires mais susceptibles d'un référé-liberté et L. 533-1 (étranger muni d'un visa si menace à l'ordre public ou travail illégal), le juge devant être saisi dans les 48 heures ;
- le refus de séjour dans le délai de deux mois ou dans le délai de 30 jours si le refus est assorti d'une OQTF ;
- l'OQTF et la fixation du pays de renvoi dans le délai de 30 jours, ou 48 heures en cas de placement en rétention ;
- la décision de ne pas accorder un délai de départ volontaire dans le délai de 30 jours, ou 48h si placement en rétention ;
- l'interdiction de retour dans le délai de 30 jours ou dans le délai de 48 heures en cas de placement en rétention ;
- le refus d'abrogation de l'interdiction de retour dans le délai de deux mois ;
- le placement en rétention dans les 48 heures ;
- l'assignation à résidence dans les 48 heures ;
- l'arrêté ministériel d'expulsion dans le délai de deux mois.

Au total neuf décisions contre cinq décisions auparavant... Aucun allègement donc.

Aucune simplification non plus, puisque l'architecture du contentieux administratif ne semble pas remise en cause notablement en ce qui concerne le contentieux de l'éloignement : le juge administratif pourra être saisi, suivant le cas, dans les 48 heures ou dans le mois qui suit la

notification de l'OQTF accompagnant un refus de titre de séjour. Il disposera pour juger en formation collégiale d'un délai de 3 mois, mais avec la « menace » permanente d'un placement en rétention de l'étranger qui a introduit un recours ; dans ce cas, la situation de l'étranger sera d'abord examinée par un juge unique, qui se prononcera sur la légalité de l'ensemble des décisions concernant l'intéressé, sauf sur la décision de refus de titre de séjour, sur laquelle la formation collégiale se prononcera ultérieurement, avec le risque de divergence entre les deux juges qui existe déjà dans le système actuel.

Annexe au Chapitre II.

Un éclairage européen : état de transposition de la directive « retour » dans l'UE

La directive européenne « retour » a parfois pu être présentée comme un « *progrès considérable* »⁷ dans la mesure où elle harmonise les législations nationales en matière d'immigration. La Commission européenne y voit même le moyen de « *permettre un contrôle communautaire, et de réduire les zones d'ombres juridiques* »⁸. Pourtant, certaines dispositions de cette directive, telles que l'accès aux soins ou encore à l'aide juridique, des droits de base pour les migrants, n'ont pas de caractère obligatoire. En effet, le texte s'apparente à certains égards à une directive cadre, se contentant de fixer des standards minimaux en matière de durée de rétention et d'interdiction de retour ainsi que pour un certain nombre de garanties juridiques, laissant pour le reste à chacun des États membres une marge de manœuvre dans sa mise en application.

La directive fixe la durée de rétention à 18 mois au maximum pour des personnes étant entrées ou ayant séjourné « *irrégulièrement* » sur le territoire européen. Elle prévoit également la possibilité d'enfermer et de renvoyer des mineurs non accompagnés, et d'expulser des personnes vers des pays dont ils ne sont pas ressortissants. Elle interdit aussi le retour sur le territoire européen pour une période pouvant aller jusqu'à 5 ans, à compter du jour de leur renvoi.

Les États membres ont jusqu'au 24 décembre 2010 pour adopter les mesures réglementaires, législatives et administratives nécessaires pour se conformer à cette directive, à l'exception de la disposition qui prévoit que « *les États membres veillent à ce que l'assistance juridique et/ou la représentation nécessaires soient accordées sur demande gratuitement...* » pour laquelle un délai de transposition plus long est accordé (24 décembre 2011).

On trouvera ci-après un premier état des lieux de la transposition de la directive dans les États membres de l'UE. Notons que le Royaume-Uni et l'Irlande, ayant choisi une position de retrait (*opt out*), ne sont pas concernés par l'obligation de transposition. Le Danemark, quant à lui, se réserve la possibilité de ne pas se retirer totalement.

1 - Les États membres ayant transposé la directive

La Bulgarie

La transposition de la directive « retour » en droit bulgare résulte de la loi sur les étrangers (*DV n°153, de 1998*), telle que modifiée le 15 mai 2009 (*DV n°36, de 2009*). D'une durée illimitée de rétention, la Bulgarie passe, dans les textes, à une durée maximale de 18 mois⁹.

La Bulgarie n'a toutefois pas transposé la directive dans son intégralité, excluant de sa législation la disposition prévoyant que « *lorsqu'il apparaît qu'il n'existe plus de perspective raisonnable d'éloignement pour des considérations d'ordre juridique ou autres ou que les conditions énoncées*

⁷ Selon Dragutin Mate, ministre de l'Intérieur de Slovénie.

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=IMPRESS&reference=20080616IPR31741&language=FR>

⁸ Selon Jacques Barrot,

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=IMPRESS&reference=20080616IPR31741&language=FR>

⁹ Articles 44 § 6 et 46a § 3 à 5 de la loi bulgare du 15 mai 2009.

au paragraphe 1 ne sont plus réunies, la rétention ne se justifie plus et la personne concernée est immédiatement remise en liberté. »¹⁰.

À ce sujet, la cour administrative de Sofia a été saisie d'un dossier concernant un Russe d'origine tchéchène placé en rétention depuis 45 mois. La Russie ne le reconnaît pas comme un de ses ressortissants. L'Autriche et la Géorgie ne souhaitent pas l'accueillir. Début 2009, la Cour bulgare donne l'occasion à la Cour de Justice de l'Union européenne d'interpréter la directive « retour », en la saisissant en urgence¹¹ d'un renvoi préjudiciel¹². La CJUE répond dans un arrêt du 30 novembre 2009 et éclaire « *la perspective raisonnable d'éloignement* », rappelant à la Bulgarie que la possibilité de reconduite à la frontière doit être « *réelle* » au regard de la durée maximale de rétention de 18 mois. La Cour enjoint donc à l'État bulgare de mettre son droit et sa pratique en conformité avec la directive, tant à propos de la durée de rétention que pour la disposition de la directive non encore transposée (CJUE, 30 novembre 2009, *Said Shamilovich Kadzoev*).

L'Espagne

La réforme LOEX (« *Ley de extranjería* ») de novembre 2009 apporte des modifications importantes, dont plusieurs s'inscrivent dans le cadre de la directive « retour » :

- l'allongement de la durée maximale de rétention (de 40 à 60 jours) ;
- l'introduction du délai de « retour volontaire » (entre 7 et 30 jours) dans les ordres d'expulsion ;
- une interdiction de territoire allongée de 3 à 5 ans ;
- l'éloignement facilité des mineurs isolés étrangers vers les pays dont ils sont ressortissants (famille ou structure).

L'Italie

La loi sur la sécurité intérieure et sur l'immigration de juillet 2009 transpose la directive « retour ». Elle transforme les CPT (*centri di Permanenza Temporanea*) en CIE (Centre d'Identification et d'Expulsion) avec pour but de renvoyer les étrangers plus rapidement. Dans un « paquet sécurité » qui apporte de nombreuses restrictions aux droits des migrants (telles que le délit « *d'immigration et de séjour clandestin* » qui encourage la dénonciation à la justice de toutes personnes en situation irrégulière et le permis de résidence à points), est notamment adopté le prolongement de la durée de rétention de 2 à 6 mois. On notera que le ministre de l'Intérieur justifie l'option des 6 mois du fait de la mise en conformité de la législation italienne aux normes européennes.

La Grèce

Une nouvelle loi, transposant la directive « retour », a été adoptée le 30 juin 2009. La durée de rétention passe de 3 mois à 6 mois (renouvelable une fois, voire deux) dans les textes. Toutefois, en pratique, la durée semble toujours être de 3 mois.

2 - Les États membres où la transposition est en cours

La Roumanie

La directive n'est pas encore transposée. Aucune information officielle n'a été communiquée aux ONG. Toutefois, sous l'impulsion du Haut Commissariat des Nations unies pour les Réfugiés (HCR), une réunion a rassemblé tous les acteurs concernés (l'Office Roumain de l'Immigration, la

10 Article 15 § 4 de la directive « retour »

11 Article 104 ter du règlement de procédure

12 Article 234 TCE, actuel article 267 TFUE

police aux frontières roumaine, les organisations du secteur, les avocats et les juges) au mois de mars 2010 dans le but de poser les bases du projet de transposition.

La Belgique

Il semblerait que la Belgique se donne jusqu'à la fin 2010 pour transposer la directive. Selon le Rapport d'activité 2008 de l'Office des étrangers : « *Comme les années précédentes, la plupart des modifications apportées à la réglementation belge en matière de séjour¹³ découlent de directives européennes. L'arrêté royal relatif au fonctionnement du pilier Asile de l'OE (office des étrangers) sera donc adapté à la nouvelle procédure belge en matière d'asile et à la directive 2005/85/CE. (...) Plusieurs points de la procédure d'éloignement des étrangers devront être réexaminés pour les aligner sur la directive 2008/115/CE. Cette directive ne sera toutefois pas transposée en droit belge avant fin 2010.* »¹⁴

La Pologne

Il semblerait que la transposition de la directive ne soit pas une des priorités actuelle de la Pologne, mais des réunions informelles ont été initiées autour de la directive.

La Suisse

NB : la Suisse n'est pas membre de l'Union européenne. Toutefois, ce pays est associé à un certain nombre de dispositifs communautaires en matière de contrôle migratoire, notamment dans le cadre de son adhésion à la Convention de Schengen.

Un projet d'arrêté fédéral, faisant suite à des discussions entre la Suisse et la Commission européenne concernant la directive « retour », a été proposé¹⁵. Il prévoit, notamment, une durée maximale de rétention de 12 mois (6 mois renouvelables une fois)¹⁶, un renvoi sans décision formelle (en fonction des accords de réadmission conclus par la Suisse)¹⁷, et un délai de départ de 7 à 30 jours¹⁸.

3 - Les États membres où aucune transposition n'est apparemment en cours

L'Allemagne, Chypre, l'Estonie, la Hongrie, la Lettonie, la Lituanie, le Luxembourg, Malte, les Pays-Bas, le Portugal, la République tchèque, la Slovaquie, la Slovénie et la Suède.

13 Loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers.

14 <https://dofi.ibz.be/fr/jaarverslag/2008fr.pdf>

15 www.admin.ch/ch/f/ff/2009/8077.pdf

16 Art. 79 Durée maximale de la détention

17 Art. 64c (nouveau) Renvoi sans décision formelle

18 Art. 64d (nouveau) concernant le délai de départ et exécution immédiate.

III/ Asile

Bâclé et bouclés

Formellement, la seule disposition du projet de loi relatif à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité qui concerne directement le droit d'asile est un ajout à l'article L. 741-4 du Ceseda apportant une nouvelle précision sur l'un des cas dans lesquels l'admission au séjour provisoire des demandeurs d'asile peut être refusée (A). Toutefois, d'autres atteintes au droit de demander asile reconnu aux personnes persécutées, ou craignant de l'être, sont induites par la réforme. Combinées avec les pratiques administratives en vigueur, le projet de loi augmente en effet le risque d'être éloigné du territoire avant d'avoir pu déposer une requête (B) et celui de voir cette requête traitée selon la procédure prioritaire, ainsi que les hypothèses de détention des demandeurs d'asile pendant toute l'instruction de leur demande (C). Enfin il réduit les possibilités pour les étrangers renvoyés avec une « interdiction de retour » de demander l'asile ultérieurement en Europe en cas de menace dans leur pays, et aggrave la situation des déboutés du droit d'asile qui n'ont pas pu faire valoir leurs craintes et sont exposés dans leur pays après leur renvoi à des traitements prohibés par la Convention européenne des droits de l'homme (D).

A - Vers une procédure expéditive banalisée

CESEDA

L. 741-4 (art 75 du projet de loi)

Sous réserve du respect des stipulations de l'article 33 de la convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés, l'admission en France d'un étranger qui demande à bénéficier de l'asile ne peut être refusée que si :

1° L'examen de la demande d'asile relève de la compétence d'un autre État en application des dispositions du règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers, ou d'engagements identiques à ceux prévus par ledit règlement avec d'autres États ;

2° L'étranger qui demande à bénéficier de l'asile a la nationalité d'un pays pour lequel ont été mises en œuvre les stipulations du 5 du C de l'article 1er de la convention de Genève susmentionnée ou d'un pays considéré comme un pays d'origine sûr. Un pays est considéré comme tel s'il veille au respect des principes de la liberté, de la démocratie et de l'état de droit, ainsi que des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La prise en compte du caractère sûr du pays d'origine ne peut faire obstacle à l'examen individuel de chaque demande ;

3° La présence en France de l'étranger constitue une menace grave pour l'ordre public, la sécurité publique ou la sûreté de l'État ;

4° La demande d'asile repose sur une fraude délibérée ou constitue un recours abusif aux procédures d'asile ou n'est présentée qu'en vue de faire échec à une mesure d'éloignement prononcée ou imminente. Constitue, en particulier, un recours abusif aux procédures d'asile la présentation frauduleuse de plusieurs demandes d'admission au séjour au titre de l'asile sous des identités différentes. Constitue également un recours abusif aux procédures d'asile la demande d'asile présentée dans une collectivité d'outre-mer s'il apparaît qu'une même demande est en cours d'instruction dans un autre État membre de l'Union européenne.

Constitue une demande d'asile reposant sur une fraude délibérée la demande présentée par un étranger qui fournit de fausses indications, dissimule des informations concernant son identité, sa nationalité ou ses modalités d'entrée en France afin d'induire en erreur les autorités.

Les dispositions du présent article ne font pas obstacle au droit souverain de l'État d'accorder l'asile à toute personne qui se trouverait néanmoins dans l'un des cas mentionnés aux 1° à 4°.

A-1 Le contrôle plutôt que la protection

L'article 75 du projet complétant l'article L. 741-4 du Cesda crée une nouvelle restriction pour l'admission au séjour provisoire du demandeur d'asile qui fournit « *de fausses indications, dissimule des informations concernant son identité, sa nationalité ou ses modalités d'entrée en France afin d'induire en erreur les autorités* ».

Le contexte

Cette disposition résulte d'une décision du Conseil d'État qui a qualifié de frauduleuse la demande d'une personne dont les empreintes dactyloscopiques n'ont pu être relevées dans le cadre de l'application du règlement Eurodac¹⁹.

Elle peut également être rattachée à l'article 23-4-d et f de la directive dite « procédure » du 1^{er} décembre 2005²⁰ qui prévoit des hypothèses semblables pour permettre un examen accéléré de la demande en premier ressort.

Surtout, cette réforme intervient dans un contexte où la gestion expéditive des demandes d'asile ne cesse d'augmenter : en 2009, 13% des premières demandes ont été examinées en procédure dite « prioritaire » - soit 4383 personnes -, 22% du total en incluant les demandes de réexamen.

Contrairement à l'année 2008, cette procédure a accusé une baisse de 18% en 2009 (en 2008, une hausse de 26% avait été enregistrée par rapport à 2007 - de 8 300 à 10 520 personnes). Mais désormais plus de la moitié des demandes examinées en procédure prioritaire sont des premières demandes d'asile.

Le ministre de l'immigration, lors d'un débat sur l'adoption du projet de loi de finances pour 2010, indiquait : « *Je suis parfaitement conscient des difficultés rencontrées actuellement par l'OFPRA. J'ai donc souhaité que nous fassions ensemble un point sur l'exécution du contrat d'objectifs et de moyens, dans le cadre du comité de pilotage. La réunion devrait avoir lieu dans la première quinzaine de novembre. Nous verrons alors s'il faut augmenter le nombre d'agents de protection. Quant à la réduction des délais, elle passe aussi, nous semble-t-il, par une meilleure utilisation de la procédure prioritaire* »²¹.

Dans ce contexte d'absence de contrôle réel et efficace du recours à la procédure prioritaire, et compte tenu de l'intérêt qu'elle représente pour le gouvernement d'un point de vue budgétaire, les craintes quant aux dérives de cette disposition sont bien réelles.

Il faut savoir que le placement en procédure prioritaire prive le demandeur d'une instruction effective de sa requête, sans possibilité de recours suspensif devant la Cour nationale du droit d'asile, tout en le contraignant – lorsqu'il n'est pas mis en rétention administrative (voir *ci-après B-2*) – à vivre dans des conditions de grande précarité avec des droits sociaux et économiques fortement minorés.

La nouvelle précision comporte d'une part un élément matériel : fournir de fausses informations, dissimuler des informations (identité, nationalité, modalités d'entrée), et un élément intentionnel : volonté d'induire en erreur les autorités.

L'administration a l'obligation de motiver la décision refusant l'admission provisoire au séjour au titre de l'asile sur la base de l'examen individuel de la situation du demandeur d'asile. Dans cette nouvelle hypothèse de refus d'admission au séjour, le préfet devra donc démontrer qu'il a en sa possession des indications et informations permettant d'établir que les déclarations de l'intéressé sont erronées, ou avaient été dissimulées et que la personne avait réellement l'intention d'induire en erreur l'administration.

19 Dispositif destiné à identifier les personnes qui auraient laissé leurs empreintes dactyloscopiques dans un autre État membre et à les y renvoyer, en application du règlement Dublin II.

20 Directive 2005/85/CE du Conseil du 1er décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres.

21 Assemblée nationale, discussion du projet de loi de finances pour 2010, Commission élargie, jeudi 29 octobre 2009.

Avec la mise en œuvre de ce nouveau mécanisme, le demandeur sera exposé, dès ses premières démarches, à un service public préfectoral guidé par une logique de contrôle alors qu'il a en général fui des persécutions ou a pu subir des actes de tortures ou des traitements cruels, inhumains ou dégradants d'agents étatiques sans être protégé en raison de la défaillance des autorités du pays d'où il vient. Or, dans une situation d'extrême vulnérabilité, psychologiquement fragilisé, le demandeur a souvent perdu toute confiance dans ce qui à ses yeux ressemble à l'autorité. Il peut, dans un premier temps, ne pas vouloir ou ne pas pouvoir révéler des informations au stade de son admission au séjour alors que ses craintes de persécution en cas de retour sont fondées.

A-2 Des pratiques aggravantes

De plus, conformément à l'article L. 742-2 du Ceseda, cette disposition pourrait être mise en œuvre postérieurement à la délivrance d'une autorisation provisoire de séjour : ceci serait le cas si la préfecture se rend compte a posteriori que l'examen de la demande d'asile pourrait relever de la responsabilité d'un autre État membre de l'UE (en application du règlement dit « Dublin II » du 18 février 2003), soit de son propre chef, soit sur signalement de l'OFPRA. Cette dernière hypothèse n'est pas à négliger compte tenu de la pratique actuelle.

Par ailleurs, du fait d'un usage, non réglementé en pratique (mais régulièrement dénoncé par les associations), de la procédure prioritaire par les services préfectoraux, il est à craindre que l'invocation de cette nouvelle disposition ne devienne trop systématique comme c'est le cas aujourd'hui déjà pour d'autres motifs légaux de refus d'admission provisoire au séjour. Ainsi, par exemple, une personne pourrait-elle être placée en procédure prioritaire sur ce fondement lorsqu'elle se déclarera sous son identité réelle aux services d'une préfecture mais que le fichage Eurodac révélera une identité différente – et donc fausse – fournie précédemment dans un autre État membre. Il est à craindre que dans le doute, les services préfectoraux préfèrent appliquer ce motif de refus d'admission au séjour et arguent de l'impossibilité de déterminer l'identité réelle de la personne.

Comme à l'habitude, le recours au juge administratif constituera le seul moyen de pouvoir être admis à séjourner provisoirement, avec les aléas qu'implique cette solution du fait des difficultés d'accès au juge pour des personnes en demande d'asile.

Enfin, ce nouveau cas de placement en procédure prioritaire ne fera qu'augmenter le nombre de demandeurs d'asile susceptibles de faire l'objet d'une mesure d'éloignement d'être, en attendant, placés en rétention administrative, et de se voir interdits du territoire européen après avoir été expulsés. Or, lorsqu'il traite de l'interdiction de retour (voir chapitre II) le projet ne prévoit aucune réserve relative à l'exercice du droit d'asile dans l'hypothèse où une personne ayant fait l'objet de cette mesure se présentera à la frontière française, ou directement en préfecture et sollicitera l'asile. Le droit d'asile ayant valeur constitutionnelle, ce silence pose un problème de compatibilité du projet avec la Constitution.

B - De nouvelles entraves à la procédure d'asile

B-1 Accès à la préfecture

Le contexte

Les étrangers ayant fui des persécutions et violences dans leur pays pour chercher une protection en France ont pour premier interlocuteur les préfectures dès lors qu'ils ont pu pénétrer sur le territoire français. Ceux arrivant « *manifestement en groupe* » en dehors d'un point de passage frontalier, c'est-à-dire en dehors de la zone s'étendant des points d'embarquement et de débarquement jusqu'aux contrôles des personnes, pourront désormais être considérés comme étant dans une zone d'attente sur le lieu de leur découverte. La conséquence est d'écarter des candidats à l'asile de la procédure normale (voir chapitre II).

Sur le territoire français, le préfet est tenu d'enregistrer toutes les demandes d'asile et décide quel type de droit au séjour il octroie au demandeur pendant la procédure d'examen de la demande.

Les guichets d'une préfecture devraient par conséquent être, en toutes circonstances, libres d'accès puisqu'ils constituent l'unique porte d'entrée en France pour déposer une demande d'asile. En pratique, des préfectures instaurent illégalement des quotas à l'entrée de leurs locaux ou aux guichets²². Pour être sûres de voir leur demande enregistrée, et généralement après un premier échec, les personnes sont souvent contraintes de venir très tôt le matin, voire passer la nuit devant la préfecture, et de revenir plusieurs fois avant d'y parvenir.

En attendant, ces personnes n'ont aucun document officiel attestant de leur passage en préfecture pour demander l'asile. Or tant qu'elles n'ont pas de document, elles sont susceptibles d'être arrêtées en cas de contrôle par la police, placées en rétention pour séjour irrégulier et éloignées du territoire.

Le projet de loi, s'il ne dit mot sur l'accès en préfecture des demandeurs d'asile, renforce les mesures d'éloignement des étrangers et diminue le rôle de contrôle du juge (voir chapitre II). Ce renforcement a un effet direct sur le droit des demandeurs d'asile dès le stade de la préfecture. En effet, si le demandeur est arrêté avant d'avoir pu accéder au guichet asile d'une préfecture, il pourra :

- soit se voir orienter vers une zone d'attente si la préfecture considère qu'il fait partie d'un « groupe » (art. 6 du projet de loi modifiant l'art. L. 221-2 du Ceseda) ;
- soit se voir remettre une obligation de quitter le territoire français sans délai (article 23 du projet de loi modifiant l'article L. 511-1 II c) 1° du Ceseda), le cas plus probable, susceptible d'être assortie **d'une interdiction de retour sur le territoire français** (art. L. 511-1 III modifié du Ceseda) d'une durée maximale de trois ans.

Ainsi, avant même d'avoir pu commencer les démarches relatives à sa demande d'asile, il peut être mis dans une situation ne lui permettant pas un examen complet de sa demande avec le risque d'être éloigné plus rapidement vers son pays d'origine.

B-2 Un éloignement possible sans contrôle du juge judiciaire, gardien de la liberté individuelle

CESEDA

Article L. 512-1 (art. 34 du projet de loi)

[...]

II. L'étranger qui fait l'objet d'une obligation de quitter le territoire sans délai peut demander au président du tribunal administratif l'annulation de cette décision dans les quarante-huit heures suivant sa notification par voie administrative. Le même recours en annulation peut être également dirigé contre la décision relative au séjour et la décision refusant un délai de départ volontaire, ainsi que contre la décision mentionnant le pays de destination et la décision d'interdiction de retour sur le territoire français qui l'accompagnent le cas échéant.

Il est statué sur ce recours selon la procédure et dans les délais prévus au I.

Toutefois si l'étranger est retenu ou assigné à résidence en application de l'article L.561-2, il est statué selon la procédure et dans les délais prévus au III. [...]

²² Le tribunal administratif de Versailles a condamné à 10 reprises la préfecture des Yvelines entre le 12 et le 14 novembre 2009 pour atteinte grave et manifestement illégale à la liberté fondamentale que constitue le droit pour un demandeur d'asile de voir examiner sa demande, la préfecture n'admettant que 4 personnes par ½ journée. Voir Violations du droit d'asile : Les préfets d'Ile de France au banc des accusés, Groupe Inter associatif Asile en Ile de France (ACAT-France, Amnesty International, Comité d'Aide aux Réfugiés, Dom'Asile, Cimade, Groupe Accueil et Solidarité, Secours Catholique région Ile de France) http://www.acatfrance.fr/medias/actualites/doc/CPAsile_19-11-09.pdf

Il appartiendra au demandeur d'asile de contester dans les 48 heures la décision d'éloignement et l'interdiction de retour (art. 34 du projet de loi modifiant l'art. L.512-1 II du Ceseda) avec tous les aléas d'une telle procédure compte tenu de la brièveté du délai, alors qu'il sera en rétention et que l'assistance d'un avocat en rétention pour l'aider à introduire un recours juridictionnel n'est pas prévue. Cette aide à l'exercice du recours reposera sur l'association présente dans le centre de rétention, avec le risque qu'il ne soit pas introduit en temps utile.

Cette nouvelle procédure fait peser deux types de menaces sur le droit d'asile :

- D'une part, si le recours n'est pas formé à temps et qu'une demande n'a pu être enregistrée en rétention (voir C), la mesure d'éloignement pourra être exécutée à tout moment avant même que l'étranger ait été présenté devant le juge judiciaire ; le projet de loi prévoit en effet que le juge sera saisi dans un délai de **5 jours** à compter de la décision de placement en rétention (art. 37 du projet de loi modifiant l'art. L.552-1 du Ceseda) au lieu de 48 heures actuellement (voir chapitre II). La comparution devant le juge des libertés et de la détention (JLD), garant de la liberté individuelle et en charge du contrôle de la régularité de la procédure d'interpellation et du placement en rétention risque donc d'intervenir après l'expiration du délai au-delà duquel il est possible de former un recours contre l'obligation de quitter le territoire français assortie d'une interdiction de retour. (sur l'asile en rétention voir C).
- De ce fait seront multipliées les situations dans lesquelles le demandeur sera contraint de solliciter l'asile en rétention, c'est-à-dire dans un lieu d'enfermement, avec toutes les difficultés qu'on sait pour former une demande d'asile en situation de privation de liberté.

C - L'illusion de la demande d'asile en rétention

Le contexte

En 2008, 1 894 demandes d'asile placées en procédure prioritaire ont été présentées en rétention²³.

Former une demande d'asile en rétention est extrêmement difficile, pour ne pas dire illusoire, en raison du court délai de cinq jours imparti, de l'obligation de rédiger en français la demande sans droit à un interprète, et de l'impossibilité matérielle, en si peu de temps, de réunir les éléments, témoignages et documents corroborant le récit. En outre, le droit à un avocat n'est pas prévu pour assister la personne à former sa demande et la présence d'une association dans les centres de rétention ne suffit pas pour assurer l'exercice effectif du droit de demander l'asile, compte tenu des contraintes ci-dessus exposées.

L'OFPPA dispose de 96 heures pour examiner la demande, c'est-à-dire un délai notoirement insuffisant pour une demande elle-même insuffisamment préparée, qu'il qualifie d'ailleurs souvent de « *sommaire* », « *insuffisante* » ou « *vague* », sans avoir eu matériellement le temps de procéder à des recherches documentaires ou encore de mener plusieurs entretiens avec le demandeur.

En cas de rejet, le demandeur peut exercer un recours devant la juridiction spécialisée, la Cour nationale du droit d'asile, mais celui-ci n'est pas suspensif. Ainsi, le demandeur pourra être renvoyé avant même que la Cour ait examiné son recours, sachant en outre que celle-ci refuse en effet expressément d'examiner ce recours si la personne a déjà été renvoyée dans son pays d'origine²⁴.

²³ Source : rapport OFPPA 2008

²⁴ Dans ce cas, suivant une décision des Sections réunies de la CNDA du 1er juin 2007 (*Arrêt Ferdi AYDIN*, n° 573.524) « *tant les stipulations de l'article 1er A 2 de la Convention de Genève que les dispositions de l'article 2 de la directive n° 2004/83/CE du 29 avril 2004 impliquent que tout demandeur d'asile sollicitant leur application se trouve nécessairement en dehors de son pays d'origine [...]* ». Dès lors « *le retour involontaire dans son pays d'origine d'un requérant qui n'a pas entendu renoncer à sa*

En renforçant le dispositif d'éloignement (voir chapitre II), le projet multiplie les situations dans lesquelles un demandeur d'asile se retrouvera en rétention, après notification d'une obligation de quitter le territoire avec interdiction de retour :

- primo demandeur n'ayant pu accéder au guichet d'une préfecture et arrêté ;
- demandeur d'asile débouté risquant des persécutions en cas de retour ;
- demandeur d'asile débouté disposant d'éléments nouveaux mais dont la demande de réexamen est placée en procédure prioritaire.

Plusieurs organes internationaux de promotion et de protection des droits de l'Homme ont dénoncé le caractère expéditif de la procédure dite prioritaire concernant l'examen des demandes déposées en rétention, procédure qui ne permet pas d'évaluer les risques de persécutions ou d'actes de tortures, de traitements cruels, inhumains ou dégradants²⁵. Après sa visite en France du 21 au 23 mai 2008, le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, Thomas Hammarberg, soulignait : « *La procédure impose un délai extrêmement bref pour la formulation de la demande d'asile, elle contraint aussi l'OFPRA à analyser la demande et à statuer dans un délai de 96 heures. L'ensemble de la procédure d'asile dans les centres de rétention apparaît donc comme expéditive laissant implicitement présumer que la demande est abusive [...].* »

Dans ses observations finales à l'occasion de l'examen du quatrième rapport périodique de la France (CCPR/C/FRA/CO/4), le Comité des droits de l'homme des Nations unies recommandait : « *L'État partie devrait veiller à ce que la décision de renvoyer un étranger, y compris un demandeur d'asile, soit prise à l'issue **d'une procédure équitable** qui permet d'exclure effectivement le risque réel de violations graves des droits de l'homme dont l'intéressé pourrait être victime à son retour. Les étrangers sans papiers et les demandeurs d'asile doivent être correctement informés de leurs droits, lesquels doivent leur être garantis, y compris du droit de demander l'asile, et bénéficier d'une aide juridictionnelle gratuite. L'État partie devrait également veiller à ce que tous les individus frappés d'un arrêté d'expulsion disposent de **suffisamment de temps pour établir une demande d'asile, bénéficient de l'assistance d'un traducteur et puissent exercer leur droit de recours avec effet suspensif*** » (§20).

Le projet de loi, qui privilégie l'enfermement au détriment de la protection des demandeurs d'asile, comporte un risque évident d'atteinte au principe de non refoulement, en l'absence d'une part, de recours suspensif devant la juridiction spécialisée de l'asile, la Cour nationale du droit d'asile (CNDA) et d'autre part, d'un examen approfondi des risques par le juge administratif, qui lors d'une mesure de renvoi se réfugie trop souvent derrière la décision de rejet de la demande d'asile.

demande de protection a pour conséquence d'interrompre provisoirement l'instruction de son affaire ; dès lors le recours est, dans ces conditions, temporairement sans objet ».

25 Conclusions et recommandations du Comité contre la torture : France. 03/04/2006. CAT/C/FRA/CO/3. Concluding Observations/Comments. Le Comité relevait dans ses observations finales en avril 2006 être « également préoccupé par le caractère expéditif de la procédure dite prioritaire, concernant l'examen des demandes déposées dans les centres de rétention administrative ou aux frontières, laquelle ne permet pas une évaluation des risques conforme à l'article 3 de la Convention. » Le Commissaire aux Droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, M. Alvaro Gil-Robles, dans son rapport sur le respect effectif des droits de l'homme en France (Comm.DH (2006)2 - Rapport établi suite à sa visite en France du 5 au 21 septembre 2005) relevait à propos de la procédure prioritaire qu'elle « ne laisse qu'une chance infime aux demandeurs. En effet, le recours qu'ils peuvent déposer devant la Commission des recours des réfugiés n'est pas suspensif et ils peuvent donc être expulsés pendant la procédure ». Il concluait qu'« il existe donc en France un système de demande d'asile à deux vitesses, [...]. Dès lors, je tiens à rappeler qu'une procédure prioritaire ne doit surtout pas devenir une procédure d'exception. Si certaines démarches peuvent effectivement être accélérées compte tenu des données de certains dossiers, la procédure prioritaire ne doit pas pour autant devenir une procédure expéditive et chaque dossier doit faire l'objet d'un examen complet et attentif » (souligné par nous). De même, le Comité exécutif du Haut-Commissariat aux réfugiés estime « qu'il faudrait qu'en cas de refus de sa demande, l'intéressé ait la possibilité de faire revoir la décision négative avant d'être rejeté à la frontière ou expulsé du territoire ».

D – Des « interdictions de retour » restreignant le droit d’asile et aggravant la situation des déboutés

CESEDA

Article L. 511-1 (art. 23 du projet de loi)

[...]

III. L'autorité administrative peut, par une décision motivée, assortir l'obligation de quitter le territoire français d'une interdiction de retour sur le territoire français.

L'étranger à l'encontre duquel a été prise une interdiction de retour est informé qu'il fait l'objet d'un signalement aux fins de non-admission dans le système d'information Schengen, conformément à l'article 96 de la convention signée à Schengen le 19 juin 1990.

Lorsque l'étranger ne faisant pas l'objet d'une interdiction de retour s'est maintenu sur le territoire au-delà du délai de départ volontaire, l'autorité administrative peut prononcer une interdiction de retour pour une durée maximale de deux ans à compter de sa notification.

Lorsqu'aucun délai de départ volontaire n'a été accordé à l'étranger obligé de quitter le territoire français, l'autorité administrative peut prononcer l'interdiction de retour pour une durée maximale de trois ans à compter de sa notification.

Lorsqu'un délai de départ volontaire a été accordé à l'étranger obligé de quitter le territoire français, l'autorité administrative peut prononcer l'interdiction de retour, prenant effet à l'expiration du délai, pour une durée maximale de deux ans à compter de sa notification.

Lorsque l'étranger faisant l'objet d'une interdiction de retour s'est maintenu sur le territoire au-delà du délai de départ volontaire ou, ayant déféré à l'obligation de quitter le territoire français, y est revenu alors que l'interdiction de retour poursuit ses effets, l'autorité administrative peut prolonger cette mesure pour une durée maximale de deux ans.

L'interdiction de retour et sa durée sont décidées par l'autorité administrative en tenant notamment compte de la durée de présence de l'étranger sur le territoire français, de la nature et de l'ancienneté de ses liens avec la France, de la circonstance qu'il a déjà fait l'objet ou non d'une mesure d'éloignement, et de la menace pour l'ordre public que représente sa présence sur le territoire français.

Lorsque l'étranger sollicite l'abrogation de l'interdiction de retour, sa demande n'est recevable que s'il justifie résider hors de France. Cette condition ne s'applique pas :

1° Pendant le temps où l'étranger purge en France une peine d'emprisonnement ferme ;

2° Lorsque l'étranger fait l'objet d'une mesure d'assignation à résidence prise en application des articles L. 561-1 ou L. 561-2.

Lorsqu'un étranger faisant l'objet d'une obligation de quitter le territoire français avec délai de départ volontaire assortie d'une interdiction de retour justifie avoir satisfait à cette obligation dans les délais impartis, au plus tard deux mois suivant l'expiration de ce délai de départ volontaire, cette interdiction de retour est abrogée. Toutefois, par décision motivée, l'autorité administrative peut refuser cette abrogation au regard de circonstances particulières tenant à la situation et au comportement de l'intéressé.

Le contexte

Un étranger, notamment un demandeur d'asile débouté, éloigné du territoire français peut être obligé de tenter de chercher ultérieurement refuge en France ou en Europe après avoir subi à son retour dans son pays d'origine, des persécutions ou les craindre avec raison.

Un étranger ayant eu un rejet de sa demande d'asile se voit notifier une mesure d'éloignement sans examen de sa situation. Il peut alors exercer un recours devant le tribunal administratif. S'il dispose d'éléments nouveaux²⁶, il peut aussi solliciter de nouveau l'examen de ses craintes de persécutions. Il lui appartient de se présenter à la préfecture qui dans l'écrasante majorité des situations le placera en procédure prioritaire. En 2008, la part des demandes en réexamen représentait 17% de la demande globale (7 195 demandes) avec une progression de

²⁶ Survenus après la décision de rejet de l'OFPPA, de la CNDA ou dont il n'a pu avoir connaissance avant cette décision.

17,3% par rapport à 2007 ; 82,6 % de ces demandes de réexamen ont été examinées selon la procédure prioritaire.

Le projet de loi permet à l'autorité préfectorale d'assortir l'obligation de quitter le territoire d'une interdiction de retour sur le territoire français avec en outre extension de l'interdiction à tout le territoire Schengen car est prévu le signalement dans le système d'information Schengen (SIS). Cette disposition rend encore plus difficile, voire impossible, la recherche éventuelle d'une protection ultérieure en Europe en cas de nécessité et, notamment pour les demandeurs d'asile déboutés, l'exercice de leur droit de faire réexaminer leurs craintes de persécutions.

La durée de l'interdiction de retour varie selon que l'obligation de quitter le territoire soit assortie ou pas d'un délai de départ volontaire. Il est à craindre que l'autorité administrative notifie largement aux étrangers renvoyés des obligations de quitter le territoire sans délai de départ volontaire et, dans cette hypothèse, la durée maximale de l'interdiction de retour sera de trois ans.

Il n'est prévu aucun motif spécifiquement lié au droit d'asile afin d'obliger l'autorité administrative à ne pas prononcer une interdiction de retour ou restreindre sa durée.

D-1 Situation du demandeur d'asile débouté sur le territoire

Si un demandeur d'asile débouté soumis à une interdiction de retour s'est maintenu sur le territoire français, il éprouvera les plus grandes craintes à se présenter au guichet asile d'une préfecture pour faire valoir son nouveau besoin de protection ou encore régulariser à un autre titre sa situation. L'interdiction de retour est exécutoire.

Déjà en 2004, la CFDA avait alerté les pouvoirs publics sur le sort réservé aux déboutés du droit d'asile qui n'ont pas disposé de conditions matérielles pour effectuer correctement leur demande d'asile, ce qui a une incidence certaine sur l'issue de la procédure : *« l'absence d'information, de ressources, d'hébergement ou de soutien éclairé est un élément majeur pour empêcher une procédure équitable et conduit trop souvent au rejet de la demande d'asile. Des demandeurs sont déboutés à cause de leur méconnaissance des subtilités linguistiques ou réglementaires »*.

Craignant de se rendre en préfecture, ces anciens demandeurs d'asile risquent de se retrouver ainsi dans une situation de non-droit pendant plusieurs années de peur de faire des démarches les conduisant à leur éloignement vers le pays où ils ont subi des persécutions.

D-2 Situation de l'étranger interdit de retour arrivant sur le territoire

Si un étranger éloigné revient avant l'expiration du délai de l'interdiction de retour, il risque de voir l'interdiction prolongée de deux ans au maximum. S'il est placé en zone d'attente, il risque fort de ne pas être admis à entrer sur le territoire en raison de son interdiction de retour.

Le projet de loi prévoit certes la possibilité de solliciter l'abrogation de l'interdiction de retour mais il exige que l'intéressé soit hors de France ou assigné à résidence (art. 23 du projet de loi modifiant l'art. L. 511-1 III du CESEDA).

S'agissant de la résidence hors de France, il sera extrêmement difficile de mener à distance une telle procédure. Les demandes d'abrogation de ceux se maintenant sur le territoire ne seront quant à elles pas recevables.

S'agissant de la possibilité de bénéficier d'une assignation à résidence d'une durée maximale de deux ans, elle demeure en pratique limitée. D'une part, elle implique que l'autorité administrative considère que *« l'étranger justifie être dans l'impossibilité de quitter le territoire français ou ne peut ni regagner son pays, ni se rendre dans aucun autre pays [...] jusqu'à ce qu'existe une perspective raisonnable d'exécution de son obligation »* de quitter le territoire français (art. 33 du projet de loi modifiant l'art. L. 561-1 du CESEDA). D'autre part, l'autorité administrative peut prescrire la remise de l'original du passeport ou de tout justificatif d'identité (article L.561-1 modifié du CESEDA). En pratique, un demandeur d'asile a rarement l'original de son passeport car ayant fui dans l'urgence des persécutions, il n'a pu se réclamer de la protection de son pays d'origine en faisant des démarches préalables pour obtenir un tel document.

L'étranger qui aura néanmoins pu être assigné à résidence sera tenu de pointer périodiquement auprès des services de police.

En définitive, l'étranger voulant de nouveau faire examiner son besoin de protection sera contraint de recourir au juge administratif, s'il est encore dans le délai, en lui déférant l'interdiction de retour et le refus éventuel de l'autorité administrative de l'assigner à résidence, alors qu'il encourt des risques en cas de renvoi forcé.

IV/ Travail

La grande illusion

Le gouvernement entend continuer à afficher une lutte prétendument « sans merci » contre le travail illégal. Parallèlement il poursuit sa route en matière de promotion de l'immigration dite « choisie ». Dans les deux cas, il prend appui sur la transposition de deux directives, la directive 2009/50 du 25 mai 2009 dite « carte bleue »²⁷ censée faciliter la venue et la circulation dans l'espace communautaire d'étrangers qualifiés, et la directive 2009/52 du 18 juin 2009 dite « sanctions »²⁸ au service de la lutte contre le travail illégal.

Il faut d'emblée noter que le gouvernement dispose encore de temps pour la transposition de l'une et l'autre de ces directives : les délais fixés par l'Union européenne expirent le 19 juin 2011 pour la directive « carte bleue » et le 20 juillet 2011 pour la directive « sanctions ». Il pourra difficilement, dans ces conditions, arguer de l'urgence pour faire adopter son projet de loi et ainsi affecter le jeu normal du débat parlementaire et démocratique.

En second lieu, la directive « sanctions », à tout le moins telle qu'elle est présentée, nourrit les mêmes confusions que celles généreusement entretenues par l'État français. Il ne s'agit pas de réprimer le travail illégal comme on le dit trop souvent, mais de prévoir des « *normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier* ». Autrement dit, seul l'emploi d'étrangers non autorisés à travailler est ici visé, et non toutes les formes de l'emploi dissimulé, illicite ou illégal, qui touchent bien plus largement des français, ou des étrangers parfaitement autorisés à exercer un emploi salarié. Du reste l'article 1^{er} de la directive précise clairement son objet et son champ d'application : « *la présente directive interdit l'emploi de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier afin de lutter contre l'immigration illégale* ».

De fait, le projet de loi a pour effet en particulier d'ouvrir les possibilités de contrôle de l'emploi dissimulé à des agents dont ce n'est pas l'activité principale, mais qui en revanche comptent parmi leurs missions la lutte contre l'immigration irrégulière.

A – Les droits des travailleurs « sans papiers » : le compte n'y sera pas

A-1 Augmentation de l'indemnisation

CODE DU TRAVAIL

L. 8252-2 (art. 58 du projet de loi)

Le salarié étranger a droit au titre de la période d'emploi illicite :

1° Au paiement du salaire et des accessoires de celui-ci, conformément aux dispositions légales et aux stipulations contractuelles applicables à son emploi, déduction faite des sommes antérieurement perçues au titre de la période considérée.

À défaut de preuve contraire, ces sommes dues au salarié correspondent à une relation de travail présumée d'une durée de trois mois ;

2° En cas de rupture de la relation de travail, à une indemnité forfaitaire égale à **trois** mois de salaire, à moins que l'application des règles figurant aux articles L. 1234-5, L. 1234-9, L. 1243-4 et L. 1243-8 ou des stipulations contractuelles correspondantes ne conduise à une solution plus favorable.

3° Le cas échéant, à la prise en charge par l'employeur de tous les frais d'envoi des rémunérations impayées vers le pays dans lequel il a été parti volontairement ou a été reconduit.

²⁷ Directive 2009/50/CE du Conseil du 25 mai 2009 établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié

Lorsque l'étranger employé sans titre l'a été dans le cadre d'un travail dissimulé, il bénéficie, soit des dispositions de l'article L. 8223-1, soit des dispositions du présent chapitre si celles-ci sont plus favorables.

Le conseil de prud'hommes saisi peut ordonner par provision le versement de l'indemnité forfaitaire prévue au 2°.

Ces dispositions ne font pas obstacle au droit du salarié de demander en justice une indemnisation supplémentaire s'il est en mesure d'établir l'existence d'un préjudice non réparé au titre de ces dispositions.

Cette disposition, bien connue, apparue avec la loi du 17 octobre 1981, entend accorder une protection aux travailleurs « sans papiers » en les assimilant à des salariés normalement engagés pendant le déroulement de la relation de travail. Elle répond à une situation concrète : l'employeur a profité de la prestation des salariés, fussent-ils en situation administrative irrégulière au regard du travail, il est normal qu'il en assume la contrepartie notamment en matière salariale.

Le projet de loi entend améliorer le sort du salarié « sans papiers ». En cela il correspond aux exigences de la directive précitée.

La réforme tient compte des difficultés de preuve auxquelles le salarié est en pratique confronté : comment prouver la durée de la relation de travail - établir la durée et les horaires de travail -, alors que la situation est a priori dissimulée. Selon le projet (art. 6 de la directive), les sommes dues au salarié sont présumées correspondre à une durée de trois mois. On en déduit qu'en l'absence de tout élément probant permettant d'établir la durée de l'emploi, le travailleur « sans papiers » percevra trois mois de salaire (sur la base d'un temps plein et des minima salariaux, selon toute vraisemblance). Il faudra toujours, en pratique, que le salarié démontre devant les Conseils de prud'hommes avoir travaillé (et n'avoir rien reçu en échange, ou une rémunération sans lien avec la durée de l'emploi), ce qui est loin d'être évident. Par ailleurs, cette présomption est évidemment « simple » : elle tombe en cas de preuve contraire. La portée de la règle dépend donc d'abord du pouvoir d'appréciation du juge sur les éléments de preuve. Elle doit être également évaluée à la lumière d'un contentieux prudhomal qui, même s'il a augmenté, demeure faible (comparativement aux écarts et infractions existant - dont on peut soupçonner l'existence).

Notons qu'en matière de temps de travail, le code du travail met en place un système de preuve spécifique (preuve pesant sur les deux parties... mais en réalité, en vertu d'une jurisprudence discutable et restrictive, il appartient au salarié d'apporter préalablement « *des éléments de nature à étayer sa demande* »).

Il est également prévu d'augmenter l'indemnité forfaitaire de rupture (de un à trois mois). À la différence du rappel de salaire, elle est systématiquement due dès lors que les relations de travail sont rompues. Le salarié ne peut pas cumuler les indemnités prévues par cette disposition et l'indemnisation minimale de 6 mois de salaire prévue en cas de travail dissimulé. Il pourra prétendre à l'indemnisation la plus favorable. Ce non-cumul est néanmoins contestable.

Dans bien des hypothèses révélées par le mouvement actuel de grève, beaucoup de sans-papiers travaillent avec des fiches de paie et sont normalement rémunérés s'agissant de l'horaire normal de travail. On se situe toutefois dans des secteurs qui comptent beaucoup d'heures supplémentaires dissimulées. Ils sont par ailleurs fragilisés par leur situation administrative et donc particulièrement exposés à une rupture (sans respect de la procédure de licenciement puisque la Cour de cassation en a décidé ainsi). Il aurait été plus protecteur de combattre la jurisprudence qui crée une inégalité de traitement entre victimes de l'emploi dissimulé selon qu'ils ont ou non « des papiers », et de prévoir le versement d'une indemnité de rupture plus substantielle (celle de six mois prévue pour le salarié « dissimulé »).

En tout état de cause, on peut considérer que cette amélioration des droits pécuniaires à verser aux travailleurs « sans papiers » est sans commune mesure avec le préjudice qu'ils subissent du fait de la précarité de leur situation administrative.

A-2 La consignation des sommes dues

CODE DU TRAVAIL

L. 8252-4 (art. 59 du projet de loi)

Les sommes dues à l'étranger sans titre de séjour, dans chacun des cas prévus par l'article L. 8252-2, lui sont versées par l'employeur dans un délai fixé par décret en Conseil d'État. Lorsque l'étranger est placé en rétention administrative en application de l'article L. 551-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ou assigné à résidence en application de l'article L. 561-2 du même code ou lorsqu'il n'est plus sur le territoire national, ces sommes sont déposées sous le même délai auprès d'un organisme désigné à cet effet, puis reversées à l'étranger.

Lorsque l'employeur ne s'acquitte pas des obligations mentionnées au premier alinéa, l'organisme recouvre les sommes dues pour le compte de l'étranger.

Les modalités d'application des dispositions relatives à la consignation, au recouvrement et au reversement des sommes dues à l'étranger sans titre ainsi que les modalités d'information de celui-ci sur ces droits sont précisées par décret en Conseil d'État.

Il s'agit là d'une nouvelle disposition. L'idée est de consigner les sommes dues et de les reverser, en particulier lorsque l'étranger sans papiers ne réside plus en France. Le projet prévoit un versement par l'employeur dans un délai qui serait fixé par voie réglementaire. Dans l'avant-projet de loi, ce délai avait été fixé à 30 jours. Lorsque l'employeur ne s'exécute pas dans le délai prescrit, les sommes font donc l'objet d'une consignation auprès d'un organisme. On ignore lequel. On ne sait pas comment cette procédure s'articulera avec une procédure contentieuse. Le même flou se retrouve dans la directive « sanction » du parlement européen et du Conseil. Il faudra attendre les décrets d'application pour en savoir plus.

Ainsi de nombreuses questions restent pendantes, et cette mesure, en l'état, laisse dubitatif sur son caractère protecteur des droits des étrangers sans autorisation de travail. Qui ordonnera la consignation ? Selon quels modes de calcul ? Qui y procédera effectivement (un organisme *ad hoc* ? l'OFII ? un huissier de justice ? le Trésor public ?) ? Que se passera-t-il en cas de contestation de la créance salariale ? Est-ce que la procédure devant la juridiction prud'homale sera simplifiée ? Le versement de provisions sur salaire suppose, en effet, que la créance salariale ne soit pas sérieusement contestable...

Le projet de loi évoque l'information du salarié. Selon la directive, pour que la lutte contre l'immigration illégale, transitant par l'emploi de sans papiers, soit efficace, il faut que l'employeur supporte financièrement cette situation. Et il faut que les sanctions pécuniaires soient effectives. Pour qu'elles le deviennent, le projet prévoit donc en amont une information des travailleurs sur leurs droits. On ignore tout des modalités de cette information puisque cette question doit elle aussi faire l'objet d'un décret. Il est peu probable que le défaut d'information puisse être utilisé pour bloquer le processus d'éloignement. Il risque alors d'être sans portée réelle.

Enfin, on a tout lieu de s'interroger sur les possibilités effectives d'envoi des sommes consignées à des étrangers renvoyés dans leur pays, dont il faudra connaître l'adresse, qui pourront se trouver loin de toute infrastructure de communication ou de transport, et parmi lesquels beaucoup sans doute seront dépourvus de compte bancaire...

B – La lutte contre le travail illégal : un affichage plutôt qu'une réalité

B-1 Extension de l'infraction liée à l'emploi d'un étranger non autorisé à travailler en France

CODE DU TRAVAIL

L. 8251-2 (art. 57 du projet de loi)

Nul ne peut, directement ou par personne interposée, recourir sciemment aux services d'un employeur d'un étranger sans titre.

L. 8256-2 (art. 62 du projet de loi)

Le fait pour toute personne, directement ou par personne interposée, d'embaucher, de conserver à son service ou d'employer pour quelque durée que ce soit un étranger non muni du titre l'autorisant à exercer une activité salariée en France, en méconnaissance des dispositions du premier alinéa de l'article L. 8251-1, est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 15 000 euros.

Le fait de recourir sciemment, directement ou par personne interposée, aux services d'un employeur d'un étranger sans titre, est puni des mêmes peines.

Ces peines sont portées à un emprisonnement de dix ans et une amende de 100 000 euros lorsque l'infraction est commise en bande organisée.

L'amende est appliquée autant de fois qu'il y a d'étrangers concernés.

Le projet de loi étend le champ de l'interdiction de recourir à un salarié étranger non autorisé à travailler en France : il s'agit d'interdire également le recours à un employeur de « sans papiers ». Cette extension induit des contrôles dans le cadre de contrats commerciaux (prestations, fourniture de services ou de biens...) qui existent déjà pour une part (voir parallèlement l'extension de la responsabilité solidaire). Le fait de recourir à un employeur de sans-papiers sera pénalement puni, au même titre que le fait de faire directement travailler des sans-papiers. Il faut évaluer cette extension de l'élément matériel de l'infraction à l'aune d'un contentieux qui demeure marginal (voir *infra* art. L. 8256-2 modifié).

Un telle mise en cause était déjà prévue en cas de travail dissimulé (en application de l'article L. 8221-1 du code du travail, est notamment interdit « *le fait de recourir sciemment, directement ou par personne interposée, aux services de celui qui exerce un travail dissimulé* »). D'une manière générale, la mise en œuvre de la responsabilité pénale du donneur d'ordre est très difficile ; il faut en effet démontrer la constitution de l'infraction d'emploi d'un étranger sans titre par le cocontractant, puis - surtout - l'intention frauduleuse du donneur d'ordre (prouver que l'auteur a connaissance et conscience de la violation de la réglementation et qu'il commet ainsi volontairement l'infraction).

La preuve de l'élément intentionnel de l'infraction commise par le donneur d'ordre peut s'appuyer sur le fait que celui-ci - client - n'a pas exigé de son cocontractant prestataire ou sous-traitant les documents obligatoires prévus par la loi (pour les contrats portant sur une somme de plus de 3 000 €, le donneur d'ordre doit obtenir de l'entreprise la liste nominative des salariés étrangers). Le donneur d'ordre n'a pas toutefois l'obligation de vérifier la sincérité et l'authenticité des documents remis par son cocontractant. En pratique, il n'est pas rare que les juges soient très exigeants pour établir le caractère intentionnel de l'infraction.

B-2 Des sanctions pénales en cas de violation de la loi de 1975 sur la sous-traitance

CODE DU TRAVAIL

L. 8271-1-1 (art. 63 du projet de loi)

Les infractions aux obligations de faire accepter chaque sous-traitant et agréer ses conditions de paiement par le maître d'ouvrage, ou de refuser de communiquer à ce dernier les contrats de sous-traitance, conformément aux dispositions du premier alinéa de l'article 3 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, sont constatées par les agents mentionnés à l'article L. 8271-7. Ces infractions sont punies d'une amende de 7 500 €.

En application de l'article 3 de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, l'entrepreneur qui entend exécuter un contrat ou un marché en ayant recours à un ou plusieurs sous-traitants, doit, au moment de la conclusion et pendant toute la durée du contrat ou du marché, faire accepter chaque sous-traitant et agréer les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance par le maître d'ouvrage. L'entrepreneur principal est tenu de communiquer le ou les contrats de sous-traitance au maître de l'ouvrage lorsqu'il en fait la demande. Toujours en vertu de la même disposition, lorsque le sous-traitant n'aura pas été accepté ou que les conditions de paiement n'auront pas été agréées selon les modalités prévues, l'entrepreneur principal sera néanmoins tenu envers le sous-traitant, mais il ne pourra pas invoquer à son encontre le contrat de sous-traitance. Ce texte n'était jusqu'alors pas pourvu de pénalités en cas de non-respect. C'est chose faite avec le projet de loi. Cette modification est censée donner davantage d'effectivité à la responsabilisation du maître d'ouvrage (le client de l'employeur). Les infractions aux règles prescrites par cet article sont punies d'une amende délictuelle de 7 500 €. Mais là encore, on peut douter de l'effectivité de cette sanction, tant il sera aisé au maître d'ouvrage de dire qu'il n'avait pas en sa possession les éléments pour connaître la situation administrative des employés des entreprises de sous-traitance « en cascade ».

B-3 Renforcement de la solidarité financière des employeurs intervenants

CODE DU TRAVAIL

L. 8254-2 (art. 60 du projet de loi)

La personne qui méconnaît les dispositions de l'article L. 8254-1 est tenue solidairement avec son cocontractant, sans préjudice de l'application des dispositions des articles L. 8222-1 à L. 8222-6, au paiement :

1° Du salaire et des accessoires de celui-ci dus à l'étranger sans titre, conformément au 1° de l'article L. 8252-2 ;

2° De la contribution spéciale prévue à l'article L. 8253-1 et de la contribution forfaitaire prévue à l'article L. 626-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ;

3° Des indemnités versées au titre de la rupture de la relation de travail, en application soit du 2° de l'article L. 8252-2, soit des règles figurant aux articles L. 1234-5, L. 1234-9, L. 1243-4 et L. 1243-8 ou des stipulations contractuelles, lorsque celles-ci conduisent à une solution plus favorable ;

4° De tous les frais d'envoi des rémunérations impayées vers le pays dans lequel l'étranger est parti volontairement ou a été reconduit, mentionnées au 3° de l'article L. 8252-2.

L. 8254-2-1 (art. 61 du projet de loi)

Toute personne mentionnée à l'article L. 8254-1, informée par écrit par un agent mentionné à l'article L. 8271-7, par un syndicat de salariés, un syndicat ou une association professionnels d'employeurs ou une institution représentative du personnel, que son cocontractant ou un sous-traitant direct ou indirect de ce dernier emploie un étranger sans titre enjoint aussitôt à son cocontractant de faire cesser cette situation.

L'entreprise mise ainsi en demeure informe la personne mentionnée au premier alinéa des suites données à l'injonction. Si celle-ci n'est pas suivie d'effet, la personne mentionnée à l'article L. 8254-1 peut résilier le contrat aux frais et risques du cocontractant.

La personne qui méconnaît les dispositions du premier alinéa est tenue ainsi que son cocontractant solidairement avec le sous-traitant employant l'étranger sans titre au paiement des rémunérations et charges, contributions et frais mentionnés à l'article L. 8254-2.

L. 8254-2-2 (art. 61 du projet de loi)

Toute personne condamnée en vertu de l'article L. 8251-2 pour avoir recouru sciemment aux services d'un employeur d'un étranger sans titre est tenue solidairement avec cet employeur au paiement des rémunérations et charges, contributions et frais mentionnés à l'article L. 8254-2.

Il s'agit de renforcer - ou plutôt de faire semblant de renforcer - la responsabilité pécuniaire dans le cadre de contrats commerciaux et/ou de chaînes de sous-traitance. La finalité de la réglementation est d'amener les différents employeurs concernés par la même situation (et contractuellement liés) à vérifier les conditions d'engagement des travailleurs (même si ce ne sont pas juridiquement leurs salariés). Ainsi, toutes les entreprises intervenant dans le cadre d'une chaîne de sous-traitance sont fortement incitées à contrôler la situation administrative de leurs salariés. Cette responsabilité existe déjà dans le cadre du travail dissimulé où elle donne lieu en pratique à très peu de condamnations. Cette solidarité est étendue en cas d'emploi d'étrangers sans titre (elle comprend les salaires et les indemnités de rupture). Le projet de loi ouvre surtout une porte de sortie pour échapper à la condamnation in solidum (elle existe déjà dans le cadre du travail dissimulé) : il suffit de suivre la procédure prévue et d'en garder trace (le prix d'une petite lettre recommandée !). Le projet fait donc ici un cadeau aux gros donneurs d'ordre. Il sera facile à l'avenir à des sociétés ayant pignon sur rue, par exemple au moment où elles auront connaissance d'un mouvement de grève de sans papiers en préparation dans une des entreprises sous-traitantes, d'organiser « leur information » par un syndicat ou une institution du personnel, ou mieux par une association professionnelle, de la présence d'un sous-traitant devenu indélicat pour, par la suite, lui enjoindre de mettre fin à cette situation.

La liste des personnes pouvant signaler le délit d'emploi d'un étranger sans titre est d'ailleurs si longue qu'on se pose la question de son utilité réelle : en réalité, tout citoyen est susceptible d'être l'auteur du signalement.

En tout état de cause, quand bien même certaines entreprises seraient condamnées civilement, l'étendue de la responsabilité pécuniaire demeure peu dissuasive au regard des bénéfices engrangés (directs et indirects) par le recours à une main d'œuvre précaire.

B- 4 Le développement des autres sanctions prétendument « massue »

CODE DU TRAVAIL

L. 8272-1 (art. 65 du projet de loi)

Lorsque l'autorité administrative a connaissance d'un procès-verbal relevant une des infractions constitutives de travail illégal mentionnées à l'article L. 8211-1, elle peut, eu égard à la gravité des faits constatés, à la nature des aides sollicitées et à l'avantage qu'elles procurent à l'employeur, refuser d'accorder, pendant une durée maximale de cinq ans, *certaines des aides publiques en matière d'emploi, de formation professionnelle et de culture* à la personne ayant fait l'objet de cette verbalisation.

Cette décision de refus est prise sans préjudice des poursuites judiciaires qui peuvent être engagées.

L'autorité administrative peut également demander, eu égard aux critères mentionnés au premier alinéa, le remboursement de tout ou partie des aides publiques mentionnées au premier alinéa et perçues au cours des douze derniers mois précédant le procès-verbal.

Un décret fixe la nature des aides et subventions concernées et les modalités de la prise de décision relative au refus de leur attribution *ou à leur remboursement*.

L. 8272-2 (art. 66 du projet de loi)

Lorsque l'autorité administrative a connaissance d'un procès-verbal relevant une infraction à l'interdiction prévue aux 1° à 4° de l'article L. 8211-1, elle peut, eu égard à la répétition et à la gravité des faits constatés, et à la proportion de salariés concernés, ordonner par décision motivée la fermeture d'un établissement, à titre provisoire et pour une durée ne pouvant excéder trois mois. Elle en avise sans délai le procureur de la République.

La mesure de fermeture provisoire est levée de plein droit en cas de classement sans suite de l'affaire, d'ordonnance de non-lieu, lors d'une décision de relaxe ou si la juridiction pénale ne prononce pas la peine complémentaire de fermeture d'établissement mentionnée au 4° de l'article 313-39 du code pénal.

La mesure de fermeture peut s'accompagner de la saisie à titre conservatoire du matériel professionnel des contrevenants.

Les modalités d'application du présent article ainsi que les conditions de sa mise en œuvre aux chantiers du bâtiment et des travaux publics sont fixées par décret en Conseil d'État.

L. 8272-3 (art. 66 du projet de loi)

La décision de fermeture provisoire de l'établissement par l'autorité administrative prise en application de l'article L. 8272-2 ne peut entraîner ni rupture, ni suspension du contrat de travail, ni aucun préjudice pécuniaire à l'encontre des salariés concernés.

Les salariés bénéficient des mêmes garanties lorsque l'établissement fait l'objet de la peine complémentaire de fermeture provisoire d'établissement mentionnée au 4° de l'article 131-39 du code pénal.

L. 8272-4 (art. 67 du projet de loi)

Lorsque l'autorité administrative a connaissance d'un procès-verbal relevant une infraction à l'interdiction prévue aux 1° à 4° de l'article L. 8211-1, elle peut ordonner, par décision motivée prise à l'encontre de la personne, l'exclusion des contrats mentionnés aux articles L. 551-1 et L. 551-5 du code de justice administrative, pour une durée ne pouvant excéder six mois. Elle en avise sans délai le procureur de la République.

La mesure d'exclusion est levée de plein droit en cas de classement sans suite de l'affaire, d'ordonnance de non-lieu rendue, lors d'une décision de relaxe ou si la juridiction pénale ne prononce pas la peine complémentaire d'interdiction des marchés publics mentionnée au 5° de l'article 131-39 du code pénal.

Les modalités d'application du présent article sont fixées par décret en Conseil d'État.

Le projet, à la lumière de la directive « sanction », renforce les sanctions ici de nature administrative. Le refus d'accorder des aides publiques à l'emploi en cas de condamnation pour une des infractions constitutives de travail illégal est déjà prévu. On prévoit juste leur remboursement (dans la limite des aides perçues au cours des douze derniers mois).

Le projet envisage à l'encontre des personnes verbalisées (pour les mêmes délits) deux nouvelles sanctions :

- l'exclusion des marchés publics pour une durée de 6 mois au plus ;
- la fermeture provisoire de l'établissement pour une durée de trois mois au plus.

Le projet de loi ne dit pas quelle sera l'administration en charge de ces décisions. Est-ce le préfet, ou la DIRECCTE²⁹ qui ordonnera par exemple la fermeture temporaire d'une entreprise ?

Dans tous les cas cette administration quelle qu'elle soit ne pourra prendre ces sanctions que sous certaines conditions variant selon la mesure envisagée. Pour la fermeture de l'établissement, il faudra que les faits soient graves et qu'ils aient été répétés. Dans les deux cas, le procureur doit en être informé. La mesure est censée ne pas affecter les contrats de travail en cours d'exécution ; autrement dit l'employeur doit continuer à rémunérer ses salariés. C'est une sanction qui se veut vraiment dissuasive. Sera-t-elle utilisée dans le contexte économique actuel ? On peut en douter. Le contexte de volonté de sauvegarde de l'emploi, surtout dans les secteurs fortement employeurs de main d'œuvre sans papiers, laisse à penser que cette mesure ne sera appliquée qu'avec parcimonie, tant il paraîtra difficile à des petites ou moyennes entreprises de continuer à verser des salaires à des employés empêchés de travailler par la fermeture de leur entreprise.

La sanction cesse de plein droit si les poursuites pénales sont abandonnées ou ne donnent lieu à aucune condamnation. Il en est de même si la société, en tant que personne morale, n'a pas été condamnée, selon les cas, à la peine soit de fermeture temporaire de l'établissement, soit d'exclusion des contrats de marchés publics par le juge pénal, comme le prévoit le code pénal.

²⁹ La DIRECCTE (direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi) mise en place en 2010 inclut les services de la main d'œuvre étrangère qui relevaient avant de la DDTEFP.

B-5 De nouveaux agents et de nouveaux moyens pour... interpellier des travailleurs sans papiers

CODE DU TRAVAIL

L. 8271-6-1 (art. 64 du projet de loi)

Les agents de contrôle *mentionnés à l'article L. 8271-1 [du travail illégal]* sont habilités à entendre, en quelque lieu que ce soit et avec son consentement, tout employeur ou son représentant et toute personne rémunérée, ayant été rémunérée ou présumée être ou avoir été rémunérée par l'employeur ou par un travailleur indépendant, afin de connaître la nature de ses activités, ses conditions d'emploi et le montant des rémunérations s'y rapportant, y compris les avantages en nature. *De même, ils peuvent entendre toute personne susceptible de fournir des informations utiles à l'accomplissement de leur mission de lutte contre le travail illégal.*

Ces auditions peuvent faire l'objet d'un procès-verbal signé des agents précités et des intéressés.

Ces agents sont en outre habilités à demander aux employeurs, aux travailleurs indépendants, aux personnes employées dans l'entreprise ou sur le lieu de travail ainsi qu'à toute personne dont ils *recueillent* les déclarations dans l'exercice de leur mission, de justifier de leur identité et de leur adresse.

[Modification de l'ancien article L. 8271-11 du code du travail abrogé par le projet de loi]

L. 8271-6-2 (art. 64 du projet de loi)

Pour la recherche et la constatation des infractions constitutives de travail illégal, les agents de contrôle mentionnés à l'article L. 8271-7 peuvent se faire présenter et obtenir copie immédiate des documents justifiant du respect des dispositions du présent livre.

Il s'agit ici d'étendre à la lutte contre le travail illégal les pouvoirs déjà accordés aux agents dans la lutte contre le travail dissimulé, c'est-à-dire les inspecteurs et contrôleurs du travail, les agents de police judiciaire, les agents des douanes. Cela permettra de rechercher et d'interpeller plus facilement des travailleurs sans papiers sans craindre que la procédure ne soit remise en cause. Pour pouvoir appréhender des salariés sans papiers, les agents de police n'ont plus besoin d'imaginer des procédures complexes en lien avec par exemple des contrôles opérés par les agents de l'URSSAF. Tous peuvent entrer dans les lieux de travail, interroger les personnes présentes et leur demander immédiatement de justifier de la régularité de leur situation administrative. Le texte permet a priori de vérifier la régularité du séjour de toutes les personnes présentes sur les lieux lorsque ce dernier est ouvert au public (on pense aux clients de restaurants ou de cafés par exemple). C'est une façon supplémentaire d'inciter les agents de contrôle de l'inspection du travail à participer à la lutte contre les travailleurs sans papiers et donc à être acteurs dans leur interpellation, ce que la plupart d'entre eux refusent de faire, estimant que cela outrepasserait le cadre de leur mission, qui est simplement de faire respecter le droit des travailleurs. On notera d'ailleurs que le BIT a tout récemment (avril 2009), suite à des plaintes déposées par des syndicats de fonctionnaires du ministère du travail, condamné le fait de confier aux corps d'inspection du travail des missions de police des étrangers, disant qu'une telle pratique était « incompatible avec l'objectif de l'inspection du travail » et nuisait à « la protection des sources des plaintes ».

C – La carte bleue européenne : une nouvelle carte pour attirer des travailleurs qualifiés

CESEDA

L. 313-10 (art. 13 du projet de loi)

La carte de séjour temporaire autorisant l'exercice d'une activité professionnelle est délivrée : [...]

6° À l'étranger titulaire d'un contrat de travail visé conformément à l'article L. 5221-2 du code du travail, d'une durée égale ou supérieure à un an pour un emploi dont la rémunération annuelle brute est au moins égale à une fois et demi le salaire moyen annuel, et qui est titulaire d'un diplôme sanctionnant au moins trois années d'études supérieures délivré par un établissement d'enseignement supérieur reconnu par l'État dans lequel il se situe ou qui

justifie d'une expérience professionnelle d'au moins cinq ans d'un niveau comparable, sans que lui soit opposable la situation de l'emploi. Un arrêté du ministre chargé de l'immigration fixe chaque année le montant du salaire moyen annuel de référence.

Elle porte la mention « carte bleue européenne ».

Par dérogation aux articles L. 311-2 et L. 313-1, cette carte de séjour a une durée de validité de trois ans maximum et est renouvelable. Dans le cas où le contrat de travail est d'une durée égale ou supérieure à un an et inférieure à trois ans, la carte de séjour temporaire « carte bleue européenne » est délivrée ou renouvelée pour la durée du contrat de travail.

Le conjoint, s'il est âgé d'au moins dix-huit ans, et les enfants entrés mineurs en France dans l'année qui suit leur dix-huitième anniversaire ou entrant dans les prévisions de l'article L. 311-3 du présent code, d'un étranger titulaire d'une carte de séjour temporaire portant la mention « carte bleue européenne » bénéficient de plein droit de la carte de séjour mentionnée au 3° de l'article L. 313-11.

L'étranger qui justifie avoir séjourné au moins dix-huit mois dans un autre État membre sous couvert d'une carte bleue européenne délivrée par cet État obtient la carte de séjour temporaire portant la mention « carte bleue européenne » sous réserve qu'il remplisse les conditions énumérées au premier alinéa et qu'il en fasse la demande dans le mois qui suit son entrée en France, sans que soit exigée la condition prévue à l'article L. 311-7.

Son conjoint et ses enfants tels que définis au quatrième alinéa du 6° du présent article lorsque la famille était déjà constituée dans l'autre État membre bénéficient de plein droit de la carte de séjour temporaire prévue au 3° de l'article L. 313-11 à condition qu'ils en fassent la demande dans le mois qui suit leur entrée en France, sans que soit exigée la condition prévue à l'article L. 311-7.

La carte de séjour accordée conformément aux 4ème et 6ème alinéas du présent article est renouvelée de plein droit durant la période de validité restant à courir de la « carte bleue européenne ».

Le conjoint titulaire de la carte de séjour mentionnée au 3° de l'article L. 313-11 bénéficie de plein droit, lorsqu'il justifie d'une durée de résidence de cinq ans, du renouvellement de celle-ci indépendamment de la situation du titulaire de la carte de séjour temporaire « carte bleue européenne » au regard du droit au séjour sans qu'il puisse se voir opposer l'absence de lien matrimonial.

Il en va de même pour les enfants devenus majeurs qui reçoivent de plein droit la carte susmentionnée.

L. 314-8-1 (art. 15 du projet de loi)

L'étranger titulaire de la carte de séjour temporaire prévue au 6° de l'article L. 313-10 peut se voir délivrer une carte de résident portant la mention "résident de longue durée-CE" s'il justifie d'une résidence ininterrompue, conforme aux lois et règlements en vigueur, d'au moins cinq années sur le territoire d'un État membre de l'Union européenne, dont les deux années précédant sa demande en France.

Les absences du territoire de l'Union européenne ne suspendent pas le calcul de la période mentionnée à l'alinéa précédent si elles ne s'étendent pas sur plus de douze mois consécutifs et ne dépassent pas au total dix-huit mois sur l'ensemble de cette période.

Il doit également justifier de son intention de s'établir durablement en France dans les conditions prévues à l'article L. 314-8.

Son conjoint et ses enfants dans l'année qui suit leur dix-huitième anniversaire ou entrant dans les prévisions de l'article L. 311-3, admis en France conformément aux dispositions du 6° de l'article L. 313-10, peuvent se voir délivrer une carte de résident portant la mention "résident de longue durée-CE" dans les conditions prévues à l'article L. 314-8.

Il s'agit ici de transposer la directive 2009/50 du 25 mai 2009 dite « carte bleue ».

On remarque d'ores et déjà que, à la différence d'autres textes du droit communautaire en matière de politique migratoire, et notamment ceux relatifs au séjour, le processus décisionnel aboutissant à l'adoption de cette directive a été relativement court (la proposition initiale a été présentée par la Commission européenne le 23 octobre 2007, la date de son adoption étant le 25 mai 2009). Cela démontre qu'un relatif consensus existe au sein de l'ensemble des États membres sur le principe général : favoriser l'immigration de la main-d'œuvre qualifiée voire très qualifiée, même si par ailleurs il reste des désaccords sur les modalités de sa mise en place. D'où la grande marge de manœuvre que le texte laisse aux États membres. Comme l'observe le ministre de l'immigration dans son exposé des motifs, cela crée entre eux une véritable « concurrence », chacun essayant de se rendre plus compétitif aux yeux de « l'élite migratoire ».

Cette nouvelle « carte bleue européenne » s'inscrit bien dans le cadre de la politique de « l'immigration choisie » (faussement) instaurée par la loi du 24 juillet 2006³⁰, dite « loi Sarkozy II ». Toutefois, malgré les efforts faits par le gouvernement pour vanter le succès de cette politique, les chiffres sont là : le rapport du CICI 2009 note que seulement 182 cartes « compétences et talents » ont été délivrées en 2008, ou encore 1 949 cartes de séjour « scientifiques », titres qui partagent certaines des caractéristiques de la future carte bleue européenne.

Attention : sont exclus du champ d'application de cette directive les bénéficiaires de la protection temporaire ou de toute autre protection internationale (dont les demandeurs d'asile), les ressortissants de pays tiers séjournant en qualité de chercheurs ou travailleurs saisonniers, ou comme travailleurs détachés dans le cadre d'une prestation de services, les titulaires du statut « ressortissant de longue durée - CE », ou encore, les membres de famille des citoyens de l'Union. Ces exclusions sont prévues par la directive elle-même.

C-1 Qui peut demander une carte bleue européenne ?

Peuvent demander la délivrance d'une carte de séjour temporaire mention « carte bleue européenne », les ressortissants de pays tiers, entrés avec un visa de long séjour en France et qui :

- disposent d'un contrat de travail ou une promesse d'embauche ferme pour un emploi hautement qualifié d'une durée d'au moins un an ;
- justifient d'un niveau de diplôme d'au moins trois années après le baccalauréat ou de cinq années d'expérience sur un poste hautement qualifié dans le même secteur professionnel ;
- et dont le salaire annuel est au moins égal à 1,5 fois le salaire brut moyen annuel. Un arrêté ministériel doit fixer chaque année le montant du salaire moyen annuel de référence (cette référence peut ainsi être différente dans chaque État membre). Cela représente une rémunération autour de 4 000 € par mois, et donc relativement élevée.

Malgré la volonté affichée par le gouvernement, la France n'a toujours pas fait le choix de l'adoption de normes plus favorables. Deux exemples concernant les conditions d'accès à cette carte de séjour :

- un visa de long séjour sera toujours exigé, le projet de loi ne prévoyant aucune exception pour ceux qui arrivent pour la première fois sur le territoire de l'UE (à la différence de ceux qui bénéficient déjà d'une mobilité à l'intérieur du territoire de l'Union). La directive pour sa part n'impose pas une telle condition ;
- aucune exception n'est faite au salaire minimum exigé par référence au salaire brut moyen annuel. Selon la directive, pour l'emploi dans des professions ayant un besoin particulier de main d'œuvre étrangère et appartenant aux principaux groupes 1 et 2 de la Classification internationale type des professions (CITP), le seuil de rémunération peut être de 1,2 fois le salaire annuel moyen. Si l'État membre le décide, il doit communiquer à la Commission la liste des métiers bénéficiant de cette exception.

C-2 Quelles sont les caractéristiques de la carte ?

Si le demandeur réunit les conditions, une carte de séjour temporaire portant la mention « carte bleue européenne » lui sera délivrée. Cette carte a une durée de trois ans (durée calquée sur celle de la carte « compétences et talents » ou encore « salarié en mission »). Si le contrat de travail est inférieur à trois ans, la carte sera de même durée que celle du contrat. Autrement dit, en pratique la carte aura une durée de validité de trois ans lorsque la personne pourra se prévaloir d'un contrat à durée indéterminée. Cette carte donne donc droit au séjour et au travail (articles R. 5221-3, R. 5221-8 du code du travail qui seraient ainsi modifiés). Toutefois, la validité de cette autorisation de travail est limitée pendant les deux premières années au métier hautement qualifié pour lequel elle a été délivrée, possibilité laissée au libre arbitre par la directive (art. R. 5221-10 du code du travail).

³⁰ Loi n°2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration

Comme pour la carte de séjour temporaire mention « salarié », la « carte bleue européenne » pourra être renouvelée si son titulaire se trouve involontairement privé d'emploi à la date de la première demande de renouvellement. Si au terme de cette période, cette situation de chômage persiste, il sera statué sur sa demande au regard de ses droits à l'indemnité de chômage.

C-3 Le droit au séjour des membres de la famille

Les membres de la famille du titulaire de la « carte bleue européenne » (conjoint et enfants entrés mineurs en France) ne sont pas soumis à la procédure du regroupement familial (alors que la directive ne prévoit pas cette exception, mais seulement des « *aménagements* »). Selon l'exposé des motifs du projet de loi, le gouvernement opte pour une procédure plus favorable et « *donc sans caractère dissuasif* » de « *famille accompagnante* ». Elle est prévue en France par voie de circulaire, sans que la condition de séjour régulier préalable en France du demandeur (de dix-huit mois aujourd'hui) et celles ayant trait aux ressources ou au logement soient exigées. Ils se voient délivrer une carte temporaire « vie privée et familiale » d'un an, renouvelable « *de plein droit durant la période de validité restant à courir de la « carte bleue européenne »* ».

En conformité avec la directive « carte bleue », ce n'est qu'après cinq années de séjour que les membres de famille accèdent à un droit de séjour autonome (renouvellement de la carte « VPF » ou délivrance d'une carte de résident), indépendamment donc de la situation du travailleur hautement qualifié.

Enfin, selon l'exposé des motifs, aucune condition d'intégration n'est exigée, les membres de famille ne suivant pas ici la procédure du regroupement familial.

C-4 Droit à la mobilité

Conformément encore au texte européen, après un séjour de 18 mois sur le territoire d'un autre État membre, le travailleur hautement qualifié peut demander à s'installer en France s'il remplit les conditions exigées et sans que l'exigence d'un visa de long séjour lui soit opposable. Si sa demande est acceptée, il reçoit une carte de séjour temporaire portant la mention « carte bleue européenne ». Les membres de la famille déjà constituée dans l'autre État membre peuvent également s'installer en France et reçoivent de plein droit une carte « vie privée et familiale ». Là encore, le visa de long séjour n'est pas exigé.

On note que la directive laisse la possibilité aux États membres d'exiger, pour la venue des membres de la famille du travailleur hautement qualifié, que celui-ci dispose d'un logement considéré comme normal pour une famille de taille comparable dans la même région, et de ressources stables, régulières et suffisantes pour subvenir à ses propres besoins et à ceux des membres de sa famille. Le projet de loi n'impose pas ces exigences, en accord avec le choix du gouvernement de ne pas les soumettre à la procédure du regroupement familial.

Dans la continuité de la directive relative au statut de longue durée - CE, qui a été transposée en France par la loi « Sarkozy II » du 24 juillet 2006, les titulaires de la CST « carte bleue européenne », ou les membres de sa famille résidant avec lui peuvent demander la délivrance d'une carte de résident « longue durée - CE » s'ils justifient d'une résidence ininterrompue d'au moins cinq années sur le territoire d'un État membre de l'Union sous couvert d'une carte bleue européenne, dans les deux années précédant sa demande en France. Le demandeur doit en plus justifier de son intention de s'établir durablement en France (art. 15 du projet de loi ajoutant un art. L. 314-8-1 au Cesda). Dans ce cas, la condition d'intégration leur sera exigée.

Il faut rappeler que, selon la directive, les titulaires de cette carte ainsi que les membres de leur famille bénéficient du principe d'égalité de traitement. Il s'agit d'un principe général du droit français qui ne nécessite pas de disposition expresse dans ce sens. Toutefois, des modifications réglementaires seront nécessaires pour qu'ils puissent prétendre aux prestations familiales, cette carte de séjour ne figurant pas parmi la liste de titres autorisant l'accès à certaines prestations.

La demande de titre de séjour doit être examinée dans un délai maximum de 90 jours suivant la date du dépôt. Selon le gouvernement, cela fera l'objet d'une modification de la partie réglementaire du Cesda.

C-5 Une mobilité « limitée »

Le projet de loi prévoit enfin, conformément à la directive, une obligation de réadmission immédiate et sans formalité de la part d'un autre État membre où le travailleur hautement qualifié aurait séjourné sous couvert d'une « carte bleue européenne » :

- lorsque la France décide de refuser la délivrance de cette carte ;
- lorsque la carte délivrée par un premier État membre arrive à expiration pendant l'examen de la demande déposée auprès des autorités françaises ;
- lorsque la carte, délivrée par un premier État membre est retirée par celui-ci pendant l'examen de la demande déposée auprès des autorités françaises.

Cela concerne également les membres de sa famille.

D – La suppression de la liste des métiers pour l'admission exceptionnelle au séjour

Le projet de loi envisage de supprimer la référence à la liste des métiers permettant aux étrangers sans papiers d'être exceptionnellement admis au titre de l'exercice d'une activité professionnelle en France (art. 18 du projet de loi modifiant l'art. L. 313-14 du CESEDA). Peu importe donc le métier exercé. Ils pourront dans tous les cas aspirer au bénéfice de cette procédure, qui dépendra toujours du bon vouloir des préfets. Rappelons que cette procédure dite de l'admission exceptionnelle au séjour n'instaure pas en effet un droit à être régularisé. La disparition de cette condition ne permettra donc pas d'augmenter réellement les chances de régularisation. Simplement les préfetures seront obligées de motiver autrement leur éventuel refus (beaucoup de refus ont pour seul motif le fait d'exercer une activité en dehors de la liste des professions pour lesquelles des difficultés de recrutement ont été constatées). Et cela donne une certaine marge d'action aux employeurs dans le même temps, qui auraient envie d'accompagner leurs salariés dans une procédure de régularisation.

Le projet met fin à la commission nationale de l'admission exceptionnelle au séjour. Il faut dire que l'on ne voyait guère son utilité.

V/ Outre Mer

Régime d'exception, encore et toujours

Dans sa forme actuelle, ce projet de loi comporte assez peu de dispositions relatives à l'Outre-mer, contrairement à la réforme du 24 juillet 2006³¹. Les plus nombreuses prennent en compte le changement de statut de Saint-Barthélemy et de Saint-Martin qui étaient auparavant communes de la Guadeloupe et sont devenues, en 2007, des collectivités d'outre-mer. Le nouveau texte précise pour l'essentiel que cela ne change rien pour les étrangers présents sur ces deux territoires.

L'entrée et le séjour continuent à être régis par le CESEDA à Saint-Martin et à Saint-Barthélemy comme dans les départements et à Saint-Pierre-et-Miquelon dans les mêmes conditions que celles qui prévalaient avant leur changement de statut. Le projet le précise en modifiant l'article L.111-2 du code ; sa rédaction comporte ensuite quelques contradictions.

Le projet de loi s'applique aux départements et assimilés en ce qui concerne les mesures d'éloignement. Mais, sur les terres ultramarines de France où ils sont relativement nombreux, les migrants sont privés des quelques faibles protections prévues en métropole lors de contrôles policiers ou de mesures d'éloignement. Il s'agit de la Guyane, la Guadeloupe, Saint-Barthélemy, Saint-Martin et Mayotte. Le texte veille à ce que ces dérogations prennent en compte la réforme prévue par le titre III du projet et continuent à s'appliquer à Saint-Barthélemy et à Saint-Martin.

Le droit d'asile tel qu'il est prévu par le CESEDA porte sur l'ensemble du territoire national, exception faite du dispositif européen dit de « Dublin » qui ne concerne que la France d'Europe. Cependant, sur quatre collectivités territoriales d'outre-mer, le droit au séjour du demandeur d'asile, lorsqu'il est accordé, est actuellement restreint au lieu où il se trouve ; déjà contestable, cette disposition devient absurde lorsque le projet de loi l'applique aux territoires exigus de Saint-Martin ou de Saint-Barthélemy.

A - Applicabilité du CESEDA à l'Outre-mer, notamment à Saint-Martin et Saint-Barthélemy

CESEDA

L. 111-2 (art. 76 du projet de loi)

Le présent code régit l'entrée et le séjour des étrangers en France métropolitaine, dans les départements d'outre-mer, à Saint-Pierre-et-Miquelon, **à Saint-Barthélemy et à Saint-Martin.**

Il régit l'exercice du droit d'asile sur l'ensemble du territoire de la République.
Ses dispositions s'appliquent sous réserve des conventions internationales.

Les conditions d'entrée et de séjour des étrangers à Mayotte, dans les îles Wallis et Futuna, en Polynésie française, en Nouvelle-Calédonie et dans les Terres australes et antarctiques françaises demeurent régies par les textes ci-après énumérés :

- 1° Ordonnance n° 2000-373 du 26 avril 2000 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers à Mayotte ;
- 2° Ordonnance n° 2000-371 du 26 avril 2000 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers dans les îles Wallis et Futuna ;
- 3° Ordonnance n° 2000-372 du 26 avril 2000 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en Polynésie française ;
- 4° Ordonnance n° 2002-388 du 20 mars 2002 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en Nouvelle-Calédonie ;

5° Loi n° 71-569 du 15 juillet 1971 relative au territoire des Terres australes et antarctiques françaises.

L. 111-3

Au sens des dispositions du présent code, l'expression « en France » s'entend de la France métropolitaine, des départements d'outre-mer et de Saint-Pierre-et-Miquelon.

[Remarque : incohérence de l'omission de Saint-Barthélemy et Saint-Martin].

A-1 Le changement de statut de Saint-Martin et Saint-Barthélemy

Par une loi organique n°2007-223 du 21 février 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer, Saint-Martin et Saint-Barthélemy qui étaient auparavant communes de la Guadeloupe sont devenues des collectivités d'outre-mer. Cette évolution avait déjà été suivie par Saint-Pierre-et-Miquelon, devenu une collectivité d'outre-mer après avoir été un département de 1976 à 1985. Les Guyanais et Martiniquais qui avaient envisagé la même mutation en 2009 l'ont finalement écartée par référendum le 10 janvier 2010.

Le titre II de cette loi organique portait sur les statuts de Mayotte, Saint-Barthélemy, Saint-Martin et Saint-Pierre-et-Miquelon³². Pour ces quatre territoires les spécificités législatives que l'article 74 de la constitution autorise devenaient l'exception, le droit commun s'appliquant sauf dans certains domaines qui ne comprenaient l'entrée et le séjour des étrangers que pour Mayotte.

La révision législative du CESEDA issue de la loi du 20 novembre 2007 n'avait tenu compte de l'inadéquation du label accolé à leurs noms de « *commune de la Guadeloupe* » que dans la section relative au contentieux de l'éloignement ; elle avait omis de le faire dans d'autres domaines du CESEDA.

A-2 Applicabilité des dispositions concernant l'entrée et le séjour

Le changement de statut des collectivités de Saint-Martin et Saint-Barthélemy n'a en rien affecté les conditions d'entrée et de séjour des étrangers sur ces territoires, lesquelles continuent de relever du CESEDA C'est ce qui ressort de la modification de l'article L.111-2 par le projet de loi, qui présente toutefois quelques contradictions formelles.

Ainsi, d'une part l'article L. 111-3 qui traduit le terme « en France » au sens où il est utilisé dans le CESEDA omet Saint-Barthélemy et Saint-Martin. D'autre part, tous les articles du projet de loi qui concernent l'entrée et le séjour devraient s'appliquer à ces deux territoires ; or l'article 83 du projet de loi ne mentionne que l'applicabilité des modifications des articles L. 311-9 et L. 314-9 du CESEDA ainsi que celles du titre III relatif à l'éloignement.

A-3 Applicabilité des dispositifs et des décisions d'éloignement

À l'exception des éléments qui ne concernent que le territoire européen de la France³³ car ils sont liés à la circulation au sein de l'Union européenne, le projet de loi s'applique aux départements d'outre-mer et à Saint-Pierre-et-Miquelon ainsi que, selon l'article 83, à Saint-Barthélemy et à Saint-Martin en ce qui concerne les mesures d'éloignement (voir cependant ci-dessous les dérogations concernant les procédures de recours dans certains de ces territoires).

31 Sur ce sujet, voir le cahier juridique, « *Les spécificités du droit des étrangers en Outre-mer* », Gisti, décembre 2007. Publication téléchargeable http://www.gisti.org/publication_pres.php?id_article=1044.

32 Les dispositions de cette loi figurent dans le code général des collectivités territoriales, titre VI : les domaines dans lesquels la législation commune ne s'applique pas sont énumérés par les articles suivants : Mayotte (art. LO 6113-1), Saint-Barthélemy (art. LO 6214-3), Saint-Martin (art. LO 6314-3), Saint-Pierre-et-Miquelon (LO 6414-1).

33 Signalement d'une interdiction de retour au système d'information Schengen (article L.511-1 III al. 2 du Ceseda), et l'entrée irrégulière dans l'espace Schengen (articles L. 511-2 et L. 511-3 du CESEDA).

Il n'y a pas de cloisonnement entre les départements et les collectivités territoriales d'outre-mer pour l'applicabilité des mesures d'éloignement ou d'interdiction de territoire. Ainsi, l'article L. 561-2, qui deviendra L. 571-2 selon l'article 83 du projet de loi, dispose que sont applicables dans les départements et à Saint-Pierre-et-Miquelon les mesures d'interdiction du territoire prononcées par toute juridiction siégeant à Mayotte, dans les îles Wallis et Futuna, en Polynésie française et en Nouvelle-Calédonie ainsi que les mesures de reconduite à la frontière et d'expulsion prononcées par le représentant de l'État de ces territoires.

En sens inverse, chacune des quatre ordonnances citées dans l'article L. 111-2 prévoit que les mêmes mesures prises à Mayotte, dans les îles Wallis et Futuna, en Polynésie française et en Nouvelle-Calédonie sont applicables dans les départements et à Saint-Pierre-et-Miquelon.

Saint-Barthélemy et Saint-Martin ne sont pas encore prévus dans ces textes. Est-ce à dire qu'une mesure d'éloignement prise sur une autre partie du territoire national n'y serait pas applicable ?

A-4 Applicabilité du droit d'asile

CESEDA

L. 741-5 (art. 81 du projet de loi)

Le 1° de l'article L. 741-4 n'est pas applicable dans les départements d'outre-mer, ni à Saint-Pierre-et-Miquelon, *Saint-Barthélemy et Saint-Martin*.

L. 766-1 (art. 82 du projet de loi)

Le présent livre est applicable à Saint-Barthélemy et à Saint-Martin sous réserve des adaptations suivantes :

1° Les références à la France sont remplacées par les références aux collectivités de Saint-Barthélemy et de Saint-Martin ;

2° Les références au territoire français sont remplacées par les références au territoire de Saint-Barthélemy et de Saint-Martin.

Le droit d'asile tel qu'il est prévu par le livre VII du CESEDA porte sur l'ensemble du territoire national, exception faite du dispositif européen dit de « Dublin » qui prévoit, sous certaines conditions, que le renvoi d'un demandeur d'asile de la France métropolitaine vers un autre État de l'Union européenne ne s'applique qu'en Europe. Il ne constitue donc évidemment pas un cas de refus du droit au séjour avec examen de la demande d'asile en procédure prioritaire dans les départements d'outre-mer ou assimilés.

Plus important, le projet de loi étend à chacune des anciennes communes de Saint-Martin et Saint-Barthélemy la disposition, déjà présente sur les quatre collectivités territoriales d'outre-mer, restreignant le droit au séjour du demandeur d'asile au lieu où il se trouve.

En effet, selon le projet de loi, les termes de « France » ou de « territoire français » sont restreints en ce qui concerne le droit d'asile à Saint-Barthélemy ou Saint-Martin, comme c'était déjà le cas pour Mayotte, les îles Wallis-et-Futuna, la Polynésie Française et la Nouvelle Calédonie (articles L. 761-1 à L. 764-1 du CESEDA). Cette restriction porte sur le titre IV relatif au droit au séjour des demandeurs d'asile, qui leur est accordé lorsque la demande n'est pas enregistrée en procédure prioritaire. Ce droit au séjour est donc limité à la collectivité où réside le demandeur d'asile.

Dans le cas de Saint-Martin et Saint-Barthélemy, cela revient à assigner à résidence la personne concernée dans un espace restreint, alors que son cas relèvera de l'OFPRA à Basse Terre et, en cas de recours, d'une audience décentralisée de la CNDA en Guadeloupe ; aura-t-elle alors à obtenir un sauf-conduit pour aller en Guadeloupe ? Cet effet pervers du nouveau statut de ces anciennes communes de la Guadeloupe paraît assez absurde.

B - Dérogations au droit commun concernant la Guyane, la Guadeloupe, Saint-Barthélemy et Saint-Martin

CESEDA

L. 514-1 (art. 78 du projet de loi)

Pour la mise en œuvre du présent titre, sont applicables en Guyane et à Saint-Martin, les dispositions suivantes :

1° Si l'autorité consulaire le demande, *l'obligation de quitter sans délai le territoire français* ne peut être mise à exécution avant l'expiration du délai d'un jour franc à compter de la notification de l'arrêté ;

2° Sans préjudice des dispositions de l'alinéa précédent, l'étranger qui a fait l'objet d'une obligation de quitter le territoire français et qui défère cet acte au tribunal administratif peut assortir son recours d'une demande de suspension de son exécution.

En conséquence, les dispositions des articles L. 512-1, *L. 512-3* et L. 512-4 ne sont pas applicables en Guyane ni à Saint-Martin.

L. 514-2

Les dispositions de l'article L. 514-1 sont applicables dans le département de la Guadeloupe et à Saint-Barthélemy, pendant cinq ans à compter de la publication de la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration.

Concernant ces quatre territoires, les migrants sont déjà privés des quelques protections, déjà relativement limitées, existantes en métropole en cas de contrôles policiers ou de mesures d'éloignement. La réforme prévue par le titre III du projet de loi est adaptée à ces dérogations.

B-1 Absence de recours suspensif contre des mesures de reconduite

C'est là où le traitement dérogatoire de l'Outre-mer est le plus grave. La disposition concerne déjà, de manière pérenne, la Guyane et Saint-Martin et, jusqu'au 24 juillet 2011, la Guadeloupe et Saint-Barthélemy. Sur ces quatre territoires, seule une intervention de l'autorité consulaire peut imposer le respect d'un jour franc avant l'exécution d'une mesure de reconduite. Aucune des procédures contentieuses du droit commun suspensive d'exécution ne s'applique ; seul un référé déposé en un temps record peut (rarement) suppléer à cette carence. Notons qu'il en va de même dans les autres collectivités d'Outre-mer, à l'exception de Saint-Pierre-et-Miquelon.

Le projet se contente de corriger un titre que la loi « Hortefeux » avait oublié de modifier et d'ajouter le nouveau dispositif de l'« obligation de quitter sans délai le territoire français » au contentieux dérogatoire sans recours suspensif.

B-2 Contrôles et destruction de véhicules

CESEDA

L. 611-11 (art. 79 du projet de loi)

Pendant cinq ans à compter de la publication de la loi n°2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration, les dispositions des articles L. 611-8 et L. 611-9 sont applicables, en Guadeloupe, dans une zone comprise entre le littoral et une ligne tracée à un kilomètre en deçà, ainsi que sur les routes nationales 1 et 4.

Il en est de même, jusqu'à l'expiration du délai de cinq ans prévu au premier alinéa, à Saint-Barthélemy et à Saint-Martin.

L. 622-10 (art. 80 du projet de loi)

I. En Guyane, le procureur de la République peut ordonner la destruction des embarcations fluviales non immatriculées qui ont servi à commettre les infractions visées aux articles L. 622-1 et L. 622-2, constatées par procès-verbal, lorsqu'il n'existe pas de mesures techniques raisonnablement envisageables pour empêcher définitivement le renouvellement de ces infractions.

II. En Guadeloupe, *à Saint-Barthélemy, à Saint-Martin et* en Guyane, le procureur de la République peut ordonner l'immobilisation des véhicules terrestres et des aéronefs qui ont servi à commettre les infractions visées aux articles

L. 622-1 et L. 622-2 constatées par procès-verbal, par la neutralisation de tout moyen indispensable à leur fonctionnement, lorsqu'il n'existe pas de mesures techniques raisonnablement envisageables pour empêcher définitivement le renouvellement de ces infractions.

Plusieurs exceptions aux règles générales des interpellations et des contrôles de véhicules sont déjà applicables de manière pérenne sur l'essentiel des zones accessibles de la Guyane ; la loi du 24 juillet 2006 avait étendu ce dispositif, pour cinq ans, à la Guadeloupe notamment sur une zone comprise entre le littoral et une ligne tracée à un kilomètre en-deçà.

Dans le cadre du CESEDA, il s'agit des possibilités suivantes :

a) Visites sommaires de véhicules, à l'exception des voitures particulières, « *en vue de rechercher et constater les infractions relatives à l'entrée et au séjour* » et immobiliser le véhicule pendant quatre heures dans l'attente des instructions du procureur (art. L. 611-11 du CESEDA).

b) Une sanction spécifique du délit « *d'aide à l'entrée ou au séjour des étrangers* » par la « *neutralisation de tout moyen indispensable au fonctionnement* » de véhicules terrestres et d'aéronefs ayant servi à commettre une infraction à ce délit lorsqu'il n'existe pas d'autres mesures techniques pour empêcher le renouvellement de l'infraction (art. L. 622-10).

Le projet de loi veille à l'application de ces mesures à Saint-Barthélemy et Saint-Martin.

Vers une transposition par ordonnance aux collectivités d'outre-mer

Chacune des réformes législatives du Ceseda est suivie, dans un délai de six mois, par une ordonnance qui la transpose vers les ordonnances relatives à l'entrée et au séjour dans les collectivités d'outre-mer et ajoute d'autres éventuelles dispositions. Une version préliminaire du projet de loi « Besson » mentionnait deux modifications que l'on retrouvera probablement à cette occasion :

- l'absence de motivation d'un refus de visa « étudiant » en Polynésie et en Nouvelle-Calédonie (transposition d'une modification du Ceseda oubliée par l'ordonnance de 2007) ;
- l'entrée dans les collectivités territoriales d'outre-mer autorisée au titulaire d'un titre de séjour établi dans un département ou assimilé et muni d'un document de voyage en cours de validité.

En 2011, lorsque Mayotte deviendra un département, le Ceseda devrait y être applicable ; les modalités de cette évolution législative ne sont pas encore connues.

VI/ Séjour des jeunes majeurs isolés

Trompe-l'œil

Le projet de loi prévoit l'ajout d'un article L. 313-15 dans le CESEDA, afin de permettre aux jeunes majeurs anciens mineurs isolés étrangers (MIE) d'obtenir, à certaines conditions, une carte de séjour portant la mention « *salarié* » ou « *travailleur temporaire* ». Or, au vu de ces conditions, il semble que peu de jeunes visés soient susceptibles d'être régularisés à leur majorité. En effet, la nouvelle disposition, qui vient en complément de l'article L. 313-11-2 bis du CESEDA, consacré aux jeunes étrangers placés avant leurs 16 ans, limite très sévèrement les conditions de régularisation.

Ainsi, le projet d'article L. 313-15 du Ceseda ne permet pas, en l'état, d'inclure les jeunes pris en charge par l'ASE après l'âge de 16 ans, en dépit de la volonté d'intégration qui peut les animer. Ce texte constitue même une régression par rapport à la circulaire du 2 mai 2005 qui, elle n'exigeait pas un type et une durée de formation particuliers, ni de mode particulier de prise en charge (en l'occurrence dans le cadre de l'ASE exclusivement). Les exigences sont donc beaucoup plus fortes, à tel point qu'elles risquent d'exclure la majeure partie des jeunes concernés, sans pour autant véritablement sécuriser le parcours juridique des jeunes qui pourraient en bénéficier, puisque l'on reste dans le cadre du pouvoir discrétionnaire de l'administration. En effet, non seulement l'appréciation de la nature des liens avec le pays d'origine et de l'insertion du jeune n'est pas assortie de critères objectifs, mais en outre la carte de séjour n'est pas délivrée de plein droit, quand bien même toutes les conditions seraient réunies.

A - Des exigences renforcées

CESEDA

L. 313-15 (art. 19 du projet de loi)

À titre exceptionnel et sauf si sa présence constitue une menace pour l'ordre public, la carte de séjour temporaire prévue au 1° de l'article L. 313-10, portant la mention « salarié » ou la mention « travailleur temporaire », peut être délivrée, dans l'année qui suit son dix-huitième anniversaire, à l'étranger qui a été confié à l'aide sociale à l'enfance entre l'âge de seize ans et l'âge de dix-huit ans et qui justifie suivre depuis au moins six mois une formation destinée à lui apporter une qualification professionnelle, sous réserve du caractère réel et sérieux du suivi de cette formation, de la nature de ses liens avec la famille restée dans le pays d'origine et de l'avis de la structure d'accueil sur l'insertion de cet étranger dans la société française. La condition prévue à l'article L. 311-7 n'est pas exigée.

De même que dans la circulaire du 2 mai 2005, le projet de loi instaure une régularisation « à titre exceptionnel », c'est-à-dire laissée à l'appréciation souveraine du préfet, contrairement à l'article L. 313-11 du CESEDA, qui prévoit lui une régularisation de plein droit.

Outre le caractère exceptionnel de la régularisation, le texte projeté pose de nouvelles exigences, qui pourront s'avérer extrêmement difficiles à remplir.

A-1 Une condition liée à la « nature des liens avec la famille restée dans le pays d'origine »

Parmi les conditions requises, par le projet d'article L. 313-15 du CESEDA, en vue d'obtenir la carte de séjour portant la mention « salarié » ou la mention « travailleur temporaire », la « *nature des liens avec la famille restée dans le pays d'origine* » entrera en ligne de compte dans la décision du préfet. Cela signifie que, plus le préfet estime que le jeune a gardé des liens forts avec sa famille restée au pays, plus ses chances d'être régularisé sont faibles.

Cette condition n'est d'ailleurs pas sans poser problème aux équipes éducatives qui, elles, ont pour mission prioritaire de préserver, voire de réactiver ces liens, conformément à la mission de

protection de l'enfance, qui consiste à agir dans le respect de l'autorité parentale. À trop bien faire leur travail, les équipes éducatives risquent ainsi de compromettre la régularisation du jeune à ses 18 ans. Le projet d'article reprend ici une condition déjà posée par l'article L. 313-11-2bis du CESEDA et mentionnée dans la circulaire de 2005.

L'application de ces textes a, par ailleurs, mis en évidence l'interprétation particulièrement sommaire qu'en fait l'administration. Dès lors que les parents et l'éventuelle fratrie sont présumés vivants et résider dans le pays d'origine, les préfetures opposent l'existence de liens familiaux à l'étranger, sans jamais s'interroger sur la **nature de ces liens**, souvent très distendus du fait des circonstances du départ (conflit familiaux, désintérêt pour l'enfant...) ou de l'éloignement (perte de contact). Cette interprétation de l'article L. 313-11-2bis du CESEDA est d'autant plus problématique que les refus de titre de séjour opposés aux jeunes majeurs étrangers se fondent souvent **exclusivement** sur les liens avec le pays d'origine, **sans examiner si la condition d'insertion** du jeune, pourtant prévue par ce même article, est remplie. En effet, l'obtention de titre de séjour est notamment conditionnée par « *l'avis de la structure d'accueil sur l'insertion du jeune dans la société française* ». Or l'article L. 313-15 du CESEDA est susceptible de poser les mêmes problèmes d'application, puisqu'il reprend les conditions de l'article L. 313-11-2bis.

Enfin, si la prise en compte de la situation familiale dans le pays d'origine peut s'inscrire dans une certaine logique pour statuer sur une demande de carte de séjour mention « vie privée et familiale », on saisit difficilement la pertinence de cette condition en matière de délivrance d'une carte mention « salarié » ou « travailleur temporaire ».

A-2 La justification d'une « formation réelle et sérieuse »

Outre la nature des liens avec la famille dans le pays d'origine, et ainsi que l'article L. 313-11-2bis du CESEDA et la circulaire de 2005 le prévoient, l'article L. 315-11 CESEDA dispose que le jeune doit justifier d'une « *formation réelle et sérieuse* ».

Toutefois, il est ajouté que le jeune doit suivre cette formation « *depuis au moins six mois* » et que celle-ci doit être « *destinée à lui apporter une qualification professionnelle* ». Or, il convient de se demander combien de jeunes, pris en charge à 16 ans et demi ou 17 ans³⁴, pourront, à 18 ans ou dans l'année qui suit, se prévaloir d'au moins « *6 mois de formation destinée à lui apporter une qualification professionnelle* » au moment de déposer leur demande de titre de séjour, sachant qu'un grand nombre d'entre eux est soit non-francophone, soit n'a pas (ou peu) été scolarisé avant d'arriver en France.

Avant de penser à les inscrire dans une formation qualifiante, le chemin est parfois très long. La seule **procédure d'évaluation de leur niveau scolaire prend parfois 6 mois** dans certains départements. À supposer que les éducateurs trouvent rapidement une place dans une structure chargée de faire de la remise à niveau scolaire, il est **difficilement envisageable que cette remise à niveau** (surtout si cela passe par l'apprentissage du français) **prenne moins d'un an**. Si tout se déroule bien, un jeune pris en charge par l'ASE à 16 ans et demi ne sera donc en mesure d'intégrer une « *formation destinée à lui apporter une qualification professionnelle* » qu'à 18 ans, précisément à l'âge où il devrait pouvoir déposer une demande de titre de séjour.

Enfin, sauf à considérer que le moindre cours de FLE (français langue étrangère) est une « *formation destinée à apporter une qualification professionnelle* » - ce qui constituerait une interprétation pour le moins extensive du texte - l'entrée en formation professionnelle nécessite une **autorisation de travail**³⁵. En l'absence de texte contraignant ou même de consignes données aux préfetures pour délivrer des autorisations provisoires de travail aux 16/18 ans, il semble **impossible** pour un jeune majeur **de justifier de 6 mois** de formation qualifiante lors de son premier rendez-vous en préfeture.

34 Sans même évoquer le cas des jeunes pris en charge par l'ASE à quelques mois de leur 18e anniversaire.

35 Elle est par exemple obligatoire pour signer un contrat d'apprentissage, suivre une formation en alternance ou même effectuer le moindre stage en entreprise.

A-3 Un texte moins protecteur que la jurisprudence des tribunaux administratifs

Il faut par ailleurs signaler que les conditions posées par ce projet de texte vont bien au-delà des exigences habituelles des tribunaux administratifs, lorsqu'ils sont saisis de décisions de refus de séjour assorties d'une obligation de quitter le territoire français (OQTF) à l'encontre de ces jeunes. Dès lors que ces derniers peuvent justifier d'un début d'insertion et démontrer peu ou pas de liens avec leur pays d'origine, les juges administratifs annulent le plus souvent les décisions préfectorales pour erreur manifeste d'appréciation, en les assortissant d'une injonction de délivrer une carte mention « vie privée et familiale » ; certains tribunaux commençant même à reconnaître l'atteinte portée à la vie privée de ces jeunes³⁶.

B – Des jeunes toujours exclus du dispositif

CESEDA

L. 313-11

Sauf si sa présence constitue une menace pour l'ordre public, la carte de séjour temporaire portant la mention « vie privée et familiale » est délivrée de plein droit :

[...]

2°bis À l'étranger dans l'année qui suit son dix-huitième anniversaire ou entrant dans les prévisions de l'article L. 311-3, qui a été confié, depuis qu'il a atteint au plus l'âge de seize ans, au service de l'aide sociale à l'enfance et sous réserve du caractère réel et sérieux du suivi de la formation, de la nature de ses liens avec la famille restée dans le pays d'origine et de l'avis de la structure d'accueil sur l'insertion de cet étranger dans la société française. La condition prévue à l'article L. 311-7 n'est pas exigée.

B-1 Un vide juridique concernant les jeunes pris en charge par l'ASE après leurs 16 ans

L'obligation de détenir un titre de séjour pour résider sur le territoire français ne s'applique pas aux étrangers mineurs. Une fois majeurs, en revanche, les ressortissants étrangers doivent être munis d'un titre de séjour, sous peine de faire l'objet d'une mesure d'éloignement du territoire français (art. L. 511-1 et s. du CESEDA). S'agissant des mineurs isolés étrangers (MIE) devenus majeurs, seuls sont actuellement pris en compte par la loi, dans le cadre de l'article L. 313-11-2bis du CESEDA, les jeunes ayant été confiés aux services de l'Aide sociale à l'enfance **avant** leur 16^e anniversaire. Cet article prévoit la délivrance de plein droit d'une carte de séjour temporaire mention « vie privée et familiale ». En revanche, pour les jeunes ayant été confiés à l'ASE **après** leur 16^e anniversaire, et qui représentent pourtant la grande majorité des MIE, il n'existe, jusqu'à présent, aucune disposition législative prévoyant de leur délivrer un titre de séjour à leur majorité. La seule référence aux conditions de régularisation des jeunes majeurs isolés étrangers, pris en charge au titre de la protection de l'enfance **après** l'âge de 16 ans est, non pas une loi, mais une ancienne circulaire du 2 mai 2005³⁷, quelque peu tombée en désuétude.

B-2 L'exclusion des jeunes pris en charge par d'autres dispositifs que l'ASE

Contrairement à la circulaire du 2 mai 2005 qui, outre les jeunes confiés à l'ASE, prend aussi en compte les jeunes ayant bénéficié, pendant leur minorité, d'un placement par décision judiciaire

36 CAA Lyon, 20 nov. 2008, n^o 08LY00061 ; CAA Versailles, 25 nov. 2008, n^o 08VE001 53 ; CAA Paris, 3 juin 2008, n^o 07PA02597.

37 La circulaire du 2 mai 2005 NOR : INT/D/05/00053/C (ci-après « circulaire du 2 mai 2005 ») prévoit que les jeunes qui ont été pris en charge après 16 ans puissent, à titre exceptionnel, bénéficier d'une carte de séjour « étudiant », « salarié » ou « travailleur temporaire » à condition de justifier d'une part de « la réalité », du « sérieux et » de « la permanence » de la formation ou des études qu'ils ont entreprises et d'autre part, qu'ils n'ont plus d'attaches dans leur pays d'origine.

dans une structure, soit de la Protection judiciaire de la jeunesse (PJJ), soit du secteur associatif habilité, le projet d'article L. 313-15 du CESEDA ne concerne que les jeunes ayant été pris en charge par l'ASE. En cela, le nouvel article reprend les dispositions de l'article L. 313-11 du CESEDA, qui prévoit déjà cette exclusion. Celle-ci n'a pourtant aucune justification dans la mesure où, le placement d'un jeune, par le juge des enfants, auprès des services de l'ASE, de la PJJ ou directement dans une structure associative, ne dépend bien souvent que des places disponibles à la date de la décision.

VII/ Nationalité

Identité nationale : signez là !

Le gouvernement profite de cette énième modification du CESEDA pour ajouter de nouvelles modifications du code civil en matière de nationalité française. Comme l'indique l'étude d'impact du projet de loi, cette réforme est directement issue du séminaire gouvernemental sur l'identité nationale qui s'est tenu le 8 février 2010, en conclusion du « grand débat national » que le ministre de l'immigration avait cru devoir lancer à l'automne 2009.

Présentée comme une volonté de récompenser les efforts d'intégration en facilitant l'accès à la nationalité française, cette réforme réserve désormais l'accès à la nationalité française aux seuls adhérents aux principes et valeurs essentiels de la République. L'appréciation de cette adhésion à la charte des droits et devoirs des citoyens, formalisée par un contrat que devra impérativement signer le candidat à la nationalité, est laissée à la discrétion de l'administration.

Par ailleurs le législateur rend encore plus difficile l'accès à la nationalité française pour les conjoints de ressortissants français.

A - L'adhésion aux « principes et valeurs essentiels de la République »

Selon l'exposé des motifs du projet de loi, les dispositions relatives à la nationalité viseraient à « mieux prendre en compte les efforts d'intégration du migrant pour le maintien sur le territoire français ».

CODE CIVIL

Article 21-18 (art. 1 projet de loi)

Le stage mentionné à l'article 21-17 est réduit à deux ans :

1° Pour l'étranger qui a accompli avec succès deux années d'études supérieures en vue d'acquérir un diplôme délivré par une université ou un établissement d'enseignement supérieur français ;

2° Pour celui qui a rendu ou qui peut rendre par ses capacités et ses talents des services importants à la France.

3° Pour l'étranger qui satisfait déjà manifestement à la condition d'assimilation prévue à l'article 21-24.

[...]

Article 21-24 (art. 2 projet de loi)

Nul ne peut être naturalisé s'il ne justifie de son assimilation à la communauté française, notamment par une connaissance suffisante, selon sa condition, de la langue française et des droits et devoirs conférés par la nationalité française **ainsi que par l'adhésion aux principes et aux valeurs essentiels de la République.**

Le contrôle de l'assimilation s'effectue notamment au cours d'un entretien avec un agent de l'État et par la signature par l'intéressé, à l'issue de cet entretien, de la charte des droits et devoirs du citoyen français. Cette charte, approuvée par décret en Conseil d'État, rappelle les principes et valeurs essentiels de la République.

[...]

Article 21-28 (art. 3 du projet de loi)

Le représentant de l'État dans le département ou, à Paris, le préfet de police organise, dans un délai de six mois à compter de l'acquisition de la nationalité française, une cérémonie d'accueil dans la citoyenneté française [...].

Au cours de la cérémonie, la charte des droits et devoirs du citoyen français est remise aux personnes ayant acquis la nationalité mentionnées aux premier et troisième alinéas.

Pour ce faire, le projet de loi veut réduire la condition de stage à deux ans pour les étrangers candidats à la naturalisation, s'ils ont une connaissance suffisante de la langue française. Ainsi ils n'auront plus à attendre cinq ans de durée de séjour régulier en France avant de solliciter leur naturalisation.

Si cette proposition est une bonne chose, puisqu'elle peut concerner un grand nombre de candidats³⁸, le critère étant celui de la connaissance de la langue et non plus seulement celui des motifs exceptionnels ou de l'obtention d'un diplôme universitaire, elle s'accompagne d'une nouvelle condition d'*assimilation* : il faudra justifier avoir adhéré aux droits et devoirs du citoyen, cette adhésion étant formalisée par une charte que le candidat devra avoir signée lorsqu'il sollicitera sa naturalisation.

Cette charte, dont on ne connaît pas à ce jour la teneur et qui sera définie par décret, est censée, aux termes de l'article 21-24 modifié, rappeler les « principes et valeurs essentiels de la République ». Comme l'indique l'étude d'impact, il ne suffira plus que le candidat ait connaissance de la langue française et des institutions françaises, il faudra qu'il adhère (c'est-à-dire qu'il approuve) aux valeurs françaises. Cette adhésion est en outre formalisée par la signature d'un contrat, qui constitue une condition pour solliciter la naturalisation.

La condition d'« assimilation aux us et coutumes françaises » a toujours été une condition de la naturalisation, définie de manière prétorienne, essentiellement à travers la jurisprudence, sous le contrôle de légalité, en veillant à respecter la liberté de conscience, religieuse, etc. La signature d'une « charte des droits et des devoirs du citoyen français » en vue d'un « contrôle de l'assimilation » des nouveaux Français par naturalisation réactive la notion d'« assimilation » qui rappelle une époque révolue dans le code civil et qui est une négation symbolique de la diversité culturelle de la nation. Le gouvernement aurait pu lui préférer celles d'*intégration* (présente dans l'appellation du projet de loi) ou d'*insertion*, qui lui ont progressivement été substituées, notions qui elles ouvrent la nationalité à la diversité.

Or ici, le gouvernement propose au législateur d'ajouter une condition contractuelle obligatoire, sans permettre au parlement de contrôler la nature de ce contrat, puisque le contenu de la charte est renvoyé à la compétence d'un décret en Conseil d'État. Le gouvernement laisse en outre l'appréciation de cette condition, dont le contenu est totalement mystérieux, à la subjectivité de l'agent instructeur de la préfecture, lequel a déjà le pouvoir de décider de la naturalisation.

Ainsi, le gouvernement propose de transformer la naturalisation en véritable examen de passage, avec des questions-réponses auxquelles devront répondre les candidats, faute de quoi ils seront recalés. Le pouvoir de contrôle des décisions de naturalisation sera totalement anéanti puisque les juridictions seront tenues par la loi et le décret, et qu'il suffira en outre à l'administration de considérer que le candidat n'a pas adhéré à la charte pour que la décision réponde à la condition de motivation.

Ce contrôle de la pensée dénature le phénomène de la naturalisation.

38 L'étude d'impact ne manque d'ailleurs pas de souligner que jusqu'à présent la réduction de stage s'adressait en fait à peu de gens (quelques unités par an).

B - L'enregistrement des déclarations de nationalité retardé

CODE CIVIL

Article 26-3 (art. 4 projet de loi)

Le ministre ou le greffier en chef du tribunal d'instance refuse d'enregistrer les déclarations qui ne satisfont pas aux conditions légales.

Sa décision motivée est notifiée au déclarant qui peut la contester devant le tribunal de grande instance durant un délai de six mois. L'action peut être exercée personnellement par le mineur dès l'âge de seize ans.

La décision de refus d'enregistrement doit intervenir six mois au plus après la date à laquelle a été délivré au déclarant le récépissé constatant la remise de toutes les pièces nécessaires à la preuve de recevabilité de la déclaration.

Le délai est porté à un an pour les déclarations souscrites en vertu de l'article 21-2.

Dans le cas où une procédure d'opposition est engagée par le Gouvernement sur le fondement des dispositions de l'article 21-4, ce délai est porté à deux ans.

L'article 4 du projet de loi est consacré à une modification technique du délai d'enregistrement des déclarations acquisitives de nationalité française à raison du mariage, afin de l'aligner sur celui du délai d'opposition par le gouvernement. Depuis 2006, le gouvernement motivé par sa volonté de faire diminuer l'immigration familiale a rendu le parcours d'intégration des conjoints de ressortissants français extraordinairement difficile. Rappelons qu'il faut quatre ans de mariage, voire cinq ans si on a vécu à l'étranger, avant de pouvoir demander à devenir français par déclaration lorsque l'on est conjoint de ressortissant français. Il faut encore un an avant que cette déclaration en soit enregistrée, car le gouvernement dispose de ce délai pour accepter ou refuser de le faire.

En outre, depuis 2006, le gouvernement a porté à deux ans le délai pour s'opposer à l'enregistrement des déclarations de nationalité par mariage, tout en conservant le délai de deux ans d'opposition après que la décision de refus d'enregistrement ait été définitivement annulée par l'autorité judiciaire. Ainsi, le gouvernement pouvait s'opposer pendant un an à une déclaration pourtant déjà enregistrée, rendant totalement imprévisible la situation juridique du déclarant. À ce jour, il ne faut pas moins de sept années de mariage minimum (voire beaucoup plus avec le délai d'opposition après refus) pour envisager de devenir Français par déclaration, contre cinq ans voire deux ans pour obtenir la naturalisation.

La modification proposée a pour objet d'allonger le délai d'enregistrement de la déclaration à une année supplémentaire. Rien ne justifie une telle inégalité de traitement des conjoints de ressortissants français dont l'intégration est par définition présumée par rapport aux candidats à la naturalisation.

Le maintien des deux délais d'opposition ne se justifie pas plus, et rend la situation juridique du déclarant conjoint de Français au regard de la nationalité française définitivement provisoire et imprévisible.

VIII/ « Immunité humanitaire »

Délit de solidarité : tout ça pour ça

Le projet de loi modifie l'article L. 622-4 du CESEDA, recensant les cas d'immunité pouvant être opposés à la constitution du délit de solidarité prévu à l'article L. 622-1 du même code.

Cette initiative du gouvernement officialise donc en quelque sorte l'existence même du délit de solidarité, niée jusqu'alors par le ministère de l'immigration et dénoncée depuis des mois par les associations. Il s'agit là du seul réel point « positif » de la modification de ce texte (A).

Cependant, la nouvelle rédaction conserve le caractère extrêmement large du champ de l'incrimination d'aide au séjour irrégulier, contrairement à ce qu'exige habituellement le droit pénal (B).

Enfin, la modification introduite n'apporte rien de plus aux immunités déjà existantes, et conserve la logique actuelle, faisant de l'infraction le principe, et des immunités des exceptions (C).

A - Le délit de solidarité implicitement reconnu

En premier lieu, le simple fait de demander au législateur de modifier l'article L. 622-4 du Ceseda constitue une reconnaissance explicite de l'existence du délit de solidarité, niée jusqu'à présent par le ministère de l'immigration.

Dans un courrier en date du 7 avril 2009, en effet, le ministre de l'immigration avait affirmé : « *Toute personne, particulier, bénévole, association, qui s'est limitée à accueillir, accompagner, héberger des clandestins en situation de détresse, n'est donc pas concernée par ce délit.* » Il ajoutait qu'« *en 65 années d'application de cette loi, personne en France n'a jamais été condamné pour avoir seulement accueilli, accompagné ou hébergé un étranger en situation irrégulière* », ce que démentaient les associations, qui ont recensé des dizaines de décisions judiciaires de condamnations de particuliers n'ayant fait justement qu'accueillir, accompagner, héberger des personnes en situation de détresse.

En fait, l'existence de ce délit avait déjà été reconnue par le gouvernement puisque, le 23 novembre 2009, la Garde des Sceaux et le ministre de l'immigration avaient adressé chacun deux circulaires quasi-identiques - l'une aux procureurs généraux auprès des cours d'appel et aux procureurs de la République près des tribunaux de grande instance, l'autre aux préfets³⁹ - relatives à l'application de l'immunité prévue à l'article L. 622-4-3° du CESEDA et à la mise en œuvre des articles L. 622-1 et L. 622-4 du même code. Ces circulaires avaient pour objet de recommander une interprétation des textes censée mettre à l'abri de poursuites les personnes qui agiraient dans des buts humanitaires.

B - Un délit inchangé

CESEDA

L. 622-1

Toute personne qui aura, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers, d'un étranger en France sera punie d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 30 000 €.

³⁹ Voir http://www.circulaires.gouv.fr/pdf/2009/12/cir_30042.pdf et <http://www.immigration.gouv.fr/IMG/pdf/IMIK0900091C.pdf>.

Sera puni des mêmes peines celui qui, quelle que soit sa nationalité, aura commis le délit défini au premier alinéa du présent article alors qu'il se trouvait sur le territoire d'un État partie à la convention signée à Schengen le 19 juin 1990 autre que la France.

Sera puni des mêmes peines celui qui aura facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers d'un étranger sur le territoire d'un autre État partie à la convention signée à Schengen le 19 juin 1990.

Sera puni de mêmes peines celui qui aura facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers d'un étranger sur le territoire d'un État partie au protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer, additionnel à la convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée, signée à Palerme le 12 décembre 2000.

Les dispositions du précédent alinéa sont applicables en France à compter de la date de publication au Journal officiel de la République française de ce protocole.

Le projet de loi, en maintenant tel quel cet article, conserve le caractère extrêmement large du champ de l'incrimination d'aide au séjour irrégulier. Le délit, inscrit dans l'article L. 622-1 du CESEDA, d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour d'un étranger en situation irrégulière, concerne en effet :

- le fait d'aider par facilitation ;
- l'aide à l'entrée (le fait de pénétrer sur le territoire d'un État), mais aussi l'aide à la circulation et au séjour, notions particulièrement larges qui vont d'un simple passage sur le territoire à une résidence habituelle ;
- une aide active (fournir un hébergement ou un logement, le gîte ou le couvert, de l'argent, un travail, accompagner ou prendre dans sa voiture, aider à préparer des documents pour une régularisation...) comme une aide par omission (s'abstenir de façon délibérée, pour un agent public ou une personne dépositaire de l'autorité publique qui a le devoir ou le pouvoir de faire cesser une infraction) ;
- une aide directe ou une aide indirecte (par exemple donner de l'argent à un cousin pour qu'il paie un billet d'avion pour son enfant, ou faire un don à un collectif de soutien à des travailleurs sans-papiers...).

Ainsi, la liste des cas d'incrimination est, et reste avec la réforme projetée, extrêmement importante, et permet de poursuivre en définitive toute personne en relation avec un sans-papier !

C - Les cas d'immunité toujours très rares

CESEDA

L. 622-4 (art. 72 du projet de loi)

Sans préjudice des articles L. 621-1, L. 621-2, L. 623-1, ne peut donner lieu à des poursuites pénales sur le fondement des articles L. 622-1 à L. 622-3 l'aide au séjour irrégulier d'un étranger lorsqu'elle est le fait :

1° Des ascendants ou descendants de l'étranger, de leur conjoint, des frères et sœurs de l'étranger ou de leur conjoint, sauf si les époux sont séparés de corps, ont un domicile distinct ou ont été autorisés à résider séparément ;

2° Du conjoint de l'étranger, sauf si les époux sont séparés de corps, ont été autorisés à résider séparément ou si la communauté de vie a cessé, ou de la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui ;

3° De toute personne physique ou morale, lorsque l'acte reproché était, face à un danger actuel ou imminent, nécessaire à la sauvegarde de la **personne de** l'étranger, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace ou s'il a donné lieu à une contrepartie directe ou indirecte.

Les exceptions prévues aux 1° et 2° ne s'appliquent pas lorsque l'étranger bénéficiaire de l'aide au séjour irrégulier vit en état de polygamie ou lorsque cet étranger est le conjoint d'une personne polygame résidant en France avec le premier conjoint.

Le seul changement porte sur le point 3° dans lequel « nécessaire à la sauvegarde *de la vie ou de l'intégrité physique de l'étranger* » est remplacé par « nécessaire à la sauvegarde *de la personne de l'étranger* ».

Le 19 novembre 2009, la Commission nationale consultative des droits de l'Homme (CNCDH) adoptait en assemblée plénière les recommandations suivantes visant à guider les réflexions du gouvernement sur le projet de réforme du dispositif actuellement en vigueur :

« 1. En premier lieu, elle rappelle que la réforme du dispositif relève du domaine de la loi, et non du pouvoir réglementaire ou infra-réglementaire.

2. Elle recommande l'inversion de la logique du dispositif en vigueur pour que l'immunité soit le principe, et l'infraction l'exception.

3. En toute hypothèse, elle considère essentiel de clarifier la définition de l'incrimination afin de lever l'ambiguïté rédactionnelle du champ de l'incrimination et de celui des immunités.

4. A tout le moins, elle recommande d'étendre le champ des immunités et d'affirmer de manière explicite que n'est pas couverte par le champ de l'infraction d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers, l'aide désintéressée apportée aux étrangers en situation irrégulière, par une personne physique, qu'elle soit étrangère ou française, ou par une personne morale, notamment par les associations dont l'objet est d'assurer l'hébergement, l'aide alimentaire, l'accès aux soins, l'accès aux droits etc. et qui pratiquent l'accueil inconditionnel. La CNCDH a déjà recommandé à plusieurs reprises la nécessité de l'introduction dans les dispositions sur l'aide à l'entrée et au séjour irréguliers de "la clause humanitaire" visant à immuniser pénalement ceux qui apportent une aide désintéressée aux étrangers en situation irrégulière.

La CNCDH considère aujourd'hui que pour être en conformité avec les engagements internationaux de la France, il conviendrait d'inscrire en outre dans la loi que les exceptions prévues à l'article L. 622-4 alinéa 3 concernent l'ensemble des droits fondamentaux des personnes en situation irrégulière. »

En dépit de ces recommandations, la modification introduite laisse entier le délit de solidarité ; l'infraction reste le principe et les immunités des exceptions.

Certes, pour être passible de poursuites, l'aide doit être intentionnelle, c'est-à-dire que la personne poursuivie doit avoir aidé en connaissance de cause, elle doit avoir agi sciemment. C'est l'application d'un principe général du droit pénal français : il n'y a point de délit sans intention de le commettre (article 121-7 du code pénal). Il faut que la personne sache qu'il est interdit d'aider un étranger en situation irrégulière à entrer, circuler ou séjourner en France, et cette aide doit être volontaire. Mais les cas d'immunité ont été prévus de manière très étroite. Ils sont inscrits dans l'actuel article L. 622-4. Pour bénéficier de l'immunité prévue au 3° de cet article, il faut d'une part que l'aide apportée soit nécessaire à la sauvegarde de l'étranger, proportionnée à la gravité du danger qui menace l'étranger en situation irrégulière, et gratuite ; d'autre part, que le **danger** menaçant l'étranger soit : une menace pour la vie ou l'intégrité physique de l'étranger en situation irrégulière, réel ou vraisemblable et non supposé, et injuste (contraire à la loi).

Il suffit par conséquent qu'une seule de ces conditions manque pour que la personne poursuivie ne puisse pas bénéficier de l'immunité et voie sa culpabilité reconnue. Le caractère cumulatif des conditions pour bénéficier de l'immunité n'a pas été modifié par le projet de loi.

La réforme reste donc contraire aux recommandations de la directive n° 2002/90/CE du Conseil de l'Union européenne du 28 novembre 2002, ainsi qu'à la Convention de Schengen du 19 juin 1990. Pour rappel, dans ces textes, le fait d'apporter une aide dans un but non lucratif ou une aide désintéressée constitue en soi un critère d'immunité.

Par ailleurs, le remplacement des mots « *sauvegarde de la vie ou de l'intégrité physique de l'étranger* » par « *sauvegarde de la personne de l'étranger* » est un marché de dupes. On tente de nous faire croire qu'il s'agit de ne plus restreindre l'application de l'immunité pénale à des actes particuliers, ceux dits nécessaires à la sauvegarde de la vie ou de l'intégrité physique. Or, il ressort

de l'analyse juridique et jurisprudentielle que les notions de « *sauvegarde de la vie ou de l'intégrité physique d'une personne* » et de « *sauvegarde de la personne* » sont quasi-identiques et entendues de façon très restrictive par les juridictions pénales. Ainsi, par exemple, il est rare que soit appliqué l'article 122-7 du code pénal qui dispose que « *n'est pas responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace* ».

Il est à noter que l'immunité ne concerne toujours que le séjour irrégulier de l'étranger. Sont donc exclues l'aide à l'entrée et l'aide à la circulation.

Achévé d'imprimé
en juin 2010
par *Expressions II* – 75020 Paris

ont participé à la rédaction de cette analyse :

ADDE, Acat France, Anafé, Cimade, Fasti, Gisti, InfoMIE, Migreurop, MOM, Association Primo Levi, SAF, Syndicat de la magistrature

*Sont en outre associées à ce travail les organisations membres de la CFDA
(Coordination française pour le droit d'asile).*

Ce document est gratuit,
mais si vous voulez nous aider à en payer le tirage,
sachez que son impression a coûté près de 2€.