

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE

PREMIERES 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 transmise par décision du Conseil d'Etat
en date du 14 mars 2018**

Tendant à faire constater qu'en édictant les dispositions de l'article L. 512-1 IV du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile – lesquelles prévoient, d'une part, que les obligations de quitter le territoire français (OQTF) prononcées à l'encontre de ressortissants étrangers incarcérés ne peuvent être contestées par ces derniers que dans le délai de quarante-huit heures suivant leur notification et, d'autre part, que les recours formés dans ce cadre doivent être examinés par la juridiction dans les soixante-douze heures –, le législateur a entaché lesdites dispositions d'incompétence négative et a 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.

Question n° 2018-709 QPC

I. Par décision en date du 14 mars 2018, le Conseil d'Etat a transmis au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité qui a pour objet de faire constater la non-conformité à la Constitution des dispositions de l'article L. 512-1 IV du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (ci-après CESEDA), lesquelles prévoient que :

« Lorsque l'étranger est en détention, il est statué sur son recours selon la procédure et dans les délais prévus au III. Dès la notification de l'obligation de quitter le territoire français, l'étranger est informé, dans une langue qu'il comprend, qu'il peut demander l'assistance d'un interprète ainsi que d'un conseil. »

Or, il importe de relever que le III de l'article L. 512-1 du CESEDA ainsi visé dispose que :

« III. — En cas de placement en rétention en application de l'article L. 551-1, l'étranger peut demander au président du tribunal administratif l'annulation de l'obligation de quitter le territoire français, de la décision refusant un délai de départ volontaire, de la décision mentionnant le pays de destination et de la décision d'interdiction de retour sur le territoire français ou d'interdiction de circulation sur le territoire français qui l'accompagnent le cas échéant, dans un délai de quarante-huit heures à compter de leur notification, lorsque ces décisions sont notifiées avec la décision de placement en rétention. La décision de placement en rétention ne peut être contestée que devant le juge des libertés et de la détention, dans un délai de quarante-huit heures à compter de sa notification, suivant la procédure prévue à la section 1 du chapitre II du titre V du présent livre et dans une audience commune aux deux procédures, sur lesquelles le juge statue par ordonnance unique lorsqu'il est également saisi aux fins de prolongation de la rétention en application de l'article L. 552-1.

L'étranger faisant l'objet d'une décision d'assignation à résidence prise en application de l'article L. 561-2 peut, dans le même délai, demander au président du tribunal administratif l'annulation de cette décision. Les décisions mentionnées au premier alinéa du présent III peuvent être contestées dans le même recours lorsqu'elles sont notifiées avec la décision d'assignation.

Le président du tribunal administratif ou le magistrat qu'il désigne à cette fin parmi les membres de sa juridiction ou les magistrats honoraires inscrits sur la liste mentionnée à l'article L. 222-2-1 du code de justice administrative statue au plus tard soixante-douze heures à compter de sa saisine. Il peut se transporter au siège de la juridiction judiciaire la plus proche du lieu où se trouve l'étranger si celui-ci est retenu en application de l'article L. 551-1 du présent code. Si une salle d'audience attribuée au ministère de la justice lui permettant de statuer publiquement a été spécialement aménagée à proximité immédiate de ce lieu de rétention, il peut statuer dans cette salle. Sauf si l'étranger, dûment informé dans une langue qu'il comprend, s'y oppose, l'audience peut se tenir dans cette salle et le juge siéger au tribunal dont il est membre, relié à la salle d'audience, en direct, par un moyen de communication audiovisuelle qui garantit la confidentialité de la transmission. La salle d'audience située à proximité du lieu de rétention et celle du tribunal administratif sont ouvertes au public.

L'étranger peut demander au président du tribunal administratif ou au magistrat désigné à cette fin le concours d'un interprète et la communication du dossier contenant les pièces sur la base desquelles la décision contestée a été prise.

L'audience est publique. Elle se déroule sans conclusions du rapporteur public, en présence de l'intéressé, sauf si celui-ci, dûment convoqué, ne se présente pas. L'étranger est assisté de son conseil s'il en a un. Il peut demander au président du tribunal administratif ou au magistrat désigné à cette fin qu'il lui en soit désigné un d'office.

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

II. Pour transmettre la question de constitutionnalité, le Conseil d'Etat a relevé que :

« La Section française de l'observatoire international des prisons et autres demandent l'annulation pour excès de pouvoir du refus opposé à leur demande d'abrogation des articles R. 776-29 à R. 776-32 du code de justice administrative qui ont été pris pour l'application du IV de l'article L. 512-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ; que, pour sa part, M. B., détenu dans un établissement pénitentiaire, a relevé appel du jugement par lequel le magistrat délégué par le président du tribunal administratif de Rouen a rejeté comme tardif, pour avoir été enregistré après l'expiration du délai imparti par le IV de l'article L. 512-1, le recours qu'il avait formé contre l'arrêté du 15 février 2017 du préfet de la Seine-Maritime lui faisant obligation de quitter le territoire français ; que les dispositions du IV de l'article L. 512-1 sont ainsi applicables aux litiges au sens et pour l'application de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 ; qu'elles n'ont pas été déclarées conformes à la Constitution par les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel ; que le moyen tiré de ce qu'elles portent atteinte au droit à un recours effectif découlant de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen soulève, eu égard à la brièveté du délai de recours et aux contraintes résultant de la détention, une question qui présente un caractère sérieux ; qu'ainsi, il y a lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel les questions prioritaires de constitutionnalité invoquées à l'encontre de ces dispositions » (CE, 14 mars 2018, n° 416.737).

Les requérants entendent présenter les observations suivantes au soutien de cette question.

III. Devant le Conseil constitutionnel, les associations exposantes ainsi que Monsieur B. entendent faire constater la non-conformité aux droits et libertés constitutionnellement garantis des dispositions de l'article L. 512-1 IV du CESEDA.

En effet, ils soutiennent que ces dispositions portent atteinte aux droits et libertés constitutionnels en ce que, d'une part, elles violent le **droit à un recours effectif garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789**, et, d'autre part, en ce

qu'elles méconnaissent la compétence confiée au législateur par l'article 34 de la Constitution.

Sur la violation du droit à un recours effectif

IV. l'article L. 512-1 IV du CESEDA méconnaît d'abord de façon manifeste le droit constitutionnel à un recours effectif.

IV-1 En droit, il convient de rappeler que le droit à un recours effectif est garanti, sur le plan constitutionnel, par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, lequel énonce que :

« Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution. »

Sur ce fondement, le Conseil constitutionnel a consacré l'existence d'un « *droit (...) d'exercer un recours effectif devant une juridiction* » (Décision n°99-416 DC du 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, 38e cons.).

Par ailleurs, le juge constitutionnel a déjà eu l'occasion d'affirmer que le droit à un recours effectif compte parmi les droits et libertés que la Constitution garantit et qu'on peut donc invoquer sa méconnaissance dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité (Cons. constit. Décisions n°2011-198 QPC du 25 novembre 2011, *M. Albin R.* ; n°2012-231/234 QPC du 13 avril 2012, *M. Stéphane C. et autres*).

La juridiction constitutionnelle admet certes que les règles organisant la mise en œuvre d'une voie de recours puissent varier eu égard aux spécificités des décisions contestées, de même qu'elle accepte que l'exercice dudit recours soit aménagé et encadré dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice (Cons. constit. Décision n°2011-153 QPC du 13 juillet 2011).

Mais le Conseil constitutionnel n'a pas manqué de préciser qu'« *il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction* » (Décision, n°93-373 DC du 9 avril 1996), n'hésitant pas à sanctionner le législateur lorsque celui-ci omet de prévoir une voie de recours ou

s'il n'entoure pas son exercice des garanties légales qui s'imposent (voir par ex. Cons. constit. Décisions n^{os} 2011-203 QPC du 2 décembre 2011 ; 2012-268 QPC du 27 juillet 2012; 2013-357 QPC du 29 novembre 2013; 2014-387 QPC du 4 avril 2014; 2014-390 QPC du 11 avril 2014).

En outre, comme l'a souligné le Président du Conseil constitutionnel ; Jean-Louis Debré, le juge constitutionnel a développé « *un véritable droit Constitutionnel « de l'avocat »*. *Le recours et l'assistance d'un avocat constituent un droit constitutionnellement surveillé et garanti par le Conseil constitutionnel* » (Discours « Le Conseil constitutionnel et les droits de la défense » prononcé à l'occasion de la Rentrée du Barreau de Paris le 4 décembre 2009).

IV-2 Par ailleurs, il y a lieu de rappeler qu'il appartient au législateur « *de garantir les droits et libertés des personnes détenues dans les limites inhérentes aux contraintes de la détention* » (Cons. constit. Décision n^o2009-593 DC du 19 novembre 2009, cons. 4 ; voir également Cons. constit. Décision n^o 2014-393 QPC du 25 avril 2014).

Le droit de disposer d'un recours effectif contre les décisions qui leur font grief figure naturellement parmi les droits et libertés constitutionnels dont les personnes détenues conservent l'entier bénéfice en dépit de leur incarcération (Décision n^o2016-543 QPC du 24 mai 2016).

IV-3 Or, les exposants tiennent d'emblée à souligner que la **méconnaissance du droit constitutionnel à un recours effectif par l'article L. 512-1 IV du CESEDA est caractérisée à deux titres**.

IV-3.1 D'une part, en vertu de ces dispositions litigieuses, les obligations de quitter le territoire français (OQTF) prononcées à l'encontre de ressortissants étrangers incarcérés ne peuvent être contestées par ces derniers que dans le délai de quarante-huit heures suivant leur notification.

Or, en l'absence de dispositions particulières prenant en compte les contraintes très fortes auxquelles sont soumises les personnes incarcérées, un tel délai extrêmement bref prive cette voie de recours de toute effectivité dans le champ carcéral.

En ce sens, dans une décision récente, le Défenseur des droits a estimé, à l'instar des requérants, « que le délai de 48 heures prévu pour la contestation des OQTF notifiées en détention ne suffit pas à garantir, sur l'ensemble du territoire, l'effectivité du recours en cause. Le droit au recours effectif des détenus étrangers apparaît ainsi substantiellement affecté par la brièveté de ce délai sans qu'aucune contrainte inhérente à la détention ne puisse justifier d'une telle atteinte » (**prod. 7**, p.10).

IV-3.2 D'autre part, il résulte des dispositions litigieuses que les recours formés dans ce cadre doivent être examinés par la juridiction compétente dans les soixante-douze heures.

Or, s'agissant tout particulièrement de ce dernier délai, les exposants soulignent combien cette stricte contrainte qui enserme l'intervention du juge rend impossible l'effectivité du recours et, corrélativement, l'exercice effectif des droits de la défense et, notamment, du droit à l'assistance d'un avocat.

En effet, eu égard à la brièveté du délai fixé au juge pour statuer sur le recours formé, il est extrêmement difficile pour l'avocat éventuellement saisi de réunir, dans un délai si court et en temps utiles, les éléments indispensables à la défense de leurs clients détenus avant que le juge ne statue.

Sur la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence

V. Les dispositions législatives critiquées sont ensuite incontestablement entachées d'incompétence négative.

V-1 Le législateur se place en situation d'incompétence négative lorsqu'il n'épuise pas sa compétence en matière d'exercice de droits et libertés fondamentaux, matière que la Constitution lui réserve

exclusivement, en n'assortissant pas cet exercice des garanties légales suffisantes (voir par ex. la décision n° 2010-33 QPC du 22 déc. 2010).

Comme l'a précisé le Conseil constitutionnel dans sa décision *SNC Kimberly* du 18 juin 2010, « *la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit* » (Décision n° 2010-5 QPC).

Or, tel est précisément le cas en l'espèce.

V-2 Aux termes de l'article 34 de la Constitution, il appartient au législateur de fixer les règles concernant : « *les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* » ou les règles de la « *procédure pénale* ».

Or, nonobstant l'incarcération, les personnes détenues demeurent, à l'exception de la liberté d'aller et de venir, titulaires des droits et libertés constitutionnellement garantis (décision n°2009-593 DC du 19 novembre 2009 *Loi pénitentiaire*).

Il appartient ainsi au législateur « *de garantir les droits et libertés des personnes détenues dans les limites inhérentes aux contraintes de la détention* » (*ibid.*), droits parmi lesquels figurent, ainsi qu'il vient d'être dit, le droit constitutionnel à un recours effectif (Décision n° 2016-543 QPC du 24 mai 2016).

Dans sa décision n°2014-393 QPC du 25 avril 2014, le juge constitutionnel a constaté en ce sens l'inconstitutionnalité des dispositions de l'article 728 du CPP dans leur rédaction antérieure à la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009, en relevant que :

« en renvoyant au décret le soin de déterminer [les conditions dans lesquelles sont garantis les droits dont ces personnes continuent de bénéficier dans les limites inhérentes à la détention] qui incluent notamment les principes de l'organisation de la vie en détention, de la surveillance des détenus et de leurs relations avec l'extérieur, les dispositions contestées confient au pouvoir réglementaire le soin de fixer des règles qui relèvent de la loi ; que, par suite, en adoptant les

dispositions contestées, le législateur a méconnu l'étendue de sa compétence ;

Considérant que la méconnaissance, par le législateur, de sa compétence dans la détermination des conditions essentielles de l'organisation et du régime intérieur des établissements pénitentiaires prive de garanties légales l'ensemble des droits et libertés constitutionnellement garantis dont bénéficient les détenus dans les limites inhérentes à la détention ».

Il résulte ainsi de la jurisprudence constitutionnelle que les personnes incarcérées demeurent sous la protection de la loi, s'agissant notamment de leur droit à un recours effectif, et que, à l'instar de ce qui prévaut pour les citoyens libres, le législateur ne peut priver de garantie légale des exigences constitutionnelles, sous peine d'entacher les dispositions qu'il édicte d'incompétence négative.

Or, en l'espèce, il est manifeste qu'en prévoyant, d'une part, que les OQTF prononcées à l'encontre de ressortissants étrangers incarcérés ne peuvent être contestées par ces derniers que dans le délai de quarante-huit heures suivant leur notification et, d'autre part, que les recours formés dans ce cadre doivent être examinés par la juridiction dans les soixante-douze heures –, le législateur n'a pas entouré l'exercice du droit à un recours des garanties légales qui s'imposent.

VI. A ce stade, pour établir le bien-fondé des griefs formulés, les requérants estiment nécessaire d'exposer dans le détail les conditions concrètes dans lesquelles les OQTF sont notifiées en détention ainsi que les règles et pratiques pénitentiaires susceptibles de faire obstacle à la formation d'un recours dans le délai de quarante-huit heures suivant la notification de la mesure d'éloignement ainsi qu'à l'accès à un avocat dans un temps compatible avec le délai particulièrement bref d'examen par le juge dudit recours.

Car il apparaît, en effet, que les différents obstacles que les étrangers détenus rencontrent nécessairement, de façon plus ou moins cumulée, pour contester une OQTF et obtenir l'assistance d'un conseil dans des délais aussi réduits entravent l'exercice adéquat du droit constitutionnel à un recours juridictionnel.

Les conditions de notification des OQTF en détention

VI-1 Premièrement, la notification d'une OQTF à un étranger détenu peut avoir lieu soit au greffe de la prison, soit directement en détention dans la cellule de la personne concernée voire, parfois, au parloir de l'établissement pénitentiaire. Cette notification est assurée, selon les lieux, par un « agent notificateur » de l'administration ou par un officier de police judiciaire.

En pratique, l'OQTF est souvent remise à l'étranger dans des conditions ne lui permettant pas d'accéder à une compréhension immédiate de la décision notifiée et des possibilités de recours susceptibles d'être exercés et qui, *in fine*, font obstacles à l'exercice adéquat desdits recours.

VI-1.1 Si l'article L 512-1 IV du CESEDA prévoit que « *dès la notification de l'obligation de quitter le territoire français, l'étranger est informé, dans une langue qu'il comprend, qu'il peut demander l'assistance d'un interprète ainsi que d'un conseil* », aucun texte n'impose la présence de l'interprète au moment de la notification.

La première entrave au droit de contester l'OQTF réside ainsi dans le fait que **les personnes non francophones ne bénéficient souvent pas de l'assistance d'un interprète lorsqu'elles reçoivent notification de la mesure d'éloignement.**

Cette carence a d'abord été dénoncée par le Contrôleur général des lieux de privation de liberté (CGLP).

A la suite d'une visite de la maison d'arrêt de Villepinte en 2013, l'autorité de contrôle déplorait en effet qu'en dépit de la brièveté du délai de recours de quarante-huit heures ouvert contre les OQTF, « *aucun formulaire type n'est donné à la personne détenue et aucun interprète, si nécessaire, n'est présent à la maison d'arrêt pour notifier la mesure d'éloignement* » (**Prod. 1**, p. 75).

Evoquant également la situation d'un ressortissant somalien s'étant vu notifier une OQTF à la prison de Fleury-Mérogis, le CGLPL

expliquait que « *la décision du préfet laisse apparaître qu'elle a été notifiée par un officier ou un agent de police judiciaire sans l'assistance d'un interprète et que l'intéressé a refusé de la signer. N'ayant pas saisi la teneur de cette décision, il l'a transmise par courrier simple à son avocate, qui n'a pu former de recours dans le délai de 48 h à compter de la notification.* » (**Prod. 2**, p. 79).

Réunies au sein de l'Observatoire de l'enferment des étrangers (OEE), une quinzaine d'organisations confirmaient, dans un rapport rendu public en 2014, que « *la notification est rarement effectuée en présence d'un interprète* » et que « *le mode de notification de la mesure d'éloignement et des délais et voies de recours afférents (...) se déroule systématiquement en langue française* » (**Prod. 3**, p. 28).

L'actualité de ce constat est attestée par une enquête récente menée par la Section française de l'Observatoire international des prisons (OIP-SF) auprès de vingt-six avocats ayant assuré la défense de détenus étrangers visés par une OQTF (**Prod. 4**) ainsi qu'auprès d'acteurs associatifs intervenant en prison (**Prod 5**).

A la question de savoir si la notification de l'OQTF intervient en présence d'un interprète lorsque l'étranger ne parle pas bien le français, les avocats consultés ont répondu « toujours » à 9%, souvent 27 %, « parfois » à 45,5 % et « jamais » à et 18 %.

Maître Florence Rosé, du Barreau de Montpellier, explique par exemple que la présence de l'interprète est « *très variable* » et que ce dernier n'intervient, dans l'établissement qu'elle fréquente, que « *lorsque la personne ne parle et ne comprend vraiment pas du tout. Dès que la personne parle quelques mots de français, la présence de l'interprète est balayée quand bien même le détenu ne maîtrise pas la langue française.* » (**Prod. 4**, 1.f, p. 35).

Même constat chez les intervenants associatifs. La juriste intervenant au sein du point d'accueil au droit (PAD) de la prison des Baumettes confirme par exemple en ce sens que la notification de l'OQTF ne s'effectue jamais en présence d'un interprète dans cet établissement (**Prod. 5**, 1). En ce sens, le rapport d'activité 2016 du PAD de Fresnes souligne également que « *la difficulté pour le détenu étranger réside dans la compréhension de la mesure qui lui est notifiée sans l'assistance d'un interprète* » (**Prod. 6**, p. 28).

Dans une décision très récente du 7 mars 2018 (**Prod. 7**), le Défenseur des droits confirme à son tour l'insuffisant recours à un interprète lors de la notification des OQTF en détention :

« Plusieurs délégués du Défenseur des droits constatent que les détenus étrangers rencontrent des difficultés de compréhension des OQTF qui leur sont notifiées, lesquelles sont de nature à affecter l'effectivité de leur droit au recours. A cet égard, il y a lieu de relever que si une partie des délégués observe que, dans les établissements dans lesquels ils interviennent, les OQTF sont notifiées en présence d'un interprète, ils sont en revanche nombreux à estimer que ces notifications se déroulent sans interprète dans plus de 50% des cas.

*De même, les délégués intervenant au sein de sept établissements pénitentiaires estiment que **moins d'un quart des OQTF notifiées dans l'établissement où ils interviennent, le sont en présence d'un interprète. La déléguée intervenant au sein du centre de détention du Sud de la France déclare quant à elle que les OQTF délivrées dans cet établissement ne sont, à sa connaissance, jamais notifiées en présence d'un interprète. Pourtant, elle estime que, dans les cas où les détenus n'ont pu contester l'OQTF qui leur était notifiée dans le délai imparti, cela a souvent pu résulter d'une incompréhension des voies et délais de recours imputables à une maîtrise insuffisante de la langue française** » (p. 6-7).*

L'autorité de contrôle souligne en outre :

« Parmi les délégués constatant que la notification se déroule toujours en présence d'un interprète, certains précisent que l'interprétariat n'est opéré qu'en anglais ou dans une langue qualifiée de courante, à savoir l'italien, l'espagnol ou l'arabe. En dehors de ces cas, l'interprétariat est assuré par un officier ou un agent du personnel bilingue, des associations contactées au cours de la notification par téléphone, voire par un autre détenu » (p. 7).

VI-1.2 Une seconde difficulté importante tient à ce que la notification des OQTF en détention est souvent expéditive.

Notifier une mesure d'éloignement en cellule, conduire un détenu au greffe ou au parloir de la prison pour que cette mesure lui soit remise et le ramener en cellule nécessite qu'un agent de l'administration pénitentiaire se rende disponible pour assurer ce « mouvement » imprévu et, de ce fait, perturbant pour le fonctionnement du service.

Il faut ici rappeler que le régime de détention en maison d'arrêt est un régime dit « portes fermées », ce qui signifie que les détenus ne disposent d'aucune liberté de circulation au sein de l'établissement, et qu'ils ne peuvent par exemple pas se rendre seul au greffe de l'établissement pour recevoir notification de la décision.

Cette situation, à laquelle s'ajoute la surpopulation qui touche de façon alarmante la plupart des maisons d'arrêt et place le personnel en situation de sous-effectifs chronique dans de nombreuses prisons, affecte négativement les conditions dans lesquelles s'opère la notification des mesures d'éloignement.

A la suite de sa visite de la maison d'arrêt de Villepinte, le CGLPL a pu ainsi expliquer qu'« *en ce qui concerne la notification des décisions administratives ou judiciaires, des personnes détenues non francophones ont affirmé que, confrontées à l'impatience des personnels de surveillance qui travaillent en sous-effectif, elles étaient fortement incitées à signer les notifications qui leur étaient présentées, même lorsqu'elles n'en comprenaient pas le sens.* » (Prod. 1, p. 16).

Que la mesure d'éloignement soit notifiée au greffe de la prison ou en cellule, l'étranger ne dispose donc souvent que d'un délai très bref pour en prendre connaissance et en saisir la teneur et la portée.

En ce sens, Me Nolwenn Paquet, du barreau de Lyon indique que « *la notification est expéditive, [les étrangers] signent le papier de notification contre remise de la décision en quelques minutes. Ce sont les co-détenus avisés qui informent les personnes concernées de la portée de la décision qu'ils n'ont pas toujours le droit d'emporter en cellule* ». Encore faut-il cependant que la personne visée par l'OQTF dispose de codétenus bienveillants ou en mesure de l'aider (Prod. 4, l.h, p. 50).

La juriste responsable du Point d'accès au droit (PAD) des Baumettes apporte un témoignage convergent en expliquant que « *les personnes détenues en majorité ne comprennent pas la teneur des décisions si le PAD ou la Cimade ne leur a pas expliqué en amont ce qui risque de leur arriver. Les notifications sont faites sur les coursives parfois par des surveillants qui ne comprennent pas eux-mêmes ce qui est indiqué dans ces documents. Il n'est pas laissé de temps aux personnes qui savent lire le français de bien prendre connaissance du contenu des décisions et des voies de recours possible* » (**Prod. 5**, 1).

Ainsi, comme le relèvent deux intervenantes de La Cimade Rouen, même lorsque la notification a lieu en présence d'un interprète, les conditions inadéquates et précipitées dans lesquelles celle-ci s'opère font qu'« *il est souvent remarqué que [l'étranger] n'a pas compris l'enjeu et le délai du recours* » (**Prod. 8**).

VI-1.3 La notification souvent expéditive des OQTF en détention est d'autant plus problématique que **l'étranger n'est généralement pas autorisé à conserver la décision d'éloignement avec lui, en cellule.**

Il ne lui est donc pas possible d'en disposer librement, pour la relire ultérieurement ou pour essayer de la faire traduire par un codétenu.

Aux termes de l'article 42 de loi pénitentiaire du 24 novembre 2009, en effet, les documents mentionnant le motif d'écrou de la personne détenue lui sont retirés et sont « *obligatoirement confiés au greffe* » de l'établissement pénitentiaire.

Dans une circulaire JUSK1140031C du 9 juin 2011 *relative à la confidentialité des documents personnels des personnes détenues*, le ministre de la justice a très clairement précisé la portée de l'obligation tenant à la remise au greffe de tout document personnel comportant le motif d'écrou : « (...) Dès son arrivée dans un établissement pénitentiaire et au cours de sa détention, la personne détenue est tenue de remettre au greffe de l'établissement pénitentiaire tout document en sa possession mentionnant le motif de son écrou, en vue de sa conservation et de la préservation de son caractère confidentiel (article 42 de la loi du 24 novembre 2009). (...) Les personnels du greffe (...) doivent également être vigilants aux documents qu'elle pourrait se voir remettre postérieurement à l'écrou et tout au long de

sa détention. (...) Enfin, si de tels documents sont trouvés par les personnels pénitentiaires (par exemple au cours d'une fouille de cellule ou lors de l'ouverture de correspondances non protégées) et ce, malgré l'invitation faite ab initio par le greffe, ces documents doivent être remis au greffe. »

Or, comme le confirment les avocats consultés par l'OIP-SF, le motif d'écrou est très souvent mentionné dans les OQTF (76 % des avocats consultés par l'OIP-SF indiquent en effet que ce motif d'écrou est « toujours » ou « souvent » mentionné dans l'OQTF – **Prod. 4**). Sa motivation porte, notamment, sur la situation et le comportement de la personne visée, en particulier lorsqu'une menace à l'ordre public est opposée à l'intéressée en lien avec les infractions commises et pénalement sanctionnées.

En pratique, l'OQTF est donc généralement retirée à l'étranger détenu juste après lui avoir été notifiée dans des conditions souvent expéditives ainsi que cela vient d'être évoqué.

En ce sens, une intervenante de la Cimade aux Baumettes explique par exemple que la notification de la mesure d'éloignement s'effectue « à l'oral et aucune copie de l'OQTF et des voies de recours n'est laissée à la personne détenue » (**Prod. 5, 2**).

La circulaire JUSK1140030C du 27 mars 2012 *relative aux relations des personnes détenues avec leur défenseur* insiste certes sur le fait que la personne détenue peut consulter, à sa demande, les documents qui lui ont été retirés au motif qu'ils mentionnent le motif d'écrou :

« Afin de respecter le principe de confidentialité prévu par l'article 42 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009, les documents mentionnant le motif d'écrou sont dorénavant obligatoirement conservés au greffe de l'établissement pénitentiaire. La personne détenue peut les consulter au greffe, mais ne doit pas en sortir en les conservant. Elle peut en solliciter la consultation auprès du chef d'établissement, qui l'organise dans les meilleurs délais, dans un local garantissant la confidentialité. Ainsi, la salle accessible à la personne détenue pour consulter son dossier ne devra être équipée d'aucun dispositif de communication (prise réseau connectée au réseau de l'établissement, téléphone...). A l'issue de la consultation, les documents sont restitués au greffe de l'établissement. »

Mais si l'étranger peut donc théoriquement demander à consulter l'OQTF, cette faculté se heurte en pratique au fait qu'il ne peut pas se rendre quand bon lui semble au greffe pour procéder à cette consultation et qu'il dépend donc pour cela de la disponibilité, voire du bon-vouloir d'agents débordés.

Tel est en effet ce que confirme l'avis du 13 juin 2013 *relatif aux documents personnels des personnes détenues* du CGLPL, lequel souligne que :

« S'agissant, des documents mentionnant le motif d'écrou, obligatoirement déposés au greffe, ils sont, en principe, connus de la personne détenue, parce qu'ils lui ont été à un moment ou à un autre notifiés. Mais, en premier lieu, cette personne elle-même n'y a pas aisément accès, puisqu'elle doit demander à aller au greffe les consulter ce qui est subordonné à la rapidité et l'efficacité (incertaines) des mouvements en détention. En deuxième lieu, le greffe peut être indisponible, du fait des activités des agents ou de l'usage des locaux, notamment du local de consultation. » (JORF, 11 juillet 2013 – Prod. 10)

Il résulte de ces aléas que, bien souvent, l'étranger n'aura pas la possibilité de consulter la décision d'éloignement conservée au greffe avant que n'expire le délai de recours contentieux de quarante-huit heures. En outre, dans l'hypothèse peu probable où cette consultation pourrait avoir lieu, elle se déroulera sans l'assistance d'un interprète dans l'immense majorité, voire dans la totalité des cas.

VI-1.4 A la lumière des explications qui précèdent, il ne fait guère de doute que **les conditions dans lesquelles s'opèrent la remise des OQTF aux étrangers détenus est particulièrement peu propice à la compréhension adéquate par ces derniers du sens et de la portée des différentes décisions simultanément notifiées (OQTF, décision fixant le pays de renvoi, éventuelle interdiction de retour sur le territoire français) ainsi que des voies et délais de recours empruntables.**

Tel est en effet ce que constatait très récemment le Défenseur des droits, lequel explique notamment que *« plusieurs délégués du*

Défenseur des droits constatent que les détenus étrangers rencontrent des difficultés de compréhension des OQTF qui leur sont notifiées, lesquelles sont de nature à affecter l'effectivité de leur droit au recours. » (Prod. 7, p. 6)

De même, 90% des avocats interrogés dans le cadre de l'enquête de l'OIP-SF estiment que les conditions dans lesquelles est intervenue la notification de l'OQTF à leurs clients n'ont pas permis à ces derniers de bien comprendre la portée exacte des décisions prises à leur rencontre.

En ce sens, Maître Mathieu Oudin, avocat au Barreau de Tarbes explique par exemple que *« les conditions de notification ne permettent pas à l'étranger de bien comprendre les voies de recours. Seul le Service d'insertion et de probation (SPIP) est en mesure d'aider l'étranger, encore faut-il qu'il le fasse en temps utile et qu'il contacte un avocat en lui transmette les documents. En pratique très peu de recours sont effectués compte tenu des obstacles » (Prod. 4, 1.1, p. 81).*

Egalement en ce sens, Maître Florence Rosé, avocate à Montpellier, souligne que *« la plupart du temps, ces OQTF ne sont d'ailleurs pas contestés et c'est à l'occasion du passage devant le Juge des libertés et de la détention [à l'occasion du placement e rétention de l'étranger à sa sortie de prison] que toute la portée de la décision est expliquée et comprise » (Prod. 4, 1.3, p. 35).*

Maître Delphine MEAUDE, du Barreau de Toulouse, confirme que *« très peu [d'étrangers visés par une OQTF] comprennent [le] délai [de recours] et beaucoup ne savent pas du tout comment exercer le recours. Ils ne pensent pas non plus qu'ils seront placés au centre de rétention immédiatement à la levée d'écrou et pensent donc que ça n'a pas de conséquences » (Prod. 4, 1.n, p. 96).*

VI-1.5 La pratique consistant à notifier les OQTF en fin de semaine constitue en outre un obstacle supplémentaire à l'exercice par les étrangers détenus de leur droit à l'exercice d'un recours.

Il faut en effet rappeler que durant tout le week-end, le greffe pénitentiaire fonctionne avec un effectif limité et son accès est

restreint, les points d'accès au droit sont fermés et les intervenants extérieurs de même que le personnel des services d'insertion et de probation sont en général absents.

Or, une étude menée sur 75 décisions de justice rendues par une vingtaine de tribunaux administratifs entre 2010 et 2017 (**Prod. 9**) montre que la notification des OQTF intervient fréquemment en fin de semaine.

Il ressort en effet de cette étude que les mesures d'éloignement attaquées ont été notifiées le plus souvent un vendredi (27 notifications), puis un lundi (17 notifications), mardi et jeudi (respectivement 10 notifications) et mercredi (8 notifications). Au sein du corpus analysé, les notifications le weekend demeurent très marginales : 3 notifications le samedi et aucune le dimanche.

Il apparaît ainsi qu'au sein du corpus de décisions juridictionnelles analysées, 53 % des OQTF (40 mesures sur 75) ont été notifiées un jeudi, vendredi ou samedi, entraînant ainsi l'ouverture d'un délai de recours débordant sur des jours non-ouvrés.

Un tel constat est confirmé par le Défenseur des droits qui expose que *« les observations [de ses] délégués révèlent que les services préfectoraux procèdent souvent à la notification des OQTF en fin de semaine. A cet égard, les délégués présents dans sept autres établissements pénitentiaires font état de notifications le vendredi ou la veille de week-end prolongés. Si ces pratiques ne sont pas en elles-mêmes contraires à la loi, elles empêchent toutefois souvent l'exercice du recours dans le délai de 48 heures imparti, les services des greffes étant pour la plupart indisponibles les samedi et dimanche »* (**Prod. 7**, p. 7).

De même, ainsi que le regrette le rapport d'activité 2016 du PAD de Fresnes, *« trop nombreux sont les cas où le PAD est prévenu tardivement et n'est plus en mesure d'intervenir en raison de l'écoulement du délai de recours. Il s'agit souvent de personnes non suivies auparavant par le PAD ou La Cimade, auxquelles la mesure n'a pas été expliquée en amont. En outre, les arrêtés sont très fréquemment notifiés le vendredi, et le détenu étranger doit alors faire comprendre l'urgence de sa situation au personnel de surveillance qui l'oriente souvent vers le service des notifications du greffe, comme s'il*

s'agissait d'un appel sur une décision judiciaire, ou incite le détenu à écrire au PAD ou au SPIP. Or, ces services ne sont pas joignables durant le week-end et ne reçoivent le courrier interne du détenu que le lundi matin quand le délai est déjà écoulé » (Prod. 6).

Un constat identique est également formulé par deux intervenantes de la Cimade Rouen, qui expliquent que « *toute demande (quelle qu'elle soit) d'un détenu (même étranger) doit être faite par écrit. Le temps de transmission et de réaction en prison varie et les 48 heures ne correspondent pas au temps de présence effective des conseillers de probation ou des membres de la Cimade. Si l'OQTF a été remis un jeudi ou un vendredi, la difficulté est encore plus grande puisque, dans ce cas, il n'est absolument pas possible de faxer le recours. Il est donc pratiquement impossible à l'étranger de déposer, seul, le recours » (Prod. 8).*

L'ineffectivité du droit d'être informé de la possibilité de demander l'assistance d'un interprète et d'un conseil

VI-2 Deuxièmement, il faut certes relever que certaines garanties ont été introduites par le législateur dans le souci de permettre aux étrangers détenus visé par une mesure d'éloignement d'accéder à leur droit.

L'article L 512-1 IV du CESEDA prévoient en effet « *dès la notification de l'obligation de quitter le territoire français, l'étranger est informé, dans une langue qu'il comprend, qu'il peut demander l'assistance d'un interprète ainsi que d'un conseil* ».

Par ailleurs, l'article L. 512-2 du même code dispose par ailleurs de façon générale que : « *Dès notification de l'obligation de quitter le territoire français [en détention], l'étranger (...) est informé qu'il peut recevoir communication des principaux éléments des décisions qui lui sont notifiées en application de l'article L. 511-1. Ces éléments lui sont alors communiqués dans une langue qu'il comprend ou dont il est raisonnable de supposer qu'il la comprend.* »

En pratique, cependant, **le droit à l'information garanti par ces dispositions demeure totalement inadapté aux contraintes propres au monde carcéral.** Il est ainsi le plus souvent inefficace ou méconnu.

VI-2.1 D'une part, il convient de rappeler que l'assistance d'un interprète au moment de la notification de l'OQTF n'est pas prévue pas les textes et que cette notification intervient donc très souvent hors la présence de celui-ci.

Dans ces conditions, ainsi que le confirment massivement les avocats récemment consultés par l'OIP-SF, l'information sur le droit d'accès à un interprète et à un conseil est régulièrement délivrée en français, et par écrit, aux étrangers visés par une OQTF, même lorsque ces derniers ne sont pas francophones et/ou ne savent pas lire le français (Selon 94,7% des avocats interrogés, lorsqu'aucun interprète n'est présent au moment de la notification de l'OQTF, et que l'étranger est informé par écrit de son droit à un conseil et à un interprète, cette information est le plus souvent délivrée en français uniquement - **Prod. 5**).

VI-2.2 D'autre part, le CESEDA n'impose pas non plus que la notification du droit d'accès à un interprète et à un conseil soit accompagnée d'un quelconque formalisme qui permettrait d'attester de ce que cette information a bien été clairement signifiée au détenu étranger.

Les avocats qui ont répondu à l'enquête de l'OIP-SF indiquent que la notification de ce droit peut être présentée à la signature du détenu dans certains établissements pénitentiaires. Mais dans le silence des textes, cette pratique est loin d'être systématique. 56,5% des avocats interrogés expliquent en effet que les OQTF notifiées à leurs clients l'ont été sans qu'aucun formalisme n'accompagne spécifiquement la divulgation de l'information relative à un interprète et à un conseil (**Prod. 5**).

Comme a pu le déplorer le CGLPL, à propos d'une situation dont il a eu à connaître : *« Si l'arrêté notifié mentionne, conformément aux dispositions de l'article L. 512-2 du CESEDA, qu'il « est informé qu'il peut recevoir communication, dans une langue qu'il comprend, des principaux éléments des décisions qui lui sont notifiées », aucune mention ne permet de vérifier qu'il a bien été informé et mis en*

mesure d'avertir son conseil ou toute autre personne de son choix. » (Prod. 2, p. 79).

Surtout, l'autorité de contrôle poursuivait en relevant que « dans un contexte d'incarcération, se pose la question des modalités de mise en œuvre de cet avertissement », notamment en raison de l'absence de recours ultérieur possible à un interprète en détention et de grandes difficultés pour accéder à un conseil dans les délais (ibid.).

VI-2.3 De troisième part, en effet, le droit de l'étranger détenu à l'assistance d'un interprète ainsi qu'à la communication, dans une langue qu'il comprend, des principaux éléments des décisions qui lui sont notifiées se heurte à des contraintes matérielles indépassables qui le condamnent à l'ineffectivité.

En particulier, il est très difficile pour ce dernier d'avoir accès à un interprète pour se faire traduire l'OQTF et les informations relatives à l'exercice d'un recours dans un temps compatibles avec le délai de recours de quarante-huit heures.

Dans un avis du 3 juin 2014 *relatif à la situation des personnes étrangères détenues (Prod. 10)*, le CGLPL a dénoncé l'« *insuffisant recours aux services d'un interprète* » à tous les stades de la prise en charge des personnes étrangères incarcérées. Face aux carences constatées, l'autorité de contrôle recommandait que le recours aux services d'un interprète soit substantiellement développé, en particulier lors des « *moments cruciaux* » de la détention (arrivée, procédures disciplinaires, prise en charge sanitaire, etc.). Elle demandait également que des entretiens en présence d'un interprète soient organisés à intervalles réguliers pour les étrangers se trouvant dans l'incapacité de faire connaître leurs demandes. Ces recommandations n'ont cependant pas été suivies d'effets notables.

A la suite d'une visite de la maison d'arrêt de Villepinte en 2013, le CGLPL a notamment expliqué les incidences de l'absence d'interprètes en détention sur l'exercice du droit au recours :

« Les notifications des décisions de justice sont effectuées soit au greffe, soit en détention par le biais de l'agent notificateur. Celui-ci, seul à occuper ce poste au sein de l'établissement, ne parlerait que le

français. Certains personnels ont regretté l'absence d'interprètes multilingues au sein du greffe, comme cela serait organisé dans d'autres établissements et, notamment, l'absence d'un bureau d'interprétariat, qui pourrait faciliter l'exercice des voies de recours dans les délais légaux. En effet, il a été indiqué aux chargées d'enquête que le greffe recevait périodiquement des demandes émanant de personnes non francophones, souvent trop tardivement. » (Prod. 1, p. 16).

Les associations intervenant en détention ont confirmé le manque criant et récurrent d'interprètes en prison.

*Ainsi qu'a pu le relever La Cimade : « une partie des personnes détenues ne parle pas le français et se trouve confrontée à un isolement renforcé par l'incapacité à échanger avec les autres. Pour ces personnes, les interventions d'un interprète, insuffisantes, se limitent au temps de la garde à vue ou au tribunal. Pour celles dont la connaissance du français est avérée, mais approximative, l'accès à un interprète est impossible alors qu'il est aisément démontré qu'une connaissance vague ne permet ni la prise de parole face à un tribunal, ni une compréhension réelle des procédures et décisions. Les personnes détenues françaises elles-mêmes rencontrent souvent des difficultés de compréhension face aux termes juridiques utilisés dans les tribunaux. En dehors des dispositifs précités, **aucun interprétariat n'est prévu. Les interprètes ne se déplacent pas durant la période de détention** » (Prod. 11).*

De même, l'Observatoire de l'enfermement des étrangers souligne que « le problème de l'interprétariat se pose de façon aiguë en prison. Ni les services pénitentiaires d'insertion et de probation, ni les associations intervenant en prison pour informer les étrangers sur leurs droits, ni les permanences d'accès au droit, ni les avocats n'ont d'accès à un service quelconque d'interprétariat. Des non professionnels, non assermentés, servent alors d'intermédiaire (codétenu, personne de la famille par téléphone, relais bénévoles) sans que le principe de confidentialité ni la qualité de la traduction ne soient assurés » (Prod. 3, p. 26).

En outre, pour solliciter l'assistance d'un interprète, l'étranger doit formuler sa demande par écrit, ce qui suppose qu'il sache écrire en français, et rien ne garantit que le traitement de cette dernière par le

personnel pénitentiaire intervienne dans des délais compatibles avec le délai de recours de quarante-huit heures contre l'OQTF.

Une affaire examinée en 2016 par la Cour administrative d'appel de Douai illustre cette difficulté :

« Considérant que l'arrêté attaqué du 31 décembre 2014 de la préfète de la Somme a été notifié à M.D..., alors incarcéré à... ; que, par écrit, M. D. a demandé, dès le 6 janvier 2015, l'assistance d'un interprète pour former un recours contre la décision attaquée, justifiée par la circonstance qu'il maîtrisait mal le français et n'arrivait pas à comprendre la décision qui lui avait été remise ; que cette demande n'apparaît pas manifestement dilatoire, abusive ou inutile ; que l'agent des services pénitentiaires, qui a recueilli cette demande, n'a transmis ce courrier que le 9 janvier 2015, soit deux jours après l'expiration du délai contentieux de quarante-huit heures » (CAA Douai, 9 sept. 2016, n° 15DA00676).

Comme le confirme Maître Nolwenn Paquet, avocate à Lyon, *« il est impossible d'avoir un interprète ou une aide pour rédiger un recours dans les 48h00 (si d'aventure [l'étranger a] compris leur droit et le délai). A ma connaissance ce sont toujours les co-détenus qui donnent ces informations aux personnes ne maîtrisant pas procédure (y compris les personnes qui parlent le français) »* (**Prod. 4**, 1.h, p. 50).

Dans ces conditions, il apparaît manifeste que la reconnaissance au profit des étrangers détenus du droit d'être informé, à l'occasion de la notification d'une OQTF, de la possibilité de bénéficier de l'assistance d'un interprète et d'un conseil ne sauraient suffire à garantir à ces derniers le droit à un recours effectif contre la mesure d'éloignement.

D'autant plus que l'accès à un conseil juridique ou à un avocat en détention, dans des délais compatibles avec le délai de recours de quarante-huit heures s'avère illusoire.

L'inadaptation des dispositifs d'accès au droit

VI-3 Troisièmement, si les conditions dans lesquelles s'opère la notification des OQTF sont généralement très insatisfaisantes, il faut également insister sur le fait qu'il sera ensuite souvent très difficile

pour l'étranger d'obtenir un soutien juridique et logistique en détention pour saisir la portée et la teneur de la décision d'éloignement, apprécier l'opportunité de la contester et engager le recours dans le délai de quarante-huit heures.

En ce sens, l'Observatoire de l'enfermement de l'étrangers (OEE) a pu observer que : « (...) *le contexte carcéral prive les étrangers d'un accès à un conseil juridique qui est très sporadique en semaine et quasi inexistant le week-end. Si la personne n'a pas d'avocat, ce qui est souvent le cas pour les personnes déjà condamnées, il est peu probable qu'une requête en annulation puisse être soumise au tribunal administratif. De plus, à supposer qu'une personne comprenne qu'elle peut contester la mesure, l'exercice est très difficile en pratique au regard de l'organisation de la plupart des prisons. L'accès à un intermédiaire en capacité de transmettre le recours dans ces délais est loin d'être organisé systématiquement.* » (Prod. 3, p. 29).

Certaines décisions de justice se font d'ailleurs l'écho de ces difficultés, relevant par exemple que le requérant « *n'a pas pu bénéficier d'une consultation juridique au point d'accès au droit de l'établissement* » (CAA Bordeaux, 13 janv. 2015, n°14BX01975) ou qu'il « *n'a disposé ni d'un téléphone ni d'une télécopie le mettant en mesure d'avertir dans les meilleurs délais un avocat ou une personne de son choix de sorte qu'il n'a pu former un recours dans le délai impart* » (CAA Bordeaux, 25 fév. 2016, n° 15BX02697. Voir également en ce sens CAA Bordeaux, 11 octobre 2017, N°17BX01664 ; CAA Paris, 18 avril 2013, n°12PA00881).

Les points d'accès au droit

VI-3.1 D'abord, l'article 24 de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 prévoit que « *toute personne détenue doit pouvoir connaître ses droits et bénéficier, pour ce faire, d'un dispositif de consultations juridiques gratuites mis en place dans chaque établissement.* »

Dans le prolongement de ces dispositions, un mouvement d'implantation de points d'accès au droit (PAD) a vu le jour dans les établissements pénitentiaires. La consultation d'un PAD dans des

délais compatibles avec le délai de recours de quarante-huit heures est cependant presque toujours impossible pour les étrangers détenus souhaitant contester une OQTF.

D'une part, de nombreux établissements pénitentiaires ne disposent pas encore d'un PAD.

Aux termes de son avis sur la situation des étrangers détenus, le CGLPL soulignait en 2014 que « *certaines établissements comportant une forte population étrangère sont encore dépourvus de « point d'accès au droit » ou de présence associative. Ces dispositifs sont pourtant fortement sollicités, on le sait, en matière de droit des étrangers » (Prod. 10).*

Dans le même sens, le rapport d'activité 2015 des Conseils départementaux d'accès au droit (CDAD), établi par le Service de l'Accès au Droit et à la Justice et de l'Aide aux Victimes, relève que le maillage territorial « *n'est pas encore achevé : 30 établissements pénitentiaires ne sont pas encore dotés d'un PAD. Aucun PAD « pénitentiaire » n'a été mis en place dans les huit départements suivants : le Gers, le Lot, les Alpes-de-Haute-Provence, la Haute-Corse, le Doubs, la Lozère, l'Yonne et la Haute-Loire.* » (Prod. 12, p. 20).

Par courrier du 8 février 2018, le ministère de la Justice a confirmé que 153 PAD sont actuellement implantés dans les 188 établissements pénitentiaires qui constituent le parc carcéral français (Prod. 13).

D'autre part, là où existent des PAD, leurs effectifs et leurs temps de présence ne sont généralement pas adaptés aux besoins de personnes faisant l'objet d'une OQTF (92,9% des avocats consultés dans le cadre de l'enquête de l'OIP-SF ont indiqué que lorsqu'il y avait les PAD ou associations dans l'établissement pénitentiaire détenant leurs clients, ces derniers n'avaient pas pu obtenir un soutien juridique de ces services dans des délais compatibles avec le délai de recours de quarante-huit heures - Prod. 4). A quelques exceptions près, l'intervention des PAD reste globalement ponctuelle.

Sur ce point, les rapports d'activité 2015 et 2016 des CDAD décrivent en effet un fonctionnement extrêmement variable, peu compatible avec le suivi en urgence de la situation de personnes détenues

étrangères auxquelles vient d'être notifiée une mesure d'éloignement contestable dans les quarante-huit heures :

« (...) les PAD reçoivent en principe les détenus lors des permanences mises en place. Le calendrier des permanences varie en fonction de la taille de l'établissement pénitentiaire et des moyens du PAD : plus rarement permanences chaque semaine (ex. PAD de la MA de Dijon et PAD MA Val d'Oise), tous les quinze jours (ex. PAD de la MA de Chaumont), plus fréquemment une fois par mois (ex. PAD dans les établissements pénitentiaires de la Meurthe-et-Moselle, PAD CP de Caen, PAD MA Bayonne, PAD MA Pau, PAD CD Rennes Vezin, PAD CD Rennes, PAD MA Saint Malo, PAD MA Villefranche, PAD MA Corbas, PAD MA Nantes, PAD CD Nantes), ou encore une fois par trimestre (ex. PAD de la MA de Vannes). Certains PAD n'ont pas mis en place de permanences, mais reçoivent les détenus à la demande (ex. PAD de la MA de Poissy, des MA de Vesoul et de Nevers)» (Prod. 12, p. 21-22).

Par ailleurs, ainsi que cela a déjà été souligné, pas plus les personnes intervenant dans le cadre d'un PAD que les conseillers d'insertion et de probation ou les autres intervenants en détention n'ont accès à un service d'interprètes d'urgence leur permettant de se faire comprendre des personnes étrangères ne maîtrisant pas ou mal la langue française.

En outre, ces différents acteurs ne peuvent en général être rencontrés qu'après qu'une demande écrite leur ait été adressée en ce sens, formalisme problématique pour les personnes détenues ne sachant pas écrire le français et peu compatible avec l'urgence née de la notification d'une OQTF.

Ainsi que l'explique la juriste qui travaille au sein du PAD des Baumettes : « concrètement, la personne détenue n'a pas la possibilité en moins de 48h d'être reçu au PAD suite à la notification d'une OQTF si la notification n'est pas anticipée. Le temps qu'elle écrive en courrier interne et que je reçoive son courrier, il y a déjà plus de 48h, et quand le courrier dysfonctionne on parlera de semaine » (Prod. 5, 1).

En définitive, comme a pu le résumer le CGLPL, « *la spécificité de la situation des personnes détenues ne maîtrisant pas la langue française par rapport à celle des personnes libres, ou même en*

rétenion, tient, notamment, au fait qu'elles ne peuvent avoir un libre accès à une association ou à un conseil qui puisse les aider à comprendre le sens de la décision dont elles ont reçu notification et à formuler par écrit, en langue française, un recours dans le délai imparti. » (Prod. 2, p. 81).

Dans ce contexte marqué par les contraintes propres au fonctionnement des établissements pénitentiaires, la grande brièveté des délais de recours et les insuffisances du cadre légal ou réglementaire au regard des exigences qui découlent du droit à un recours effectif, certains PAD ont tenté de s'organiser pour garantir tout de même aux détenus faisant l'objet d'une mesure d'éloignement un accès au juge, ainsi que l'exposait le CGLPL en 2014 à la suite d'une enquête menée dans certains établissements pénitentiaires d'Ile-de-France :

*« A la Maison d'arrêt de Paris-La Santé, il est indiqué aux chargées d'enquête que les notifications d'OQTF interviennent le plus souvent quelques jours avant la libération et que **la faculté de déposer un recours avant l'expiration du délai de 48 h est limitée**. A cette fin, le PAD, par l'effet d'un **accord informel** avec le service de l'éloignement de la préfecture de police de Paris, est en principe immédiatement informé de la notification de l'OQTF et peut ainsi aider la personne, si elle le souhaite, à présenter son recours et à bénéficier d'un avocat de permanence à l'audience.*

*Au Centre pénitentiaire de Fresnes, il est indiqué aux chargées d'enquête que les **OQTF sont notifiées systématiquement en français** et en principe les lundis, mercredis et vendredis mais que, dans les faits, elles le sont le plus souvent le vendredi et quelques jours seulement avant la libération de la personne.*

Dans ces circonstances, le PAD a fait le constat que les personnes demandant à faire appel de l'OQTF (en prononçant parfois uniquement le mot « appel ») étaient invitées par les personnels de surveillance à contacter le greffe le lundi et se trouvait des lors hors délai. » Pour pallier cette difficulté liée à la notification de l'OQTF le vendredi et faciliter l'accès au PAD en semaine, celui-ci a **sensibilisé les personnels de surveillance et a rédigé une fiche** intitulée « que faire en cas de notification d'un arrêté portant obligation de quitter le territoire français sans délai de départ volontaire » qui précise

notamment la nécessité d'en informer au plus tôt le PAD et à laquelle est joint un formulaire permettant de formaliser le recours devant le tribunal administratif en cochant simplement des items et dont il est mentionné qu'il doit être faxé au tribunal administratif de Melun. Ces documents doivent en principe être remis par les personnels de surveillance à l'intéressé. Ces documents sont rédigés en français, en anglais, en roumain, en allemand et en espagnol. » (Prod. 2)

Les initiatives prises par les PAD intervenant dans ces établissements pour garantir au mieux l'effectivité du droit de recours, qui dépendent d'un « accord informel » conclu avec des services préfectoraux ou du bon vouloir des agents pénitentiaires auxquels est confiée la tâche de remettre aux détenus un formulaire de recours en cas de notification d'une OQTF, soulignent la fragilité des garanties qui entourent l'exercice du droit à un recours effectif et l'inadaptation manifeste du délai de recours contentieux de quarante-huit heures.

En ce sens, le Défenseur de droits insiste sur le fait qu'il existe « *d'un établissement à l'autre, d'importantes disparités en matière d'accès au juge* » (Prod. 7, p. 5).

Des points d'accès pourtant très opérationnels en droit des étrangers n'hésitent d'ailleurs pas à souligner les limites de leur intervention ainsi que « *l'ineffectivité du droit au recours en annulation des OQTF* », ainsi que le fait par exemple le rapport d'activité 2016 du PAD de Fresnes :

« (...) Toute la difficulté pour le détenu étranger réside dans la compréhension de la mesure qui lui est notifiée sans l'assistance d'un interprète et dans la possibilité, par la suite, d'adresser sa requête au Tribunal administratif de Melun dans les délais impartis. Il est, par ailleurs, pratiquement impossible pour la personne détenue de faire appel à un avocat dans un tel délai.

Quand les juristes du PAD rencontrent et assistent lors de leurs permanences des personnes étrangères en situation irrégulière susceptibles de faire l'objet d'une obligation de quitter le territoire français, ils leur remettent une notice explicative ainsi qu'un modèle de recours sommaire. Ces personnes sont invitées à prévenir le PAD immédiatement en cas de notification d'une telle mesure, notamment en demandant au personnel pénitentiaire de contacter le PAD par

téléphone (le numéro de téléphone figurant sur la notice explicative), ou, à défaut, son conseiller d'insertion et de probation. Cette intervention est nécessaire, la personne détenue n'étant matériellement pas en mesure d'exercer seule son recours en l'absence d'accès direct à un fax (les divisions du centre pénitentiaire en étant dépourvues).

Trop nombreux sont les cas où le PAD est prévenu tardivement et n'est plus en mesure d'intervenir en raison de l'écoulement du délai de recours. Il s'agit souvent de personnes non suivies auparavant par le PAD ou La Cimade, auxquelles la mesure n'a pas été expliquée en amont (...) » (Prod. 6).

Les autres dispositifs d'accès au droit

VI-3.2 Ensuite, les personnes détenues peuvent également solliciter des conseils juridiques auprès des délégués du Défenseurs des droits, des conseillers d'insertion et de probation (CPIP) et, parfois, auprès de certaines associations intervenant dans certains établissements pénitentiaires comme La Cimade.

Mais là encore, les obstacles sont nombreux pour pouvoir bénéficier dans ce cadre de conseils et d'un suivi juridiques adéquats dans un temps compatible avec le délai de recours de quarante-huit heures ouvert contre les OQTF.

Ainsi que le souligne le Défenseur des droit, la présence en détention de ses délégués « est limitée à des permanences ponctuelles » et leur intervention est soumise à un certain nombre de contraintes : « *Le délégué intervenant dans une maison d'arrêt d'Ile-de-France rapporte ainsi que si le secrétariat de l'établissement pénitentiaire le prévient effectivement de toute demande d'entretien formulée par un détenu, il ne peut y répondre dans un délai inférieur à sept jours. En outre, le secrétariat refuse parfois que le délégué, prévenu de la demande d'entretien d'un détenu, se rende en urgence à l'établissement pénitentiaire. (...) Le délégué intervenant dans un autre établissement pénitentiaire précise également qu'alors même que le surveillant lui transmet régulièrement les demandes d'entretien des détenus, il est cependant peu probable que celle-ci lui parviennent dans les 48 heures » (Prod. 7, p. 6).*

Outre qu'ils peuvent manquer de disponibilité en raison de la surcharge de travail à laquelle ils sont soumis, et que cela n'entre pas dans leur attribution, les Conseillers d'insertion et de probation (CPIP) ne disposent généralement pas des compétences juridiques pour pouvoir assister les détenus étrangers dans ce type de démarches.

A cet égard, le ministre de la Justice a admis, dans les écritures produites en défense devant le Conseil d'Etat dans le cadre de la présente instance de QPC, que « *conformément à la circulaire DAP n° 113/PMJI du 19 mars 2008 relative aux missions et aux méthodes d'intervention du SPIP, ce dernier a un rôle d'orientation vers les dispositifs d'information juridique de droit commun tels que le PAD, le défenseur des droits et la Cimade. Il n'a ainsi vocation ni à délivrer directement des conseils juridiques ni à assurer un suivi juridique des personnes concernées mais à les orienter vers les partenaires compétents dans ce domaine* ».

En outre, tous les établissements pénitentiaires ne bénéficient pas de l'intervention d'une association susceptible d'apporter un soutien aux étrangers détenus ainsi que l'a pointé l'Observatoire de l'enfermement des étrangers (OEE) :

« La présence associative en prison est encore plus limitée. Nombreuses sont les maisons d'arrêt sans aucune association spécialisée en droit des étrangers. La présence de La Cimade dans 75 établissements pénitentiaires s'appuie exclusivement sur un réseau de bénévoles qui, bien que spécialisés dans l'accompagnement des personnes étrangères enfermées, ne peut couvrir tous les besoins. La Ligue des droits de l'Homme intervient dans une maison d'arrêt de région parisienne une fois par mois. L'Arapej et Droits d'Urgence interviennent chacune dans diverses maisons d'arrêt (Fleury-Merogis, Meaux, Nanterre, Melun, Fresnes, la Santé) de la région parisienne dans le cadre d'une convention avec le ministère de la Justice pour lequel elles assurent la permanence d'accès aux droits. L'association info droits intervient au sein de la maison d'arrêt de Pau. L'association aide juridique d'urgence intervient dans les établissements pénitentiaires de Rennes (environ 2 jours par mois)»
(Prod. 3, p. 35).

Le temps de présence en détention de ces associations est variable d'un établissement à l'autre et n'est pas suffisamment continu pour garantir en toutes circonstances l'accompagnement en urgence des étrangers visés par une OQTF.

N'intervenant en effet que 75 prisons sur les 187 que compte le parc carcéral français, les équipes bénévoles de la Cimade proposent des permanences dont le rythme n'est guère compatible avec l'accompagnement en urgence de personnes faisant l'objet d'une OQTF. Par exemple, ces équipes ne sont ainsi présentes qu'une journée par semaine à la maison d'arrêt de Fresnes, de Rouen ou des Baumettes, une demie journée par semaine à la maison d'arrêt de Béziers ou de Nantes, une demie journée tous les 15 jours à la maison d'arrêt de Tours ou de Varcès, ou une journée par mois au centre de détention de Nevic ou à la maison d'arrêt du Mans.

Un membre de la Cimade, intervenant dans une prison du Sud-Ouest, explique par exemple en ce sens : *« je vais à la prison une fois par mois et ne suis donc jamais là avant l'expiration du délai. Si le CPIP me contacte (tél ou mail) je peux donner des conseils. Le plus souvent j'arrive après la bataille. »* (**Prod. 5**, 3)

Encore faut-il indiquer en outre, ainsi que le souligne Maître Rosé (Montpellier), que les personnes détenues n'ont pas toujours le réflexe d'aller vers la Cimade et qu'elles ne savent parfois *« même pas qu'il existe une permanence de la Cimade »* (**Prod. 4**, 1.f, p. 35).

L'accès contrarié à un avocat

VI-4 Quatrièmement, si l'article L. 512-1 IV du CESEDA prévoit que le détenu visé par une OQTF doit être informé de son droit de demander l'assistance d'un conseil dès la notification de la mesure d'éloignement, il est néanmoins *« pratiquement impossible pour la personne détenue de faire appel à un avocat dans un tel délai »* ainsi que le relève le rapport d'activité 2016 du PAD de Fresnes (**Prod. 6**).

A l'instar de plusieurs autres avocats consultés, Maître Anne Gangloff du barreau de Strasbourg, souligne en effet qu'il n'y a *« pas de dossier d'aide juridictionnelle à [la] disposition en détention »* des étrangers visés par une OQTF (**Prod. 4**, 1cc, p. 208).

Il est à cet égard significatif de souligner que seuls 30,8% des avocats interrogés par l'OIP indiquent avoir été saisis par leur client avant le dépôt du recours contentieux. Un intervenant de la Cimade Lyon confirme cette tendance en indiquant même que « *lorsque l'avocat est saisi ou désigné pour contester une OQTF notifiée en détention, le recours est toujours déjà déposé* » (Prod. 5, 4).

Cela signifie que la grande majorité des détenus étrangers qui exercent un recours contre une OQTF le font sans avoir pu bénéficier de l'assistance d'un avocat.

En effet, l'accès en urgence à un avocat se heurte à de nombreux obstacles matériels et fonctionnels qu'il convient de rappeler brièvement.

VI-4.1 Comme le relève l'Observatoire de l'enfermement des étrangers, **la plupart des étrangers détenus visés par une OQTF ne disposent pas déjà d'un avocat vers lequel se tourner pour engager un recours contre cette mesure d'éloignement.**

En ce sens, Maître Clémentine DANET, avocate à Clermont-Ferrand, explique que « *dans la grande majorité des cas (expériences personnelles et celles des confrères avec qui j'ai échangé), nous ne sommes pas sollicités par nos clients habituels mais désignés par la permanence.* » (Prod. 4, 1.r, p. 126)

Or, il convient d'abord de rappeler qu'une personne détenue ne peut recevoir la visite d'un avocat que si ce dernier a obtenu un permis de communiquer auprès de l'autorité administrative ou judiciaire (article R. 57-6-5 du code de procédure pénale), démarche qui peut prendre plusieurs jours en cas de surcharge de travail au greffe.

Si aucun avocat ne suit la situation de l'étranger détenu à la date de la notification de la mesure d'éloignement, il est ainsi matériellement impossible pour ce dernier, en quarante-huit heures, de trouver les coordonnées d'un avocat, de saisir ce dernier par courrier afin qu'il sollicite un permis de communiquer, d'obtenir ledit permis et de recevoir la visite de son défenseur.

Si le détenu étranger souhaite appeler l'avocat dont il aura trouvé les coordonnées, pour établir un premier contact par téléphone, il doit en néanmoins préalablement solliciter par écrit auprès de l'administration l'enregistrement du numéro dudit avocat, ainsi que le rappelle la circulaire du 27 mars 2012 *relative aux relations des personnes détenues avec leur défenseur* (JUSK1140030C).

Pour résumer, ainsi que le souligne Maître Mourad Zouine, du Barreau de Lyon, l'« accès à l'avocat est quasi impossible dans le délai de recours contentieux lorsque l'intéressé n'a pas déjà un avocat. » (**Prod. 4**, 1.m, p. 86).

En ce sens, la ministre de la Justice n'a pu qu'admettre, dans ses écritures en défense devant le Conseil d'Etat, que les dispositions relatives au droit d'accès à un conseil « sont plus difficiles à mettre en œuvre si l'intéressé est incarcéré », notamment « en raison des restrictions prévues par le code de procédure pénale pour l'usage du téléphone dans les établissements ».

VI-4.2 Par ailleurs, même si l'étranger détenu est d'ores et déjà suivi par un avocat disposant d'un permis de communiquer, demeure la difficulté d'entrer en contact avec lui et de lui fournir les éléments nécessaires à la formulation d'un recours dans le délai de quarante-huit heures.

Les délais d'acheminement du courrier postal rendent d'abord en effet cette voie tout à fait inopérante.

La prise de contact par **téléphone**, même lorsque le numéro de l'avocat est enregistré par l'administration pénitentiaire, n'est pas forcément aisée. Un contact téléphonique est évidemment impossible lorsque la personne étrangère ne parle pas le français.

En outre, l'accès à un téléphone avant l'épuisement du délai de quarante-huit heures n'est pas nécessairement garanti, les personnes détenues étant dans une large mesure soumises à un régime de détention dit « portes fermées » qui ne leur offre aucune liberté de circulation au sein de l'établissement pénitentiaire. Concrètement, elles ne peuvent généralement accéder à une cabine téléphonique que

lorsqu'elles se rendent en cours de promenades, une à deux fois par jour selon les établissements pour une durée moyenne d'une à deux heures quotidiennes.

Soulignant que « *les postes de téléphone ont été fréquemment installés dans les cours de promenade* », le CGLPL relève « *l'intérêt de cet emplacement, tant pour faciliter une certaine liberté d'usage de l'appareil aux détenus que pour éviter au personnel l'organisation (dans les régimes de détention fermés) de mouvements supplémentaires* ». Mais il évoque également « *de très sérieux inconvénients : D'une part, il n'y a pas d'autre régulation de l'usage du téléphone que celle qui s'instaure entre détenus : les plus faibles d'entre eux ont par conséquent bien moins de chances (voire aucune) d'y avoir recours que les autres. D'autre part, les pressions auprès de codétenus pour utiliser le téléphone pour composer des numéros qui n'ont pas été préalablement autorisés peuvent être réelles. Enfin, aucune conversation confidentielle n'est possible.* » (Avis du 10 janvier 2011 relatif à l'usage du téléphone par les personnes privées de liberté, JORF, 23 juin 2011 ; **Prod. 13**).

Outre les situations de tensions ou de pressions entre personnes détenues qui peuvent donc conduire certaines d'entre elles à ne pas se rendre en cours de promenade, l'accès au téléphone peut également être rendu impossible en raison de pannes ou de la détérioration des équipements mis à disposition.

En outre, rien ne permet de garantir que l'étranger arrivera à joindre l'avocat dans le créneau horaire limité auquel il peut avoir accès à un téléphone, le CGLPL précisant que « *dans la totalité des établissements, le téléphone est inaccessible après 17 h 30* » (Ibid.).

Enfin, une **visite aux parloirs** de l'avocat entre la notification de l'OQTF et l'épuisement des voies de recours, et même la date d'audience fixée par le tribunal administratif pour l'examen de la requête, est en pratique très rare, notamment en raison du délai mis pour obtenir un permis de communiquer ou des contraintes liées à l'organisation des visites (79,2 % des avocats qui ont répondu à l'enquête de l'OIP indiquent que la délivrance de permis de communiquer n'intervient pas dans des délais suffisamment rapides pour qu'une rencontre du détenu au parloir soit envisageable avant l'audience – **Prod. 4**).

A cet égard, Maître Yseult ARNAL, avocate inscrite au Barreau de Nantes, explique qu'« *en aucun cas [le délais de 48 heures] ne permet un recours effectif pour les détenus. Au tribunal administratif de Nantes, en général les détenus rédigent seuls leur requête qui est enregistrée et audiencée au Tribunal administratif dans les 48 heures. L'avocat n'est désigné qu'après, en général 24 heures au mieux avant l'audience. Il est donc impossible d'entrer en contact avant l'audience avec son client. Et s'il est présent, il ne peut présenter aucun document.* » (Prod. 4, 1.0, p.103).

De même, Maître Clémence DANET, avocate à Clermont-Ferrand, explique : « *les horaires des parloirs et la distance géographique ne permettent pas de s'organiser en conséquence. Dans le dossier que j'ai eu à traiter, il fallait quatre heures aller-retour pour se rendre à la maison d'arrêt. Une fois l'autorisation de communiquer obtenue, les plages des horaires des parloirs étaient ridicules. Et comment organiser un rendez-vous avec un interprète ? A ma connaissance aucun texte ne précise les modalités d'une telle rencontre (ne serait-ce que pour la prise en charge financière).* » (Prod. 4, 1.r, p. 126)

Ayant eu à défendre plusieurs étrangers détenus visés par une OQTF, Me Cécile Madeline, du barreau de Rouen, confirme : « *La seule fois où j'ai pu joindre le client [avant l'audience] c'était par téléphone, au parloir c'est impossible dans le délai* » (Prod. 4, 1.aa, p. 193).

VI-4.3 Il est ainsi fréquent que les avocats soient contraints de défendre des personnes avec lesquelles ils ne se sont jamais entretenus, ou dans des conditions peu compatibles avec les exigences d'une défense de qualité.

En effet, 77 % des avocats consultés dans le cadre de l'enquête de l'OIP-SF indiquent ne pas avoir pu entrer en contact avec leur client avant l'expiration du délai de recours contentieux de quarante-huit heures. Ils ne sont que 34,6% à s'être entretenus avec tous leurs clients visés par une OQTF notifiée en détention, la plupart du temps juste avant l'audience du Tribunal administratif (83,3% des avocats indiquant avoir pu entrer en contact avec leur client avant l'audience précisent que cette rencontre a eu lieu dans les locaux du tribunal administratif, juste avant l'audience).

Maître Nolwenn Paquet indique en ce sens rencontrer ses clients « *10 minutes avant l'audience si l'escorte est en avance, sinon entretien exprès de quelques minutes (cela varie en fonction du juge de permanence)* » (**Prod. 4**, 1.h, p. 50).

Maître Delphine Meaude précise : « *les magistrats nous laissent nous entretenir avec le client mais il est déjà trop tard pour réunir tous les éléments relatifs à la situation du requérant...* » (**Prod. 4**, 1.n, p. 96).

VI-4.4 En outre, 58 % des avocats consultés indiquent avoir déjà défendu des étrangers détenus qu'ils n'avaient jamais rencontrés, avec lesquels ils n'avaient jamais échangé et qui n'étaient pas même présents à l'audience (56 % des avocats interrogés indiquent que leurs clients étrangers visés par une OQTF n'étaient pas systématiquement présents à l'audience compte tenu de ce qu'ils n'avaient pas été extraits – **Prod. 4**).

En ce sens, Maître Agnès Lefevre, avocate à Châlons-en-Champagne explique, à propos d'un dossier qu'elle a eu à défendre :

« Le prévenu n'a pas eu accès effectif à ses droits. Il a refusé de signer la notification de ses droits rédigé en français parce qu'il ne la comprenait pas. Il a refusé, le lendemain, de signer la notification des délais de recours, parce qu'il ne la comprenait pas. Il n'a, semble-t-il, pas eu accès dans le délai de 48 heures à une information juridique efficiente et a dû faire rédiger par un co-détenu son recours qu'il a transmis hors délai. Il a été refusé son extraction aux fins de présentation devant le Tribunal administratif. Je n'ai pu consulter mon client, non présent à l'audience, sur les arguments et pièces de la Préfecture communiquées par Télérecours à 12h49 pour une audience à 15h30. Le Tribunal administratif, sans vérifier les compétences réelles du détenu en langue française, a pris pour argent comptant les allégations de la Préfecture et a rejeté la requête considérant le recours tardif. » (**Prod. 4**)

De même, dans un courrier adressé récemment à l'OIP-SF, Maître Iseult Arnal, alerte l'association sur la situation d'un de ses clients en indiquant que :

« Ce dernier s'est vu notifier un arrêté portant obligation de quitter le territoire alors qu'il était détenu. Il saisit seul le Tribunal administratif de NANTES. Le greffe du Tribunal enregistre sa requête et inscrit l'affaire au rôle du lendemain à 14 heures 45, convoque l'intéressé et l'interroge sur sa volonté d'une assistance par un conseil. Etant de permanence en droit des étrangers, je suis donc désignée par Monsieur le bâtonnier de l'ordre des avocats de NANTES à 16 heures la veille de l'audience. Après avoir pris attache avec le Tribunal et la maison d'arrêt, il m'est impossible d'entrer en contact avec mon client avant l'audience. Je n'obtiens copie de la décision contestée qu'à midi, jour de l'audience. L'audience se déroule en l'absence de mon client, le préfet n'ayant pas extrait ce dernier. Je sollicite donc l'annulation de cet arrêté notamment au regard de l'absence d'effectivité du recours n'ayant pu m'entretenir avec mon client et à titre subsidiaire le renvoi de l'audience. La requête est rejetée au fond ainsi que la demande de renvoi. »
(Prod. 15).

De son côté, un intervenant de la Cimade Bordeaux explique en ce sens qu'il est ainsi *« rare que le détenu soit extrait et emmené au TA »*
(Prod. 5, 3).

Les avocats éventuellement désignés pour représenter les étrangers détenus à l'audience ne disposent donc souvent d'aucun élément d'information sur leurs clients autres que ceux produit en défense par l'administration préfectorale.

Bien plus, ils ne sont même pas assurés de la présence de leurs clients à l'audience, compte tenu du manque d'effectif et de disponibilité des escortes, et peuvent donc, ainsi qu'il a été déjà dit, être conduits à assurer leur défense sans les avoir rencontrés, sans même ne leur avoir jamais parlé et sans aucun document pour étayer cette défense.

Maître Christina Dirakis, du Barreau de Paris, explique même : *« nous ne savons parfois même pas quelle est la préfecture qui a pris l'OQTF et nous devons appeler plusieurs préfectures au pif ! En sachant qu'il existe des numéros de téléphone en préfecture pour ces procédures d'urgence que parfois nous n'avons pas... nous appelons donc l'accueil général de la préfecture tournant de service en service »*
(Prod. 4, 1.c, p. 15).

Dans le même sens, Me Nolwenn Paquet raconte : « *La préfecture a refusé de transmettre la décision d'OQTF et a conclu à l'irrecevabilité de la requête pour défaut de production par mon client de la décision contestée. Elle a finalement transmis la décision pendant l'audience, la décision comportait 4 pages (refus de séjour pour un parent d'enfant français, je n'ai pas eu le temps de la lire y compris pendant l'audience)* » (Prod. 4, 1.h, p. 50)

Des difficultés souvent insurmontables pour former un recours dans les délais et constituer un dossier

VI-5 Cinquièmement, il est encore déterminant de souligner que les étrangers détenus éprouvent des difficultés considérables en ce qui concerne la constitution du dossier et la formation du recours.

En effet, ainsi qu'il ressort déjà des développements qui précèdent, l'étranger détenu qui souhaite contester une OQTF se heurte à **d'importantes difficultés pour saisir le tribunal administratif d'une requête** étayée compte tenu de la brièveté du délai de recours et des contraintes liées au monde carcéral, *a fortiori* lorsqu'il ne bénéficie pas d'une assistance juridique (association ou avocat) pour former ce recours.

VI-5.1 Les détenus étrangers peuvent d'abord se heurter à **l'impossibilité matérielle d'envoyer leur recours au tribunal administratif**, ainsi que s'en est ému le Commissaire européen aux droits de l'homme dans un rapport du 17 février 2015 :

« (...) *En matière d'OQTF « sans délai », les migrants incarcérés se trouvent, une fois de plus, dans une situation particulièrement délicate, dans la mesure où elles n'ont pas toujours la possibilité de solliciter à temps l'aide des services pénitentiaires d'insertion et de probation ou de contacter le point d'accès au droit, voire ne parviennent pas à accéder à un fax pour envoyer leur recours dans les délais impartis. Les conditions de préparation des recours contre les OQTF « sans délai » lui semblent, dans bien des cas, soulever la question de l'accessibilité pratique de ces recours, particulièrement pour les personnes retenues en centres de rétention administrative ou incarcérées.* » (Prod. 16)

Evoquant plus spécifiquement la situation des mesures d'éloignement notifiées en fin de semaine aux étrangers détenus dans certaines prisons d'Ile-de-France, le CGLPL relevait il y a quelques années que :

« A supposer que les personnes concernées aient compris le sens de la décision qui leur a été notifiée et les possibilités qui lui sont ouvertes (...) les points d'accès au droit (PAD) ne sont pas en mesure de les informer et de les assister et l'avertissement de leur conseil paraît difficile à mettre en œuvre le week-end ; par ailleurs, le recueil du recours et sa transmission au tribunal administratif relèvent de la bonne compréhension et de la bonne volonté des personnels pénitentiaires en l'absence, le week-end, des personnels de greffe et des juristes du PAD. » (Prod. 2, p. 82)

Deux intervenantes pour la Cimade au sein de la maison d'arrêt de Rouen témoignent elles-aussi, de ce que *« si l'OQTF a été remis un jeudi ou un vendredi, (...) il n'est absolument pas possible de faxer le recours »* dans cet établissement et *« le greffe ne fait pas le travail d'envoi de recours pendant le week-end, période souvent choisie par la PAF pour notifier l'OQTF » (Prod. 7).*

Une affaire portée devant la Cour administrative d'appel de Douai, illustre de façon éloquente les difficultés auxquelles peuvent se heurter les personnes détenues pour adresser leurs requêtes au tribunal administratif et les chemins de traverse qu'ils sont parfois contraints d'emprunter pour exercer leur droit au recours.

En l'espèce, le requérant a reçu, de façon tout à fait fortuite, la visite de son frère au parloir de la maison d'arrêt du Havre le lendemain du jour où lui a été notifiée l'OQTF. Ne sachant pas comment procéder autrement pour adresser son recours au Tribunal, l'intéressé a transmis à son frère le procès-verbal de notification de la mesure d'éloignement lors de la visite et demandé à celui-ci d'envoyer le recours par voie postale au tribunal administratif. Le frère du requérant a déposé le courrier à La Poste dans le délai de quarante-huit heures mais n'a été expédiée par cette dernière que le lendemain. Le recours réceptionné par le Tribunal administratif le jour suivant a été jugé tardif, et par conséquent irrecevable au motif que le fait *« que cette demande 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).

Enfin, si l'article R. 776-31 du code de justice administrative dispose que la requête d'un étranger détenu peut valablement être déposée, dans le délai de recours de contentieux, auprès du chef de l'établissement pénitentiaire, cette information n'est en général jamais notifiée aux étrangers concernés.

VI-5.2 *« Comment saisir le tribunal administratif d'un recours - forcément minimaliste - et encore pire, comment pouvoir le nourrir de la documentation nécessaire ? Le juge statuant sous 72h, il est absolument impossible de réunir des documents et faire parvenir un mémoire complémentaire »* relève un intervenant bordelais de la Cimade (**Prod. 5, 3**).

En effet, **l'étranger ne dispose presque jamais avec lui des documents susceptibles de servir à sa défense devant le juge administratif**, s'agissant par exemple de ceux relatifs à sa situation familiale, professionnelle, médicale ou aux risques qu'il pourrait encourir en cas de retour dans le pays dont il possède la nationalité.

Il faut en outre souligner qu'il rencontrera d'innombrables difficultés pour joindre en urgence des proches de confiance, quand il en a, afin de leur demander de réunir ces documents (détenu refusant de se rendre en cours de promenade pour des raisons de sécurité, téléphone en panne, proches injoignables à l'heure à laquelle la personne détenue a accès au téléphone, coût important des appels passés à l'étranger, etc...) lorsque ces documents sont accessibles à des tiers.

Une intervenant de la Cimade Tours explique en effet qu'*« il est fréquent que les personnes que nous accompagnons soient dans des situations de grande précarité : elles ne disposent pas toujours d'un logement propre, de proches disponibles et disposés à nous transmettre les documents, il est même fréquent que les documents soient perdus ou disparus. Ou encore qu'ils soient sous scellé ou à la fouille... »* (**Prod. 5, 5**).

« *Sans relais à l'extérieur une personne isolée ne pourra pas rassembler ses documents* » confirme la juriste permanente du PAD des Baumettes (**Prod. 5**, 1).

Même son de cloche chez les avocats qui ont eu à défendre des étrangers détenus visés par des OQTF et qui ont été consulté par l'OIP-SF. Maître Sandrine Beressi, avocate en Seine-Saint-Denis explique en ce sens que « *si le recours est bien enregistré, en revanche, peu ou pas d'éléments sont donnés à l'appui du recours compte tenu du bref délai d'audiencement et la quasi impossibilité pour l'entourage d'être joint et/ou de se déplacer.* » (**Prod. 4**, 1.g, p.43).

De fait, les recours formés en détention par des étrangers ne bénéficiant pas d'une assistance juridique – quelques lignes sur papier libre souvent écrites dans un français approximatif – ne contiennent généralement aucune information utile au contrôle de légalité qui doit être effectué par le juge, en dehors de la manifestation de volonté plus ou moins claire d'exercer un recours (**Prod. 17**).

Alors que certains établissements ne mettent même pas de formulaires de recours type à disposition des étrangers détenus, ainsi que l'a déploré le CGLPL, les informations contenues dans ces formulaires, une fois qu'ils ont été renseignés, demeurent extrêmement superficielles. « *Le formulaire pré établi permet seulement de connaître l'état civil du requérant et la référence de la décision* » explique par exemple Me Anne Guinnepain à propos des formulaires mis à la disposition des détenus de la maison d'arrêt de Versailles (**Prod. 4**, 1.v, p. 155).

Une telle situation de dénuement des dossiers a naturellement un impact sur leur examen par les juridictions administratives ainsi que le suggère l'analyse conduite sur le corpus de 93 décisions de tribunaux administratifs analysé par l'OIP-SF (**Prod. 8**).

En effet, parmi les 37 recours rejetés pour un motif autre que la tardiveté, il ressort que 17 d'entre eux sont liés à des difficultés dans l'obtention de la preuve en détention (46%). Les magistrats relèvent en effet à plusieurs reprises que les requérants n'établissent pas suffisamment la preuve de leur réinsertion/intégration, de leur communauté de vie/attaches familiales, de leurs problèmes de santé,

de l'absence d'attache dans leurs pays d'origine, de leur entrée régulière sur le territoire français, des traitements inhumains qu'ils sont susceptibles de subir en cas de retour dans leur pays d'origine, etc.

Sur ce point, précisément, le Défenseur des droits explique qu'un « *temps de préparation supplémentaire [de la défense] s'avère d'autant plus nécessaire qu'il se trouve régulièrement saisi de réclamations relatives à des mesures d'éloignement prises à l'encontre de détenus u d'anciens détenus étrangers qui, en raison de l'importance de leurs liens avec la France, pourraient relever de protections légales contre l'éloignement* » (**Prod. 7**, p. 9).

L'extrême dépendance des détenus étrangers vis-à-vis de l'administration pénitentiaire

VI-6 Sixièmement, outre les multiples obstacles auxquels se heurtent les étrangers détenus pour former un recours dans le délai de quarante-huit heures contre les OQTF qui leur sont notifiés en détention, il est important d'insister sur la situation d'extrême dépendance dans laquelle se trouvent très souvent les intéressés vis-à-vis de l'administration pénitentiaire pour exercer leur droit au recours.

VI-6.1 D'une part, Tout étranger qui, par exemple, sollicite l'assistance d'un interprète ou l'enregistrement du numéro de téléphone de son avocat parmi les numéros qu'il est autorisé à appeler, qui souhaite prendre rendez-vous avec son conseiller d'insertion et de probation, avec un point d'accès au droit ou encore une association doit en faire la demande par écrit et se trouve donc dépendant, non seulement de la réponse qui sera apportée à cette demande, mais aussi du délai dans lequel l'administration pénitentiaires va statuer sur cette demande ou la transmettre à l'interlocuteur concerné (associations, PAD, service médical, services d'interprètes, etc.).

A cet égard, les requérants souhaitent insister sur le fait que, de façon générale, le traitement des requêtes des personnes détenues par l'administration pénitentiaire pose régulièrement des problèmes qui, s'ils peuvent varier en intensité d'un établissement à un autre, n'en

restent pas moins récurrents (traçabilité, transmission voire traitement aléatoire des demandes, délai de réponse, etc.).

Tel est en effet le constat qu'inspire la consultation régulière des rapports de visite du Contrôleur général des lieux de privation de liberté (CGLPL) dont certains seront cités ici à titre d'exemples.

Après avoir visité la maison d'arrêt de Cherbourg en 2016, les services du CGLPL ont ainsi relevé l'absence de traçabilité des requêtes formulées par les personnes détenues dans cet établissement et souligné que, de ce fait, « *il pouvait y avoir des déperditions d'information selon les surveillants qui réceptionnent les demandes* » **(Prod. 16-a)**.

Concernant un autre établissement, la CGLPL a pu signaler que « *l'absence du directeur impacte la fluidité et la réactivité du traitement qui accuse un retard certain (trois à quatre semaines) ce qui expliquerait les doléances de certaines personnes qui disent ne pas obtenir de réponse à leur requête* » **(Prod. 16-b)**.

A la suite de sa visite de la maison d'arrêt de Brest, la CGLPL expliquait également en 2016 que « *les requêtes adressées à la direction sont traitées via le CEL. Toutefois le temps nécessaire à l'enregistrement, particulièrement lourd, empêche l'encadrement intermédiaire d'insérer les requêtes courantes quotidiennes.* » **(Prod. 16-c)**.

Durant leur visite de la Maison d'arrêt de Nevers, les contrôleurs signalent encore avoir « *été destinataires de nombreux témoignages de personnes détenues soulevant des incertitudes sur l'acheminement des requêtes à leurs destinataires. Ces plaintes récurrentes se sont vues confirmées par plusieurs agents rapportant des faits de disparition de requêtes.* » **(Prod. 6-d)**.

Par ailleurs, un certain nombre d'actions, qui peuvent être nécessaires à la formulation d'un recours, exigent également l'intervention d'agents de l'administration pour assurer les mouvements, qu'il s'agisse par exemple de donner au détenu accès à un téléphone en dehors des heures de promenade ou à un fax, de le conduire au greffe de l'établissement ou à un rendez-vous obtenu auprès d'un conseiller d'insertion et de probation, d'un PAD ou encore d'une association.

En outre, ainsi que l'a relevé le CGLPL, « *le recueil du recours et sa transmission au tribunal administratif relèvent de la bonne compréhension et de la bonne volonté des personnels pénitentiaires en l'absence, le week-end, des personnels de greffe et des juristes du PAD* » (**Prod. 2**, p. 81).

En ce sens, une intervenante de la Cimade Mesnil-Amelot explique : « *j'ai l'impression que la contestation de l'OQTF dépend beaucoup de la relation que le détenu entretient avec le SPIP* » (**Prod. 5**, 6).

VI-6.2 Or, dans la situation qui est celle des prisons françaises actuellement, cette dépendance totale des étrangers vis-à-vis de l'administration pénitentiaire pour l'exercice de leur droit au recours est particulièrement problématique.

La surpopulation alarmante qui touche de nombreuses maisons d'arrêt et la dégradation corrélative des conditions de travail des différents personnels de l'administration pénitentiaire entraînent un fort taux d'absentéisme et placent les agents présents dans les établissements en situation de sous-effectif important et constant.

Dans ce contexte, il est matériellement impossible pour ces professionnels de faire face à l'ensemble de tâches qui leur incombent, ce qui les conduit à en prioriser certaines – en rapport avec la sécurité de l'établissement - et en délaissier d'autres jugées plus secondaires.

Dans son Rapport d'activité 2015, le CGLPL expliquait par exemple ainsi que :

« Cet absentéisme fort conduit à reporter la charge sur les mêmes surveillants qui expriment une lassitude et pour certains le besoin prochain d'être arrêté pour cause de maladie. »

Dans de pareilles conditions, les droits de la population pénale ne peuvent qu'être négligés et les missions mêmes de l'administration pénitentiaire mal assurées. (...) Les conditions de détention ne peuvent manquer de se dégrader : à plusieurs reprises les enseignants se sont plaints du retard de personnes détenues au motif que des surveillants débordés n'avaient pas le temps de faire le mouvement. Il

est même arrivé que les détenus, se plaignant d'un manque d'information ou de divers retards, constatent, désabusés, que les surveillants surchargés « ne peuvent pas faire autrement ». (...) Au-delà de créations de postes que le contexte budgétaire ne laisse guère espérer, seule la maîtrise de la surpopulation pénale peut résoudre ces difficultés. » (Prod. 19, p. 24).

De même, dans ses recommandations en urgence rendues publiques en décembre 2016 à propos la maison d'arrêt de Fresnes, le CGLPL relevait :

« Les contrôleurs ont été en permanence témoins du travail effréné des surveillants soumis à une pression constante qui les empêche de faire face à leur programme et aux multiples sollicitations des personnes détenues. Le simple fait d'ouvrir et fermer les portes, sans même attendre qu'une personne détenue mette quelques secondes à sortir, ce qui est pourtant inévitable, ne peut durer moins de vingt-cinq minutes pour la cinquantaine de cellules dont un surveillant est chargé. La faible expérience de la majorité des surveillants aggrave encore la difficulté de leur tâche. La direction, qui ne dispose pas de statistiques précises sur ce point, estime à 70 % environ la proportion des stagiaires dans son personnel. Les contrôleurs se sont notamment livrés à l'analyse détaillée des tâches qui incombent chaque matin aux surveillants d'étage. De cette analyse il résulte qu'il est matériellement impossible pour ces derniers d'effectuer les mouvements nécessaires en totalité dans un temps permettant aux personnes détenues de bénéficier des activités ou des soins prévus pour elles car le surveillant qui en a la charge n'est pas en mesure d'effectuer les mouvements et moins encore de répondre aux demandes. Le respect des droits fondamentaux tels que les droits aux soins, au travail, au respect des liens familiaux, à l'enseignement, etc., est donc structurellement impossible. Il est du reste inévitable qu'il en soit ainsi lorsqu'un surveillant seul se trouve en situation de prendre en charge environ 120 personnes détenues, situation courante à Fresnes que l'on ne rencontre dans aucun autre établissement » (Prod. 20).

Cet état de totale dépendance vis-à-vis de l'administration qui, dans le contexte qui vient d'être décrit, ne peut garantir une réactivité et une disponibilité adéquate de ses agents face aux demandes et besoins des étrangers faisant l'objet d'une mesure d'éloignement, fait que

l'extrême brièveté du délai de recours ouvert contre de telles mesures est totalement inadaptée aux exigences du droit à un recours effectif.

L'étranger est en outre dépendant de l'absence de formalisme qui peut entourer le traitement de ses demandes par l'administration.

En ce sens, Me Maître Joel Tchuente, du Barreau de Paris explique : « *Lorsque l'étranger n'a pas pu faire un recours au moment de la notification et qu'il est forclos, rien ne permet de vérifier s'il a été en mesure de le faire. Seuls les documents produits par l'administration pénitentiaire font foi. (...) J'ai deux exemples d'étrangers qui m'ont assuré avoir contesté l'OQTF délivrée en détention sans qu'on puisse retrouver trace de cette contestation, et qui par la suite ont été déclaré forclos lorsque j'ai introduit le recours 3 jours après la notification.* » (Prod. 4, 1.u, p. 147).

VI-6.3 Se pose ensuite, naturellement, la question de la compétence des agents de l'administration pénitentiaire pour accompagner l'exercice du droit au recours des étrangers détenus visés par une mesure d'éloignement.

La juriste responsable du PAD des Baumettes relève par exemple à cet égard que « *les notifications sont faites sur les cursives parfois par des surveillants qui ne comprennent pas eux-même ce qui est indiqué dans ces documents.* » (Prod. 5, 1).

VI-6.4 En outre, cette dépendance est d'autant plus problématique que l'exercice par les étrangers de leur droit au recours peut se heurter à des comportements malveillants de la part de certains agents, comportement dont l'existence, même si elle n'est que marginale, est indiscutable pour avoir été confirmée et documentée à plusieurs reprises par le CGLPL.

En particulier, dans son Rapport d'activité 2013, l'autorité de contrôle a décrit les mesures de rétorsion dont peuvent faire l'objet certains détenus, jugés à tort ou à raison turbulents, problématiques ou « procéduriers » :

« (...) Les punitions peuvent être « passives » : pas de classement aux activités, « oubli » d'ouvrir la cellule lorsqu'un « mouvement » est prévu, particulière lenteur des courriers ou mandats, ou refus de facilités pour les parloirs (doubles parloirs)... La liste peut être longue puisque chaque initiative d'un détenu est subordonnée à une intervention d'un agent de l'administration. Le réfractaire est ainsi « mis en quarantaine » à des degrés plus ou moins prononcés et pour des périodes plus ou moins longues » (Prod. 21).

On ne peut donc exclure que des étrangers détenus auxquels une mesure d'éloignement est notifiée en détention se heurtent, pour une raison ou pour une autre, à la mauvaise volonté ou à l'inertie de certains agents qui, volontairement, oublieraient d'emmener un détenu au rendez-vous qu'il a obtenu avec une association, faxerait avec quelques minutes de retard un recours qui leur ont été confiés, etc.

Une forte proportion de recours rejetés pour tardiveté de la requête

VI-7 Septièmement, les associations requérantes entendent insister sur le fait qu'un nombre important de recours émanant de détenus étrangers visés par une OQTF ont été formés tardivement et sont rejetés pour ce motif.

VI-7.1 Sur un corpus de 93 décisions juridictionnelles statuant entre 2010 et 2017 sur un recours engagé contre une OQTF notifiée en détention, seuls 30 de ces recours (32 %) ont été formés devant le tribunal administratif dans le délai de quarante-huit heures, 63 requêtes (68%) ayant donc été adressées hors délai à la juridiction (Prod. 6).

Une analyse plus fine portant sur 75 de ces jugements mentionnant précisément la date et l'heure de notification de la mesure d'éloignement permet d'établir que **le délai moyen de dépôt d'une requête en annulation d'une OQTF notifiée en détention est de 10 jours et que le délai médian est, quant à lui, de 4 jours.**

Certes, **tous les recours envoyés au-delà du délai de quarante-huit heures ne sont pas nécessairement rejetés pour irrecevabilité.** Au cours des 15 dernières années, en effet, la jurisprudence a accepté

des dérogations au respect strict et systématique de ce délai de recours pour tenir compte des contraintes auxquelles peuvent être confrontés les détenus étrangers désireux de contester une OQTF (CE, 27 janv. 1992, n°125409 ; CE, 24 mars 2004, n°258155 ; CAA Bordeaux, 13 janv. 2015, n°14BX01975).

Mais, en pratique, ces aménagements jurisprudentiels ne corrigent qu'à la marge un dispositif dont il vient d'être montré qu'il est structurellement et fondamentalement inadapté au contexte carcéral, le principe même d'un délai de recours de limité à quarante-huit heures étant manifestement contraire au droit à un recours effectif.

VI-7.2 Il suffit, pour s'en convaincre, de relever d'abord que seule une faible minorité d'OQTF notifiées en prison font l'objet d'un recours.

Ainsi qu'en atteste par exemple une juriste de la Cimade, intervenante au centre de rétention du Mesnil-Amelot, « *il est très rare de voir arriver en rétention une personne qui a pu contester son OQTF en prison* », soit que les étrangers n'aient pas compris l'importance et les effets des mesures prises contre eux, soit qu'ils n'aient pas obtenu l'assistance nécessaire pour exercer un recours dans les délais (**Prod. 5, 6**).

S'il ne paraît guère douteux que toute personne comprenant les effets d'une OQTF, souvent assortie d'une interdiction de retour s'agissant des étrangers détenus, et disposant du temps et des moyens nécessaires pour exercer un recours, souhaite contester cette mesure d'éloignement, il faut alors en déduire que le faible nombre de requêtes effectivement formulées s'explique par les obstacles rencontrés par les détenus pour exercer leur droit au recours.

VI-7.3 Par ailleurs, il faut souligner qu'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 ce qui ressort en effet du corpus analysé 93 de 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. Parmi ces requêtes hors délais, certaines n'avaient été envoyées qu'avec un retard de seulement 30 minutes (TA Limoges, 1^{er} juin 2017, n°1700768 ; TA Rouen, 31 janv. 2017, n°1700275) ou une heure (TA Toulouse, 21 avril 2017, n°1701595).

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.

VII. Pour conclure, les associations requérantes ainsi que M. B. entendent formuler trois remarques complémentaires venant à l'appui de leur critique des dispositions législatives litigieuses.

VII-1 D'une part, il importe de rappeler que **la Cour européenne a déjà eu l'occasion de critiquer vivement les conditions juridiques et matérielles dans lesquelles les mesures de reconduite à la frontière visant les étrangers incarcérés peuvent être contestées.**

Dans un arrêt *I.M. c. France* du 2 février 2012, en effet, les juges européens ont constaté :

« (...) Quant à la saisine du tribunal administratif en vue de contester l'arrêté de reconduite à la frontière, la Cour reconnaît que ce recours, pleinement suspensif, a été exercé devant un juge dont la compétence pour examiner les griefs tirés de l'article 3 ne saurait être remise en cause. Ainsi, un tel recours aurait théoriquement pu permettre au juge administratif de réaliser un examen effectif des risques que le requérant affirmait encourir en cas de renvoi vers le Soudan (voir, mutatis mutandis, Y.P. et L.P. c. France, précité, § 55).

*150. Toutefois, la Cour observe que **le requérant s'est heurté en pratique à des obstacles conséquents dans le cadre de cette procédure.** Avant tout, la Cour met en exergue **le caractère extrêmement bref du délai de quarante-huit heures imparti au requérant pour préparer son recours,** en particulier par rapport au*

délai de droit commun de deux mois en vigueur devant les tribunaux administratifs.

151. La Cour relève également que la brièveté de ce délai a contraint le requérant, alors en détention et n'ayant aucun accès à une assistance juridique et linguistique, à soumettre son recours sous la forme « d'un courrier en langue arabe » (voir paragraphe 26). Ce document comportait des arguments peu circonstanciés et dépourvus d'éléments de preuve. Devant le tribunal administratif de Montpellier, le requérant bénéficia de l'assistance d'un interprète et d'un avocat commis d'office, ce dernier reprenant, suite à un bref entretien avec le requérant, l'argumentation que celui-ci avait exposée par écrit, sans pouvoir ajouter d'éléments de preuve. Cette absence d'éléments probants motiva, pour l'essentiel, le rejet de la requête par le magistrat administratif. Ce dernier reprocha également au requérant de ne pas avoir préalablement introduit de demande d'asile, alors qu'il n'est pas démontré que le requérant, détenu, ait pu faire valoir une telle demande.

152. Par conséquent, eu égard à la procédure devant le magistrat administratif, la Cour souligne à nouveau les obstacles rencontrés par le requérant pour introduire une requête motivée et documentée dans un délai particulièrement court, avec l'assistance ponctuelle d'un avocat commis d'office rencontré peu de temps avant l'audience.

153. Au vu de ce qui précède, la Cour émet de sérieux doutes sur le fait que le requérant ait été en mesure de faire valoir efficacement ses griefs tirés de l'article 3 de la Convention devant le magistrat administratif. » (Cour EDH, 5^e Sect. 2 février 2012, *I.M. c. France*, Req. n°9152/09)

Or, il convient de souligner que, comme l'a relevé Marc Guillaume, ancien Secrétaire général du Conseil constitutionnel, si le juge constitutionnel « ne peut intégrer la Convention [européenne des droits de l'homme] à son contrôle des lois puisqu'il n'exerce pas un contrôle de conventionnalité, (...) cependant, dans la réalité, [il] veille à ce que son contrôle soit pleinement cohérent avec celui de la Cour de Strasbourg » (« Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Dalloz 2011, p. 293-309).

VII-2 D'autre part, la critique émise par la Cour de Strasbourg dans l'arrêt *I.M c. France* précitée rejoint **la position et les préoccupations des plus hautes instances de protection des droits de l'homme européennes**.

Dans son « Guide de bonnes pratiques en matière de voies de recours en droit interne » adopté le 18 septembre 2013, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe rappelle par exemple que « *les autorités ne doivent pas, en pratique, rendre les recours inopérants et donc indisponibles* » (p. 36).

Il relève notamment que « *la Cour a souligné l'importance de garantir aux personnes concernées par une mesure d'éloignement, le droit d'obtenir des informations suffisantes leur permettant d'avoir un accès effectif aux procédures et d'étayer leurs griefs, qu'il s'agisse d'informations relatives aux procédures à suivre ou d'informations pour accéder à des organisations proposant des conseils juridiques ; les difficultés rencontrées pouvant être aggravées par le facteur linguistique si aucune interprétation n'est prise en charge lors de la préparation du dossier* » (p. 36).

Plus précisément, à propos du délai de recours de quarante-huit heures imparti aux personnes incarcérées pour contester les mesures d'obligation de quitter le territoire sans délai, le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, a fait part de ses très sérieuses réserves sur la conventionnalité de la législation française sur ce point, dans un Rapport consécutif à sa visite de la France et daté du 17 février 2015 :

« Les migrants incarcérés se trouvent, une fois de plus, dans une situation particulièrement délicate, dans la mesure où elles n'ont pas toujours la possibilité de solliciter à temps l'aide des services pénitentiaires d'insertion et de probation ou de contacter le point d'accès au droit, voire ne parviennent pas à accéder à un fax pour envoyer leur recours dans les délais impartis. Les conditions de préparation des recours contre les OQTF « sans délai » lui semblent, dans bien des cas, soulever la question de l'accessibilité pratique de ces recours, particulièrement pour les personnes retenues en centres de rétention administrative ou incarcérées. » (Prod. 14)

Il concluait en ces termes :

« Le Commissaire considère que la complexité des recours, conjuguée à la brièveté des délais impartis, soulève de réelles inquiétudes quant à la possibilité d'exercer un recours pleinement effectif. »

VII-3 De troisième part, les exposants entendent renvoyer aux **débats parlementaires qui ont précédé l'adoption de la loi du 7 mars 2016**, laquelle a modifié l'article L.512-1 du CESEDA pour prévoir expressément, en son IV, que *« Lorsque l'étranger est en détention, il est statué sur son recours selon la procédure et dans les délais prévus au III. »* (NB : délai de quarante-huit heures et procédure accélérée).

VII-3.1 Il convient tout d'abord de préciser que cet article ne figurait pas dans le projet de loi initial qui a été soumis à l'examen de la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH).

Pour autant, à l'instar des organes du Conseil de l'Europe, la CNCDH émettait de vives inquiétudes relativement à l'effectivité du droit à un recours dans son avis sur le projet de réforme (JORF n°0159 du 11 juillet 2015 NOR: CDHX1512299V) :

« 48. (...) il découle de l'article 13 de la CESDH que la personne concernée doit pouvoir exercer son recours dans un « délai raisonnable », ce qui implique la définition légale d'un délai suffisant pour préparer, rédiger et déposer une requête comprenant un exposé détaillé des moyens de fait et de droit. Tel n'est assurément pas le cas des délais de 48 heures et de 7 jours évoqués plus haut (...) A ce propos, la CNCDH rappelle la vigilance de la Cour européenne des droits de l'homme à l'égard des délais trop longs, mais aussi des délais trop brefs qui mettent en cause l'effectivité même du recours. Elle recommande en conséquence leur allongement et la transformation des délais d'heure à heure en délais à jours ouvrés. »

VII-3.2 L'introduction d'une disposition législative prévoyant expressément que ce délai de quarante-huit heures est également

applicable aux OQTF notifiées, en détention, à des étrangers incarcérés ne pouvait que susciter l'opposition lors des débats législatifs, et plusieurs voix se sont élevées pour dénoncer cette situation.

A l'Assemblée nationale, M. Sergio CORONADO, a notamment soutenu en ces termes, le 23 juillet 2015, un amendement tendant à la suppression de cette disposition :

« Ces deux alinéas, adoptés en commission sur un amendement du rapporteur, permettent qu'il soit statué dans les soixante-douze heures, par juge unique, sur les recours exercés contre les OQTF par des personnes détenues. Le détenu aurait donc quarante-huit heures pour saisir le tribunal administratif de son recours, qui serait jugé dans les trois jours.

Cela pose pour nous d'importants problèmes d'effectivité de l'accès au droit des personnes détenues. Ces dernières rencontrent déjà d'importants obstacles pour exercer leurs recours. L'accès aux avocats, associations et interprètes est très contraint. Des problèmes d'enregistrement des recours auprès des greffes sont régulièrement rapportés au moment des auditions ou lors des rencontres avec les associations. De plus, il est très difficile pour une personne étrangère détenue de réunir les pièces d'un dossier en un temps si bref.

(...)

Il est donc totalement illusoire de penser qu'un étranger puisse exercer son droit de recours dans de tels délais – de quarante-huit puis soixante-douze heures. Je ne suis donc pas sûr de l'efficacité de la mesure, ni de la constitutionnalité et de la conventionnalité de ce dispositif. »

D'autres oppositions se sont exprimées durant les débats qui se sont tenus au Sénat.

Lors de la séance du 8 octobre 2015, le Sénateur Jean-Yves LECOMPTE, a notamment plaidé pour le retrait de la disposition législative litigieuse, expliquant que :

« Une telle disposition porte gravement atteinte aux droits de la

défense, au droit à un procès équitable et au droit à être entendu, et [qu'] elle constitue une entrave au droit à l'accès au juge. Aussi, il convient de revenir sur cette disposition, qui privera tous les détenus du droit à un recours effectif. »

Dès lors, bien que les dispositions aient finalement été adoptées par le Parlement, les difficultés qu'elles posent en termes d'effectivité du droit au recours, notamment vis-à-vis des exigences européennes, mais aussi constitutionnelles, n'ont échappé ni aux instances de contrôle du respect des droits de l'homme, ni à la représentation nationale.

VIII. Ainsi, au regard de l'ensemble des développements qui précèdent, il est indiscutable 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 suivant leur notification et que le recours formé doit être examiné par la juridiction dans les soixante-douze heures suivant son enregistrement, le législateur a 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 et entaché lesdites dispositions d'incompétence négative.

Dans ces conditions, le Conseil constitutionnel ne pourra manquer de déclarer les dispositions litigieuses contraires à la Constitution et de les abroger avec effet immédiat.

PAR CES MOTIFS, les exposantes concluent à ce qu'il plaise au Conseil constitutionnel de :

- **DECLARER** contraires à la Constitution les dispositions de l'article L. 512-1 IV du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

Avec toutes conséquences de droit.

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

Productions

- 1) Enquête du Contrôleur général des lieux de privation de liberté (Villepinte) – Extraits ;
- 2) Enquête du Contrôleur général des lieux de privation de liberté auprès des personnes détenues de nationalité somalienne (Fresnes – Fleury Mérogis et la Santé) – Extraits ;
- 3) Rapport de l’Observatoire de l’enfermement des étrangers (OEE) ;
- 4) Enquête de l’OIP-SF conduite auprès de 26 avocats ayant eu à défendre des détenus étrangers visés par une OQTF ;
- 5) Questionnaires renseignés par des intervenants associatifs en prisons ;
- 6) Rapport d’activité 2016 du point d’accès au droit de Fresnes – Extrait ;
- 7) Décision du Défenseur des droits n°2018-087 du 7 mars 2018 ;
- 8) Attestation de Mesdames CAPELLE et DUMONT, intervenantes pour la Cimade au sein de la maison d’arrêt de Rouen ;
- 9) Etude de 93 décisions de tribunal administratif rendus entre 2010 et 2017 dans le contentieux des OQTF notifiées en détention ;
- 10) Avis du Contrôleur général des lieux de privation de liberté du 9 mai 2014 relatif à la situation des personnes étrangères détenues

- 11) Rapport de La Cimade « A l'ombre du droit » ;
- 12) Rapport d'activité des Conseil départementaux de l'accès au droit 2015 ;
- 13) Courrier du ministre de la Justice à l'OIP-SF relatif aux points d'accès au droit en détention ;
- 14) Avis du 10 janvier 2011 du contrôleur général des lieux de privation de liberté relatif à l'usage du téléphone par les personnes privées de liberté ;
- 15) Courrier à l'OIP-SF de Me Iseult Arnal ;
- 16) Rapport du Commissaire européen aux droits de l'homme (Extrait) ;
- 17) Exemples de recours formés en détention par des ressortissants étrangers visés par une OQTF ;
- 18) Rapports de visites du CGLPL relatifs aux traitements des requêtes des détenus ;
- 19) Rapport d'activité 2015 du Contrôleur général des lieux de privation de libertés (Extrait) ;
- 20) Recommandations en urgence du Contrôleur général des lieux de privation de liberté à propos de la maison d'arrêt de Fresnes ;
- 21) Rapport d'activité 2013 du Contrôleur général des lieux de privation de libertés (Extrait) ;