

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ

SECONDES OBSERVATIONS

POUR :

1/ La Section française de l'Observatoire international des prisons (OIP-SF)

2/ La Cimade

3/ Le Groupe d'information et de soutien des immigré-e-s (Gisti)

4/ M. B. B.

SCP SPINOSI & SUREAU

A l'appui de la question 2018-709 QPC

Tendant à faire constater que les dispositions de l'article L. 512-1 IV du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile portent atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution.

I. En réponse aux observations présentées par le Premier ministre le 6 avril 2018 dans le cadre de la présente question prioritaire de constitutionnalité, les exposants entendent présenter les observations suivantes.

II. En premier lieu, le Premier ministre tente de convaincre de ce que les dispositions législatives litigieuses ne porteraient pas d' « *atteinte substantielle ou injustifiée* » au droit constitutionnel à un recours effectif « *eu égard au but poursuivi par le législateur* ».

II-1 Ainsi que l'expose le Premier ministre, la fixation par le législateur d'un délai particulièrement bref, tant pour engager un recours contre une OQTF notifiée en détention que pour l'examen dudit recours par le tribunal administratif, viserait à « *garantir l'efficacité de l'action administrative* » en évitant « *qu'un étranger, à sa sortie de détention, soit placé en rétention pour l'exécution de l'obligation de quitter le territoire dont il fait l'objet* ».

Plus précisément, les dispositions critiquées répondraient à une double préoccupation :

« 1°) *D'une part, éviter à [l'étranger] une nouvelle mesure privative de liberté, dans un cadre juridique qui ne garantissait pas le règlement contentieux de l'OQTF avant son élargissement ;*

2°) D'autre part, limiter les difficultés constatées dans la coordination des autorités pénitentiaires et administratives pour assurer la mise en œuvre effective de l'éloignement de la personne concernée à la levée d'écrou ».

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

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

rétenion pour l'éloignement des étrangers détenus à la suite d'une condamnation judiciaire. Les délais dans lesquels statue le juge administratif sont réduits pour qu'il soit possible de procéder à l'éloignement dès l'élargissement, sans qu'il soit nécessaire de prononcer une mesure administrative restrictive de liberté dans l'intervalle. » (p. 57).

Plus loin, le rapport précisait que :

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

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

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

En 2009, un rapport de la Cour des comptes évoquait déjà « la présence non négligeable de sortants de prison dans plusieurs CRA » alors que « l'administration devrait avoir tous les moyens de l'éviter en utilisant la période de prison pour préparer l'éloignement. » (Cour

des Comptes, « La gestion des centres de rétention administrative », juin 2009, p. 110).

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

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

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

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

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

Autrement dit, la grande majorité des placements en rétention ordonnés en sortie de détention concerne des ressortissants étrangers qui n'ont engagé aucun recours contre la mesure d'éloignement qui les vise.

Dans ce cas, naturellement, le placement en rétention ne s'explique pas par le fait que l'administration serait contrainte d'attendre une décision du juge administratif avant de pouvoir éventuellement procéder à la mise à exécution de l'OQTF.

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

II-3.2 D'autre part, ni la Cour des comptes en 2009, ni le rapport d'information des sénateurs Éliane ASSASSI et François-Noël BUFFET en 2014 n'ont évoqué la responsabilité des procédures contentieuses engagées par les étrangers détenus pour expliquer leur forte présence en rétention à l'issue de la période d'incarcération.

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

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

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

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

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

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

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

Dans un courrier adressé pour information à l'OIP-SF, Me MEAUDE, du Barreau de Toulouse, indique dans le même sens qu' « *il est de pratique courante pour la Préfecture de Haute-Garonne de notifier, alors que des étrangers sont détenus, des décisions portant obligation de quitter le territoire français, quelques jours avant leur libération (généralement 3-4 jours)* » (**Prod. 4**).

Dans sa décision 2018-087 du 7 mars 2018, précédemment produite par les exposants, le Défenseur des droits confirme que « *les OQTF sont très majoritairement notifiées en fin de peine, juste avant la libération des intéressés* » (**Prod. 7 des premières observations**, p.5).

En conséquence, il est fréquent qu'aucune démarche n'ait été engagée par l'administration pour assurer l'exécution des OQTF notifiées en détention avant le placement de la personne concernée en détention, ainsi que le précise par exemple la fiche du rapport 2016 précité concernant le centre de rétention de Palaiseau :

« *Dans le cas des personnes détenues, les diligences doivent être entreprises pendant la période d'incarcération, afin de ne pas imposer une nouvelle privation de liberté souvent perçue comme une double peine. Or, la plupart des sortants de prison n'a jamais été présentée*

aux autorités consulaires avant le placement en CRA, prolongeant d'autant la durée de leur rétention. » (Prod. 1, p. 86).

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

Selon les chiffres provisoires fournis par les différentes associations présentes en rétention, au contraire, il apparaît que près de 2200 personnes retenues en 2017 sortaient de prison (contre 1918 en 2016) parmi lesquelles se trouvaient 1466 personnes visées par une OQTF (contre 1192 en 2016) (**Prod. 5**).

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

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

L'invocation du but assigné par le législateur aux dispositions litigieuses, qui ne saurait au demeurant justifier la méconnaissance du droit à un recours effectif dans les proportions dénoncées, ne peut donc en aucun cas éteindre le bienfondé de la critique formulée par les exposants à l'encontre desdites dispositions.

III. En second lieu, le Premier ministre soutient qu'en tout état de cause, « *la brièveté du délai contentieux imparti à l'étranger qui est en détention n'est pas de nature à priver d'effectivité le droit au*

recours dont il dispose, compte tenu des garanties prévues par la loi et la jurisprudence ».

III-1 Il souligne en particulier d'abord que le législateur aurait « *tenu compte de la particularité de la situation de l'étranger lorsqu'il est en détention et des difficultés auxquelles il est confronté pour faire valoir ses droits* ».

A l'exposition particulièrement étayée et documentée par les requérants des multiples obstacles auxquels se heurtent en pratique les étrangers détenus pour exercer un recours contre une OQTF, le Premier ministre n'oppose que le rappel de ce que les intéressés doivent être informés dans une langue qu'ils comprennent, dès notification de la mesure d'éloignement, de leur droit de demander l'assistance d'un interprète ou d'un conseil en vertu des dispositions litigieuses.

On ne peut en particulier que questionner l'effectivité de ce droit à l'information dès lors que cette dernière est elle-même délivrée sans l'assistance d'un interprète aux étrangers non francophones ou maîtrisant mal le français.

Il faut en outre insister à nouveau sur le fait qu'il est, la plupart du temps, matériellement impossible pour l'étranger de bénéficier en détention de l'assistance d'un interprète ou d'un conseil dans des délais compatibles avec l'exercice d'un recours dans les 48 heures suivant la notification de l'OQTF.

III-2 Le Premier ministre pointe également la possibilité offerte par les articles R. 776-31 et R. 779-19 du code de justice administrative (CJA) aux étrangers détenus visés par une OQTF de déposer leur recours juridictionnel auprès du directeur de l'établissement pénitentiaire dans le délai de 48 heures suivant la notification de la mesure d'éloignement.

Une telle faculté appelle cependant plusieurs commentaires.

III-2.1 D'une part, il faut retenir que, de l'aveu même de l'administration, la possibilité de remettre son recours auprès du directeur de prison dans le délai de recours contentieux en application des articles R. 776-31 et R. 779-19 du CJA constituerait une garantie essentielle du respect du droit à un recours effectif.

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

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

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

III-2.2 D'autre part, et en tout état de cause, les requérants contestent fermement l'idée selon laquelle la faculté offerte aux étrangers détenus de former un recours dans les 48 heures auprès du directeur de la prison permettrait à la procédure contentieuse applicable aux OQTF notifiées en détention de répondre aux exigences du droit constitutionnel à un recours effectif.

D'abord, en effet, les exposants ont insisté, dans leurs premières écritures sur le fait que le traitement des requêtes des personnes détenues par l'administration pénitentiaire pose régulièrement des problèmes qui, s'ils peuvent varier en intensité et en gravité d'un établissement à un autre, n'en restent pas moins récurrents (traçabilité, transmission voire traitement aléatoire des demandes, délai de réponse, etc.).

Par ailleurs, s'ajoutent ensuite les obstacles matériels auxquels se

heurtent concrètement les personnes détenues pour saisir la direction d'un recours dans les 48 heures.

Outre le fait que ces dernières n'ont en général pas un accès libre aux boîtes aux lettres internes, et ne disposent pas toujours d'accusés de réception de leurs réclamations, le recours doit être adressé par écrit au directeur, ce qui complique considérablement la tâche des personnes non francophones ne sachant pas écrire le français.

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

Au demeurant, il serait faux de penser que le très faible nombre de recours remis au directeur de la prison ne résulte que d'un manque patent d'information sur cette possibilité.

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

IV. En troisième lieu, le Premier ministre renvoie aux garanties apportées par la jurisprudence administrative quant à la recevabilité des recours contentieux engagés contre les OQTF notifiées en

détention qui, selon lui, garantirait aux personnes détenues le bénéfice d'une voie de recours pleinement effective.

Si des avancées ne peuvent être niées, en pratique, ces aménagements jurisprudentiels ne corrigent cependant qu'à la marge un dispositif dont il a été démontré qu'il est structurellement et fondamentalement inadapté au contexte carcéral et incompatible avec exigences du droit à un recours effectif en raison de l'extrême brièveté des délais légaux de recours et d'examen desdits recours.

IV-1 Il suffit d'abord pour s'en convaincre de rappeler que **seule une très faible minorité d'OQTF notifiées en prison font l'objet d'un recours.**

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

Par ailleurs, ainsi que l'indiquaient les exposants dans leurs précédentes écritures, **une proportion importante de recours formés par des étrangers détenus contre une OQTF sont rejetés par les juridictions au motif qu'ils sont tardifs.** Tel est en effet ce qui ressort du corpus analysé par les exposantes de 93 décisions rendues par les tribunaux administratifs entre 2010 et 2017 dans le contentieux des OQTF notifiées en détention : 40 recours sur 93 ont été déclarés irrecevables car tardifs, soit 43% de l'ensemble des recours formés dans les affaires examinées (**Prod. 9 des premières observations**).

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

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

IV-2 Par ailleurs, la jurisprudence administrative peine à prendre

réellement la mesure des contraintes et obstacles rencontrés par les détenus étrangers pour exercer un recours dans les 48 heures de la notification d'une OQTF, en dépit des aménagements jurisprudentiels évoqués par la ministre de la Justice.

IV-2.1 Le Conseil d'Etat a d'abord accepté d'examiner des recours parvenus après l'expiration du délai de recours, mais qui ont été déposés ou envoyés dans ce délai, en relevant que les requérants se sont trouvés dans « *l'incapacité (...) d'assurer [eux-mêmes] l'acheminement de [leur] recours* » du fait de leur incarcération (CE, 27 janv. 1992, n°125409).

Il faut cependant immédiatement souligner que tous les recours réceptionnés après l'épuisement du délai de 48 heures, mais formés avant, ne sont pas jugés recevables par les juges administratifs. En témoigne, parmi d'autres, un arrêt très récent de la Cour administrative d'appel de Douai qui estime que « *la circonstance que [la demande d'annulation], envoyée par voie postale, ait été postée dans le délai de 48 heures est sans incidence sur l'irrecevabilité de la requête qui a été reçue après l'expiration de ce délai* » (CAA Douai, 7 fév. 2017, n°17DA00069 – **Prod. 6**).

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

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

Dans toutes ces hypothèses, le recours formé après le délai de 48

heures devrait donc tout de même être regardé comme recevable par le juge.

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

IV-2.2 L'examen juridictionnel des conditions de notification des OQTF peut en effet donner lieu à des décisions particulièrement sévères, s'agissant par exemple des mesures d'éloignement remises en fin de semaine.

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

L'analyse du corpus de jugements réunis par l'OIP-SF montre en effet que 66% des recours formés tardivement contre des OQTF remises en fin de semaine ont été jugés irrecevables (**Prod. 9 des premières observations**).

Pour les juges, la notification d'une OQTF la veille d'un week-end ne fait pas « *par elle-même, obstacle à ce qu'il puisse en demander l'annulation dans le délai de recours contentieux* » (TA Lyon, 18 janv. 2017, n°1700240 – **Prod. 6**).

IV-2.3 Le contrôle juridictionnel des conditions dans lesquelles les étrangers reçoivent notification de leurs droits est aussi parfois très discutable.

Ainsi, pour juger que la notification d'une OQTF est intervenue conformément aux exigences du droit à un recours effectif, le Tribunal administratif de Toulouse a par exemple relevé que l'étranger avait été

informé par écrit, dans la mesure d'éloignement, de son droit de demander l'assistance d'un interprète et d'un conseil, alors que l'intéressé soutenait sans être démenti comprendre le français mais ne pas savoir le lire (TA Toulouse, 8 août 2017, n°1703674 – **Prod. 6**).

IV-2.4 Les juridictions peuvent en outre se montrer très peu exigeantes avec l'administration lorsqu'elles examinent si les requérants ont été mis matériellement « *en mesure d'avertir, dans les meilleurs délais, un conseil ou une personne de son choix* » ainsi que de former un recours.

Une décision récente du tribunal administratif de Rouen en porte par exemple témoignage (TA Rouen, 18 avril 2017, n°1701127 – **Prod. 6**). Dans cette affaire, l'OQTF avait été notifiée un vendredi, le délai de recours de 48 heures débordant donc pour moitié sur un jour non-ouvré. Le tribunal rejette cependant le recours formé tardivement en relevant que : « *si M. X. soutient que ces décisions lui ont été notifiées alors qu'il était incarcéré un vendredi et qu'il n'a, dès lors, pas été en mesure de saisir le tribunal dans le délai de quarante-huit heures, il n'établit, ni qu'il aurait spontanément tenté de former en vain un recours dans ce délai, l'administration pénitentiaire ne l'ayant pas mis à même d'y parvenir, ni qu'il aurait été d'en l'impossibilité d'y parvenir le week-end approchant, l'acte attaqué ayant pourtant été remis en milieu de matinée, ni même qu'il aurait fait seulement part de son intention d'y procéder ; que, dans ces conditions, et même si les détenus n'ont pas d'accès libre à un télécopieur, M. X. n'établit pas qu'il était dans l'incapacité de saisir le tribunal administratif dans le délai de quarante-huit heures, ou qu'un cas de force majeure s'y soit opposé* ».

Pour justifier le retard avec lequel il a exercé son recours, dans une autre affaire soumise à la Cour administrative d'appel de Lyon, un ressortissant étranger se plaignait quant à lui de ne pas avoir « *été en mesure de contacter son conseil dans le délai de quarante-huit heures suivant la notification de [l'OQTF], faute de pouvoir accéder à un téléphone ou un télécopieur* ». En réponse, le Préfet a fait valoir qu'il existait dans la prison 22 « points phone » accessibles tous les jours de la semaine de 7 h 30 à 11 h 30 et de 13 h 30 à 17 h 30 et indiquait que les détenus « *ont la possibilité de faire enregistrer, le jour-même, par l'établissement, les coordonnées téléphoniques des correspondants* ».

qu'ils souhaitent appeler ». Or, l'enregistrement d'une telle demande dépend néanmoins de la disponibilité des agents et ne peut être garantie comme systématique. Par ailleurs, il faut rappeler que l'accès au téléphone n'est pas libre dans les prisons fonctionnant sur le régime « portes fermées », les détenus ne disposant d'aucune liberté de circulation hors de la cellule. L'accès au téléphone n'est donc en général possible qu'au moment de la promenade, ce qui réduit considérablement l'amplitude horaire dans laquelle cet accès peut avoir lieu. Enfin, le requérant, M. X., soutenait que « *son compte téléphone n'était pas alimenté de façon à lui permettre de passer un appel téléphonique à son avocat et qu'il était dans l'impossibilité d'alimenter son compte téléphone avant l'expiration du délai de quarante-huit heures* ». En effet, confirmait un rapport du Contrôleur général des lieux de privation de liberté, les bons d'alimentation dudit compte sont « *ramassés en cellule le dimanche pour être traités par la régie des comptes nominatifs le jeudi suivant* » et il n'est « *pas possible de recharger directement son compte sur un poste téléphonique* ». Soulignant que M. X. « *ne justifie d'aucune demande auprès de l'administration pénitentiaire d'accès à un téléphone, à un avocat ou à toute autre personne susceptible de l'assister* », la Cour a considéré que « *le préfet de l'Isère produit en appel des éléments suffisants pour démontrer qu'eu égard aux conditions offertes aux personnes détenues [dans l'établissement pénitentiaire], pour avertir dans les meilleurs délais leur conseil ou une personne de leur choix, [le requérant] a été mis en mesure d'exercer effectivement son droit au recours dans le délai requis* » (CAA Lyon, 23 juin 2016, n°14LY02172 – **Prod. 6**).

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

pas de circonstances particulières qui l'auraient empêché d'introduire son recours dans le délai de quarante-huit heures » (TA Nice, 30 mai 2017, n°1702023 - **Prod. 6**).

IV-2.5 Les juridictions exigent ainsi des étrangers qu'ils détaillent par des faits précis les difficultés particulières rencontrées pour exercer un recours dans les délais, refusant d'accorder un poids suffisant aux contraintes inhérentes à la détention auxquelles tout détenu est nécessairement confronté (entière dépendance vis-à-vis de l'administration pénitentiaire pour le moindre déplacement ou la moindre démarche, dysfonctionnement des services pénitentiaires résultant de la surpopulation qui affecte de nombreux établissements, absence d'interprètes présents en détention, interdiction pour les détenus de conserver en cellule les documents mentionnant le motif d'écrou, grandes difficultés pour entrer en contact en urgence avec un avocat ou tout autre conseil, etc...).

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

Ainsi, pour refuser d'examiner un recours formé avec cinq heures de retard, le Tribunal administratif de Lyon a par exemple considéré, sans plus de détails, que si le requérant « *allègue que la tardiveté de sa requête s'explique par l'impossibilité de prendre contact avec un conseil avant l'expiration du délai de recours, il ne justifie pas que les conditions de sa détention auraient porté atteinte à son droit à un recours effectif en ne le mettant pas en mesure d'avertir, dans les meilleurs délais, un conseil ou une personne de son choix ou de déposer sa requête* » (TA Lyon, 16 mars 2017, n°1702017 – **Prod. 6**).

De même, dans une autre affaire, le Tribunal administratif de Lille a reproché au requérant de n'avoir « *apporté aucun élément, ni dans ses écritures, ni à l'audience, sur les obstacles ou refus qu'il se serait éventuellement vu opposer au centre pénitentiaire* » pour exercer un recours dans les délais (TA Lille, 27 juill. 2015, n°1506087 – **Prod. 6**).

Or, si l'étranger répond aux attentes des juges en pointant des difficultés particulières, par exemple en évoquant plus précisément un comportement négligeant ou d'obstruction de

l'administration pénitentiaire, se pose alors la difficulté pour lui d'apporter la preuve de ses allégations.

Il peut être ainsi reproché à l'étranger de ne produire « *aucun élément de nature à corroborer la difficulté dont il fait état, tels que des attestations de l'administration pénitentiaire* » (TA Melun, 10 nov. 2017, n°170874 – **Prod. 6**) alors que cette administration peut être en partie responsable desdites difficultés et qu'on peut supposer sans peine qu'il sera difficile au requérant d'obtenir de cette dernière une attestation en ce sens.

De même, dans une décision récente, le Tribunal administratif de Melun indique que si le détenu étranger « *fait valoir qu'il n'a pas pu lire [les] mentions relatives aux voies et délais de recours [indiquées dans l'OQTF dont il n'a pas conservé une copie], il ne le justifie pas* ». Or comment le requérant pouvait-il démontrer ne pas avoir eu le temps de lire certaines mentions contenues dans la mesure d'éloignement ? Il est également reproché à l'intéressé de ne pas avoir « *réalisé les démarches nécessaires et utiles pour obtenir copie de l'arrêté litigieux* » auprès de l'administration alors qu'une telle démarche, si elle avait été engagée et avait aboutie, n'aurait en rien garanti que le requérant soit en mesure d'exercer un recours dans le délai de 48 heures. Encore fallait-il, en outre que l'étranger ait conscience de son droit de solliciter une telle copie et de l'importance de cette démarche pour la suite de la procédure... (TA Melun, 23 mai 2017, n°1704038 – **Prod. 6**).

Dans une décision rendue en 2014, le Tribunal administratif de Versailles (TA Versailles, 8 sept. 2014, n°1406313 – **Prod. 6**) a de son côté jugé tardif le recours d'un étranger en relevant que si ce dernier « *fait valoir que l'administration pénitentiaire a fait obstacle à son souhait de déposer un recours devant le tribunal administratif de Versailles contre [l'OQTF], il ne produit aucun élément au soutien de ses allégations* ». L'intéressé soutenait que son « *recours, formé un vendredi soir, [et remis à un surveillant] était resté tout le week-end 'posé sur un bureau' sans être transmis à la juridiction compétente* ». Mais il n'avait, là encore, aucun moyen de le prouver.

Un dossier traité par le Tribunal administratif de Melun (TA Melun, 26 janv. 2017, n°1700534 – **Prod. 6**) illustre parfaitement les difficultés que peut rencontrer un étranger pour obtenir communication des

documents justifiant des obstacles rencontrés pour former un recours dans des délais adéquats. Dans cette affaire, le tribunal avait rejeté le recours d'un ressortissant malgache comme tardif, constatant que la requête lui avait été envoyée plusieurs jours après l'épuisement du délai de 48 heures. Ce n'est qu'après l'éloignement de l'intéressé que son avocat a réussi à obtenir une copie du registre d'envoi des courriers de détenus tenu par le vaguemestre de la prison, lequel atteste que le requérant avait bien formé un recours dans les délais et que le retard avec lequel celui-ci avait été réceptionné par le tribunal était imputable à l'administration pénitentiaire.

Dans certains cas, même, un comportement fautif de l'administration ne sera pas suffisant pour pousser le juge à admettre la recevabilité du recours envoyé tardivement. Tel semble en effet avoir été le cas dans une affaire jugée par le Tribunal administratif de Rennes. Pour la juridiction, en effet, « *la circonstance que l'administration pénitentiaire ait rendu au requérant son recours accompagné de la mention « Veuillez directement écrire à la Préfecture » au lieu de le communiquer sans délai au tribunal administratif, (...), pour regrettable qu'elle soit, est sans incidence sur la procédure* ». Reçu tardivement par le tribunal à la suite de cette erreur, le recours a été jugé irrecevable (TA Rennes, 12 juill. 2017, n°1703127 – **Prod. 6**).

Même lorsque l'étranger fait tout pour que son recours soit adressé à la juridiction dans les délais, sa diligence n'est pas forcément récompensée comme en atteste une affaire examinée traitée par la Cour administrative d'appel de Douai. Ne sachant pas comment faire parvenir en urgence sa requête au tribunal, un détenu étranger a demandé à son frère, qui avait prévu de venir le visiter plusieurs semaines auparavant, d'envoyer le document qu'il lui a transmis de façon irrégulière lors du parloir. Bien que remis par le frère à la Poste dans le délai de 48 heures, la recours n'a été reçu par le juge administratif que le lendemain et a été rejeté par ce dernier comme tardif (CAA Douai, 7 fév. 2017, n°17DA00069 – **Prod. 6**).

IV-2.6 Enfin, il faut encore souligner qu'en l'état actuel de la jurisprudence, il n'est tenu aucun compte des difficultés auxquelles se heurtent en pratique les avocats pour s'entretenir avec leurs clients et réunir les éléments nécessaires à l'exercice d'une défense normale.

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

V. En conclusion, les requérants entendent réaffirmer qu'en prévoyant à l'article L. 512-1 IV du CESEDA que les OQTF notifiées en détention ne peuvent être contestées que dans le délai de quarante-huit heures, et qu'il doit être statué sur les recours formés dans le délai de 72 heures, **le législateur a manifestement méconnu le droit à un recours effectif garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.**

Si les contraintes et entraves inhérentes au monde carcéral ne disparaîtraient pas du seul fait d'un allongement des délais de recours et de jugement, un tel allongement permettrait néanmoins de les surmonter ou de les compenser et de garantir ainsi le niveau d'effectivité que l'on doit attendre de voies de recours permettant la contestation de mesures d'éloignement du territoire français.

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

Avec toutes conséquences de droit.

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

PRODUCTIONS

- Prod. 1 :** Rapport 2016 sur les centres et locaux de rétention ;
- Prod. 2 :** Statistiques relatives aux sortants de prison placés en rétention en 2016 ;
- Prod. 3 :** Protocoles ministère de l'intérieur/ministère de la justice relatif aux étrangers détenus ;
- Prod. 4 :** Courrier de Me Delphine MEAUDE ;
- Prod. 5 :** Statistiques relatives aux sortants de prison placés en rétention en 2017 ;
- Prod. 6 :** Recueil de jurisprudence administrative.