

CONSEIL D'ÉTAT

SECTION DU CONTENTIEUX

REQUETE ET MEMOIRE

- POUR :**
- 1. La CIMADE (Comité Inter-Mouvements Auprès Des Evacués), dont le siège social est situé 64 rue Clisson à PARIS (75013), prise en la personne de son représentant légal domicilié en cette qualité audit siège et dûment habilité à agir en justice ;**

Désignée comme représentant unique au sens des dispositions de l'article R. 411-6 du code de justice administrative

- 2. La FASTI (Fédération des Associations de Solidarité avec Tou-te-s les Immigré-e-s), dont le siège social est situé 58 rue des amandiers à PARIS (75020), prise en la personne de son représentant légal domicilié en cette qualité audit siège et dûment habilité à agir en justice ;**
- 3. Le GISTI (Groupe d'Information et de Soutien des Immigré.e.s) dont le siège social est situé 3 villa Marcès à PARIS (75011), prise en la personne de son représentant légal domicilié en cette qualité audit siège et dûment habilité à agir en justice ;**
- 4. La Ligue des droits de l'Homme, dont le siège social est situé 138 rue Marcadet à PARIS (75018), prise en la personne de son représentant légal domicilié en cette qualité audit siège et dûment habilité à agir en justice.**

SCP SPINOSI

CONTRE : L'instruction n° IOKK2232185 du 3 août 2022 relatives aux mesures nécessaires pour améliorer la chaîne de l'éloignement des étrangers en situation irrégulière connus pour trouble à l'ordre public (**Prod. 1**)

Les associations exposantes défèrent cette instruction à la censure du Conseil d'État en tous les faits et chefs qui leur font grief.

FAITS

I. Par une instruction en date du 3 août 2022 intitulée « *Mesures nécessaires pour améliorer l'efficacité de la chaîne de l'éloignement des rangers en situation irrégulière connus pour troubles à l'ordre public* », le ministre de l'intérieur a adressé une série « *d'orientations* » et d'exigences, notamment à l'attention des préfets.

En particulier, le ministre de l'intérieur énonce que :

« [...] *En complément de l'action diplomatique qui se poursuit à l'égard des pays de retour, il apparaît nécessaire de **renforcer encore l'efficacité de la chaîne de l'éloignement des individus connus pour troubles à l'ordre public**. A cet égard, je vous demande de mettre en œuvre, en lien avec les responsables déconcentrés des forces de sécurité intérieure sous votre autorité, les orientations suivantes :*

En termes de doctrine, la ligne est claire : la rétention doit être prioritairement destinée aux ESI auteurs de troubles à l'ordre public, y compris lorsque l'éloignabilité ne paraît pas acquise au jour de la levée d'écrou ou de l'interpellation. En cas de manque de places disponibles, il convient de libérer systématiquement les places occupées par les ESI sans antécédents judiciaires non éloignables et de les assigner à résidence.

***En termes d'organisation, je demande aux préfets de zone de bien vouloir assumer pleinement leur mission de régulation zonale** par des réunions chargées de préparer pour les arbitrages à réaliser entre profils d'ESI, ainsi que de veiller à l'accès effectif de tous les préfets de département aux moyens de rétention. Toutes les forces de sécurité doivent participer à ces réunions afin de préparer de manière proactive des opérations de police et de gendarmerie contre les multirécidivistes ESI.*

*En second lieu, en relais de la poursuite de l'exécution du plan de renforcement des capacités de rétention administrative qui rehaussera d'un tiers par rapport à 2017 les places disponibles à horizon fin 2023, je vous demande d'amplifier, en le diversifiant, le renforcement capacitaire en matière de rétention. **Pour cela, les capacités en locaux de rétention administrative (LRA) doivent être développées, d'au***

moins un tiers de celles existantes d'ici au dernier trimestre 2022. Ces instruments sont particulièrement utiles pour la réalisation d'éloignements programmables, tels que les remises «Dublin». Or, leur diffusion dans le territoire est aujourd'hui beaucoup trop hétérogène. Les préfets de zone me rendront compte, ainsi qu'à la DGEF, la DGPN et la DGGN de leurs propositions en ce sens fin août.

*En troisième lieu, les décisions d'assignation à résidence prévues par l'article L 731-1 du CESEDA constituent un premier niveau d'exécution, trop peu exploité aujourd'hui. Elles permettent pourtant de caractériser les risques de non-présentation et donc d'assurer la sécurité juridique des placements en rétention. Elles garantissent également le suivi et le contrôle des ESI qui en font l'objet. Je vous demande donc de procéder à un examen systématique de l'opportunité de prendre ces mesures et d'en assurer, en liaison avec les forces de sécurité intérieure, un suivi méthodique. **Cela signifie qu'un jour de pointage manqué s'agissant d'un ESI auteur de troubles à l'ordre public implique une réaction immédiate de la part des forces de sécurité intérieure.** »*

*Enfin, la mise sous tension de la chaîne de l'éloignement exige nécessairement votre **implication personnelle** dans le pilotage global de cette politique, comme dans le suivi fin des procédures.*

Les ajustements de doctrine et d'organisation qui précèdent visent à améliorer sans attendre l'efficacité de la chaîne d'éloignement des étrangers en situation irrégulière auteurs de troubles à l'ordre public. Couplé à une action internationale et diplomatique soutenue, ils doivent nous conduire à répondre aux ambitions assumées par le Président de la République en matière de lutte contre l'immigration clandestine. Leur impact sera prochainement renforcé par des évolutions législatives, qui favoriseront, pour l'ensemble du processus d'éloignement, la prise en compte des étrangers en situation irrégulière pour ce qu'ils font et non pour ce qu'ils sont.

Sans attendre cette perspective, je vous prie de bien vouloir assurer la mise en œuvre sans délais des présentes instructions. » (Prod. 1 – Passages soulignés par le ministre).

Le ministre ajoute ensuite, de façon manuscrite :

« Je vous demande d'appliquer strictement et personnellement ces instructions ».

C'est la décision dont l'annulation est sollicitée.

DISCUSSION

Sur la recevabilité

II. A titre liminaire, il convient de préciser que la présente requête est parfaitement recevable.

Sur l'intérêt à agir

III. Premièrement, l'intérêt à agir et les pouvoirs d'ester en justice des associations requérantes ne sauraient faire le moindre doute.

III-1 D'abord, la **CIMADE** a pour but, selon l'article premier de ses statuts, de « [...] manifester une solidarité active avec les personnes opprimées et exploitées. Elle défend la dignité et les droits des personnes réfugiées et migrantes, quelles que soient leurs origines, leurs opinions politiques ou leurs convictions [...] La Cimade inscrit son engagement dans la perspective d'un monde plus humain et plus juste et adapte constamment ses actions nationales et internationales aux enjeux de l'époque. La Cimade met en œuvre tous les moyens propres à atteindre ses buts [...] et au besoin par voie judiciaire [...] » (**Prod. 2**).

A ce titre, son intérêt à agir et à intervenir dans le cadre de contentieux relatifs aux droits des étrangers a été fréquemment reconnu par le Conseil d'État (v. notamment CE, 22 juillet 2022, n° 463.850 ; CE, 21 décembre 2021, n° 450.551 ; CE, 15 mai 2019, n° 409.630 ; CE, 17 avril 2019, n° 428.358 ; CE, 13 mars 2019, n° 427.708 ; CE, 21 décembre 2018, n° 421.324 ; CE, 12 octobre 2017, n° 414.733 ; CE, 15 avril 2016, n° 398.550 ; CE, 23 novembre 2015, n° 394.540 ; CE, 22 juillet 2015, n° 381.550 ; CE, 5 mars 2013, n° 366.340 ; CE, 28 juin 2012, n° 360.381 ; CE, 11 octobre 2011, n° 353.002).

En outre, une délibération du 6 octobre 2022 du conseil de la CIMADE autorise son président à contester le décret susvisé (**Prod. 3**).

III-2 Ensuite, la FASTI a pour objet, selon l'article 2 de ses statuts, de « *lutter pour établir l'égalité des droits entre personnes françaises et personnes immigrées ainsi que pour le respect des libertés individuelles en référence avec la Déclaration universelle des droits de l'homme* ». Par ailleurs, le même article précise également que la FASTI « *milite et agit avec toutes les organisations qui mène une action de promotion et de libération sur le plan de l'immigration allant dans le sens du présent objet* » (**Prod. 4**).

La recevabilité de l'intervention volontaire de la FASTI à l'appui d'autres associations engagées pour les droits des étrangers a été reconnue à de nombreuses reprises par Conseil d'État (cf. not. CE, 8 juin 2020, n° 440.812 ; CE, 6 nov. 2019, n° 434.376 et 434.377 ; CE, 31 juillet 2019, n° 428.530 et 428.564).

Par une délibération en date du 3 septembre 2022, le bureau fédéral de la FASTI a autorisé sa présidente à ester en justice (**Prod. 5**).

III-3 En outre, le GISTI a pour objet, selon l'article 1^{er} de ses statuts :

- *de réunir toutes les informations sur la situation juridique, économique et sociale des personnes étrangères ou immigrées ;*
- *d'informer celles-ci des conditions de l'exercice et de la protection de leurs droits ;*
- *de soutenir, par tous moyens, leur action en vue de la reconnaissance et du respect de leurs droits, sur la base du principe d'égalité;*
- *de combattre toutes les formes de racisme et de discrimination, directe ou indirecte, et assister celles et ceux qui en sont victimes ;*
- *de promouvoir la liberté de circulation.* » (**Prod. 6**).

A ce titre, le Conseil d'Etat a déjà reconnu à maintes reprises son intérêt à agir à l'occasion de contentieux relatifs aux droits des étrangers et demandeurs d'asile (v. not. CE, 31 juillet 2019, n° 428.530 ; CE, 9 octobre 2019, n° 423.749 ; CE, 30 janvier 2017, n° 394.686 ; CE, 6 novembre 2019, n° 422.207).

Son intérêt à agir contre une instruction qui affecte directement le sort de ressortissants étrangers présents en France est donc indiscutable.

III-4 Enfin, s'agissant de **la Ligue des droits de l'homme**, il résulte de l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, de ses statuts (**Prod. 7**) qu'elle est « *destinée à défendre les principes énoncés dans les Déclarations des droits de l'Homme de 1789 et de 1793, la Déclaration universelle de 1948 et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et ses protocoles additionnels (...)* ».

L'article 3, alinéas 1^{er}, 2 et 3, de ses statuts précise que :

« La Ligue des droits de l'Homme intervient chaque fois que lui est signalée une atteinte aux principes énoncés aux articles précédents, au détriment des individus, des collectivités et des peuples.

Ses moyens d'action sont : l'appel à la conscience publique, les interventions auprès des pouvoirs publics, auprès de toute juridiction notamment la constitution de partie civile lorsque des personnes sont victimes d'atteintes aux principes ci-dessus visés et d'actes arbitraires ou de violences de ta part des agents de l'État.

Lorsque des actes administratifs nationaux ou locaux portent atteinte aux principes visés ci-dessus, la LDH agit auprès des juridictions compétentes ».

Eu égard à cet objet statutaire, la Ligue des Droits de l'Homme justifie nécessairement d'un intérêt à intervenir dans la présente instance relative au sort d'une ressortissante étrangère.

En effet, l'intérêt de la Ligue des droits de l'Homme à agir et à intervenir dans des affaires relatives aux droits des étrangers et demandeurs d'asile a été reconnu à plusieurs reprises (v. not. CE, 7 juin 2006, *Aides et autres*, n° 285.576 ; CE, 30 décembre 2016, *ELENA France et autres*, n° 395.058).

III-5 Ainsi, eu égard à leurs objets respectifs, les associations requérantes ont chacune un intérêt manifeste à faire valoir que l'instruction contestée porte atteinte à leurs intérêts mais aussi aux intérêts publics qu'elles défendent.

En outre, elles sont valablement habilitées à ester en justice pour contester cette instruction.

Sur le délai de recours

IV. Deuxièmement, la présente requête est bien initiée dans le délai de recours contentieux.

IV-1 En droit, il convient de rappeler qu'aux termes de l'article R. 421-1 du code de justice administrative :

« La juridiction ne peut être saisie que par voie de recours formé contre une décision, et ce, dans les deux mois à partir de la notification ou de la publication de la décision attaquée. »

Lorsque la requête tend au paiement d'une somme d'argent, elle n'est recevable qu'après l'intervention de la décision prise par l'administration sur une demande préalablement formée devant elle.

Le délai prévu au premier alinéa n'est pas applicable à la contestation des mesures prises pour l'exécution d'un contrat. »

IV-2 Or, en l'occurrence, la présente instruction n'a donné lieu à aucune publication.

Dans ces conditions, le délai de recours de deux mois n'a pas commencé à courir avant l'introduction de la présente requête.

A toutes fins utiles, s'agissant des autres effets juridiques nés de l'absence de publication, les associations tiennent d'ailleurs à souligner qu'elles n'ignorent aucunement qu'aux termes des dispositions de l'article L. 312-2 du code des relations entre le public et l'administration (CRPA) :

« Font l'objet d'une publication les instructions, les circulaires ainsi que les notes et réponses ministérielles qui comportent une interprétation du droit positif ou une description des procédures administratives. Les instructions et circulaires sont réputées abrogées »

si elles n'ont pas été publiées, dans des conditions et selon des modalités fixées par décret.

Un décret en Conseil d'Etat pris après avis de la commission mentionnée au titre IV précise les autres modalités d'application du présent article. »

Corrélativement, l'article R. 312-7 du CRPA dispose quant à lui que :

« Les instructions ou circulaires qui n'ont pas été publiées sur l'un des supports prévus par les dispositions de la présente section ne sont pas applicables et leurs auteurs ne peuvent s'en prévaloir à l'égard des administrés.

A défaut de publication sur l'un de ces supports dans un délai de quatre mois à compter de leur signature, elles sont réputées abrogées. »

Dès lors, faute de publication dans ce délai de quatre mois à compter du 3 août 2022, la présente instruction a certes vocation à être abrogée.

Cependant, une telle abrogation ne ferait nullement obstacle à l'examen de sa légalité par le Conseil d'Etat dans le cadre du présent recours, dans la mesure où il est indéniable que celle-ci a d'ores et déjà reçu un commencement d'exécution (CE, 12 novembre 1986, *Winterstein*, Lebon 338).

En ce qui concerne la possibilité de discuter des décisions litigieuses par la voie contentieuse

V. Troisièmement, les dispositions de l'instruction litigieuse peuvent valablement faire l'objet d'un recours en annulation.

Plus précisément, le caractère justiciable de ces dispositions ne saurait faire le moindre doute.

V-1 En droit, il convient de rappeler que selon la jurisprudence la plus récente du Conseil d'Etat :

« 1. Les documents de portée générale émanant d'autorités publiques, matérialisés ou non, tels que les circulaires, instructions, recommandations, notes, présentations ou interprétations du droit positif peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils sont susceptibles d'avoir des effets notables sur les droits ou la situation d'autres personnes que les agents chargés, le cas échéant, de les mettre en œuvre. Ont notamment de tels effets ceux de ces documents qui ont un caractère impératif ou présentent le caractère de lignes directrices.

2. Il appartient au juge d'examiner les vices susceptibles d'affecter la légalité du document en tenant compte de la nature et des caractéristiques de celui-ci ainsi que du pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité dont il émane. Le recours formé à son encontre doit être accueilli notamment s'il fixe une règle nouvelle entachée d'incompétence, si l'interprétation du droit positif qu'il comporte en méconnaît le sens et la portée ou s'il est pris en vue de la mise en oeuvre d'une règle contraire à une norme juridique supérieure. » (CE, 12 juin 2020, GISTI, n° 418.142).

Par cette solution, comme l'ont relevé ses commentateurs autorisés, *« le Conseil d'Etat a entendu substituer au critère de l'impérativité celui de l'effet notable comme condition de justiciabilité de la littérature grise », laquelle désigne « l'ensemble des documents que, sous des appellations diverses - circulaires, instructions, notes de service, directives, lignes directrices, etc. -, les autorités administratives produisent, le plus souvent à destination de leurs agents, et qui ont pour objet de préciser le sens des règles de droit qu'ils sont chargés d'appliquer » (Clément Malverti et Cyrille Beaufils, « La littérature grise tirée au clair », AJDA, 2020, p. 1407).*

Certes, « la décision commentée prend en effet soin de préciser, confirmant (« Cf. ») sur ce point la veine Duvignères, que les « documents qui ont un caractère impératif » ont un effet notable et demeurent donc susceptibles de recours », ce qui implique que « les circulaires autrefois qualifiées d'impératives (et notamment celles qui se bornent à réitérer le droit positif et dont l'effet notable sur les administrés pourrait être sujet à caution) continueront d'être regardées comme faisant grief. » (Ibid.).

Mais en élargissant les perspectives au-delà du seul critère d'impérativité et en visant celui, plus large, d'« effet notable », le

Conseil d'Etat consacre une « *ouverture désormais assumée du prétoire du juge de l'excès de pouvoir aux actes non décisifs au regard des seuls effets concrets qu'ils déploient témoigne d'une prise de distance de la jurisprudence, s'agissant au moins de la question de la justiciabilité, avec l'approche normativiste du phénomène juridique. Il est désormais admis qu'un acte puisse être déféré au juge au seul motif qu'il a pour effet de modifier le comportement de ses destinataires, directs ou indirects. Un tel effet découle au moins autant du contenu intrinsèque de l'énoncé ou de la volonté de son auteur que de l'autorité qui lui est reconnue par ses lecteurs* » (Ibid.).

Par ailleurs, à titre d'utile éclairage, il n'est pas inutile de rappeler la jurisprudence antérieure du Conseil d'Etat consacrée spécifiquement aux circulaires et dont le critère du « *caractère impératif* » a été expressément maintenu.

Ainsi, dans son arrêt *Madame Duvignères*, le Conseil d'Etat a jugé que « *l'interprétation que par voie, notamment, de circulaires ou d'instructions l'autorité administrative donne des lois et règlements qu'elle a pour mission de mettre en œuvre n'est pas susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir lorsque, étant dénuée de caractère impératif, elle ne saurait, quel qu'en soit le bien-fondé, faire grief ; En revanche, les dispositions **impératives** à caractère **général** d'une circulaire ou d'une instruction doivent être regardées comme faisant grief, tout comme le refus de les abroger* » (CE, 18 déc. 2002, n° 233.618).

Or, dans ses conclusions sur cette affaire, Madame Pascale FOMBEUR précisait que « *par dispositions impératives à caractère général, il nous semble qu'il faut entendre toutes les dispositions au moyen desquelles une autorité administrative vise soit à **créer des droits ou des obligations**, soit à **imposer une interprétation du droit applicable en vue de l'édition de décisions***. ».

[...] Dès lors que l'auteur de la circulaire expose aux services chargés de la mise en œuvre de la réglementation l'ensemble des règles applicables, en indiquant de façon univoque et non dubitative comment il faut le comprendre et l'appliquer, on peut considérer qu'il s'agit de dispositions à caractère impératif » (Conclusions de Madame Pascale FOMBEUR sur CE, 18 déc. 2002, n° 233.618).

V-2 Or, en l'occurrence, il est manifeste que les dispositions de l'instruction contestée répondent aux conditions de justiciabilité ainsi fixées par la jurisprudence du Conseil d'Etat.

A cet égard, il convient de souligner que cette instruction relève indubitablement de la catégorie des « *documents de portée générale émanant d'autorités publiques* » et qu'il est tout aussi acquis que l'impact de ses dispositions dépasse de loin la situation des seuls destinataires de cette circulaire, lesquels figurent parmi « *les agents chargés, le cas échéant, de les mettre en œuvre* ».

En particulier, il est indéniable que l'instruction a un effet notable sur les droits ou la situation des étrangers qui font l'objet de mesures de rétention sur le fondement du livre VII du CESEDA.

Et ce, tout particulièrement eu égard à la teneur impérative de très nombreuses dispositions de cette instruction qui ne peuvent manquer d'emporter un effet direct sur la situation des ressortissants étrangers, en particulier s'ils sont en situation irrégulière.

En effet, et de façon pour le moins univoque, le ministre use abondamment des formules impératives pour définir une véritable « *doctrine* » qui se veut « *claire* » (v. notamment : « *la rétention doit être prioritairement destinée aux ESI auteurs de troubles à l'ordre public* », « *il convient de libérer systématiquement les places occupées* », « *Toutes les forces de sécurité doivent participer à ces réunions* », « *les capacités en locaux de rétention administrative (LRA) doivent être développées* », « *qu'un jour de pointage manqué s'agissant d'un ESI auteur de troubles à l'ordre public implique une réaction immédiate de la part des forces de sécurité intérieure* », « *la mise sous tension de la chaîne de l'éloignement exige nécessairement votre implication personnelle dans le pilotage global de cette politique, comme dans le suivi fin des procédures* »).

La circonstance que le ministre ajoute *in fine*, de façon manuscrite, la formule « *Je vous demande d'appliquer strictement et personnellement ces instructions* » ne peut qu'accroître un peu plus encore cette dimension impérative qui suffit à caractériser la justiciabilité de ces dispositions.

VI. A ce titre, donc, les dispositions de la circulaire peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

Lequel est, à tous égards, parfaitement recevable et qui conservera son objet en dépit de l'éventuelle abrogation de l'instruction litigieuse.

Sur l'illégalité du maintien en application de la circulaire réputée abrogée

VII. En premier lieu, l'instruction litigieuse est entachée autant d'incompétence que d'erreur de droit en ce qu'elle a manifestement entendu maintenir en vigueur une instruction du 29 septembre 2020 pourtant réputée abrogée.

VII-1 En droit, il convient de rappeler, de nouveau, que l'article L. 312-2 du CRPA prévoit que :

« Font l'objet d'une publication les instructions, les circulaires ainsi que les notes et réponses ministérielles qui comportent une interprétation du droit positif ou une description des procédures administratives. Les instructions et circulaires sont réputées abrogées si elles n'ont pas été publiées, dans des conditions et selon des modalités fixées par décret.

Un décret en Conseil d'Etat pris après avis de la commission mentionnée au titre IV précise les autres modalités d'application du présent article. »

En outre, l'article R. 312-7 du CRPA dispose que :

« Les instructions ou circulaires qui n'ont pas été publiées sur l'un des supports prévus par les dispositions de la présente section ne sont pas applicables et leurs auteurs ne peuvent s'en prévaloir à l'égard des administrés.

A défaut de publication sur l'un de ces supports dans un délai de quatre mois à compter de leur signature, elles sont réputées abrogées. »

Quant à l'article R. 312-8 du CRPA, il prévoit que :

« Par dérogation à l'article R. 312-3-1, les circulaires et instructions adressées par les ministres aux services et établissements de l'Etat sont publiées sur un site relevant du Premier ministre. Elles sont classées et répertoriées de manière à faciliter leur consultation. »

Enfin, l'article R. 312-10 du même code dispose que :

« Les sites internet sur lesquels sont publiés les documents dont toute personne peut se prévaloir dans les conditions prévues à l'article L. 312-3 précisent la date de dernière mise à jour de la page donnant accès à ces documents ainsi que la date à laquelle chaque document a été publié sur le site.

Ces sites comportent, sur la page donnant accès aux documents publiés en application de l'article L. 312-3, la mention suivante : “Conformément à l'article L. 312-3 du code des relations entre le public et l'administration, toute personne peut se prévaloir de l'interprétation d'une règle, même erronée, opérée par les documents publiés sur cette page, pour son application à une situation qui n'affecte pas des tiers, tant que cette interprétation n'a pas été modifiée, sous réserve qu'elle ne fasse pas obstacle à l'application des dispositions législatives ou réglementaires préservant directement la santé publique, la sécurité des personnes et des biens ou l'environnement ”.

Les circulaires et instructions soumises aux dispositions de l'article R. 312-8 sont publiées sur les sites mentionnés au premier alinéa au moyen d'un lien vers le document mis en ligne sur le site mentionné à ce même article. »

Il résulte de la combinaison de ces dispositions qu'une instruction ministérielle doit être publiée sur le site dédié aux circulaires ou dans le registre figurant sur le site du ministère dans un délai de quatre mois à compter de sa signature.

Si tel n'est pas le cas, elle sera réputée abrogée.

VII-2 Or, en l'occurrence, il convient de relever que l'instruction contestée fait référence aux prescriptions de la

circulaire n° INTK2023921J du 29 septembre 2020 relative à l'éloignement des étrangers ayant commis des infractions graves ou représentant une menace grave à l'ordre public.

Toutefois, celle-ci n'a fait l'objet d'une publication ni sur le site dédié, ni au sein du registre mentionné à l'article L.312-3 du code, avant l'échéance du délai de quatre mois.

Conformément au code des relations entre le public et l'administration, cette instruction n'est pas applicable, n'est pas opposable et surtout est réputée abrogée depuis le 30 janvier 2021.

Le ministre ne pouvait donc légalement demander aux préfets de continuer de l'appliquer, plus d'un an après son abrogation.

De ce chef déjà, l'annulation de l'instruction contestée est acquise

Mais il y a plus.

Sur le placement en centre de rétention administrative

VIII. En deuxième lieu, les dispositions de l'instruction relatives au placement en centre de rétention administrative des ressortissants étrangers sont également entachées d'incompétence et d'erreurs de droit.

VIII-1 En droit, il convient de rappeler que l'article 15 de la directive 2008/115/CE dite directive « *Retour* » énonce :

« 1. 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. »*

Le droit européen prévoit de ce fait le placement en rétention comme un ultime recours.

Le principe a été transposé en droit interne en particulier à l'article L. 731-1 du CESEDA :

« L'autorité administrative peut assigner à résidence l'étranger qui ne peut quitter immédiatement le territoire français mais dont l'éloignement demeure une perspective raisonnable, dans les cas suivants :

1° L'étranger fait l'objet d'une décision portant obligation de quitter le territoire français, prise moins d'un an auparavant, pour laquelle le délai de départ volontaire est expiré ou n'a pas été accordé ;

2° L'étranger doit être éloigné en exécution d'une interdiction de retour sur le territoire français prise en application des articles L. 612-6, L. 612-7 et L. 612-8 ;

3° L'étranger doit être éloigné pour la mise en œuvre d'une décision prise par un autre État, en application de l'article L. 615-1 ;

4° L'étranger doit être remis aux autorités d'un autre Etat en application de l'article L. 621-1 ;

5° L'étranger doit être éloigné en exécution d'une interdiction de circulation sur le territoire français prise en application de l'article L. 622-1 ;

6° L'étranger fait l'objet d'une décision d'expulsion ;

7° L'étranger doit être éloigné en exécution d'une peine d'interdiction judiciaire du territoire prononcée en application du deuxième alinéa de l'article 131-30 du code pénal ;

8° L'étranger doit être éloigné en exécution d'une interdiction administrative du territoire français.

L'étranger qui, ayant été assigné à résidence en application du présent article, ou placé en rétention administrative en application des articles L. 741-1 ou L. 741-2, n'a pas déféré à la décision dont il fait l'objet ou,

y ayant déféré, est revenu en France alors que cette décision est toujours exécutoire, peut être assigné à résidence sur le fondement du présent article. »

L'article L. 731-2 du CESEDA :

« L'étranger assigné à résidence en application de l'article L. 731-1 peut être placé en rétention en application de l'article L. 741-1, lorsqu'il ne présente plus de garanties de représentation effectives propres à prévenir un risque de soustraction à l'exécution de la décision d'éloignement apprécié selon les mêmes critères que ceux prévus à l'article L. 612-3. »

Et l'article L. 731-3 du code prévoit que :

« L'autorité administrative peut autoriser l'étranger qui justifie être dans l'impossibilité de quitter le territoire français ou ne pouvoir ni regagner son pays d'origine ni se rendre dans aucun autre pays, à se maintenir provisoirement sur le territoire en l'assignant à résidence jusqu'à ce qu'existe une perspective raisonnable d'exécution de son obligation, dans les cas suivants :

1° L'étranger fait l'objet d'une décision portant obligation de quitter le territoire français pour laquelle le délai de départ volontaire est expiré ou n'a pas été accordé ;

2° L'étranger doit être éloigné en exécution d'une interdiction de retour sur le territoire français en application des articles L. 612-6, L. 612-7 et L. 612-8 ;

3° L'étranger doit être éloigné pour la mise en œuvre d'une décision prise par un autre État, en application de l'article L. 615-1 ;

4° L'étranger doit être remis aux autorités d'un autre Etat en application de l'article L. 621-1 ;

5° L'étranger doit être éloigné en exécution d'une interdiction de circulation sur le territoire français en application de l'article L. 622-1 ;

6° L'étranger fait l'objet d'une décision d'expulsion ;

7° L'étranger doit être éloigné en exécution d'une peine d'interdiction judiciaire du territoire prononcée en application du deuxième alinéa de l'article 131-30 du code pénal ;

8° L'étranger doit être éloigné en exécution d'une interdiction administrative du territoire français.

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

L'article L. 731-4 du même code dispose que :

« L'autorité administrative peut assigner à résidence l'étranger faisant l'objet d'une décision d'expulsion non exécutée lorsque son état de santé nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait avoir pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité et si, eu égard à l'offre de soins et aux caractéristiques du système de santé du pays de renvoi, il ne pourrait pas y bénéficier effectivement d'un traitement approprié. »

En outre, l'article L. 731-5 du code prévoit que :

« L'autorité administrative peut, à titre probatoire et exceptionnel, assigner à résidence l'étranger faisant l'objet d'une décision d'expulsion édictée en application de l'article L. 631-2.

L'autorité administrative peut abroger sa décision à tout moment en cas de manquement aux obligations et prescriptions liées à l'assignation à résidence prévues aux articles L. 733-1 et L. 824-4 à L. 824-7, ainsi qu'en cas de faits nouveaux constitutifs d'un comportement préjudiciable à l'ordre public. »

En matière de rétention administrative, l'article L. 741-1 du code dispose que :

« L'autorité administrative peut placer en rétention, pour une durée de quarante-huit heures, l'étranger qui se trouve dans l'un des cas prévus à l'article L. 731-1 lorsqu'il ne présente pas de garanties de représentation effectives propres à prévenir un risque de soustraction à l'exécution de la décision d'éloignement et qu'aucune autre mesure

n'apparaît suffisante à garantir efficacement l'exécution effective de cette décision.

Le risque mentionné au premier alinéa est apprécié selon les mêmes critères que ceux prévus à l'article L. 612-3. »

Ce dernier article précise que :

« Le risque mentionné au 3° de l'article L. 612-2 peut être regardé comme établi, sauf circonstance particulière, dans les cas suivants :

1° L'étranger, qui ne peut justifier être entré régulièrement sur le territoire français, n'a pas sollicité la délivrance d'un titre de séjour ;

2° L'étranger s'est maintenu sur le territoire français 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 en France, sans avoir sollicité la délivrance d'un titre de séjour ;

3° L'étranger s'est maintenu sur le territoire français plus d'un mois après l'expiration de son titre de séjour, du document provisoire délivré à l'occasion d'une demande de titre de séjour ou de son autorisation provisoire de séjour, sans en avoir demandé le renouvellement ;

4° L'étranger a explicitement déclaré son intention de ne pas se conformer à son obligation de quitter le territoire français ;

5° L'étranger s'est soustrait à l'exécution d'une précédente mesure d'éloignement ;

6° L'étranger, entré irrégulièrement sur le territoire de l'un des États avec lesquels s'applique l'acquis de Schengen, fait l'objet d'une décision d'éloignement exécutoire prise par l'un des États ou s'est maintenu sur le territoire d'un de ces États sans justifier d'un droit de séjour ;

7° 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 ou a fait usage d'un tel titre ou document ;

8° L'étranger ne présente pas de garanties de représentation suffisantes, notamment parce qu'il ne peut présenter des documents

d'identité ou de voyage en cours de validité, qu'il a refusé de communiquer les renseignements permettant d'établir son identité ou sa situation au regard du droit de circulation et de séjour ou a communiqué des renseignements inexacts, qu'il a refusé de se soumettre aux opérations de relevé d'empreintes digitales ou de prise de photographie prévues au 3° de l'article L. 142-1, qu'il ne justifie pas d'une résidence effective et permanente dans un local affecté à son habitation principale ou qu'il s'est précédemment soustrait aux obligations prévues aux articles L. 721-6 à L. 721-8, L. 731-1, L. 731-3, L. 733-1 à L. 733-4, L. 733-6, L. 743-13 à L. 743-15 et L. 75 »

Enfin, l'article L. 741-3 du code dispose que :

“Un étranger ne peut être placé ou maintenu en rétention que pour le temps strictement nécessaire à son départ. L'administration exerce toute diligence à cet effet.

VIII-2 Or, en l'occurrence, ces exigences sont frontalement méconnues par l'instruction litigieuse.

En effet, celle-ci prévoit qu'« ***en termes de doctrine, la ligne est claire : la rétention doit être prioritairement destinée aux ESI auteurs de troubles à l'ordre public, y compris lorsque l'éloignabilité ne paraît pas acquise au jour de la levée d'écrou ou de l'interpellation. En cas de manque de places disponibles, il convient de libérer systématiquement les places occupées par les ESI sans antécédents judiciaires non éloignables et de les assigner à résidence*** » (passages soulignés par le ministre).

VIII-2.1 Cependant, il ressort de la combinaison de ces dispositions que lorsqu'une personne étrangère fait l'objet d'une mesure prévue par le livre VI du CESEDA et qu'il existe une perspective raisonnable qu'elle puisse être exécutée, l'intéressé doit en principe faire l'objet d'une assignation à résidence selon les modalités prévues par le titre III du livre VII du CESEDA (Art. L. 731-1).

Une assignation à résidence peut également être édictée lorsque cette perspective n'existe pas en raison d'une impossibilité de retourner dans

le pays de réadmission, pour des raisons de santé ou à titre probatoire (article L. 731-3).

C'est seulement lorsque la personne ne présente plus de garanties de représentation effectives ou présente le risque de prendre la fuite, appréciée au regard des critères de l'article L 612-3 du code, qu'elle peut alors être placée en rétention, le temps strictement nécessaire à son départ.

En indiquant que les ressortissants étrangers en situation irrégulière auteurs de troubles à l'ordre public devaient être prioritairement placés en rétention, même lorsqu'il n'existe pas de perspective d'éloignement et en réservant la possibilité d'assigner à résidence aux seuls étrangers non éloignables et sans antécédents judiciaires, le ministre procède donc à une réécriture des dispositions législatives.

Et ce, en érigeant le critère de la menace à l'ordre public en un critère principal pour le placement en rétention, alors même qu'il ne figure pas au sein des critères fixés par la loi.

Tout au contraire, il résulte des dispositions légales que des personnes peuvent, indépendamment de leurs antécédents judiciaires, présenter des garanties de représentation et peuvent ainsi être assignées à résidence sans obligatoirement être placées en rétention.

VIII-2.2 De même lorsqu'il n'existe aucune perspective d'éloignement dans un délai raisonnable, en particulier lorsque les personnes concernées disposent de la qualité de réfugié et ne peuvent donc être éloignées dans le pays dont elles ont la nationalité (cf. CE, 28 mars 2022, n° 450.618) ou pour des raisons de santé, elles peuvent être assignées à résidence même si elles ont fait l'objet de condamnation.

En réalité, par l'intermédiaire de l'instruction litigieuse, c'est la finalité de la rétention administrative qui est transformée par le ministre.

Alors que cette mesure de privation de liberté est subsidiaire et ne doit être édictée que pour le temps strictement nécessaire pour le départ d'une personne qui risque de prendre la fuite, le ministre veut en faire une sanction supplémentaire à la peine prononcée lorsqu'il est

considéré que – pour reprendre les termes de l’instruction – « *l’éloignabilité n’est pas acquise* ».

VIII-2.3 Par ailleurs, il n’est pas inutile de rappeler que le juge européen a déjà jugé que la question de l’ordre public n’était pas un motif pour fonder un placement en rétention.

La Cour de justice de l’Union européenne a ainsi énoncé dans un arrêt de Grande Chambre du 30 novembre 2009 :

« La possibilité de placer une personne en rétention pour des raisons d’ordre public et de sécurité publique ne saurait trouver son fondement dans la directive 2008/115. Dès lors, aucune des circonstances évoquées par la juridiction de renvoi ne saurait constituer en soi un motif de rétention en vertu des dispositions de cette directive. » (CJUE, 30 nov. 2009, *Said Shamilovich Kadzoev*, Aff. C-357/09 PPU, § 70).

Partant, et de ce chef aussi, l’instruction est vouée à l’annulation.

Sur les locaux de rétention administrative

IX. En troisième lieu, les dispositions de l’instruction relatives aux locaux de rétention administrative sont également entachées d’illégalité.

IX-1 En droit, les dispositions du chapitre IV de la directive 2008/115/UE prévoient que la rétention ne puisse être utilisée qu’en dernier recours si d’autres mesures suffisantes mais moins coercitives ne peuvent être appliquées.

De plus, la directive précise que cette privation de liberté doit s’opérer dans des centres de rétentions spécialisés.

Toujours en droit, les dispositions de l’article R.744-8 du CESEDA prévoient que :

« Lorsqu’en raison de circonstances particulières, notamment de temps ou de lieu, des étrangers retenus en application du présent titre ne

peuvent être placés immédiatement dans un centre de rétention administrative, le préfet peut les placer dans des locaux adaptés à cette fin, dénommés " locaux de rétention administrative " régis par la présente sous-section. »

L'article R.744-9 du code dispose que :

« L'étranger ne peut être maintenu dans un local de rétention administrative après que le juge des libertés et de la détention a prolongé sa rétention en application de l'article L. 742-3.

Toutefois, en cas d'appel de l'ordonnance de prolongation, l'étranger peut y être maintenu jusqu'à ce que le président de la cour d'appel ait statué s'il n'y a pas de centre de rétention administrative dans le ressort de la cour d'appel.

De même, en cas de recours contre la décision d'éloignement sur lequel il est statué dans les délais prévus à l'article L. 614-9, l'étranger peut être maintenu dans le local jusqu'à ce qu'il ait été statué sur le recours s'il n'y a pas de centre de rétention dans le ressort du tribunal administratif. »

Il ressort clairement de ces dispositions que, d'une part, le placement en rétention doit être justifié notamment sur l'impossibilité de mettre en œuvre une l'assignation à résidence.

D'autre part, la création et l'utilisation d'un local de rétention n'est possible que si des circonstances particulières, notamment de temps et de lieu, font obstacle au placement d'une personne dans un centre de rétention.

Le recours aux locaux de rétention est donc exceptionnel et opéré afin de répondre à un besoin avant transfert vers un centre de rétention.

IX-2 En l'occurrence, l'instruction litigieuse méconnaît frontalement ces exigences.

Et ce, en ce qu'elle prescrit que :

« En second lieu, en relais de la poursuite de l'exécution du plan de renforcement des capacités de rétention administrative qui rehaussera d'un tiers par rapport à 2017 les places disponibles à horizon fin 2023, je vous demande d'amplifier, en le diversifiant, le renforcement capacitaire en matière de rétention. Pour cela, les capacités en locaux de rétention administrative (LRA) doivent être développées, d'au moins un tiers de celles existantes d'ici au dernier trimestre 2022. Ces instruments sont particulièrement utiles pour la réalisation d'éloignements programmables, tels que les remises « Dublin ».

Or, l'utilisation de cette mesure de privation de liberté « pour la réalisation d'éloignements programmables, tels que les remises "Dublin" » contrevient aux exigences précédemment exposées.

En effet, en indiquant que les lieux de rétention doivent être utilisés pour procéder à des « éloignements programmables », l'instruction méconnaît le droit européen et interne puisqu'elle rend ces locaux utilisables en dehors de circonstances particulières.

Au surplus, il n'est pas inutile de relever que les conditions matérielles d'accueil et l'accès à un médecin et aux associations chargées de la mission d'aide à l'exercice des droits y sont très différentes de celles dans les centres de rétention administrative.

En effet, l'article R. 744-11 du CESEDA prévoit que ces locaux doivent disposer :

« 1° Des chambres collectives non mixtes, accueillant au maximum six personnes ;

2° Des équipements sanitaires en libre accès comprenant des lavabos, douches et cabinets d'aisance ;

3° Un téléphone en libre accès ;

4° Un local permettant de recevoir les visites : autorités consulaires, familles, médecins, membres d'associations ;

5° Le local mentionné à l'article L. 744-5, réservé aux avocats ;

6° Une pharmacie de secours.

Les locaux de rétention administrative susceptibles d'accueillir des familles disposent en outre de lieux d'hébergement séparés, spécialement équipés, comportant une pièce de détente et dotés notamment de matériels de puériculture adaptés, ainsi que d'un espace de promenade à l'air libre. »

En application de l'article R. 744-14, seuls les centres de rétention administrative disposent d'une unité médicale pérenne.

En application des articles R. 744-20 et suivants, ce sont uniquement les centres de rétention administrative qu'est prévue la présence obligatoire d'une personne morale conventionnée pour l'aide à l'exercice des droits, alors qu'elle n'est que facultative dans les locaux.

Les dispositions des articles R. 744-8 et suivants du CESEDA n'ont pas vocation à étendre, hors de toute circonstance particulière, les capacités de placement en rétention existantes qui seraient mobilisées prioritairement pour les étrangers visés par l'instruction contestée, ni à accueillir le public particulier des personnes « *Dublinés* » placées en rétention sur le fondement de l'article L. 751-9 et suivants du CESEDA.

Le tout, pour un placement de « *confort* » en vue d'exécuter dès le lendemain un transfert vers l'Etat responsable de la demande.

De ce chef aussi, l'instruction litigieuse est vouée à l'annulation.

Sur l'utilisation de l'assignation à résidence

X. En quatrième et dernier lieu, les dispositions de l'instruction relatives aux hypothèses et modalités de recours aux assignations à résidence sont tout autant entachées d'illégalité.

X-1 En droit, il y a lieu de rappeler qu'aux termes de l'article 15 de la directive 2008/115/CE, la rétention ne peut être utilisée qu'en dernier recours, si d'autres mesures moins coercitives mais suffisantes peuvent être appliquées.

En droit interne, un tel principe a été transposé aux articles L. 731-2 et L. 741-1 du CESEDA qui viennent encadrer le placement en rétention des personnes assignées à résidence.

Par ailleurs, l'article L.733-7 du même code prévoit que :

« Lorsque l'obstruction volontaire de l'étranger mentionné à l'article L. 733-6 fait obstacle à ce qu'il soit conduit auprès des autorités consulaires, l'autorité administrative peut, après avoir dûment constaté cette obstruction, demander au juge des libertés et de la détention de l'autoriser à requérir les services de police ou les unités de gendarmerie pour qu'ils visitent le domicile de l'étranger. Cette visite a pour but de s'assurer de la présence de l'étranger, de le conduire auprès des autorités consulaires et, si les conditions en sont remplies, de lui notifier une décision de placement en rétention.

Pour l'application du premier alinéa, le juge des libertés et de la détention s'assure de l'obstruction volontaire de l'étranger à la demande de présentation aux autorités consulaires. Cette obstruction résulte de la non-présentation, sans motif légitime, aux autorités consulaires en vue de préparer l'exécution de la décision d'éloignement. Il est alors procédé comme il est dit aux articles L. 733-9 à L. 733-12. »

L'article L. 733-8 du CESEDA dispose quant à lui que :

« Lorsque l'obstruction volontaire de l'étranger assigné à résidence en application des articles L. 731-1, L. 731-3, L. 731-4 ou L. 731-5 fait obstacle à l'exécution d'office de la décision d'éloignement, l'autorité administrative peut, après avoir dûment constatée cette obstruction, demander au juge des libertés et de la détention de l'autoriser à requérir les services de police ou les unités de gendarmerie pour qu'ils visitent le domicile de l'étranger. Cette visite a pour but de s'assurer de la présence de l'étranger, de permettre de procéder à son éloignement effectif ou, si le départ n'est pas possible immédiatement, de lui notifier une décision de placement en rétention.

Pour l'application du premier alinéa, le juge des libertés et de la détention s'assure du caractère exécutoire de la décision d'éloignement que la requête vise à exécuter et de l'obstruction volontaire de l'étranger à ladite exécution. Cette obstruction résulte notamment de

l'absence de réponse de l'étranger à sa demande de présentation pour les nécessités de l'exécution de la décision d'éloignement. Il est alors procédé comme il est dit aux articles L. 733-9 à L. 733-12. »

X-2 Or, en l'occurrence, il convient de relever qu'aux termes de l'instruction contestée :

« En troisième lieu, les décisions d'assignation à résidence prévues par l'article L. 731-1 du CESEDA constituent un premier niveau d'exécution, trop peu exploité aujourd'hui. Elles permettent pourtant de caractériser les risques de non-présentations et donc d'assurer la sécurité juridique des placements en rétention ».

Ces exigences méconnaissent manifestement les principes du droit interne et européen précédemment rappelés.

En effet, ces derniers impliquent que le placement en rétention d'une personne assignée à résidence ne se justifie que si la personne ne présente plus de garanties de représentations effectives permettant de prévenir le risque de soustraction à l'exécution de la mesure d'éloignement ou qu'en cas d'obstruction volontaire à la conduite aux autorités consulaires ou à l'exécution d'office de la mesure d'éloignement – cette obstruction devant être caractérisée.

De ce fait, l'assignation à résidence ne saurait être employée comme mesure de sécurisation juridique des placements en rétention, sauf à contrevenir à la lettre autant qu'à l'esprit de la loi.

L'assignation à résidence doit être obligatoirement examinée comme une mesure moins coercitive et souvent suffisante afin de limiter l'atteinte à la liberté individuelle de la personne concernée par la mesure d'éloignement.

Or, tel n'est manifestement pas le sens des dispositions de l'instruction.

De ce chef également, cette dernière est donc vouée à l'annulation.

PAR CES MOTIFS, et tous autres à produire, déduire, suppléer, au besoin même d'office, les associations exposantes concluent à ce qu'il plaise au Conseil d'Etat :

- **ANNULER** l'instruction n° IOKK2232185 du 3 août 2022 relatives aux mesures nécessaires pour améliorer la chaîne de l'éloignement des étrangers en situation irrégulière connus pour trouble à l'ordre public;
- **METTRE A LA CHARGE** de l'Etat la somme de 5.000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Avec toutes conséquences de droit

SPINOSI

SCP d'Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation

Productions :

- 1) Décision attaquée
- 2) Statuts de la CIMADE
- 3) Délibération du conseil de la CIMADE du 6 octobre 2022
- 4) Statuts de la FASTI
- 5) Délibération du bureau fédéral de la FASTI
- 6) Statuts du GISTI
- 7) Statuts de la Ligue des droits de l'homme