

Colloque du SAF sur la retenue des étrangers

Intervention de Christine Lazerges, Présidente de la CNCDH

Lille – 6 avril 2013

I. Un projet de loi discuté : le rôle de la CNCDH dans la procédure parlementaire

La CNCDH a pu contribuer à différentes étapes de la procédure législative, de manière à avoir une influence sur le projet de loi. Elle a alterné différents types d'actions : audition par le parlement, lettre de la présidente, avis, rencontre avec le ministre, relation informelle avec les fonctionnaires du ministère.

A. Un usage discutable de la procédure accélérée

Le projet de loi n° 789 relatif à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées a été adopté en Conseil des ministres le 28 septembre 2012. Dans la foulée, le gouvernement engageait la procédure accélérée.

Nous avons, dans un précédent avis, critiqué le recours à la procédure accélérée, qui nuit à l'examen approfondi des projets de loi, et qui empêche une prise en compte des droits fondamentaux. J'ai donc adressé une lettre à Claude Bartolone, Jean-Jacques Urvoas, Jean-Marc Ayrault, Jean-Pierre Sueur, et Jean-Pierre Bel, dénonçant l'usage de cette procédure pour un projet de loi de cette importance.

B. Examen du texte par le sénat : un dialogue précipité entre gouvernement/Sénat/CNCDH

La Commission des lois du Sénat entamait rapidement son travail d'audition. M. Gaëtan Gorce était désigné rapporteur le 3 octobre 2012, et déposait son [Rapport](#) le 24 octobre 2012. La Commission des lois modifiait le projet de loi en conséquence¹. En raison notamment de la procédure accélérée, peu de personnes étaient entendues.

La CNCDH s'est autosaisie du projet de loi dès le 2 octobre, et sa première réunion se déroula le 11 octobre au matin. Participaient à cette réunion des représentants de la Cimade, de la ligue des droits de l'homme, du MRAP, plusieurs magistrats membres de la CNCDH, des universitaires et des syndicats. La CNCDH remplissait ici une de ses fonctions traditionnelles : un lieu d'échange et d'écoute entre membres de nature et de culture différente, qui permet une structuration du discours des différents intervenants.

Dès le 17 octobre, la CNCDH était auditionnée par Gaëtan Gorce. J'ai par ailleurs multiplié les rendez-vous pour tenter de faire entendre la voix de la CNCDH. Dès le lendemain, j'ai rencontré Jean-Pierre Sueur, président de la Commission des lois du Sénat, et Jean-Yves Leconte, porte-parole pour le groupe socialiste sur ce projet de loi et nous avons transmis quelques propositions d'amendements. En raison de l'urgence, nous n'avons pu adresser un avis à ces parlementaires. J'ai cependant adressé une lettre reprenant l'ensemble des observations de la CNCDH sur ce projet de loi. Nous avons donc pu, dès le début du processus législatif, exprimer notre réserve sur deux points essentiels :

- La CNCDH s'est montrée très critique envers ce projet de loi. Elle constatait d'un point de vue général que la nouvelle procédure proposée dans le texte - évitant la garde à vue comme l'ont demandé la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour de cassation, mais proposant un nouveau dispositif assorti de garanties insuffisantes - risquerait de fragiliser encore les droits

¹ [Texte de la commission n° 86 \(2012-2013\) déposé le 24 octobre 2012](#)

des étrangers en situation irrégulière. Nous regrettons que ce projet de loi crée une nouvelle hypothèse, en dehors du code de procédure pénale, dans laquelle les étrangers peuvent se voir privés de leur liberté, pendant une durée de 16 heures, alors même qu'ils ne sont suspectés d'avoir commis aucune infraction. Le projet de loi s'inscrit donc, en somme, dans le long processus de précarisation des droits des étrangers initié par les précédentes réformes. La CNCDH aurait préféré que l'intitulé du chapitre III du titre II du livre Ier du code de procédure pénale et le texte de l'article 78-3 de ce code, relatif à la procédure de vérification d'identité soient modifiés pour y inclure la vérification du droit au séjour. Dans ce cas, pour les situations complexes qui nécessitent des investigations particulières, la durée de la vérification du droit au séjour aurait pu être allongée, à la condition que celle-ci soit strictement nécessaire. Dans le cas d'un allongement de la durée de la procédure, la CNCDH aurait recommandé que les droits de l'étranger soient alignés sur ceux de la personne gardée à vue et que la privation de liberté soit la plus brève possible.

- Sur la durée de la procédure : Concernant la durée de la procédure, nous avons assez vite eu des craintes concernant le fait que les 16h deviennent une commodité administrative, et que l'étranger soit retenu un temps plus que nécessaire. A la suite de nos remarques, la Commission des lois du Sénat a introduit une césure dans le temps de la retenue : dans un premier temps, la retenue devait ne durer que 10 h, et pouvait être prolongée dans un certain nombre de cas de 6 h. Ce point a néanmoins été abandonné par les sénateurs, lors de l'examen du texte en séance publique, et la procédure de retenue peut durer 16h. Sur ce point, le juge s'est, depuis l'entrée en vigueur de la loi montré vigilant, et a permis de censurer certaines pratiques de l'administration, qui retenait les étrangers pendant une période plus que nécessaire (CA Rouen, 27/02/2013, n°13/01030 sur une retenue plus longue que nécessaire ; CA Pau, 29 janvier 2013, n°13/00304 : les diligences des services préfectoraux doivent être continues, et notamment ne pas cesser la nuit et le week-end).

Parallèlement, nous avons convié le ministère de l'Intérieur à assister à nos travaux en sous-commission. Le conseiller juridique du secrétaire général à l'immigration et une fonctionnaire de la Sous-direction de la lutte contre l'immigration irrégulière ont pu assister à la réunion de la sous-commission C du 6 novembre. Cette participation, et les différents échanges qui ont suivi ont permis un dialogue entre les membres de la CNCDH présents ce jour-là, et les représentants du ministère. Ceci a permis de lever quelques ambiguïtés juridiques du texte.

- Ainsi en est-il concernant par exemple de la possibilité de vérifier le droit au séjour en dehors d'un contrôle d'identité, qui risquait de devenir une véritable procédure distincte de celle du contrôle d'identité, sans les garanties du contrôle d'identité. A la suite d'une discussion en sous-commission, le gouvernement a modifié le projet de loi pour indiquer que de tels contrôles *« ne peuvent être effectués que si des éléments objectifs déduits de circonstances extérieures à la personne même de l'intéressé sont de nature à faire apparaître sa qualité d'étranger »*. La circulaire d'application de la loi sur la retenue a repris cette interdiction de procéder à des contrôles au faciès. Le problème demeure entier, puisque nous savons bien que de tels contrôles restent fréquents.
- Il en est de même concernant le champ du délit de séjour irrégulier. Lors de cette réunion, certains membres ont souligné le flou qui entourait la rédaction de l'article L.624-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, qui définissait les contours du délit de séjour irrégulier. En dehors d'un désaccord de fond sur le sujet, les membres ont pu demander que soit exclu du champ du délit de séjour irrégulier le fait de se maintenir sur le territoire alors que l'étranger n'a pas été éloigné du fait d'une décision d'un juge.

L'examen du texte en séance publique par le Sénat, adopté le 8 novembre 2012, donnait lieu à des améliorations techniques, mais le Sénat ne répondait pas à la plupart des critiques formulées par la CNCDH. Il revenait au principe d'une seule période de retenue de 16 h. Ceci dit, en séance publique, certains sénateurs ont pu reprendre les idées que la CNCDH et certains observateurs avaient défendues.

C. Examen du texte à l'Assemblée nationale : quelques avancées importantes

Le texte était transmis à l'Assemblée nationale le 8 novembre. Le 20 Novembre 2012, nous étions entendus par Yann Galut, rapporteur du projet de loi à la Commission des lois. Yann Galut a entendu très largement les représentants de la société civile, et qui s'est montré sensible aux arguments développés par la CNCDH.

Deux jours après, le 22 novembre 2012, la CNCDH adoptait son avis sur le projet de loi relatif à la retenue. Le 4 décembre, nous avons pu rencontrer le Ministre de l'Intérieur Manuel Valls et son directeur adjoint de cabinet pour nous entretenir notamment de ce projet de loi. Nous lui avons transmis en main propre cet avis, et avons pu évoquer certains points du projet de loi.

- Nous avons ainsi pu aborder avec le Ministre de l'Intérieur la question du droit à l'avocat de l'étranger retenu. A l'époque, le projet de loi ne reconnaissait à l'étranger retenu qu'un droit à un entretien de trente minutes avec un avocat ; l'étranger ne pouvait se faire assister par un avocat lors de l'audition. Ainsi, la procédure de retenue prévoyait, pour les seuls étrangers en situation irrégulière, de revenir sur les acquis de la réforme de la garde à vue opérée par la loi n°2011-392 du 14 avril 2011, marquant ainsi un retour au droit de la garde à vue antérieurement en vigueur. Or, le droit à un avocat est essentiel s'agissant de personnes privées de liberté. La CNCDH a donc demandé que, s'agissant des droits de la défense, le régime de la retenue soit aligné sur celui de la garde à vue. Il est apparu que le ministère de l'Intérieur était sensible aux arguments de risque de condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme ou de censure du Conseil constitutionnel par la voie d'une Question prioritaire de constitutionnalité concernant les garanties des personnes détenues. Le ministère de l'Intérieur s'est donc montré disposé à faire évoluer le texte sur ce point. Lors de l'examen du texte en séance publique par l'Assemblée nationale, le projet de loi a donc évolué de manière notable : il permet désormais à l'étranger de bénéficier d'un avocat pendant les auditions.
- Un autre point a fait l'objet d'une discussion lors de notre rencontre avec Manuel Valls : le sort des enfants accompagnant les parents placés en retenue. Sur ce point la CNCDH a appuyé une demande du Défenseur des droits. Le ministère de l'Intérieur a accepté que la personne retenue puisse demander à ce que ses enfants soient effectivement pris en charge.

Nous avons donc obtenus gain de cause sur des points importants. Nous avons également obtenu gain de cause sur le délit d'aide à l'entrée et au séjour des étrangers en situation irrégulière. Il me semble que plusieurs éléments peuvent expliquer cette évolution. Le fait que la société civile ait pu se structurer entre l'examen du texte au Sénat et l'examen du texte à l'Assemblée est l'un de ces éléments. Cette mobilisation de la société civile a permis de faire bouger les lignes politiques. Le risque contentieux en est un autre.

II. Les suites de l'adoption de la loi

Si le projet de loi a été amendé pour prendre en compte certaines des remarques formulées notamment par la CNCDH, la plupart des critiques formulées dans l'avis restent d'actualité. La CNCDH reste vigilante sur un certain nombre de questions, et réitère autant que possible ses recommandations.

- Sur le contrôle de la mesure par le juge

Sans se prononcer sur le caractère administratif ou judiciaire de la décision de placement en retenue, la CNCDH a déploré le manque de contrôle du juge judiciaire sur la régularité de la procédure. C'est un point particulièrement important de notre avis. En raison du report au 5^e jour du placement en rétention suite l'adoption de la loi sur l'immigration, l'intégration et la nationalité, 25% des étrangers placés en centre de rétention ne voient pas le juge des libertés et de la détention. Or, le contrôle du juge des libertés et de la détention est le seul véritable contrôle envisageable de la mesure de retenue ; mais peut-on admettre qu'il n'intervienne qu'après la retenue, et même 5 jours de rétention. En aucun cas le contrôle exercé par le procureur de la République, qui est informé du placement en retenue ne peut être assimilé à un véritable contrôle juridictionnel.

Il est essentiel que le législateur permette aux personnes placées en retenue de bénéficier effectivement du droit de voir un juge qui puisse s'assurer de la régularité de la procédure. En ce sens, la CNCDH a demandé que « soit rétablie l'intervention du juge des libertés et de la détention à l'issue de la 48^{ème} heure de rétention ». Le JLD contrôlerait également la régularité de la retenue.

Elle a également demandé que l'office du juge judiciaire qui avait été réduit par la loi sur l'immigration, l'intégration et la nationalité soit rétabli. A cet égard, les conséquences de cette restriction de l'office du juge sont importantes pour les personnes retenues qui n'ont droit à un juge que si la procédure de retenue débouche sur un placement en rétention pour une durée supérieure à 5 jours. La loi sur l'immigration, l'intégration et la nationalité de 2011 a consacré le principe de l'interdiction pour le juge de prononcer la mainlevée de la mesure de placement en rétention, même en cas de violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité ou d'inobservation de formalités substantielles, sauf si l'irrégularité constatée a eu pour effet de porter atteinte aux droits de l'étranger. Or, sur ce fondement, une CA a pu considérer que la retenue dans des locaux identiques à ceux des personnes gardées à vue ne portait pas nécessairement atteinte aux droits de la personne retenue (CA Rouen, 6/02/2013, n°13/00660). De même, le législateur a prescrit la prise en compte obligatoire par le juge des circonstances exceptionnelles aboutissant au défaut de notification en temps utile de la décision de rétention et des droits qui sont reconnus à la personne placée en rétention.

Depuis l'adoption de la loi, le Ministre de l'Intérieur a confié une mission à Matthias Fekl, parlementaire. Ce député doit rendre un rapport sur les modalités de mise en œuvre du titre de séjour pluriannuel, l'articulation des rôles respectifs du juge administratif et du juge judiciaire, et sur les conditions d'accueil des étrangers en préfecture. La CNCDH a été auditionnée par le parlementaire en mission et a pu réitérer ses recommandations concernant l'existence d'un recours effectif devant un juge qui puisse s'assurer de la régularité de la procédure. Le rapport doit être rendu mi-avril.

La CNCDH participe également aux consultations lancées par le Ministère de l'Intérieur concernant l'enfermement des étrangers, auxquelles sont conviés beaucoup d'acteurs de la société civile et quelques institutions. La première réunion s'est déroulée le 20 mars, et la dernière réunion est prévue pour la fin du mois d'avril. Si la procédure de retenue n'est pas directement visée par la consultation, c'est l'occasion de rappeler les prises de positions de la CNCDH, et notamment le retour du contrôle du JLD après 48h de placement en rétention. De même, la CNCDH demande que le juge judiciaire soit rétabli dans son office, et puisse contrôler effectivement la régularité de la procédure de vérification du droit au séjour.

Une jurisprudence déjà abondante sur la procédure de retenue prouve que la loi doit déjà être amendée et complétée.

- Sur l'effectivité du droit à l'avocat

Nous souhaitons que le droit à un avocat soit réellement effectif. Cela implique nécessairement que l'aide juridictionnelle à laquelle peuvent prétendre les étrangers placés en retenue soit équivalente à celle des personnes placées en garde à vue. Nous serons donc attentifs à ce que le décret sur la rétribution de l'intervention de l'avocat en retenue garantisse un tel droit.