

SPINOSI
SCP d'Avocat au Conseil d'Etat
et à la Cour de cassation
16 Boulevard Raspail
75007 PARIS

CONSEIL D'ETAT

REFERE LIBERTE

(Article L. 521-2 du code de justice administrative)

REQUETE ET MEMOIRE

POUR : 1/ ANAFE (Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers) dont le siège social est au 21 ter rue Voltaire à Paris (75011), prise en la personne de son président domicilié en cette qualité audit siège et dûment habilité à agir en justice ;

2/ Médecins du monde, dont le siège social est situé 62 rue Marcadet à PARIS (75018), pris en la personne de son représentant légal domicilié en cette qualité audit siège et dûment habilité à agir en justice.

SCP SPINOSI

CONTRE : L'ordonnance n° 2102047 du 16 mars 2021 rendue par le juge des référés du tribunal administratif de Marseille, uniquement en ce qu'elle a partiellement rejeté leur requête tendant à ce qu'il soit ordonné, sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, la fermeture immédiate des locaux attenants à ceux de la police aux frontières de Montgenèvre et, plus généralement, qu'il soit mis un terme aux atteintes graves et manifestement illégales aux libertés fondamentales du fait de l'existence de ces locaux **(Prod. 1)**.

L'ANAFE et Médecins du monde, exposantes, défèrent cette décision à la censure du juge des référés Conseil d'Etat en tous les faits et chefs qui leur font grief.

FAITS

I. Depuis le 13 novembre 2015, le gouvernement français a informé la Commission européenne du rétablissement des contrôles aux frontières intérieures en application des articles 23 et suivants du règlement n°562/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 dont la dernière version est issue du règlement (UE) n°2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016.

Le rétablissement des contrôles aux frontières intérieures de la France a constamment été prolongé par la suite et jusqu'à ce jour, le dernier rétablissement en date ayant été notifié à la Commission européenne le 6 octobre 2020 pour la période allant du 1^{er} novembre 2020 au 30 avril 2021 (**Prod. 5 de la requête introductive d'instance**).

Le rétablissement de ces contrôles a mené la France à mettre en place des points de passage autorisés (PPA).

Dans le cadre de ce dispositif, les services de la police aux frontières opposent aux personnes étrangères qui ne disposent pas de documents de voyage des refus d'entrée sur le territoire en application des dispositions de l'article 32 du code frontières Schengen et des articles L. 213-2 et suivants du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (ci-après « CESEDA »).

La frontière franco-italienne est très concernée. En 2017, plus de 50.000 décisions de refus d'entrée y ont été notifiées, plus de 32.000 en 2018 et près de 30.000 en 2019.

II. Deux points de passage font l'objet d'une surveillance accrue par la police aux frontières, l'un est situé dans les Hautes-Alpes près de Montgenèvre et l'autre dans les Alpes-Maritimes près de Menton.

A la frontière située dans les Hautes-Alpes, les personnes sont majoritairement interpellées dans les bus reliant les communes italiennes de Oulx et de Clavière à la commune française de Montgenèvre ainsi que dans les sentiers de randonnée et sur la route située entre le col de Montgenèvre et la ville de Briançon.

Ces contrôles et interpellations sont également réalisés dans les sentiers et sur les routes au niveau du col de l'Echelle et dans la gare de Briançon.

Lors de ces contrôles, réalisés par des policiers, des gendarmes mobiles ou des militaires de l'opération Sentinelle, les personnes démunies de documents de voyage et des justificatifs nécessaires à leur entrée sur le territoire français sont interpellées puis conduites au poste de la police aux frontières (PAF) de Montgenèvre.

Généralement, suite à une procédure expéditive se contentant de relever l'identité de la personne (nom, prénom, âge, nationalité), les personnes interpellées se voient remettre un refus d'entrée en quelques minutes.

Il n'est, d'ailleurs, fait que rarement appel à un interprète pour leur expliquer la procédure et les droits afférents.

Elles sont ensuite directement refoulées vers l'Italie. Pour ce faire, les pratiques des forces de l'ordre françaises ont évolué au fil du temps.

Entre 2017 et 2018, les forces de l'ordre françaises refoulaient les personnes en les conduisant en voiture jusqu'à l'entrée de la commune italienne de Clavière.

Par la suite, les policiers italiens, dont le poste central de police le plus proche se situe dans la commune de Bardonecchia, située à 30 km de Montgenèvre, avaient installé un camion à l'entrée du village italien de Clavière. Les forces de l'ordre françaises remettaient donc les personnes interpellées aux forces de l'ordre italiennes à cet endroit.

Depuis l'été 2019, les forces de l'ordre italiennes installées de l'autre côté de la frontière doivent se déplacer directement au poste de la PAF de Montgenèvre pour récupérer les personnes interpellées et repartir vers l'Italie avec elles et ce, malgré la présence d'un bureau de la police italienne dans les locaux de la PAF de Montgenèvre.

III. Cependant, au cours de la nuit, les services de la police italienne sont fermés.

La police aux frontières française a alors fait installer, en novembre 2017, une construction modulaire située à l'arrière des locaux de la PAF de Montgenèvre.

Les personnes qui ont fait l'objet d'une mesure de refus d'entrée sont, après notification de ce refus, privées de liberté à l'intérieur de cette construction modulaire le temps de leur remise aux autorités italiennes.

Cette privation de liberté est plus systématique la nuit, les services de la police italienne étant fermés de minuit à 5h00, comme le prévoit l'« *accord local* » signé entre le 19 juillet 2019 entre les autorités françaises et italiennes (**Prod. 27 de la requête introductive d'instance**).

S'ajoute à cette attente le temps nécessaire de déplacement des forces de l'ordre italiennes, le poste de la police italienne le plus proche n'étant pas situé au plus proche de la frontière.

Cette construction modulaire est donc également utilisée dans la journée, le temps nécessaire pour les autorités italiennes de venir jusqu'au poste de la PAF de Montgenèvre.

Quotidiennement, de jour comme de nuit, les personnes faisant l'objet d'un refus d'entrée font aussi l'objet d'une privation de liberté pour des durées allant de quelques minutes à plusieurs heures, en particulier la nuit, les personnes arrêtées le soir étant *de facto* privées de liberté jusqu'au lendemain matin.

Par une ordonnance du 5 juillet 2017, le juge des référés du Conseil d'État a eu l'occasion de s'exprimer sur la question de ces privations de liberté aux frontières intérieures terrestres. Il a considéré qu'une **durée de 4 heures maximum** de maintien des personnes qui vont être réacheminées vers l'Italie était raisonnable :

« 6. Considérant qu'il résulte des dispositions mentionnées au point 3 de la présente ordonnance que, dans le cadre de la réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures de l'Union, il appartient aux autorités compétentes de s'assurer que les ressortissants de pays tiers se présentant à la frontière remplissent les conditions requises pour être admis à entrer sur le territoire, et, à défaut, de leur notifier une décision de refus d'entrée, selon les modalités prévues par l'article L. 213-2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers ; que la situation des étrangers concernés n'entre pas, en tant que telle, dans les prévisions des dispositions du code de l'entrée et du séjour des étrangers relatives aux zones d'attente, qui s'appliquent aux personnes qui arrivent en France par la voie ferroviaire, maritime ou aérienne et

*peuvent être maintenues dans une zone d'attente située dans une gare ferroviaire ouverte au trafic international, dans un port ou dans un aéroport, pour une période allant jusqu'à quatre jours ; que les vérifications à effectuer et le respect des règles de forme et de procédure édictées dans l'intérêt même des personnes intéressées impliquent que celles-ci, qui, dès lors qu'elles ont été contrôlées à l'un des points de passage de la frontière, ne peuvent être regardées comme étant entrées sur le territoire français, puissent être retenues le temps strictement nécessaire à ces opérations ; **que, s'il appartient aux autorités compétentes de prendre toutes les mesures utiles pour que ce délai soit le plus réduit possible, il convient également de tenir compte, à cet égard, des difficultés que peut engendrer l'afflux soudain d'un nombre inhabituel de personnes en un même lieu et des contraintes qui s'attachent à l'éventuelle remise des intéressés aux autorités de l'Etat frontalier ; qu'il n'y a, dès lors, pas lieu de juger que le délai maximal devrait être fixé en-deçà du plafond de quatre heures retenu par l'ordonnance attaquée ; que, le ministre de l'intérieur n'ayant pas fait appel de cette ordonnance, la question de savoir si le délai pourrait, à titre exceptionnel, excéder ce plafond n'est pas dans le débat contentieux ;***

[...]

*9. Considérant, en deuxième lieu, que les associations requérantes font valoir que l'administration méconnaîtrait la réglementation applicable, en retenant parfois des ressortissants étrangers jusqu'à plus de vingt-quatre heures dans ces locaux, en ne leur notifiant pas l'intégralité de leurs droits ou encore en pré-remplissant certaines des mentions du formulaire qui leur est remis ; qu'elles soutiennent également que des étrangers seraient retenus dans ces locaux après avoir été appréhendés non pas à la frontière franco-italienne, mais à l'intérieur du territoire ; qu'enfin, elles relèvent que des étrangers mineurs non-accompagnés feraient l'objet d'un réacheminement immédiat vers l'Italie ; qu'elles produisent, à l'appui de ces affirmations, un certain nombre d'attestations ; que, toutefois, elles n'ont pas saisi, dans le cadre de la présente instance, le juge des référés du tribunal administratif de Nice de conclusions tendant à ce que celui-ci prenne des mesures propres à mettre fin à des atteintes graves et manifestement illégales à une liberté fondamentale dans des cas déterminés ; qu'au demeurant, il n'a pas été produit d'éléments laissant supposer que le juge des référés pourrait encore utilement intervenir pour mettre un terme aux atteintes individuelles ainsi dénoncées ; **qu'il résulte de l'instruction que, postérieurement à l'ordonnance attaquée, les autorités françaises se***

sont entendues avec les autorités italiennes pour que des réacheminements puissent être organisés plus fréquemment, y compris de nuit, afin de respecter le délai de quatre heures fixé par le premier juge, même si ce délai, selon toute vraisemblance, a pu, au moins ponctuellement, ne pas être respecté, notamment la nuit du 26 au 27 juin après l'interception d'un groupe de 165 étrangers, à proximité de Castellar ; que, s'agissant des autres manquements invoqués, s'ils venaient à se reproduire, il appartiendrait aux personnes concernées, le cas échéant avec l'appui des associations requérantes, de saisir, si elles s'y croyaient fondées, le juge des référés du tribunal administratif, statuant sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative ; qu'en effet, l'augmentation du nombre d'étrangers se présentant à la frontière franco-italienne ne saurait justifier le non-respect des garanties prévues, notamment, par l'article L. 213-2 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ;

10. Considérant en troisième lieu, que les dispositions mentionnées au point 4 prévoient un régime juridique spécifique pour les étrangers se présentant à la frontière et demandant à bénéficier du droit d'asile, excluant que la décision de refus d'entrée sur le territoire puisse être exécutée avant l'expiration d'un délai de quarante-huit heures suivant sa notification ou avant l'intervention de la décision du tribunal administratif en cas de recours ; que, là encore, aucune circonstance ne peut justifier le non-respect de ces dispositions à l'égard des étrangers se présentant à la frontière franco-italienne ; qu'il appartient aux personnes qui soutiendraient qu'elles auraient été empêchées de déposer une demande d'asile de saisir le juge des référés du tribunal administratif, statuant sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative ; »

Suite à une mission effectuée dans le Briançonnais les 19 et 20 mars 2018, la CNCDH évoquait, lors d'échanges avec le commandant de la PAF de Montgenèvre, le fait qu'il avait lui-même expliqué que les personnes pouvaient rester enfermées toute la nuit (**Prod. 13 de la requête introductive d'instance**, p. 11).

De plus, les observations régulières de différentes associations, réalisées en 2017, 2018, 2019 et 2020 (**Prod. 11 de la requête introductive d'instance**, pp. 16 à 18), démontrent que certaines personnes sont enfermées dans la construction modulaire attenante au poste de la police aux frontières de Montgenèvre pour des durées très variables, allant au-delà de la durée de 4 heures précitée (voir le rapport

d'observations de l'Anafé, *Persona non grata*, janvier 2019, **Prod. 11 de la requête introductive d'instance** ; voir également les comptes-rendus détaillés d'observations inter-associatives de septembre 2019, de juin 2020, d'octobre 2020, **Prod. 8 à 10 de la requête introductive d'instance**).

Dès la fin de l'année 2017, les associations ont commencé à recueillir des témoignages de personnes ayant été privées de liberté pendant toute la nuit dans cette construction modulaire (**Prod. 21 de la requête introductive d'instance**, pp. 17 à 20).

Ainsi, le 4 septembre 2018, l'Anafé a recueilli à 7 h le témoignage d'une personne privée de liberté pendant 18h la veille, le 3 septembre.

En juillet 2019, une personne a assuré avoir été privée de liberté à partir de son interpellation, vers 13h30, au lendemain matin, 7 heures, sans nourriture ni eau.

De même, en août 2019, plusieurs personnes témoignaient avoir été privées de liberté pendant toute la nuit dans la construction modulaire attenante au poste de la PAF de Montgenèvre, sans information sur la procédure en cours ni sur les droits afférents, sans nourriture et sans eau.

L'une de ces personnes a également témoigné auprès de l'Anafé qu'un policier lui aurait répondu « *ce n'est pas un hôtel* » alors qu'elle demandait à boire et à manger (**Prod. 21 de la requête introductive d'instance**, pp. 18 à 20).

Lors d'une action d'observation inter-associative, ayant eu lieu du 15 octobre 2020 à 15h au 16 octobre à 20h, les observateurs présents en continu devant les locaux de la police aux frontières de Montgenèvre sur cette période ont constaté l'enfermement de 4 personnes pour une durée supérieure à 6 heures et pour une personne pour une durée de plus de 5 heures.

Ces exemples ne sont pas des cas isolés, cette pratique étant régulièrement constatée depuis 2017 et dénoncée par les associations et les instances de protection nationales et internationales des droits humains.

Les policiers de la police aux frontières de Montgenèvre eux-mêmes affirment la privation de liberté des personnes pendant toute la nuit. Lors d'échanges entre deux représentantes de l'Anafé et de Médecins du Monde et un policier de la PAF de Montgenèvre, le 16 octobre 2020, ce dernier a affirmé que les personnes restent enfermées toute la nuit dans la construction modulaire dans le cas d'interpellations de nuit, en attendant la réouverture des locaux de la police italienne (**Prod. 21 de la requête introductive d'instance**, pp. 37-38).

Enfin, les témoignages des personnes enfermées dans ces lieux démontrent des conditions de privation de liberté indignes (**Prod. 14 de la requête introductive d'instance**) : promiscuité, simples bancs sur lesquels les personnes doivent passer toute la nuit, absence de communication d'information de la part des services de police, manque de nourriture et d'eau, bagages confisqués...

Ces conditions d'enfermement ont également été dénoncées par les services de la CNCDH en 2018 (**Prod. 15 de la requête introductive d'instance**).

Ainsi, en avril 2018, suite à leur visite des locaux de la police aux frontières de Montgenèvre, les services de la CNCDH rapportaient : « *il s'agit d'un bâtiment modulaire situé derrière les locaux de la PAF, sans point d'eau, avec une cabine de toilettes de chantier à l'extérieur (sous un mètre de neige lors de la visite de la CNCDH). A l'intérieur, trois bancs d'école et quelques couvertures. Le commandant de la PAF a expliqué que les étrangers ne restent que quelques heures, voire la nuit, mais qu'il n'avait pas de budget pour acheter des lits de camps, qui au surplus pourraient être dégradés par les personnes présentes. Les personnes retenues peuvent garder leur téléphone. A la question de la prise des repas, le commandant a répondu qu'il utilisait les stocks dont il disposait pour les gardes à vue et qu'il n'avait pas de budget affecté. Rarement plus de 10 personnes se trouvent dans ce petit local en même temps, sans séparation possible entre les hommes et les femmes.* » (**Prod. 15 de la requête introductive d'instance**, p. 11).

Il résulte de l'ensemble de ces rapports de la CNCDH et des associations présentes sur place ainsi que des observations de celles-ci, que les personnes appréhendées à la frontière franco-italienne font l'objet de mesures de privation de liberté de manière systématique, depuis 2017.

Depuis 2017, les services de la police aux frontières appréhendent et enferment, régulièrement pour des durées excédant 4 heures étant établi **qu'elles sont prévues pour durer des nuits entières**, ces personnes, en leur refusant un quelconque droit de visite et ainsi la prise de contact avec ces personnes par les associations qui ont pour mission de les aider.

IV. Depuis 2017, les associations présentes recueillent régulièrement des témoignages de personnes ayant été en difficulté à la frontière franco-italienne dans les Hautes-Alpes.

Ces témoignages d'interpellations violentes, de propos déplacés et humiliants, procédures expéditives, refus d'accès aux soins, privation de liberté de plus de 4 heures et dans des conditions indignes, ont fait l'objet de plusieurs signalements déposés notamment par des militants de l'association Tous Migrants auprès du procureur de la République de Gap dont les suites sont encore méconnues.

Par ailleurs, depuis 2017, les associations intervenant à la frontière franco-italienne travaillent régulièrement ensemble afin de mener des actions d'observation, soit de manière ponctuelle, soit de manière continue sur une période donnée, notamment devant le local de la PAF de Montgenèvre, ce qui permet d'obtenir régulièrement des données sur les pratiques de l'administration à la frontière, notamment en matière de privation de liberté.

De plus, des collectifs et associations présentes à Bardonecchia et à Oulx, en Italie, interviennent régulièrement auprès des personnes ayant été refoulées afin de recueillir leurs témoignages.

De même, à Briançon, des militants recueillent régulièrement des témoignages des personnes étrangères au refuge solidaire où les personnes arrivées à Briançon peuvent se reposer quelques jours.

Nombre d'entre elles témoignent de plusieurs refoulements avant d'avoir pu rejoindre Briançon, refoulements au cours desquels elles ont pu être privées de liberté au poste de la PAF de Montgenèvre.

Ces collectifs, militants locaux et associations sont, par ailleurs, étroitement et quotidiennement en lien avec l'Anafé pour des questions juridiques. L'Anafé réalise, de plus, des déplacements fréquents afin de mener ses propres observations et de recueillir des témoignages.

De même, dans le cadre de l'Unité Mobile de Mise à l'Abri (UMMA), Médecins du Monde organise régulièrement des maraudes sur le territoire frontalier, du côté français, en partenariat avec l'association Tous Migrants, afin de réduire les risques sanitaires physiques et psychiques encourus par les personnes traversant la frontière. Médecins du Monde et Tous Migrants viennent en aide aux personnes en difficulté en montagne et pouvant se retrouver en situation de détresse du fait de leur vulnérabilité (femmes enceintes, nourrissons, enfants en bas âges, personnes âgées), de déshydratation, d'hypothermie, de gelures, de troubles musculo-squelettiques, , ou d'autres problématiques de santé acquises lors du parcours migratoire et aggravés par la traversée de la frontière en haute-montagne.

Ces maraudes sont également l'occasion de recueillir des témoignages.

Enfin, depuis 2016, les associations présentes sur le terrain (dont Médecins du Monde et l'Anafé) sont étroitement en lien avec les services de la CGLPL, de la CNCDH et du Défenseur des droits afin de tenir régulièrement informées ces instances de protection des droits humains de la situation à la frontière franco-italienne, notamment en ce qui concerne les constats liés à la pratique de l'enfermement systématique.

V. Pourtant, dans la circulaire n° INTV1835403J du 31 décembre 2018, le ministre de l'intérieur, présentant les nouvelles dispositions des articles L 213-2 et L. 213- 3-1 du CESEDA, a rappelé *in fine* que :

« Nous vous rappelons, par ailleurs, que la personne faisant l'objet d'un refus d'entrée ne peut être retenue au-delà de la durée strictement nécessaire à l'exécution du refus d'entrée. Lorsque le refus d'entrée n'a pas pu être exécuté, la situation doit être appréhendée dans le cadre des procédures de séjour et d'éloignement ».

Par une note de la direction centrale de la police aux frontières en date du 2 mai 2019 relative à l'application des dispositions de l'article 719 du code de procédure pénale – dont le contenu partiel a été révélé à l'oral lors d'un entretien entre des agents de la PAF de Menton et Madame Aubry, députée européenne, le 31 octobre 2019 à la suite d'un refus d'accès aux constructions modulaires attenantes aux locaux de la

PAF de Menton qui a été notifié à la députée européenne –, il est indiqué que :

*«Les locaux de non-admission et locaux de mise à l’abri. Cas particulier de la PAF Menton et Montgenèvre. Pour les PPA routiers, il n’y a pas de possibilité de création d’une zone d’attente en période de RCFI. Après la non-admission la personne est réacheminée de l’autre côté de la frontière. Cependant il se peut que les réacheminements soient retardés, tout particulièrement lorsque les conditions climatiques sont mauvaises, d’où l’utilisation de locaux de mise à l’abri permettant de préserver la sécurité des migrants. **Ces locaux sont des lieux de mise à l’abri, validés par la jurisprudence. Il ne s’agit ni de locaux de GAV ou utilisé par la rdvs ni de CRA, LRA ou ZA. Ces locaux n’entrent donc dans aucun cadre juridique de droit de visite des parlementaires. Ceux-ci doivent donc formaliser une demande préalable auprès de la DCPAF et de la préfecture concernée s’ils sollicitent une visite. Cette demande fera l’objet d’une double validation. La visite d’un tel local n’entraîne pas de plein droit les visites de l’ensemble des locaux de police** » (Prod. 16 de la requête introductive d’instance).*

Les mêmes informations ont été soulevées oralement à Madame Faucillon et à Madame Obono, lors de leurs venues à la PAF de Menton les 14 et 15 novembre 2019 respectivement, dates auxquelles elles se sont également vues refuser l’accès aux constructions modulaires attenantes aux locaux de la PAF de Menton (**Prod. 17 à 19 de la requête introductive d’instance**).

Il en a été de même lors de la visite de Monsieur Gontard au poste de la PAF de Menton le 21 février 2020, alors même qu’il avait prévenu et échangé avec la préfecture en amont de sa visite et que la préfecture lui avait donné un accord pour se rendre au poste de la PAF de Menton (**Prod. 20 de la requête introductive d’instance**).

L’ensemble de ces refus d’accès ont été, une fois de plus, justifiés au nom de cette note interne du 2 mai 2019 (**Prod. 21 et 22**) dont la communication n’a été faite aux élus qu’en mai 2020, après un premier refus de la communiquer aux élus par la direction centrale de la police aux frontières en décembre 2019.

Si ces refus d’accès ont été opposés à plusieurs élus dans le cadre de visites au poste de la police aux frontières de Menton, ils ont permis de dévoiler l’existence de cette note visant à la fois les locaux de la police

aux frontières de Menton mais aussi les locaux de la police aux frontières de Montgenèvre.

C'est dans ce contexte que deux représentantes associatives ont voulu exercer leur droit de visite auprès des personnes présentes dans les locaux attenants au poste de la police aux frontières de Montgenèvre le 16 octobre 2020.

En effet, s'agissant de lieux de mise à l'abri et non pas de lieux privatifs de liberté selon les termes de la police aux frontières, les associations d'assistance juridique, comme l'Anafé, et d'assistance médicale, comme Médecins du monde, ont décidé d'aller à la rencontre des personnes supposément mises à l'abri.

Pourtant, la police aux frontières, et au motif que ces lieux ne constitueraient que des lieux de « *mise à l'abri* », leur a refusé l'accès le 16 octobre 2020 et les a renvoyées vers la préfecture des Hautes-Alpes.

Elles ont ainsi demandé au à la préfète des Hautes-Alpes de leur donner accès à ces lieux.

La préfète leur a refusé par courrier en date du 21 octobre 2020.

Dans ces conditions, les organisations exposantes ont saisi le tribunal administratif de Marseille d'un recours en annulation assorti d'un référé-suspension à l'égard du refus de la préfète des Hautes-Alpes de leur permettre d'accéder aux locaux attenants à ceux de la police aux frontières de Montgenèvre.

Par une ordonnance du 10 décembre 2020, le juge des référés du tribunal administratif de Marseille a fait droit à cette demande en suspendant l'exécution de la décision contestée et en enjoignant à la préfète des Hautes-Alpes de procéder au réexamen de la demande d'accès de l'Association Nationale d'Assistance aux Frontières pour les Etrangers (ANAFÉ) et de l'association Médecins du Monde (TA de Marseille, 10 décembre 2020, n° 2009054).

Pour fonder sa décision, le juge des référés du tribunal administratif de Marseille a relevé que :

« 11. Ainsi que vient de le juger le Conseil d'Etat, par une décision n° 428178 du 27 novembre 2020, qui annule l'article 2 du décret n°2018-

1159 du 14 décembre 2018 pris pour l'application de la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018, et qui a créé l'article R. 213-1-3 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et droit d'asile pris pour l'application de l'article L. 213-3-1 du même code, un refus d'entrée ne peut être opposé à un étranger qui a pénétré sur le territoire métropolitain en franchissant une frontière intérieure terrestre alors que lui sont applicables les dispositions, relatives au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier prises pour la transposition de la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008.

12. Il résulte de ce qui précède que la préfète des Hautes-Alpes ne peut soutenir que le local en cause mis en place dans le cadre du dispositif de refus d'entrée sur le territoire national constituerait un local de « mise à l'abri », dès lors au demeurant que les ressortissants étrangers y restent le plus souvent au-delà de quelques heures voire une nuit. Par suite, le moyen tiré de ce que le refus méconnaît le droit des associations requérantes à l'accès à un lieu de rétention, ainsi que les y autorisent les dispositions de l'article R. 553-14-4 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, est de nature à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision de la préfète des Hautes-Alpes du 21 octobre 2020. » (Prod. 23 de la requête introductive d'instance).

Il est également à relever que, saisi d'une demande comparable concernant l'accès des associations aux locaux attenants à ceux de la police aux frontières de Menton, le juge des référés du tribunal administratif de Nice a également fait droit à cette demande en ordonnant, par une ordonnance du 30 novembre 2020, la suspension de la décision attaquée (Prod. 22 de la requête introductive d'instance).

A cette occasion, le juge des référés du tribunal administratif de Nice relevait notamment que :

« Le préfète des Alpes-Maritimes ne conteste cependant pas les allégations des requérantes qui soutiennent que, quotidiennement, de nombreuses personnes sont retenues dans ces locaux munis de système de fermeture et de surveillance vidéo, dans des conditions précaires, pour de nombreuses heures, notamment la nuit lorsque le poste de police italien est fermé, qu'elles sont mises dans l'impossibilité de partir librement de ces locaux et d'obtenir au cours de la période de « maintien » une assistance médicale, juridique ou administrative d'associations » (Prod. 22 de la requête introductive d'instance, p.5).

Et de constater finalement que :

« Le préfète des Alpes-Maritimes ne conteste pas les allégations des associations requérantes sur la durée de « maintien » des personnes « retenues » dans les locaux dits de « mise à l'abri », sans que cette durée soit justifiée par l'examen de leurs dossiers notamment l'étude de demandes d'asile, le caractère coercitif de ce « maintien » et le caractère quotidien de ces pratiques de « mise à l'abri » notamment entre 19h et 8h du matin sans possibilité que soit accordé, un accès régulier ou même ponctuel à ces locaux, au vu de certaines circonstances notamment sanitaires, des associations requérantes pour porter assistance aux personnes retenues » (Prod. 22 de la requête introductive d'instance, p.6).

Ces deux ordonnances de référés ont été rendus en écho à une jurisprudence récente du Conseil d'Etat.

VI. En effet, le 27 novembre 2020, le Conseil d'Etat s'est prononcé sur la légalité du décret n°2018-1159 du 14 décembre 2018 pris pour application de la loi n°2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie et portant diverses dispositions relatives à la lutte contre l'immigration irrégulière et au traitement de la demande d'asile.

Or, en ce qui concerne l'article 2 du décret litigieux relatif aux décisions de refus d'entrée prises à l'égard des étrangers qui viennent d'entrer sur le territoire en provenance directe d'un Etat partie à la convention de Schengen, le Conseil d'Etat a jugé que :

« 3. Les dispositions de l'article 2 du décret attaqué ont inséré dans le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile un article R. 213-1-1, pris pour l'application de l'article L. 213-3-1 du même code, lequel dispose : " En cas de réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures prévue au chapitre II du titre III du règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), les décisions mentionnées à l'article L. 213-2 peuvent être prises à l'égard de l'étranger qui, en provenance directe du territoire d'un Etat partie à la convention signée à Schengen le 19 juin 1990, a pénétré sur le territoire métropolitain en franchissant une frontière intérieure terrestre sans y

être autorisé et a été contrôlé dans une zone comprise entre cette frontière et une ligne tracée à dix kilomètres en deçà. Les modalités de ces contrôles sont définies par décret en Conseil d'Etat ".

*4. Le a) du paragraphe 2 de l'article 2 de la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008 du Parlement européen et du Conseil relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier permet aux Etats membres de ne pas appliquer les dispositions de cette directive aux ressortissants de pays tiers faisant l'objet d'une décision de refus d'entrée conformément à l'article 13 du règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), ou arrêtés ou interceptés à l'occasion du franchissement irrégulier de la frontière **extérieure** d'un Etat membre. Telles qu'interprétées par l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 19 mars 2019, Arib e.a. (C-444/17), ces dispositions ne sont pas applicables aux franchissements des frontières intérieures d'un Etat membre lorsque celui-ci a réintroduit le contrôle à ces frontières en vertu de l'article 25 du code frontières Schengen. Il suit de là que les associations requérantes sont fondées à soutenir que en ce qu'il permet d'opposer un refus d'entrée à un étranger qui a pénétré sur le territoire métropolitain en franchissant une frontière intérieure terrestre **alors que lui sont applicables les dispositions, relatives au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier prises pour la transposition de la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008,** les dispositions de l'article L. 213-3-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile sont incompatibles avec les objectifs de celle-ci et à demander l'annulation de l'article 2 du décret attaqué, pris pour l'application de ces dispositions législatives. » (CE, 27 novembre 2020, n° 428.178, **Prod. 24 de la requête introductive d'instance**).*

En d'autres termes, la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008 « relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier » (dite directive « retour ») s'applique aux frontières intérieures même en cas de « réintroduction temporaire du contrôle aux frontières intérieures ».

Il en résulte nécessairement que c'est en méconnaissance de ces exigences du droit de l'Union que le législateur a exclu que les règles

de la directive « retour » bénéficient à un étranger qui se présente à la frontière intérieure et se voit opposé un refus d'entrée.

En effet, comme le souligne le rapporteur public, M. Guillaume Odinet, dans ses conclusions :

« La requête soutient que l'article L. 213-3-1 méconnaît les règles de la directive « retour », puisqu'il exclut l'application de la procédure de retour définie par cette directive – qui inclut notamment un recours suspensif (art. 13) et un encadrement strict des possibilités de placement en rétention (art. 15) – aux étrangers en situation irrégulière sur le territoire auxquels il s'applique.

Il est clair, en effet, que le régime du refus d'entrée, prévu au livre II du CESEDA, ne respecte pas l'ensemble des garanties de la procédure de retour définie par la directive « retour ». Il se fonde pour cela sur le a) de l'article 2 de cette directive, qui permet aux États membres de décider de ne pas appliquer la directive aux ressortissants de pays tiers qui font l'objet d'une décision de refus d'entrée sur le territoire des États membres conformément au code frontières Schengen ou qui sont arrêtés à l'occasion du franchissement irrégulier d'une frontière extérieure d'un État membre et ne sont pas autorisés à y séjourner.

*Cette exception à l'application de la directive retour ne s'étend pas, cependant, aux étrangers qui franchissent irrégulièrement une frontière intérieure [mot souligné par le rapporteur public], même lorsque l'État membre concerné a réintroduit, en vertu de l'article 25 du code frontières Schengen, le contrôle à cette frontière. C'est en substance ce qu'a jugé la Cour de justice de l'Union, en grande chambre, dans l'arrêt Arib du 19 mars 2019 (C-444/17). La Cour a constaté, certes, que l'article 32 du code frontières Schengen énonce qu'en cas de rétablissement des contrôles aux frontières intérieures, les dispositions pertinentes relatives aux frontières extérieures [trois mots soulignés par le rapporteur public] s'appliquent *mutatis mutandis*. Mais, après avoir notamment relevé que la dérogation à la procédure de retour prévue par le a) de l'article 2 de la directive pour les refus d'entrée visait à permettre d'éloigner plus rapidement des étrangers vers une destination aisément déterminable – ce qui n'est vrai que lorsqu'ils proviennent directement d'un État tiers et franchissent une frontière extérieure – elle a jugé que les ressortissants de pays tiers franchissant une frontière intérieure n'étaient pas dans le champ de la dérogation du a) de l'article 2 de la directive retour, même lorsque l'État membre a réintroduit le contrôle à cette frontière. En somme, et*

pour reprendre le titre du communiqué de presse de la Cour, « une frontière intérieure d'un État membre sur laquelle des contrôles ont été rétablis ne peut être assimilée à une frontière extérieure au sens de la directive retour ».

Il résulte assez directement de cet arrêt que le législateur ne pouvait user de la dérogation prévue au a) de l'article 2 de la directive retour pour étendre l'application du régime du refus d'entrée du livre II du CESEDA – et ainsi restreindre celle du régime de l'éloignement de son livre V – aux étrangers ayant franchi irrégulièrement une frontière intérieure et contrôlés à cette occasion. L'article L. 213-3-1 du code, issu de la loi du 10 septembre 2018, est ainsi contraire à la directive ; et l'article R. 213-3-1, créé par l'article 2 du décret attaqué, pris sur son fondement, est en conséquence illégal et doit être annulé » (Conclusions de M. Guillaume Odinet sur l'affaire n° 428.178).

Par conséquent, il apparaît incontestable que l'ensemble des règles et garanties prévues par la directive « *retour* » du 16 décembre 2008 s'appliquent pleinement à la frontière entre la France et l'Italie, laquelle constitue une « *frontière intérieure* » en dépit du rétablissement temporaire des contrôles.

Dans ces conditions, l'ensemble des ressortissants étrangers présents dans cette zone relèvent du champ d'application des règles de la directive « *retour* ».

Il en est tout particulièrement ainsi concernant le régime de la rétention, dans la mesure où l'ensemble des pratiques privatives de liberté des ressortissants étrangers sont nécessairement susceptibles d'être régies par les exigences des articles 15 à 18 de la directive « *retour* », lesquels encadrent « strictement » la rétention des ressortissants entrés irrégulièrement sur le territoire d'un État membre (CJUE, 7 juin 2016, *Affum*, Aff. C 47/15, § 61-62).

VII. Depuis ces décisions, il apparaît que la police aux frontières de Montgenèvre continue de maintenir quotidiennement des personnes dans les locaux attenants aux siens pour une durée pouvant aller jusqu'à 13h, et ce en dehors de toute base légale, alors même que le caractère coercitif de ces privations de liberté a été constaté.

À titre d'exemple, au mois de novembre 2020, l'Anafé et Médecins du monde ont suivi la situation d'une famille composée d'un couple, lui-

même composé d'une femme enceinte de 8 mois et d'un homme, accompagné par leur enfant de 10 ans et le petit frère de l'homme, âgé de 14 ans. Le 16 novembre 2020 et le 19 novembre 2020, par deux fois, la famille, interpellée dans les sentiers de randonnée situés autour du col de Montgenèvre, s'est vu notifier un refus d'entrée sur le territoire français de manière expéditive et a été refoulée vers l'Italie.

À ces deux reprises, la famille a été privée de liberté dans la construction modulaire attenante au poste de la PAF de Montgenèvre pendant plus de 8 heures, sans boisson ni nourriture. Le samedi 21 novembre 2020, la famille a de nouveau été interpellée vers 13h dans les sentiers autour de Montgenèvre. La famille a témoigné avoir, cette fois-ci, prévu un pique-nique afin de pouvoir manger en cas de privation de liberté au poste de la PAF de Montgenèvre. Etant prise de douleurs, la femme enceinte a été finalement conduite à l'hôpital de Briançon vers 15h. Son époux, le frère de ce dernier et l'enfant du couple ont quant à eux été privés de liberté dans la construction modulaire attenante au poste de la PAF de Montgenèvre jusqu'au lendemain matin. Ils ont alors été conduits à l'hôpital de Briançon. Une fois en contact avec des militants du briançonnais, l'homme a découvert qu'il s'était vu notifier une OQTF assortie d'une IRTF.

De même, les associations ont suivi, le 17 décembre 2020, la situation d'un couple ayant été interpellé vers 12h dans les sentiers autour de Montgenèvre par les forces de l'ordre françaises. Bien qu'ayant exprimé à plusieurs reprises le souhait de faire une demande d'asile en France, cela n'a pas été pris en compte par les forces de l'ordre françaises. De manière expéditive, un refus d'entrée leur a été notifié et le couple a été privé de liberté dans la construction modulaire attenante au poste de la PAF de Montgenèvre. 28 personnes étaient enfermées en même temps que le couple dans cette construction modulaire. Le couple a témoigné de la présence de femmes, d'hommes et de mineurs. Une famille était également présente parmi eux, dont la mère était souffrante. Vers 18h30, après 6h30 de privation de liberté, le couple a été refoulé vers l'Italie.

Le 16 janvier 2021, une famille ressortissante afghane, parmi laquelle se trouvaient des personnes âgées et des enfants en bas âges, a été interpellée en milieu d'après-midi dans les sentiers autour de Montgenèvre. A 16h, la famille a été conduite par hélicoptère des services de la PGHM au poste de la PAF de Montgenèvre. La famille a alors été privée de liberté dans la construction modulaire attenante au poste de la PAF de Montgenèvre, sans qu'aucune procédure ne leur soit

notifiée. Dans la nuit, vers 1h du matin, les services de la PAF de Montgenèvre ont contacté les militants de l'association Tous Migrants afin qu'ils viennent prendre en charge les membres de la famille, les policiers de la PAF de Montgenèvre avouant alors ne pas savoir quoi faire des membres de la famille. Finalement, vers 3h du matin, Médecins du Monde a pu procéder à une évaluation de santé de la famille qui a été prise en charge par les militants du briançonnais, soit après 11 heures de privation de liberté.

Le 8 mars 2021, l'Anafé et Médecins du Monde ont été alertées de la situation de deux hommes, ressortissants afghans, interpellés aux alentours de 23h le 6 mars 2021 à La Vachette. Conduits au poste de la police aux frontières de Montgenèvre, ils ont été enfermés pendant plus de 18 heures dans ces locaux, sans information relative au cadre légal de leur privation de liberté. Ayant sollicité l'asile en France, cette demande n'a pas été prise en compte par les forces de l'ordre françaises. Un seul repas chaud a été fourni au cours de cette privation de liberté. Finalement, le 7 mars 2021, une OQTF sans délai de départ volontaire et une IRTF leur ont été notifiées aux alentours de 17h. La police aux frontières les a ensuite conduits à la frontière italienne où il leur a été demandé de rejoindre l'Italie à pied selon le témoignage de ces deux personnes (**Prod. 31 de la requête introductive d'instance**).

VIII. En outre, en dépit de l'injonction prononcée par le tribunal administratif de Marseille, la préfète des Hautes-Alpes n'a pas procédé au réexamen de sa décision suspendue en novembre 2020.

Par conséquent, le 23 janvier 2021, des représentantes de l'Anafé et de Médecins du monde se sont de nouveau présentées au poste de la PAF de Montgenèvre. Un refus d'accès leur a été opposé au motif que leur visite avait lieu un samedi et qu'il était nécessaire de revenir en semaine. Deux représentantes des associations se sont par conséquent présentées une fois de plus au poste de la PAF de Montgenèvre le lundi 25 janvier 2021. Un nouveau refus d'accès leur a été opposé. L'Anafé et Médecins du monde ont donc saisi la préfecture des Hautes-Alpes par un *e-mail* adressé le 25 janvier 2021, courriel demeurant sans réponse de la préfecture des Hautes-Alpes au jour du dépôt de la présente requête (**Prod. 24 et 25 de la requête introductive d'instance**).

Le 12 février 2021, Philippe de Botton, médecin et président de Médecins du Monde, a demandé à la police aux frontières d'évaluer l'état de santé des personnes interpellées et présentes à l'intérieur des

locaux du poste de la PAF de Montgenèvre. La police aux frontières a répondu que toutes les personnes étaient en bonne santé et que les pompiers seraient appelés si les personnes rencontraient une problématique de santé. La police aux frontières a par conséquent refusé l'accès à Médecins du Monde (à cet égard, voir le témoignage vidéo du président de Médecins du Monde publié le 13 février : <https://bit.ly/3v5NrqG> - Dernière consultation le 9 mars 2021).

Pourtant, le 13 février 2021, les associations Médecins du Monde et Tous Migrants ont appris que parmi les personnes interpellées par la police aux frontières, une femme enceinte de 8,5 mois était présente, accompagnée de sa famille. Les pompiers n'ont cependant pas été appelés. La femme a été refoulée en Italie dans la nuit du 12 au 13 février 2021, et elle a accouché à l'hôpital de Rivoli, en Italie, situé à plus d'1h30 de trajet, le 13 février vers midi (à cet égard, voir le témoignage vidéo d'une famille : <https://bit.ly/2OfwABc>, à partir de 4'35 publié le 20 février 2021 par le site Konbini – Dernière consultation le 9 mars 2021)

Le 19 février 2021, lors d'un rendez-vous inter-associatif demandé par l'Anafé, Amnesty International France, La Cimade, Médecins du monde, Médecins sans frontières, Secours catholique – Caritas France avec la préfecture des Hautes-Alpes, la préfecture a annoncé qu'une réponse était en cours d'élaboration et serait adressée prochainement aux associations concernées.

Dans le cadre de ce même rendez-vous, questionnée sur la privation de liberté, la préfecture des Hautes-Alpes a répondu aux associations présentes qu'il ne s'agissait pas d'une privation de liberté mais d'un lieu de « *mise à l'abri* » dont la gestion était quotidienne et organisée par les services de la PAF, à disposition des personnes interpellées en attente de la venue de la police italienne. La préfecture a conclu son propos sur le fait que les personnes avaient le droit de repartir en Italie si elles le souhaitaient. Or, il a été précisé que cette liberté était certes « *plus virtuelle que réelle* » au regard de la situation géographique et du fait que les services de police n'incitaient pas les personnes à le faire (**Prod. 26 de la requête introductive d'instance**).

IX. C'est dans ces conditions que les associations ont été de nouveau contraintes de saisir le juge administratif des référés.

Et ce, afin de solliciter, à titre principal, la fermeture immédiate des locaux attenants à ceux de la police aux frontières de Montgenèvre et, à titre subsidiaire, qu'il soit enjoint à la préfète des Hautes-Alpes d'autoriser les associations à accéder à ces locaux aux fins de permettre une assistance humanitaire des personnes étrangères.

Par ordonnance en date du 16 mars 2021 (**Prod. 1**), le juge des référés du tribunal administratif de Marseille a fait partiellement droit à leurs demandes, en enjoignant à la préfète des Hautes-Alpes de procéder au réexamen de la demande d'accès des associations exposantes, dans le délai de quinze jours à compter de la notification de l'ordonnance.

À cet égard, le tribunal administratif de Marseille a notamment jugé que :

« 13. Si la préfète des Hautes-Alpes fait valoir que les locaux dont s'agit, qui font l'objet de mesures sanitaires très strictes, ont pour objet la « mise à l'abri » d'étrangers se présentant au point de passage, afin qu'ils ne stationnent pas en extérieur et bénéficient de conditions d'attente décentes, que des procédures ont été mises en place pour accélérer le rythme de remises aux autorités italiennes et diminuer d'autant la présence d'un individu dans les locaux, que les personnes vulnérables font l'objet d'une attention particulière, que les mineurs isolés sont pris en charge par le service départemental d'aide à l'enfance, que l'assistance médicale est assurée dans le cadre d'une convention avec les sapeurs-pompiers, ces circonstances, loin de constituer une atteinte injustifiée et disproportionnée aux droits des personnes, et que rien ne permet de remettre formellement en cause, portent cependant une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté des associations d'aider autrui dans un but humanitaire »
(Prod. 1).

Cependant, par la même ordonnance, le juge des référés du tribunal administratif de Marseille a rejeté le reste des demandes des exposantes.

C'est l'ordonnance attaquée.

DISCUSSION

X. A titre liminaire, les associations exposantes tiennent d'emblée à souligner qu'elles entendent contester l'ordonnance litigieuse uniquement en ce qu'elle a rejeté leurs demandes tendant à ce qu'il soit ordonné, sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, la fermeture immédiate des locaux attenants à ceux de la police aux frontières de Montgenèvre et donc, plus généralement, à ce qu'il soit mis un terme aux atteintes graves et manifestement illégales aux libertés fondamentales du fait de l'existence de ces locaux.

En effet, tout en reconnaissant que la condition d'urgence qui résulte des dispositions de l'article L. 521-2 du code de justice administrative était en l'occurrence satisfaite (**Prod. 1**, §7), le juge des référés du tribunal administratif de Marseille a jugé que « *le juge administratif n'est compétent, lorsqu'il est saisi en application de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, que pour ordonner une mesure provisoire, justifiée par l'urgence et nécessaire pour assurer la sauvegarde des libertés fondamentales de l'ensemble des personnes. Une mesure telle qu'une fermeture n'est pas suite pas envisageable dans le cadre du présent recours* » (*Ibid.*, § 8).

Or, une telle solution soulève d'importantes et inédites questions qu'il appartient au juge des référés du Conseil d'Etat de trancher.

X-1 D'une part, la présente affaire interroge singulièrement le statut juridique des locaux de la police aux frontières où de très nombreuses personnes migrantes sont quotidiennement privées de libertés à la frontière franco-italienne.

Et ce, sous couvert d'une pratique de prétendue « mise à l'abri », qui ne répond à strictement aucun cadre légal, en particulier en ce qu'elle ne s'inscrit pas dans le dispositif juridique de la rétention ou de la zone d'attente, ni même d'un quelconque autre régime légal.

X-1.1 De façon pour le moins révélatrice, les autorités préfectorales ne le contestent d'ailleurs guère.

Ainsi, la préfète des Hautes-Alpes a elle-même énoncé que la prétendue

« mise à l'abri [...] se traduit juridiquement par une situation sui generis », c'est-à-dire hors de tout cadre légal préexistant.

En somme, ces locaux où les personnes étrangères ainsi retenues sont privées de l'ensemble de leurs droits et où les associations humanitaires – par dérogation aux régimes prévus pour d'autres espaces comme les lieux de rétention ou les zones d'attente – ont longtemps été interdites d'accès, constituent de véritables no man's land juridiques où l'arbitraire prime faute de cadre légal permettant de s'assurer que les règles protectrices nationales et européennes s'y appliquent.

En ce sens, d'ailleurs, il y a lieu de relever que, dans son ordonnance, le juge des référés du tribunal administratif de Marseille a systématiquement éludé la question du « cadre juridique de la création desdits locaux » et a employé alternativement les expressions de « mise à l'abri » ou encore de « retenue », en maintenant dans son ordonnance des guillemets pour le moins significatifs de son embarras à l'heure de qualifier juridiquement une telle situation dont il a admis que « *sa nature juridique reste à définir* ».

Et ce, alors même qu'il a dûment relevé que les associations exposantes soutiennent « *quotidiennement, des personnes sont retenues dans ces locaux qui seraient munis de système de fermeture et de surveillance vidéo, pour de nombreuses heures, notamment la nuit lorsque le poste de police italien est fermé, et qu'elles sont mises dans l'impossibilité de partir librement de ces locaux* » considérant à cet égard que ces conditions concernent « *des personnes susceptibles de se trouver, du fait de leur parcours éprouvant en montagne, dans un état d'extrême vulnérabilité* ».

En outre, l'ordonnance litigieuse a reconnu que « *cette situation a priori préoccupante* » se renouvèle « *fréquemment voire chaque jour* ».

X-1.2 Il appartient donc désormais au juge des référés du Conseil d'Etat de tirer les conséquences de ces constats et, conformément à son office de juge d'appel saisi au titre de l'article L. 521-2 du CJA, de prononcer toute mesure susceptible de mettre un terme aux atteintes graves et manifestement illégales aux libertés fondamentales en cause.

Une telle intervention implique prioritairement qu'il soit enjoint à la fermeture des locaux litigieux.

Mais à défaut, il est tout à fait loisible au juge des référés du Conseil d'Etat de prononcer toute autre mesure, parmi lesquelles peuvent figurer des injonctions tendant à ce qu'un ensemble de droits et de garanties soient effectivement assurés aux personnes étrangères, notamment afin que l'assistance humanitaire que leur apportent les associations ne demeure pas ineffective et purement théorique.

X-2 D'autre part, et corrélativement, la présente affaire soulève également une question inédite à ce jour devant le Conseil d'Etat concernant le statut juridique de la liberté d'aider autrui dans un but humanitaire.

En effet, à ce stade, cette liberté qui découle du principe constitutionnel de fraternité selon le Conseil constitutionnel, dispose elle-aussi d'une valeur constitutionnelle, en qualité de « *liberté d'aider autrui, dans un but humanitaire, sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national* » (Cons. constit. Déc. n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, § 7 et 8 ; v. également Cons. constit. Déc. n° 2018-770 DC du 6 septembre 2018, § 104).

En outre, plusieurs tribunaux administratifs ont déjà eu l'occasion de reconnaître qu'une telle liberté relève bien de la catégorie des « *libertés fondamentales* » au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative (outre l'ordonnance litigieuse, v. not. TA de Besançon, ord., 28 août 2018, n° 1801454 ; TA de Nice, 4 mars 2021, *ANAFE et Médecins du monde*, n° 2101086).

Toutefois, et à ce jour, le Conseil d'Etat n'a pas encore eu l'occasion d'entériner une telle qualification.

X-3 C'est dans ce contexte et eu égard à l'ensemble de ces questions, aussi cruciales qu'inédites, que le Conseil d'Etat a vocation à statuer sur le présent contentieux.

Et ce, afin d'infirmer l'ordonnance litigieuse en ce qu'elle a refusé de faire cesser les atteintes graves et manifestement illégales à la frontière franco-italienne.

Sur l'office du juge saisi en référé-liberté au titre de l'article L. 521-2 du code de justice administrative

XI. En premier lieu, le juge des référés du tribunal administratif de Marseille a entaché son ordonnance d'erreur de droit mais aussi d'irrégularité pour insuffisance de motivation au regard des dispositions des articles L. 511-1 et L. 521-2 du code de justice administrative, en ce qu'il a jugé – pour rejeter partiellement la requête des exposantes – que :

*« 8. Le juge administratif n'est compétent, lorsqu'il est saisi en application de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, **que pour ordonner une mesure provisoire**, justifiée par l'urgence et nécessaire pour assurer la sauvegarde des libertés fondamentales de l'ensemble des personnes. Une mesure telle qu'une fermeture n'est pas suite pas envisageable dans le cadre du présent recours ».*

Une telle motivation est vouée à l'annulation.

XI-1 En droit, l'article L. 511-1 du code de justice administrative prévoit le principe selon lequel :

« Le juge des référés statue par des mesures qui présentent un caractère provisoire. Il n'est pas saisi du principal et se prononce dans les meilleurs délais ».

Et il résultait traditionnellement de ces dispositions que : *« Si, pour le cas où l'ensemble des conditions posées par l'article L. 521-2 du code de justice administrative sont remplies, le juge des référés peut prescrire « toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale » de telles mesures doivent, ainsi que l'impose l'article L. 511-1 du même code, présenter un caractère provisoire » ; qu'il suit de là que le juge des référés ne peut, sans excéder sa compétence, ni prononcer l'annulation d'une décision administrative, ni ordonner une mesure qui aurait des effets en tous points identiques à ceux qui résulteraient de l'exécution par l'autorité administrative d'un jugement annulant pour défaut de base légale une telle décision »* (Conseil d'Etat, Ord. 9 décembre 2005, n° 287.777).

Toutefois, depuis cette ordonnance du 9 décembre 2005, la jurisprudence du Conseil d'Etat a significativement évolué.

En effet, le principe selon lequel le juge des référés ne peut prescrire que des mesures présentant un « caractère provisoire » connaît

désormais une exception en particulier au titre du référé-liberté prévu à l'article L. 521-2 du code de justice administrative.

Et cette exception découle de l'office même du juge du référé-liberté selon lequel, d'après une formule reprise par une jurisprudence constante, il lui appartient « *lorsqu'il est saisi sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative et qu'il constate une atteinte grave et manifestement illégale portée par une personne morale de droit public à une liberté fondamentale, de prendre les mesures qui sont de nature à faire disparaître les effets de cette atteinte* » (voir notamment Conseil d'Etat, Ord. 2 mars 2021, n° 449.744, au Recueil).

XI-1.1 Ainsi, par une ordonnance du 30 mars 2007, tout en rappelant que « *les décisions prises par le juge des référés n'ont, en principe, qu'un caractère provisoire* », le Conseil d'Etat a ainsi jugé que :

« Lorsqu'aucune mesure de caractère provisoire n'est susceptible de satisfaire cette exigence, en particulier lorsque les délais dans lesquels il est saisi ou lorsque la nature de l'atteinte y font obstacle, il peut enjoindre à la personne qui en est l'auteur de prendre toute disposition de nature à sauvegarder l'exercice effectif de la liberté fondamentale en cause » (CE, Ord. 30 mars 2007, *Ville de Lyon*, n° 304.053).

Le juge des référés a donc confirmé qu'il lui était loisible d'enjoindre à une collectivité, sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, « *de prendre une disposition qui n'avait pas de caractère provisoire* » – en l'occurrence, autoriser une association à louer une salle municipale –, dès lors que seule cette mesure était à même de « *permett[re] au juge des référés [de] sauvegarder la liberté de réunion dont il a décidé qu'il y était gravement porté atteinte de manière manifestement illégale* » (*Ibid.*).

En somme, pour reprendre les mots des commentateurs autorisés, « *le juge du référé liberté du Conseil d'Etat [...] a expressément jugé que lorsque aucune mesure provisoire n'était susceptible de faire disparaître les effets de l'atteinte portée à la liberté fondamentale dont se prévalait le requérant* », le juge des référés peut « prononcer une mesure aux effets définitifs » (Frédéric Lenica et Julien Boucher, « *Champ des mesures ordonnées en référé : "Provisoires, sauf si..."* », in *AJDA*, 2007, p. 1237).

XI-1.2 Une telle position a été explicitée et amplement confirmée par le Conseil d'Etat dans une décision ultérieure rendue le 31 mai 2007 :

*« Il appartient au juge des référés (...) de prendre les mesures qui sont de nature à faire disparaître les effets de cette atteinte ; que ces mesures doivent en principe présenter un caractère provisoire, **sauf lorsque aucune mesure de cette nature n'est susceptible de sauvegarder l'exercice effectif de la liberté fondamentale à laquelle il est porté atteinte** ; que ce caractère provisoire s'apprécie au regard de l'objet et des effets des mesures en cause, en particulier de leur caractère réversible »* (CE, Ord. 31 mai 2007, *Syndicat CFDT Interco 28*, n° 298.293).

Ce faisant, toujours selon les commentateurs autorisés, *« le Conseil d'Etat a opportunément livré le mode d'emploi permettant au juge du référé liberté de s'affranchir de la condition formelle de mesure provisoire »* (Frédéric Lenica et Julien Boucher, précité).

XI-2 Or, en l'occurrence, c'est à tort que le juge des référés du tribunal administratif de Marseille a considéré qu'il n'était pas compétent pour ordonner la fermeture des locaux attenants à ceux de la police aux frontières de Montgenèvre aux motifs que le juge du référé-liberté ne peut ordonner que des mesures provisoires.

En effet, la seule circonstance que les mesures sollicitées par les exposantes ne sont pas de nature provisoire ne saurait priver le juge de sa compétence pour les ordonner.

À ce titre, il importe donc peu que la mesure ordonnée par le juge du référé-liberté soit provisoire ou définitive dès lors que ce dernier peut ordonner *« toute disposition »* de nature à sauvegarder l'exercice effectif de la liberté fondamentale en cause (CE, Ord. 30 mars 2007, *Ville de Lyon*, précitée).

Par conséquent, l'affirmation selon laquelle une mesure n'entre pas dans les limites de l'office du juge du référé-liberté au seul motif qu'elle n'est pas de nature provisoire est **totalement erronée**.

Le juge des référés du tribunal administratif de Marseille ne pouvait donc décliner sa compétence concernant la demande de fermeture des locaux, sans même rechercher s'il convenait de l'ordonner en l'absence

d'autres mesures provisoires susceptibles de sauvegarder l'exercice effectif des libertés fondamentales en cause (voir notamment CE, Ord. 31 mai 2007, *Syndicat CFDT Interco 28*, précitée).

Et ce, alors même qu'il relevait lui-même, au stade de son examen de la condition d'urgence, que les mesures ordonnées dans le cadre du référé-liberté doivent : « *en principe, présenter un caractère provisoire, sauf lorsque aucune mesure de cette nature n'est susceptible de sauvegarder l'exercice effectif de la liberté fondamentale à laquelle il est porté atteinte* » (Prod. 1, § 4) **et manquait par suite de faire application des règles de droit qu'il énonçait.**

Au cas d'espèce, les demandes des exposantes relèvent précisément de l'exception au principe selon lequel le juge des référés ne peut prescrire que des mesures présentant un « *caractère provisoire* ».

Car la fermeture de locaux dans lesquels des personnes sont privées de liberté **est la seule susceptible « de faire disparaître les effets de l'atteinte portée »** aux libertés fondamentales en cause.

En tout état de cause, force est de constater que le juge des référés de première instance n'a aucunement motivé sa décision lapidaire sur ce point, en particulier faute d'avoir expliqué ce en quoi la fermeture des locaux ou toute autre mesure – provisoire ou non – susceptible de faire cesser les atteintes aux libertés fondamentales en ces lieux ne pourraient être enjointes.

XI-3 Dans ces conditions, le juge des référés du tribunal administratif de Marseille a manifestement entaché son ordonnance d'erreur de droit mais aussi d'irrégularité pour insuffisance de motivation.

Il résulte de tout ce qui précède que l'ordonnance litigieuse ne pourra qu'être annulée en ce que le juge des référés du tribunal administratif de Marseille a manqué de prendre les mesures nécessaires afin de faire cesser les atteintes graves et manifestement illégales aux libertés fondamentales des personnes étrangères mais aussi des associations exposantes.

Il appartient donc au juge des référés du Conseil d'Etat d'annuler cette ordonnance et, dans le cadre de son office de juge d'appel, d'ordonner lui-même les mesures susceptibles de faire cesser de telles atteintes.

Or, si de telles atteintes doivent prioritairement cesser par la voie d'une fermeture immédiate des locaux litigieux, il est également loisible au juge des référés du Conseil d'Etat **d'enjoindre à l'Etat d'assurer aux personnes étrangères ainsi retenues le bénéfice et la jouissance effective de l'ensemble des droits qui doivent leur être garantis** compte tenu de leur double qualité d'étrangers et de personnes privées de liberté.

C'est à ce titre que les associations exposantes entendent développer leurs demandes d'injonctions devant le juge d'appel.

Sur la situation au sein des locaux attenants à ceux de la police aux frontières de Montgenèvre

XII. En second lieu, le prononcé d'une injonction tendant à ce que soit ordonnée la fermeture immédiate des locaux attenants à ceux de la police aux frontières de Montgenèvre s'impose incontestablement au regard de la situation au sein de ces locaux qui porte une atteinte grave et manifestement illégale à plusieurs libertés fondamentales.

XII-1 En effet, en droit, il importe de rappeler que **la liberté d'aller et venir** – en qualité de « *liberté personnelle* » – ainsi que **le droit à la liberté et à la sûreté** – ou « *liberté individuelle* » ont chacune acquis le statut de principe à valeur constitutionnelle et constituent une liberté fondamentale au sens des dispositions de l'article L.521-2 du code de justice administrative.

XII-1.1 Aux termes des articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 :

« Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression. »

« La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi. »

Sur le fondement de ces dispositions, le Conseil constitutionnel a admis que « *la liberté d'aller et venir est un principe à valeur constitutionnelle* » (Conseil constitutionnel, Déc. n° 79-107 DC du 12 juillet 1979 ; Conseil constitutionnel, Déc. n° 2003-467 DC du 13 mars 2003 ; Conseil constitutionnel, Déc. n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006).

XII-1.2 Le droit à la liberté et à la sûreté est également consacré par l'article 5 §1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, au terme duquel :

« Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales :

- a) S'il est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent ;*
- b) S'il a fait l'objet d'une arrestation ou d'une détention régulières pour insoumission à une ordonnance rendue, conformément à la loi, par un tribunal ou en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi ;*
- c) S'il a été arrêté et détenu en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci ;*
- d) S'il s'agit de la détention régulière d'un mineur, décidée pour son éducation surveillée ou de sa détention régulière, afin de le traduire devant l'autorité compétente ;*
- e) S'il s'agit de la détention régulière d'une personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond ;*
- f) S'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours. »*

Afin de déterminer si une mesure constitue une privation de liberté au sens de l'article 5 §1 de la Convention, la Cour européenne prend en compte la situation concrète de la personne concernée ainsi qu'un ensemble de critères comme le genre, la durée, les effets et les modalités d'exécution de la mesure considérée (Cour EDH, 6 novembre 1980, *Guzzardi c. Italie*, n° 7367/76, §92).

Sur le fondement de ces stipulations, la Cour de Strasbourg s'intéresse tout particulièrement à la taille de la zone de restrictions ainsi qu'à la possibilité de contact avec l'extérieur ou possibilité de nouer des liens sociaux :

« 83. [...] La Cour attacha une importance particulière à l'exiguïté de la zone où le requérant était demeuré confiné, à la surveillance quasi permanente exercée sur lui et à l'impossibilité presque complète dans laquelle il s'était trouvé de nouer des contacts sociaux (Guzzardi, précité, § 95) ».

Le degré de surveillance ainsi que l'exiguïté de la zone dans laquelle les personnes faisant l'objet de restrictions sont maintenues sont autant d'éléments pris en compte par la Cour européenne des droits de l'Homme.

Ainsi, une surveillance permanente dans une zone de maintien très exiguë milite en faveur de la qualification de privation de liberté au sens de l'article 5 §1.

Dans ce contexte, la Cour européenne considère que le maintien des requérants en zone de transit constitue une privation de liberté au sens de l'article 5, compte tenu des restrictions subies par ces étrangers (Cour EDH, 25 juin 1996, *Amuur c. France*, n° 19776/92).

Dans cette affaire, la Cour a jugé que :

« 50. Reste à savoir si la privation de liberté constatée en l'espèce était compatible avec le paragraphe 1 de l'article 5 (art. 5-1). En matière de "régularité" d'une détention, y compris l'observation des "voies légales", la Convention renvoie pour l'essentiel à la législation nationale et consacre l'obligation d'en observer les normes de fond comme de procédure, mais elle exige de surcroît la conformité de toute privation de liberté au but de l'article 5 (art. 5) : protéger l'individu contre l'arbitraire (voir, parmi beaucoup d'autres, l'arrêt *Kemmache c. France* (no 3) du 24 novembre 1994, série A no 296-C, pp. 19-20, par. 42).

En exigeant que toute privation de liberté soit effectuée "selon les voies légales", l'article 5 par. 1 (art. 5-1) impose, en premier lieu, que toute arrestation ou détention ait une base légale en droit interne. Toutefois, ces termes ne se bornent pas à renvoyer au droit interne; tout comme

le membre de phrase "prévue par la loi" du paragraphe 2 des articles 8 à 11 (art. 8-2, art. 9-2, art. 10-2, art. 11-2), ils concernent aussi la qualité de la loi; ils la veulent compatible avec la prééminence du droit, notion inhérente à l'ensemble des articles de la Convention.

Pour rechercher si une privation de liberté a respecté le principe de légalité interne, il incombe donc à la Cour d'apprécier non seulement la législation en vigueur dans le domaine considéré, mais aussi la qualité des autres normes juridiques applicables aux intéressés. Pareille qualité implique qu'une loi nationale autorisant une privation de liberté - surtout lorsqu'il s'agit d'un demandeur d'asile - soit suffisamment accessible et précise afin d'éviter tout danger d'arbitraire. Ces caractéristiques revêtent une importance fondamentale dans le domaine des demandeurs d'asile dans les aéroports, compte tenu notamment de la nécessité de concilier la protection des droits fondamentaux et les impératifs de la politique de l'immigration des États.

51. *Les requérants prétendent que leur détention était dépourvue de toute base légale au regard tant de la loi française en vigueur à l'époque que du droit international. Ils se seraient trouvés dans un état de non-droit où ils n'avaient ni accès à un conseil ni information sur leur situation concrète à ce moment-là. A l'appui de leur thèse, ils invoquent les motifs du jugement du tribunal de grande instance de Créteil statuant en référé.*

52. *La Cour note que même si les requérants ne se trouvaient pas en France au sens de l'ordonnance du 2 novembre 1945, leur maintien dans la zone internationale de l'aéroport de Paris-Orly les faisait relever du droit français.*

En dépit de sa dénomination, ladite zone ne bénéficie pas du statut d'extra-territorialité. Par sa décision du 25 février 1992, le Conseil constitutionnel n'a pas mis en cause la compétence du législateur de réglementer le maintien d'étrangers dans cette zone. Ainsi, la loi du 6 juillet 1992 (paragraphe 23 ci-dessus) prévoit notamment l'intervention du juge judiciaire pour autoriser le maintien au-delà de quatre jours, l'assistance d'un interprète et d'un médecin, ainsi que la faculté de communiquer avec un conseil. Le décret du 15 décembre 1992 (paragraphe 24 ci-dessus) fixe les règles de procédure applicables aux actions intentées conformément à cette loi. Quant au décret du 2 mai 1995 (paragraphe 25 ci-dessus), il accorde au délégué du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés ou ses

représentants ainsi qu'aux associations humanitaires un accès permanent à cette zone.

*Toutefois, **cette réglementation - postérieure aux circonstances de la cause - ne pouvait s'appliquer alors aux requérants.** »*

Et, partant, elle a conclu à la violation de l'article 5 §1 de la Convention.

Dans le cadre d'un contentieux s'agissant d'une zone de transit à la frontière d'un Etat parti à la Convention dans laquelle étaient enfermées des personnes qui voulaient pénétrer en Hongrie - l'affaire *Ilias et Ahmed c. Hongrie* - la Cour a eu l'occasion de préciser les critères qu'elle observe pour qualifier la mesure de privation de liberté.

La Cour a conclu, dans cette affaire, à l'absence d'une mesure de privation de liberté au sens de l'article 5 de la Convention (Cour EDH, 21 nov. 2019, n° 47287/15, § 249).

Toutefois, l'étude des trois critères qu'elle a dégagés dans cet arrêt éclaire la manière dont une atteinte à la liberté peut être qualifiée de privation de liberté au sens de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

Ainsi, premièrement, la Cour s'intéresse à la situation personnelle des personnes subissant les restrictions et des choix opérés par eux (*Ibid.*, §§ 220-223).

Dans cette affaire, la Cour a constaté que « *compte tenu de ce que l'on sait des requérants et du périple qui les amena du Bangladesh en Hongrie, il ne fait aucun doute que les intéressés **sont entrés de leur propre chef dans la zone de transit** de Röszke. Il est également clair que, en tout état de cause, les autorités hongroises étaient en droit de procéder aux vérifications nécessaires et **d'examiner les demandes des intéressés avant de décider de les admettre ou non** » (*Ibid.*, § 222).*

Deuxièmement, la Cour observe le régime juridique applicable, l'objectif de celui-ci et la durée du maintien dans la zone de transit, considérée à la lumière de l'objectif poursuivi et de la protection procédurale découlant de ce régime (*Ibid.*, §§ 224-230).

A ce titre, la Cour « *considère que du moment que le temps passé dans la zone de transit n'excède pas de manière significative celui nécessaire à l'examen d'une demande d'asile et **qu'il n'existe aucune***

circonstance exceptionnelle, la durée du confinement ne doit pas peser de manière décisive dans son analyse de l'applicabilité de l'article 5 » (*Ibid.*, § 227).

Ainsi, lorsque le confinement n'est pas justifié par l'examen d'une telle demande ou par une circonstance exceptionnelle, **la durée de confinement pèse de manière décisive dans l'analyse de l'applicabilité de l'article 5.**

Par ailleurs, tout en vérifiant que les autorités n'ont accompli que les actes concrets impératifs pour vérifier si les personnes maintenues dans la zone pouvaient entrer sur le territoire, la Cour indique qu'au-delà de ces considérations, il convient d'étudier les restrictions imposées afin de déterminer si les personnes qui les subissent sont placées dans une situation de privation de liberté de fait (*Ibid.*, §§ 229-230).

Troisièmement, la Cour considère ainsi, dans son appréciation, la nature et le degré des restrictions concrètement imposées aux personnes les subissant ou effectivement subies par elles (*Ibid.*, §§ 231-248).

A ce titre, la Cour européenne prend en considération le périmètre de la zone où les personnes sont maintenues, la présence de caméras et de barbelés permettant d'apprécier le niveau de surveillance ainsi que la possibilité d'y entrer et d'en sortir librement (*Ibid.*, § 232).

La Cour européenne est également attentive à la possibilité de recevoir des visiteurs, dont un avocat ainsi qu'à la possibilité de passer du temps en plein air.

La Cour a ainsi considéré que :

*« la zone de transit de Rösztke s'étendait sur un périmètre très limité ; elle était entourée d'une clôture et de barbelés et était sous surveillance constante, ce qui empêchait d'y entrer et d'en sortir librement. Dans la zone, les requérants pouvaient communiquer avec d'autres demandeurs d'asile et, avec la permission des autorités, recevoir des visiteurs, dont leur avocat. Ils pouvaient passer du temps en plein air, sur une étroite bande de terrain située devant les conteneurs qui servaient de dortoirs (paragraphes 15, 65 et 67 ci-dessus). **La Cour estime que, d'une manière générale, de par la dimension de la zone et la façon dont elle était contrôlée, la liberté de circuler des requérants se trouvait très fortement restreinte, au point de la rendre comparable***

au régime de détention allégé qui caractérise certaines structures pénitentiaires » (*Ibid.*, § 232).

Cette analyse est contrebalancée, dans cette affaire, par le fait que les personnes qui demandaient l’asile pouvaient effectivement, et non pas seulement de manière théorique, rejoindre le territoire d’où elles sont venues sans risque et à pied.

Il leur restait cette liberté de rebrousser chemin, dès lors, la Cour a considéré :

*« Dans les circonstances de l’espèce et contrairement à la situation qui prévalait dans certaines affaires concernant des zones de transit aéroportuaires, notamment l’affaire Amuur (arrêt précité), le risque pour les requérants de perdre la possibilité de voir leurs demandes d’asile examinées en Hongrie et leurs craintes de ne pas avoir un accès suffisant aux procédures d’asile en Serbie étaient certes pertinents au regard de l’article 3, **mais ils n’ont pas rendu purement théorique la possibilité qu’avaient les intéressés de quitter la zone de transit pour se rendre en Serbie. Dès lors, ces éléments n’ont pas eu pour effet de rendre le séjour des requérants dans la zone de transit involontaire du point de vue de l’article 5, et ils ne pouvaient donc, à eux seuls, mettre cette disposition en jeu** »* (*Ibid.*, § 248).

Ainsi la Cour accorde une place importante à la possibilité laissée aux personnes subissant des restrictions de leur liberté de circulation de sortir de la zone dans laquelle elles sont maintenues, même si ce n’est que pour retourner de là où elles viennent.

Tant que cette possibilité existe, l’application de l’article 5 § 1 de la Convention européenne ne joue pas.

XII-1.3 Le caractère fondamental de la liberté d’aller et venir a été confirmé par le juge administratif des référés à maintes reprises (voir notamment : Conseil d’Etat, ord. juge réf., 9 janvier 2001, n° 228.928, *Deperthes* ; CE, ord. juge réf., 2 avril 2001, n° 231.965, *Marcel* ; CE, ord. juge réf., 9 juillet 2001, n° 235.638, *préfet Loiret*).

Les autorités administratives nationales ou locales **disposent d’un pouvoir de restriction de la liberté d’aller et venir des étrangers dans un nombre limitée de situations prévues limitativement par le CESEDA.**

XII-2 Ensuite, et encore en droit, il convient de souligner que **la dignité de la personne humaine** constitue l'un des principes les plus fondamentaux qui jouit d'une forte protection tant au plan constitutionnel qu'europpéen et international.

XII-2.1 Ainsi, aux termes du 1^{er} alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 :

« Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. Il réaffirme solennellement les droits et libertés de l'Homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ».

Sur le fondement de ces dispositions, le Conseil constitutionnel a admis l'existence d'un « principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine » (Conseil constitutionnel, Déc. n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994 ; v. Conseil constitutionnel ? Déc. n° 2017-632 QPC du 2 juin 2017).

XII-2.2 Corrélativement, sur le fondement de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme, la Cour européenne juge de manière constante qu'il appartient aux Etats d'assurer le respect de la dignité humaine (v. not. Cour EDH, G.C., 28 septembre 2015, *Bouyid c. Belgique*, n° 23380/09, §81, 88 et 89 ; Cour EDH, G.C., 17 juillet 2014, *Svinarenko et Slyadnev c. Russie*, n°s 32541/08 et 43441/08 ; Cour EDH, G.C., 26 octobre 2000, *Kudla c. Pologne*, n° 30210/96).

Cet impératif de protection de la dignité implique tout particulièrement que l'insuffisance des conditions matérielles d'accueil accordées aux personnes étrangères et demandeurs d'asile peut donner lieu à un engagement de responsabilité d'un Etat au titre de l'article 3 de la Convention qui interdit les traitements inhumains et dégradants.

Ainsi, dans un arrêt *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, la Cour de Strasbourg a jugé qu'en vertu du droit de l'Union européenne, « l'obligation de fournir un logement et des conditions matérielles décentes aux demandeurs d'asile démunis fait à ce jour partie du droit positif et pèse sur les autorités [nationales] en vertu des termes mêmes de la législation nationale » et par suite qu'un demandeur d'asile peut reprocher à ces autorités « *l'impossibilité dans laquelle il s'est trouvé, de par leur action ou leurs omissions délibérées, de jouir en pratique de ces droits afin de pourvoir à ses besoins essentiels* » (Cour EDH, G.C., 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, n° 30696/09, § 250).

Par conséquent, la Cour européenne a estimé que les autorités de l'Etat – en l'occurrence, la Grèce – « *doivent être tenues pour responsables, en raison de leur passivité, des conditions dans lesquelles [un demandeur d'asile] s'est trouvé pendant des mois, vivant dans la rue, sans ressources, sans accès à des sanitaires, ne disposant d'aucun moyen de subvenir à ses besoins essentiels* » (*Ibid.* § 253 ; v. aussi Cour EDH, 5 avril 2011, *Rahimi c. Grèce*, n° 8687/08, § 95 ; Cour EDH, G.C., 4 novembre 2014, *Tarakhel c. Suisse*, n° 29217/12, § 101 et 122 ; Cour EDH, 24 mai 2018, *N.T.P. et autres c. France*, n° 68862/13, § 42-44).

Ainsi, récemment, la Cour européenne a condamné la France pour traitement dégradant d'un mineur non accompagné, car il a « *vécu durant plusieurs mois dans le bidonville de la lande de Calais, dans un environnement totalement inadapté à sa condition d'enfant, que ce soit en termes de sécurité, de logement, d'hygiène ou d'accès à la nourriture et aux soins, et dans une précarité inacceptable au regard de son jeune âge* » (Cour EDH, 28 février 2019, *Khan c. France*, n° 12267/16, § 93).

Plus récemment encore, la Cour européenne a également condamné la France en raison « *des conditions dans lesquelles [plusieurs demandeurs d'asile] se sont trouvés pendant des mois, vivant dans la rue, sans ressources, sans accès à des sanitaires, ne disposant d'aucun moyen de subvenir à leurs besoins essentiels et dans l'angoisse permanente d'être attaqués et volés* », une telle situation caractérisant pour les intéressés « *un traitement dégradant témoignant d'un manque de respect pour leur dignité et [une] situation [qui] a, sans aucun doute, suscité chez eux des sentiments de peur, d'angoisse ou d'infériorité propres à conduire au désespoir* » (Cour EDH, 2 juillet 2020, *N.H. et autres c. France*, n° 28820/13, § 184).

XII-2.3 Dans ce cadre, le Conseil d'Etat juge désormais avec constance – en particulier concernant les conditions de vies des personnes migrantes – que :

« En l'absence de texte particulier, il appartient en tout état de cause aux autorités titulaires du pouvoir de police générale, garantes du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité humaine, de veiller, notamment, à ce que le droit de toute personne à ne pas être soumise à des traitements inhumains ou dégradants soit garanti ; que, lorsque la carence des autorités publiques expose des personnes à être soumises, de manière caractérisée, à un traitement inhumain ou dégradant, portant ainsi une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, et que la situation permet de prendre utilement des mesures de sauvegarde dans un délai de quarante-huit heures, le juge des référés peut, au titre de la procédure particulière prévue par l'article L. 521-2 précité, prescrire toutes les mesures de nature à faire cesser la situation résultant de cette carence » (CE, 31 juillet 2017, n° 412.125, § 13 ; CE, 23 novembre 2015, n° 394.540).

XII-3 Par ailleurs, et également en droit, il importe de rappeler que **le droit d'asile ainsi que ses corollaires**, dont la possibilité de solliciter le statut de réfugié, figurent parmi les libertés fondamentales au sens de l'article L. 521-2 du CJA (v. not. CE, Ord. Ref., 12 janvier 2001, *Hyacinthe*, n° 229.039 ; CE, 30 avril 2020, n° 440.250).

Dans ce cadre, il y a lieu de souligner que le Conseil d'Etat a récemment jugé qu'« *il résulte de l'ensemble [des dispositions des articles L 213-2, L213-3, L 213-8-1 et l. 213-9 du CESEDA] qu'il appartient aux services de la police aux frontières saisis d'une demande d'asile à la frontière de saisir le ministre de l'intérieur afin qu'il procède à l'examen de la demande d'asile, soit en demandant à l'OFPRA de procéder à l'audition du demandeur, soit en saisissant les autorités de l'Etat membre qu'il estime responsable d'une demande de prise en charge ou de reprise en charge selon les articles 20 à 25 du règlement 604/2013/UE du 26 juin 2013* » (cf. CE, 8 juillet 2020, n° 440.756).

Pour ce qui est de la rétenion des demandeurs d'asile, les articles 8 à 12 du règlement 604/2013/UE du 26 juin 2013 prévoient les bases légales de la rétention, qui doivent être définies par le droit national,

ainsi que les garanties pour les demandeurs d'asile, notamment pour les personnes vulnérables, dont la possibilité de disposer d'une information dans une langue qu'ils comprennent.

Ce même règlement 604/2013/UE précise à son article 3§ 1 que « *les États membres examinent toute demande de protection internationale présentée par un ressortissant de pays tiers ou par un apatride sur le territoire de l'un quelconque d'entre eux, y compris à la frontière ou dans une zone de transit. La demande est examinée par un seul État membre, qui est celui que les critères énoncés au chapitre III désignent comme responsable* ».

Et à son article 28, il est également prévu que :

« 1. Les États membres ne peuvent placer une personne en rétention au seul motif qu'elle fait l'objet de la procédure établie par le présent règlement.

2. Les États membres peuvent placer les personnes concernées en rétention en vue de garantir les procédures de transfert conformément au présent règlement lorsqu'il existe un risque non négligeable de fuite de ces personnes, sur la base d'une évaluation individuelle et uniquement dans la mesure où le placement en rétention est proportionnel et si d'autres mesures moins coercitives ne peuvent être effectivement appliquées.

3. Le placement en rétention est d'une durée aussi brève que possible et ne se prolonge pas au-delà du délai raisonnablement nécessaire pour accomplir les procédures administratives requises avec toute la diligence voulue jusqu'à l'exécution du transfert au titre du présent règlement.

Lorsqu'une personne est placée en rétention en vertu du présent article, le délai de présentation d'une requête aux fins de prise en charge ou de reprise en charge ne dépasse pas un mois à compter de l'introduction de la demande. L'État membre qui mène la procédure conformément au présent règlement demande dans ce cas une réponse urgente. Cette réponse est donnée dans un délai de deux semaines à partir de la réception de la requête. L'absence de réponse à l'expiration de ce délai de deux semaines équivaut à l'acceptation de la requête et entraîne l'obligation de prendre ou de reprendre en charge la personne, y compris l'obligation d'assurer la bonne organisation de son arrivée.

Lorsqu'une personne est placée en rétention en vertu du présent article, son transfert de l'État membre requérant vers l'État membre responsable est effectué dès qu'il est matériellement possible et au plus tard dans un délai de six semaines à compter de l'acceptation implicite ou explicite par un autre État membre de la requête aux fins de prise en charge ou de reprise en charge de la personne concernée ou à compter du moment où le recours ou la révision n'a plus d'effet suspensif conformément à l'article 27, paragraphe 3.

Lorsque l'État membre requérant ne respecte pas les délais de présentation d'une requête aux fins de prise en charge ou de reprise en charge ou lorsque le transfert n'intervient pas dans le délai de six semaines visé au troisième alinéa, la personne n'est plus placée en rétention. Les articles 21, 23, 24 et 29 continuent de s'appliquer en conséquence.

4. En ce qui concerne les conditions de placement en rétention et les garanties applicables aux personnes placées en rétention, afin de garantir les procédures de transfert vers l'État membre responsable, les articles 9, 10 et 11 de la directive 2013/33/UE s'appliquent ».

XII-4 Enfin, et toujours en droit, il convient de souligner que **la liberté d'aider autrui dans un but humanitaire** – laquelle découle du principe constitutionnel de fraternité – constitue nécessairement une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA.

Certes, à ce jour, le Conseil d'Etat n'a pas encore eu l'opportunité de le confirmer explicitement mais strictement rien n'y fait obstacle comme cela a d'ailleurs été retenu en 2018 devant un tribunal administratif (TA Besançon, ord., 28 août 2018, n° 1801454) ainsi que par le tribunal administratif de Marseille dans le cadre de l'ordonnance attaquée (**Prod. 1**).

XII-4.1 A cet égard, il n'est pas inutile de rappeler que, par une décision du 6 juillet 2018, le Conseil constitutionnel a d'abord énoncé que « *la fraternité est un principe à valeur constitutionnelle* » et qu'il en découle « *la liberté d'aider autrui, dans un but humanitaire, sans considération de la régularité de son séjour sur le territoire national* » (Cons. const. Déc. n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, § 7 et 8 ; v. également Cons. constit. Déc. n° 2018-770 DC du 6 septembre 2018, § 104).

Sur ce fondement, le Conseil constitutionnel en a déduit deux conséquences majeures.

D'une part, il a censuré partiellement les dispositions du premier alinéa de l'article L. 622-4 du CESEDA – telles qu' alors en vigueur – aux motifs qu'« *en réprimant toute aide apportée à la circulation de l'étranger en situation irrégulière, y compris si elle constitue l'accessoire de l'aide au séjour de l'étranger et si elle est motivée par un but humanitaire, le législateur n'a pas assuré une conciliation équilibrée entre le principe de fraternité et l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public* » (Ibid., § 13).

Constatant le caractère trop restrictif des exemptions prévues en ce qu'elles ne s'appliquaient qu'aux actes d'« *aide au séjour irrégulier d'un étranger* », le Conseil a ainsi « *jugé qu'une exemption pénale était nécessaire pour les actes d'aide à la circulation irrégulière, lorsque celle-ci constitue l'accessoire de l'aide au séjour* » (Commentaire de la décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, p. 22).

D'autre part, le Conseil constitutionnel a également formulé une réserve d'interprétation relative au 3° de l'article L. 622-4 du CESEDA.

Après avoir rappelé la liste limitative des actes susceptibles d'être couverts par l'exemption pénale que prévoit expressément cet article, le Conseil constitutionnel affirme que « *ces dispositions ne sauraient, sans méconnaître le principe de fraternité, être interprétées autrement que comme s'appliquant en outre à tout autre acte d'aide apportée dans un but humanitaire* » (Cons. const. Décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, § 14).

Ce faisant, le Conseil constitutionnel a directement élargi la liste des actes justifiant le bénéfice pour l'aidant de l'immunité prévue par l'article L. 622-4 du CESEDA.

Dans le commentaire autorisé de la décision, il est ainsi expliqué que « *le Conseil a jugé que cette liste, et notamment la mention de « tout acte destiné à assurer des conditions de vie dignes et décentes » pouvait être interprétée comme ne couvrant pas tout acte ayant une fin humanitaire. Or il a estimé que le principe de fraternité imposait que tout acte d'aide au séjour ayant un but humanitaire bénéficie d'une exemption pénale. C'est pourquoi il a formulé une réserve d'interprétation visant à étendre le champ de l'exemption pénale à tout*

autre acte d'aide apportée dans un but humanitaire » (Commentaire de la décision n° 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018, p. 23).

XII-4.2 Afin de tirer les conséquences de cette décision, le législateur a modifié les dispositions de l'article L. 622-4 du CESEDA, lesquelles prévoient désormais :

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

[...] 3° De toute personne physique ou morale lorsque l'acte reproché n'a donné lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte et a consisté à fournir des conseils ou accompagnements juridiques, linguistiques ou sociaux, ou toute autre aide apportée dans un but exclusivement humanitaire ».

Il ressort nettement des travaux parlementaires qu'en retenant une telle rédaction, le législateur a entendu **respecter pleinement le principe constitutionnel de fraternité et la liberté d'aider autrui dans un but humanitaire**, tels que consacrés par le Conseil constitutionnel.

En d'autres termes, le législateur a entendu « coller au plus près de la décision du Conseil constitutionnel », en particulier en ce qu'elle implique de « *ne plus sanctionner les actes de solidarité liés au séjour et à la circulation* » (Mme Élise Fajgeles, rapporteure du projet de loi – Discussion en séance publique à l'Assemblée Nationale le 26 juillet 2018).

Cette lecture a été amplement confirmée par la Cour de cassation, laquelle a d'abord souligné que ces nouvelles dispositions légales « élargi[ssent] les immunités prévues » en cas d'aide humanitaire (Crim. 12 décembre 2018, n° 17-85.736 et 17-85.737).

Puis elle en a retenu une lecture protectrice en jugeant notamment qu'« *il ne résulte nullement d[es nouvelles] dispositions légales [issues de la loi du 10 septembre 2018] que la protection dont bénéficient les auteurs d'actes accomplis dans un but exclusivement humanitaire soit limitée aux actions purement individuelles et personnelles et qu'en soit exclue une action non spontanée et militante exercée au sein d'une association* » (Crim. 26 février 2020, n° 19-81.561).

XII-4.3 Dans ces conditions, compte tenu à la fois de sa valeur constitutionnelle – qui découle elle-même du principe constitutionnel et solennel de fraternité – et des garanties légales aussi protectrices qu’univoques qui en ont résulté, il est manifeste que la liberté d’aider autrui dans un but humanitaire constitue une liberté fondamentale au sens de l’article L. 521-2 du code de justice administrative.

Et ce, au bénéfice de toute personne qui apporte une aide dans un but humanitaire, en particulier de façon collective au sein d’une association.

XIII. Or, en l’occurrence, en refusant d’ordonner les mesures nécessaires afin de faire cesser les atteintes graves et manifestement illégales subies tant par les personnes retenues au sein des locaux de la police aux frontières que par les associations exposantes, l’ordonnance litigieuse a méconnu l’ensemble de ces exigences.

En particulier, c’est radicalement à tort que le juge des référés de première instance n’a pas tiré les conséquences de ses propres constatations et a totalement éludé la question du « cadre juridique de la création desdits locaux » et de « leur qualification par les autorités » (**Prod. 1**).

Car d’un côté, il a admis que « le local de Montgenèvre n’obéit à aucun de ces statuts et sa nature juridique reste à définir », laissant place à une incertitude juridique particulièrement révélatrice de son embarras relatif aux pratiques d’enfermement en cause.

Et il a également pris acte que les associations exposantes soutiennent que « quotidiennement, des personnes sont retenues dans ces locaux qui seraient munis de système de fermeture et de surveillance vidéo, pour de nombreuses heures, notamment la nuit lorsque le poste de police italien est fermé, et qu’elles sont mises dans l’impossibilité de partir librement de ces locaux » considérant que ces conditions de « retenue » concernent « des personnes susceptibles de se trouver, du fait de leur parcours éprouvant en montagne, dans un état d’extrême vulnérabilité ».

Le juge de première instance a par ailleurs retenu qu’il « est constant que des personnes (7 en moyenne chaque jour selon la préfète), se

*trouvant à l'entrée du territoire français, sont quotidiennement appréhendées et placées dans ces locaux, pour une durée restant selon la préfète inférieure à 4 heures en journée et souvent supérieure à 5 heures la nuit. **Cette situation a priori préoccupante se renouvelant fréquemment voire chaque jour**, la condition d'urgence particulière au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative doit être regardée comme remplie ».*

Mais, d'un autre côté, il a refusé d'en tirer les conséquences.

Ainsi, il a estimé que **la situation est « loin de constituer une atteinte injustifiée et disproportionnée aux droits des personnes »** en énonçant lapidairement que ce constat repose sur les allégations de la préfète que « rien ne permet de remettre formellement en cause » et selon lesquelles « les locaux dont s'agit, qui font l'objet de mesures sanitaires très strictes, ont pour objet la « mise à l'abri » d'étrangers se présentant au point de passage, afin qu'ils ne stationnent pas en extérieur et bénéficient de conditions d'attente décentes, que des procédures ont été mises en place pour accélérer le rythme de remises aux autorités italiennes et diminuer d'autant la présence d'un individu dans les locaux, que les personnes vulnérables font l'objet d'une attention particulière, que les mineurs isolés sont pris en charge par le service départemental d'aide à l'enfance, que l'assistance médicale est assurée dans le cadre d'une convention avec les sapeurs-pompiers ».

Or, par une telle analyse, non seulement le juge des référés de première instance n'a pas tiré les conséquences de l'existence de pratiques privatives de liberté hors de tout cadre légal dédié (XIV).

Mais en outre, il n'a en rien établi que, d'une part, les droits et garanties des étrangers au sein de ces locaux seraient adéquats eu égard à leur situation (XV) et, d'autre part, que leurs conditions matérielles seraient satisfaisantes (XVI).

Sur le statut juridique des locaux et l'existence de pratiques privatives de liberté hors de tout cadre légal

XIV. Premièrement, en refusant d'enjoindre à la préfète des Hautes-Alpes d'ordonner la fermeture des locaux de la police aux frontières de Montgenèvre, l'ordonnance litigieuse a manqué de tirer pleinement les conséquences de l'existence des pratiques privatives de libertés

commises quotidiennement dans ces locaux – présentés comme des « lieux de mise à l’abri » – hors de tout cadre légal.

Et ce, alors même les associations ont souligné – sans contredit – que « quotidiennement, des personnes sont retenues dans ces locaux qui seraient munis de système de fermeture et de surveillance vidéo, pour de nombreuses heures, notamment la nuit lorsque le poste de police italien est fermé, et qu’elles sont mises dans l’impossibilité de partir librement de ces locaux ».

Surtout, l’ordonnance litigieuse a relevé que ces conditions de « retenue » concernent « *des personnes susceptibles de se trouver, du fait de leur parcours éprouvant en montagne, dans un état d’extrême vulnérabilité* ».

XIV-1 D’emblée, il est indéniable que de telles pratiques relèvent de mesures de privation de liberté au sens du droit interne, conventionnel et international.

La circonstance que ces locaux seraient formellement présentés par les autorités comme des « lieux de mise à l’abri » n’est aucunement de nature à remettre en cause ce constat.

En effet, d’un point de vue juridique, la notion de « mise à l’abri » ne peut que renvoyer aux dispositions relatives à l’hébergement, notamment d’urgence.

Et ce, d’autant plus que la préfète estime que le maintien des ressortissants étrangers dans « *les locaux de mises à l’abri de la police aux frontières* » serait prétendument lié à l’unique volonté « *de préserver la sécurité des migrants* », objectif qui serait – toujours selon la préfète – exclusif de la qualification en « lieux de rétention » (**Prod. 30 de la requête introductive d’instance**).

Or, le régime juridique d’un tel dispositif de « mise à l’abri » destiné à l’hébergement d’urgence relève d’un cadre juridique précis, essentiellement régi par le code de l’action sociale et des familles (ci-après « CASF »).

Lequel définit les droits des personnes ainsi hébergées – notamment le droit d’aller et venir et le droit de recevoir des visites – et prévoit un accompagnement des personnes prises en charge.

En effet, l'hébergement d'urgence est un droit, défini à l'article L. 345-2-2 du CASF, dont le respect incombe au préfet, responsable de la mise en œuvre du droit à l'hébergement d'urgence, en lien notamment avec le service déconcentré de l'Etat officiant auprès du préfet que sont les directions départementales de la cohésion sociale (DDCS).

Ainsi, selon l'article L. 121-7 du CASF, l'Etat a sous sa responsabilité « 8° *Les mesures d'aide sociale en matière de logement, d'hébergement et de réinsertion, mentionnées aux articles L. 345-1 à L. 345-3* », lesquels correspondent aux dispositifs d'hébergement d'urgence.

Au titre de ces dispositifs, plusieurs formes possibles d'hébergement existent, dont la coordination et le suivi relèvent des « *services intégrés d'accueil et d'orientation* » (SIAO).

Parmi ces lieux d'hébergement figurent en particulier les hébergements d'urgence, qui ont vocation à apporter des solutions immédiates et de courtes durées à des demandes urgentes.

Le tout, sans condition de régularité de séjour, de nationalité, d'âge, de sexe ou encore de composition familiale puisque l'article L. 345-2-2 du CASF prévoit que « *toute personne sans abri en situation de détresse médicale, psychique et sociale a accès, à tout moment, à un dispositif d'hébergement d'urgence* ».

Toute personne relevant du dispositif de l'hébergement d'urgence dispose ainsi d'un certain nombre de droits :

- L'inconditionnalité de l'accueil ;
- Des prestations assurant le gîte, le couvert et l'hygiène ;
- Une évaluation médicale, psychique et sociale ;
- Un accompagnement personnalisé ;
- Une orientation ;
- Le maintien dans la structure jusqu'à ce que la personne soit orientée vers une autre structure.

En ce sens, l'article L. 345-2-11 du CASF prévoit que « *toute personne prise en charge dans un centre d'hébergement a accès à une information sur ses droits fondamentaux et les protections particulières dont elle bénéficie, sur les voies de recours à sa disposition et les moyens de les exercer, ainsi qu'à la liste des associations de défense*

des personnes en situation d'exclusion par le logement agréées dans le département ».

XIV-2 Or, les ressortissants étrangers enfermés au sein des locaux attenants au poste de la police aux frontières de Montgenèvre, qui ne bénéficient d'aucune de ces garanties, ne sont manifestement pas accueillis dans les conditions légales de « mise à l'abri ».

En effet, les constructions modulaires en litige sont utilisées afin d'y enfermer à clef et sous surveillance constante de la police aux frontières, des personnes migrantes appréhendées par les forces de l'ordre françaises à la frontière franco-italienne et que celles-ci considèrent qu'il faut renvoyer vers l'Italie.

Certes, le Conseil d'Etat a déjà eu l'occasion de juger en 2017, à propos « des locaux aménagés [dans les services de la police aux frontières à Menton] dans lesquels sont retenus, le temps nécessaire à l'examen de leur situation, les étrangers susceptibles de faire l'objet d'un refus d'entrée sur le territoire et d'une remise aux autorités italiennes », que « la situation des étrangers concernés n'entre pas, en tant que telle, dans les prévisions des dispositions du code de l'entrée et du séjour des étrangers relatives aux zones d'attente, qui s'appliquent aux personnes qui arrivent en France par la voie ferroviaire, maritime ou aérienne et peuvent être maintenues dans une zone d'attente située dans une gare ferroviaire ouverte au trafic international, dans un port ou dans un aéroport, pour une période allant jusqu'à quatre jours » (CE, ord., 5 juillet 2017, n° 411.575).

L'ordonnance en litige fait d'ailleurs explicitement référence à cette décision (**Prod 1**, § 10).

Cependant, le Conseil d'Etat a d'abord précisé qu'« *il appartient aux autorités compétentes de prendre toutes les mesures utiles pour que ce délai soit le plus réduit possible* » et a entériné l'ordonnance rendue par le premier juge des référés selon laquelle « le délai maximal » ne saurait excéder une durée de quatre heures.

Ensuite, le Conseil d'Etat a constaté que « *les autorités françaises se sont entendues avec les autorités italiennes pour que des réacheminements puissent être organisés plus fréquemment, y compris de nuit, afin de respecter le délai de quatre heures fixé par le premier juge* » mais que « *si ce délai, selon toute vraisemblance, a pu, au moins*

ponctuellement, ne pas être respecté, notamment la nuit du 26 au 27 juin après l'interception d'un groupe de 165 étrangers, à proximité de Castellar » (Ibid.).

En d'autres termes, non seulement ce n'est qu'à titre « *exceptionnel* » qu'un tel dépassement serait autorisé – en particulier en cas d'afflux soudain et imprévisible de près de deux cents personnes – mais, en tout état de cause, le Conseil d'Etat précise explicitement que **si de tels dépassements « venaient à se reproduire, il appartiendrait aux personnes concernées, le cas échéant avec l'appui des associations requérantes, de saisir, si elles s'y croyaient fondées, le juge des référés du tribunal administratif, statuant sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative » (Ibid.).**

Or, selon les témoignages et explications données par les policiers aux frontières, les personnes appréhendées après minuit et avant 5h du matin le lendemain sont, chaque nuit, enfermées dans les constructions modulaires, en attendant l'ouverture du poste de police italien.

En l'occurrence, il s'agit ainsi d'un **dispositif de privation de liberté systématique, organisé et régulier**, dont l'organisation dépasse de loin l'hypothèse exceptionnelle évoquée par le Conseil d'Etat.

XIV-3 Dans ce contexte, il est incontestable que les restrictions d'espèce sont de nature à priver de liberté les personnes qui les subissent, et ce au regard des exigences constitutionnelles et conventionnelles.

Au cas d'espèce, le juge de première instance qualifie alternativement les pratiques d'enfermement en cause de « *mises à l'abri* » ou encore de « *retenues* », sans constater expressément qu'elles constituent des mesures privatives de liberté.

Surtout, c'est radicalement à tort que l'ordonnance attaquée retient que « *le juge judiciaire n'intervient qu'après une « retenue » de 12 heures, or aucune retenue de cette durée n'est évoquée en l'espèce* ».

Et ce, alors même que les associations exposantes ont établi, par des éléments précis et circonstanciés, l'existence de plusieurs cas de privation de liberté dont la durée était supérieure à douze heures et notamment celui d'un homme enfermé pendant plus de dix-huit heures

dans les locaux de Montgenèvre (**Prod. 31 de la requête introductive d'instance**).

En toutes hypothèses, dès lors que l'ensemble des personnes retenues dans ces locaux, ne serait-ce que quelques heures, sont contraintes par les autorités de ne pas quitter les lieux et sont alors sous l'étroite surveillance de celles-ci – ce dont le juge des référés prend d'ailleurs acte (**Prod 1, § 6**) –, ces personnes sont alors indéniablement privées de liberté.

En outre, et surtout, l'ordonnance litigieuse ne tire pas les conséquences de ses propres constatations – étayées par les éléments versés par les exposantes – en refusant d'enjoindre aux autorités compétentes d'ordonner la fermeture immédiate des locaux en litige où se déroulent des privations de liberté sans aucune base légale.

XIV-3.1 Car d'une part, la jurisprudence du Conseil constitutionnel milite indubitablement en faveur de la qualification de mesure privative de liberté s'agissant de l'enfermement des personnes migrantes tel qu'il est organisé en l'espèce.

Ces personnes sont enfermées dans un espace surveillé en permanence par des caméras (**Prod. 21 de la requête introductive d'instance**, encadré n°8, pp. 22-25 et encadré n°13, pp. 37-38).

Une grille anti-évasion a d'ailleurs été installée sur la cour et les constructions modulaires.

Elles ne peuvent sortir de cet espace de manière libre et sont vouées à y passer des nuits entières, si ce n'est plus.

En effet, la police aux frontières explique que ce dispositif a été mis en place à cause des horaires d'ouverture du poste de police italien vers lequel elle prévoit de renvoyer ces personnes, fermé de minuit à 5h ou 6h00 le lendemain.

De plus, la police française attend l'arrivée des forces de l'ordre italienne afin de leur remettre directement les personnes interpellées.

Les personnes privées de liberté au poste de la police aux frontières de Montgenèvre ne peuvent donc pas sortir librement, y compris vers

l'Italie, la décision de leur renvoi étant dépendante des liens entre police française et police italienne.

En tout état de cause, la circonstance que de tels « *liens* » ou échanges aient lieu entre les autorités des deux côtés de la frontière en d'un accord entre elles (**Prod. 23 de la requête introductive d'instance**) ne permet en rien d'exclure l'existence de privations de liberté.

Au demeurant, l'affirmation par les autorités françaises que les personnes peuvent repartir de leur propre volonté vers l'Italie sera contredite par les propos de la préfecture des Hautes-Alpes elle-même, cette dernière ayant affirmé que les services de la police aux frontières n'enjoignaient pas les personnes à le faire au regard de la situation géographique et concluant sur le fait que cette « liberté » serait plus « *virtuelle que réelle* » (**Prod. 30 de la requête introductive d'instance**).

Cela signifie que peu importe l'heure à laquelle la personne est appréhendée par les forces de police françaises, elle ne peut espérer en sortir avant l'arrivée des forces de l'ordre italiennes.

Lors d'interpellations la nuit, la personne appréhendée ne peut espérer sortir avant le lendemain matin, **ce qui revient à avouer que certaines personnes font l'objet de cette mesure d'enfermement pendant plus de 4 heures.** (**Prod. 9 à 11 de la requête introductive d'instance ; Prod. 11 de la requête introductive d'instance pp. 16 à 20 et pp. 37-38**).

En tout état de cause, ces pratiques de privation de liberté **ne sont pas soumises au contrôle du juge judiciaire.**

Une fois de plus, le juge des référés du tribunal administratif de Marseille, dans l'ordonnance attaquée, se satisfait de cette absence totale de garanties procédurales, en jugeant de façon particulièrement formaliste que « *le juge judiciaire n'intervient qu'après une « retenue » de 12 heures* » (**Prod. 1**).

En outre, contrairement aux mesures d'assignation à résidence, **des caméras sont installées dans la zone d'enfermement**, aucun texte légal ne délimitant ce type de privation de liberté illégal, et surtout les personnes concernées ne sont **pas placées dans leur résidence mais dans des constructions modulaires exigües.**

Les privations de liberté en cause dans la présente affaire ne respectent même pas les garanties élémentaires de la vérification d'identité – pourtant bien moins coercitive – qui limitent la durée d'une telle mesure à quatre heures et impose qu'elle ait lieu dans un local de police et selon le respect des garanties et droits détaillés dans le code de procédure pénale.

Par conséquent, les pratiques d'enfermement litigieuses à la frontière franco-italienne, qui constituent indéniablement une privation de liberté, ne respectent manifestement pas les garanties constitutionnelles qui encadrent nécessairement ce type de mesures.

XIV-3.2 D'autre part, la qualification de mesures privatives de liberté de ces mesures d'enfermement au sens de l'article 5 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme ne fait pas plus de doute.

La Cour européenne des droits de l'Homme prend en compte différents critères d'appréciation de la privation de liberté, parmi lesquels figurent la situation concrète des individus, le type de mesure d'enfermement, sa durée, ses effets et ses modalités d'exécution.

En l'espèce, comme il l'a déjà été démontré ci-dessus, les personnes appréhendées par la police aux frontières et enfermées dans les constructions modulaires y restent régulièrement plus de quatre heures, sans chauffage, sous surveillance constante, parfois sans accès à la nourriture, et sans aucune possibilité de nouer des liens sociaux hormis avec les autres personnes enfermées.

Or, la Cour européenne a déjà précisé que l'inconfort physique conjugué à l'impossibilité de quitter une zone militent en faveur de la reconnaissance d'une privation de liberté.

Il en va de même pour l'enfermement dans une zone exiguë et soumise à une surveillance permanente.

En l'occurrence, les personnes sont enfermées jusqu'à l'arrivée de policiers italiens auprès desquels elles sont remises par les autorités françaises, sans possibilité d'en sortir, quelle que soit leur heure d'arrivée au poste.

Par ailleurs, aucun témoignage recueilli auprès des forces de police ne font état d'un quelconque comportement de résistance adopté par les personnes migrantes appréhendées.

Des comportements inadaptés de la part des forces de police envers certains migrants ont au contraire été constatés (Prod. 12 de la requête introductive d'instance).

Ainsi, aucune démarche administrative ni procédure de quelconque vérification ne vient ainsi justifier le temps d'enfermement disproportionné subi par les personnes migrantes.

En l'espèce, le maintien des personnes, dans des conditions indignes, au sein des constructions modulaires n'est ni justifié par l'étude de leur situation - expédiée en quelques minutes - ni contrebalancé par la possibilité de rejoindre librement le territoire italien.

En effet, les personnes y sont enfermées à clef, sans aucune possibilité de quitter la zone avant leur renvoi par les forces de l'ordre françaises aux forces de la police italienne, renvoi dont l'heure et la date dépend de la fluidité des échanges entre les polices française et italienne.

La police aux frontières de Montgenèvre maintient ainsi des personnes vulnérables, pendant des nuits entières, sans aucune justification tenant à l'étude de leur situation et dans une zone sous surveillance permanente.

Par conséquent, il est indéniable qu'un tel dispositif, qui doit être considéré comme une privation de liberté au sens de l'article 5 § 1 de la Convention européenne, méconnaît de manière tout aussi flagrante les exigences conventionnelles qui protègent les personnes détenues contre la détention arbitraire.

XIV-3.4 En tout état de cause, ces pratiques privatives de liberté sont manifestement illégales tout particulièrement au regard des exigences du droit de l'Union européenne.

Et là encore, le juge des référés n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, lorsqu'il relève qu'« *en l'état actuel du droit positif, les dispositions relatives au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier prises pour la transposition de la directive n°2008/115 CE du 16 décembre 2008, et donc les garanties qu'elles*

prévoient notamment en cas de rétention des étrangers, sont applicables aux personnes qui ont pénétré sur le territoire métropolitain alors même qu'ils auraient franchi une frontière intérieure terrestre (et non seulement une frontière extérieure, selon l'interprétation qu'a faite la CJUE de la notion de « frontière » dans le cas particulier du rétablissement du contrôle aux frontières intérieures » (Prod 1, § 11).

XIV-3.5 A cet égard, il convient de rappeler qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne que le rétablissement des contrôles aux frontières internes n'exonère pas les Etats membres qui l'ont décidé de l'application des dispositions des directives et règlements européens applicables aux personnes en situation irrégulière ou qui sollicitent l'asile (CJUE, G.C., 19 mars 2019, *Préfet des Pyrénées-Orientales c. Abdelaziz Arib e. a.*, Aff. C-444/17).

Ainsi, la directive n° 2008/115/CE du 16 décembre 2008 « *relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier* » (dite « *directive retour* ») s'applique aux hypothèses de franchissement des frontières intérieures même lorsque l'Etat membre concerné a rétabli les contrôles dérogatoires aux frontières (*Ibid*, § 62).

Ce que reconnaît donc sans ambages le juge des référés du tribunal administratif de Marseille.

Dès lors, l'ensemble des règles applicables aux situations couvertes par la directive n° 2008/115/CE et déclinées notamment à l'article L. 551-1 du CESEDA doivent être respectées.

En particulier, les pratiques de privation de liberté visant des ressortissants étrangers peuvent ainsi être regardées comme des mesures de rétention gouvernées par les règles de la directive retour.

Il appartient donc aux autorités compétentes, lorsque des mesures de privation de liberté leur paraît nécessaire, de mettre en œuvre ces mesures dans le cadre juridique prévu par le droit national et qui offrent les garanties nécessaires en matière de sécurité juridique, d'informations relatives aux droits et obligations notamment le droit

d'être assisté par un conseil ou l'accès du HCR et à l'intervention rapide d'un juge sur la légalité de cette rétention.

C'est précisément ce que le Conseil d'Etat a très récemment jugé :

*« 4. Le a) du paragraphe 2 de l'article 2 de la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008 du Parlement européen et du Conseil relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier permet aux Etats membres de ne pas appliquer les dispositions de cette directive aux ressortissants de pays tiers faisant l'objet d'une décision de refus d'entrée conformément à l'article 13 du règlement (UE) 2016/399 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 concernant un code de l'Union relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen), ou arrêtés ou interceptés à l'occasion du franchissement irrégulier de la frontière **extérieure** d'un Etat membre. Telles qu'interprétées par l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 19 mars 2019, Arib e.a. (C-444/17), ces dispositions ne sont pas applicables aux franchissements des frontières intérieures d'un Etat membre lorsque celui-ci a réintroduit le contrôle à ces frontières en vertu de l'article 25 du code frontières Schengen. Il suit de là que les associations requérantes sont fondées à soutenir que en ce qu'il permet d'opposer un refus d'entrée à un étranger qui a pénétré sur le territoire métropolitain en franchissant une frontière intérieure terrestre alors que lui sont applicables les dispositions, relatives au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier prises pour la transposition de la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008, les dispositions de l'article L. 213-3-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile sont incompatibles avec les objectifs de celle-ci et à demander l'annulation de l'article 2 du décret attaqué, pris pour l'application de ces dispositions législatives » (CE, 27 novembre 2020, n° 428.178, **Prod. 24 de la requête introductive d'instance**).*

Saisis de recours en référé suspension contre la décision de refus d'accès dans la présente affaire, les juges des référés des tribunaux administratifs de Nice et de Marseille en ont pourtant tiré les conséquences (cf. TA de Nice, 30 novembre 2020, n° 2004690 ; TA de Marseille, 10 décembre 2020, n° 2009054).

Et il ressort clairement de ces décisions que l'instauration de contrôles aux frontières intérieures, conformément aux articles 25 et suivants du règlement 2016/399 **n'a pas pour objet, ni même pour effet, de**

permettre à la police aux frontières ou au préfet de priver de liberté, même pour une brève durée, une personne qui a été trouvée en situation irrégulière à l'occasion d'un contrôle aux frontières intérieures ou qui y demande l'asile à la frontière.

Le régime d'enfermements illégaux d'étrangers par la police aux frontières de Montgenèvre ne respecte donc aucunement ces exigences du droit de l'Union.

XIV-4 En définitive, les pratiques d'enfermement en cause, qui constituent une privation incontestable de liberté et n'entrent dans le cadre légal d'aucune des mesures de rétention d'étrangers consacrés par la loi – telles que la vérification d'identité, la rétention en zone d'attente, la rétention administrative – ou encore dans les dispositifs spécifiques de la mise à l'abris ou de l'assignation à résidence – ne sont au fond prévues par aucune disposition législative, ce qui laisse une discrétion totale aux autorités compétentes dans leur mise en œuvre et expose les personnes enfermées à un risque très élevé d'arbitraire.

Et ce, en méconnaissance manifeste des exigences constitutionnelles et européennes précédemment citées.

De cette mise en œuvre de **mesures gravement coercitives**, dont le cadre légal « *reste à définir* » selon les termes du juge des référés de première du tribunal administratif de Marseille, découle une absence totale de garantie juridique de protection des personnes détenues contre l'arbitraire.

Dès lors, c'est à tort que l'ordonnance litigieuse a rejeté la demande d'injonction tendant à la fermeture des locaux litigieux au sein desquels se déroulent les pratiques privatives de liberté litigieuses hors de tout cadre légal.

À ce seul titre, l'annulation de l'ordonnance s'impose donc.

Mais il y a plus.

Sur la privation des droits subie par les personnes retenues et l'atteinte corrélative à la liberté des associations d'aider autrui dans un but humanitaire

XV. Deuxièmement, et en tout état de cause, c'est également à tort que le juge des référés de première instance a refusé de retenir l'existence d'une atteinte grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales des personnes retenues mais aussi des associations exposantes du fait des conditions dans lesquelles elles sont maintenues dans les locaux de la police aux frontières en privation des droits qui devraient leur être garantis.

XV-1 En effet, encore une fois, l'ordonnance litigieuse énonce qu'au regard des allégations de la préfète des Hautes-Alpes, que « *rien ne permet de remettre formellement en cause* », l'existence même des locaux aménagés attenants ceux de la police aux frontières de Montgenèvre sont « *loin de constituer une atteinte injustifiée et disproportionnée aux droits des personnes (...) eu égard aux contraintes attachées aux difficultés inhérentes à de telles opérations* ».

Dans ces conditions, il apparaît nettement que le juge des référés de première instance tend à tolérer la situation au sein des locaux litigieux essentiellement en considération des objectifs de lutte contre l'immigration et des nécessités pratiques invoquées par les autorités pour procéder à un prompt éloignement vers l'Italie.

Or, un tel raisonnement est radicalement contraire aux libertés fondamentales.

Car comme l'a notamment et récemment jugé la Cour européenne des droits de l'homme dans une affaire où la France a été condamnée pour de multiples violations commises envers des étrangers, « *les difficultés que peuvent rencontrer les États dans la gestion des flux migratoires ou dans l'accueil des demandeurs d'asile ne sauraient justifier le recours à des pratiques incompatibles avec la Convention ou ses Protocoles* » (Cour EDH, 25 juin 2020, *Moustahi c. France*, n° 9347/14, § 31).

Plus solennellement encore, la Grande Chambre de la Cour européenne a déjà eu l'occasion de rejeter clairement l'argument du gouvernement français selon lequel « *la forte pression migratoire* » subie

ponctuellement en un lieu du territoire permettrait de justifier une violation des garanties conventionnelles (Cour EDH, G.C. 13 déc. 2012, *De Souza Ribeiro c. France*, n° 22689/07, § 97).

XV-2 Surtout, à rebours complet de ce que retient l'ordonnance litigieuse, la présence alléguée de quelques prétendues « *précautions* » prises par les autorités à l'égard des étrangers enfermés ne saurait suffire à effacer la violation massive de leurs droits du fait de leur privation de liberté en dehors de tout cadre légal dédié.

En effet, dans son ordonnance, le juge des référés de première instance relève que « *rien ne permet de remettre formellement en cause* » les allégations de la préfète des Hautes-Alpes sur la situation dans les locaux en cause.

Mais ce faisant, non seulement l'ordonnance litigieuse renverse totalement la charge de la preuve puisqu'en se bornant à énoncer que « *rien ne permet de remettre formellement en cause* » les affirmations de la préfète, elle dispense cette dernière d'avoir à prouver que les allégations pourtant circonstanciées des exposantes concernant les conditions matérielles au sein des locaux seraient infondées.

Et ce, au mépris des règles qui s'imposent dans les lieux privatifs de libertés (cf. *infra XVI-1*).

Ensuite, et surtout, pour justifier l'absence d'atteinte aux libertés fondamentales, le juge des référés de première instance se contente d'égrainer une série de mesures qui, soit constituent le strict minimum pour garantir la sécurité des personnes retenues dans tout établissement public – « *l'assistance médicale est assurée dans le cadre d'une convention avec les sapeurs-pompiers* » ou « *les locaux dont s'agit, qui font l'objet de mesures sanitaires très strictes* » – ; soit relèvent d'exigences légales tout aussi minimales qui s'imposent en tout état de cause aux autorités – « *les mineurs isolés sont pris en charge par le service départemental d'aide à l'enfance* » – ; soit ne sont que des affirmations non circonstanciées et d'une très grande généralité – « *les personnes vulnérables font l'objet d'une attention particulière* ».

Le reste relève de considérations liées aux prétendues nécessité de l'efficacité des pratiques de refoulement à la frontière (« *des procédures ont été mises en place pour accélérer le rythme de remises aux autorités*

italiennes et diminuer d'autant la présence d'un individu dans les locaux »).

Mais à aucun moment le juge des référés ne tient compte de la circonstance – pourtant explicitement soulignée dans la requête en référé des exposantes – selon laquelle **les personnes enfermées ne disposent d'aucun droit**, pas même celui de contacter une personne, un avocat ou un conseil, sans compter le droit de solliciter l'asile.

En outre, et corrélativement, aucune décision n'est notifiée aux personnes ainsi privées de liberté, ce qui réduit à néant toute éventuelle protection.

XV-3 Une telle situation s'explique précisément par le fait que les locaux concernés où se déroulent des pratiques privatives de liberté échappent à tout cadre légal.

XV-3.1 En effet, la situation des personnes ainsi privées de liberté dans les locaux litigieux ne relève ni du régime de rétention administrative visé par les dispositions de l'article L. 551-1 du CESEDA, ni des hypothèses d'assignation à résidence visées à l'article L. 561-2 du même code.

Par ailleurs, à supposer même qu'il soit possible d'envisager – un instant et pour les seuls besoins de la démonstration – que des refus d'entrée puissent être opposés à une personne franchissant une frontière intérieure, les dispositions de l'article L. 221-1 du CESEDA ne prévoient pas qu'une personne puisse être maintenue en zone d'attente si elle est arrivée par une autre voie qu'aérienne, maritime ou ferroviaire, à la seule exception du département de Guyane.

Et en tout état de cause, c'est en vain que les associations ont cherché un quelconque arrêté préfectoral ou interministériel – régulièrement publié – qui prévoirait à Montgenèvre un lieu de rétention ou de maintien et préciserait son adresse, sa période d'existence – pour les lieux de rétention – son périmètre et les locaux d'hébergement – prévus pour les zones d'attente, comme l'exigent pourtant les dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 221-1, du II de l'article L. 551-1 ou encore de l'article L. 556-1 du CESEDA.

XV-3.2 Corrélativement, les exposantes tiennent à souligner de nouveau que la privation litigieuse de liberté est réalisée en méconnaissance des garanties minimales du droit d’asile.

D’une part, les refus d’entrée sur le territoire sont rédigés par les forces de l’ordre en quelques minutes, parfois même dans le véhicule menant les personnes qui en font l’objet au poste de la police aux frontières (**Prod. 21 de la requête introductive d’instance**).

Or, comme l’a explicitement et récemment jugé le Conseil d’Etat, une telle pratique de **refus d’entrée par les seuls services de la police aux frontières porte « une atteinte grave et manifestement illégale au droit d’asile, qui constitue une liberté fondamentale au sens des dispositions de l’article L. 521-2 du code de justice administrative »** (CE, 8 juillet 2020, n° 440.756).

D’autre part, il résulte des dispositions du règlement 604/2013/UE du 26 juin 2013 qu’un demandeur d’asile ne peut être placé en rétention au seul motif qu’il a présenté une demande de protection internationale et, lorsqu’il est appliqué le règlement Dublin, que s’il existe un risque non négligeable de fuite, défini par la loi (cf. CJUE, 15 mars 2017, *Al Chodor*, Aff. C-528/15 ; Cour cassation, 27 septembre 2017, n° 17-15.160 ; CE, 5 mars 2018, n° 405.474).

Or la pratique en litige ne prévoit aucune des garanties requises lorsque la personne a sollicité l’asile en France ou dans un autre Etat membre, puisque la privation de liberté n’est encadrée par aucun cadre légal, ni aucune des exigences qui imposent pourtant une évaluation de la vulnérabilité et du risque de fuite de la personne ou encore la possibilité pour cette dernière d’être informée et d’être assistée par un avocat.

À ce titre, la pratique de la police aux frontières et de la préfète qui consiste à priver de liberté pendant plusieurs heures des demandeurs d’asile porte donc une atteinte manifestement illégale et grave au droit d’asile, même lorsque les demandes d’asile des personnes concernées ne sont pas formellement enregistrées par l’autorité administrative.

XV-3.3 Plus largement encore, ce sont donc l’ensemble des droits qui, en principe, doivent être garantis aux personnes enfermées – notamment en centre de rétention ou encore en zone d’attente – dont sont **radicalement privées** les personnes étrangères ainsi retenues hors de tout cadre légal dans les locaux de la police aux frontières.

Il en est ainsi du :

- droit d'aller et venir ;
- droit de recevoir une information dans une langue comprise sur la procédure et la situation mais aussi les droits et protections dont la personne peut bénéficier ainsi que les voies de recours et les moyens pour les exercer effectivement ;
- droit à un examen individuel de la situation de chaque personne ;
- droit de recevoir une information sur les contacts des associations pouvant intervenir dans les lieux ainsi que de recevoir une information sur les contacts d'avocats du/des barreaux de référence ;
- droit à un interprète dans la langue choisie par la personne ;
- droit au recours suspensif, garanti pour toutes et tous ;
- droit de demander l'asile ;
- droit au respect des liens familiaux et de l'unité familiale ;
- droit à la protection (alimentaire, sanitaire, médicale, etc.) ;
- droit d'accès à un médecin de manière systématique et de pouvoir effectivement obtenir cette assistance médicale ;
- droit à un interprète professionnel au cours des entretiens médicaux ;
- droit de contacter un proche ;
- droit de contacter et de rencontrer un avocat ;
- droit de contacter une association ;
- droit de visite et/ou de contacts avec l'extérieur ;
- droit d'accès à son téléphone portable et à un téléphone fixe et possibilité de contacter gratuitement aux niveaux national et international à tout moment et de manière confidentielle ;
- droit d'entretien avec un avocat ou un conseil de manière confidentielle dans un local permettant d'assurer cette confidentialité des entretiens ;
- droit d'être assisté par un administrateur ad hoc pour les mineurs isolés pendant toute la durée de la procédure ;

- droit de se voir garantir des prestations assurant le gîte, le couvert et l'hygiène dans des conditions dignes pendant la durée de la procédure ;
- droit au respect de la dignité de la personne et de son intimité ;
- droit au respect des pratiques religieuses propres à chaque personne ;
- droit de garder ses effets personnels.

En outre, la situation de *no man's land* juridique qui prévaut dans les locaux de la police aux frontières conduit aussi à priver les mineurs isolés des garanties fondamentales qui découlent de la protection accrue dont ils doivent nécessairement disposer.

Ainsi, non seulement la prohibition des mesures d'enfermement à leur égard ne peut être respectée.

Mais en outre, ils doivent recevoir une information précise et dans une langue de leur choix concernant la procédure en cours, leur situation ou encore leurs droits.

Sans compter une série de mesures qui doit être mise en place afin de garantir leur prise en charge par les services du département dans un délai maximum déterminé à l'avance, délai au cours duquel ils ne peuvent être privés de liberté avec des adultes.

Enfin, l'absence de tout cadre légal régissant les locaux de la police aux frontières prive également les personnes enfermées du droit d'être protégés par la mise en œuvre de dispositifs de contrôle effectifs, parmi lesquels figurent notamment :

- un accès au juge judiciaire et un contrôle du juge judiciaire ;
- une saisine du Procureur de la République dès le début de la privation de liberté pour l'en informer ;
- une possibilité d'accès et de visite pour le Procureur de la République et le juge judiciaire ;
- un registre tenu à jour avec l'identité des personnes privées de liberté, l'heure de début de la privation de liberté, la situation de la personne, etc. (registre permettant le contrôle lors des visites) ;

- un droit à un recours suspensif et effectif contre les mesures administratives prises contre les personnes (refus d'entrée notamment) – contrôle du juge administratif ;
- un accès des avocats ;
- un accès des associations humanitaires et/ou ayant pour objet d'aider les personnes privées de liberté à exercer leurs droits ;
- un accès des élus ;
- un accès des journalistes ;
- un accès des autorités de protection des droits humains (en particulier un contact avec la Contrôleuse générale des lieux de privation de liberté ou la Défenseure des droits).

XV-4 Or, une telle situation conduit nécessairement à une double série d'atteintes graves et manifestement illégales aux libertés fondamentales.

XV-4.1 D'abord, et bien évidemment, ce sont **les libertés fondamentales des personnes étrangères retenues** qui apparaissent radicalement méconnues, en particulier – et notamment – concernant le droit d'asile, le droit à un recours effectif, le droit au respect de sa dignité, la liberté d'aller et de venir ou encore le droit à la sûreté ainsi que l'intérêt supérieur de l'enfant.

La longue et édifiante liste des droits et garanties dont ces personnes sont privées suffit amplement à le démontrer.

XV-4.2 Ensuite, il est tout aussi manifeste que la situation dans les locaux de la police aux frontières porte une atteinte grave et manifestement illégale à la liberté fondamentale des associations d'aider autrui dans un but humanitaire.

Et ce, en dépit même du fait que l'ordonnance litigieuse a enjoint à la préfète des Hautes-Alpes de procéder au réexamen de la demande d'accès des associations exposantes, dans le délai de quinze jours à compter de la notification de l'ordonnance.

En effet, en privant les personnes étrangères de l'ensemble de leurs droits et garanties, les autorités font **radicalement obstacle à la**

possibilité pour les associations de mettre en œuvre leur mission humanitaire d'assistance et d'accompagnement des personnes.

En particulier, non seulement les personnes étrangères ne sont pas mises en mesure d'exercer leurs droits et donc, par voie de conséquence, ne peuvent être accompagnées en ce sens par les associations.

Et ce, par contraste flagrant avec la mission humanitaire consistant en « *l'aide et l'assistance aux étrangers, la défense des droits de l'homme ou l'assistance médicale ou sociale* » (Art. R. 223-8 et R. 553-14-5 du CESEDA) qu'assument les associations autorisées à intervenir dans les « *lieux de rétention* » ou encore dans une « *zone d'attente* ».

Mais en outre, et par effet de miroir, l'absence totale de jouissance par les personnes retenues des droits et garanties les plus basiques pourrait aussi contraindre les associations finalement autorisées à entrer dans les locaux – uniquement *via* un « *accès ponctuel* » selon les termes de l'ordonnance litigieuse – à tenter d'assumer la très lourde mission de compenser une telle carence.

Il en serait ainsi, à tout le moins, en ce qui concerne le droit minimal des personnes concernées à recevoir une information dans une langue comprise sur la procédure et la situation, mais aussi sur les droits et protections dont elles peuvent bénéficier, sans compter les voies de recours et les moyens pour les exercer effectivement.

Le tout, sans disposer des moyens adéquats.

Dès lors, il est manifeste que le contexte juridique dans laquelle se trouvent les personnes retenues au sein des locaux de la police aux frontières conduit à vider radicalement de sa substance la liberté des associations d'aider autrui dans un but humanitaire.

Au point de rendre celle-ci théorique, illusoire et ineffective.

XV-5 Il résulte de tout ce qui précède que l'ordonnance litigieuse ne pourra qu'être annulée en ce qu'elle a manqué de constater l'existence d'atteintes graves et manifestement illégales aux libertés fondamentales des personnes retenues mais aussi des associations exposantes.

À ces garanties juridiques devront également s'ajouter des garanties relatives aux conditions matérielles au sein des locaux de la police aux frontières.

Sur les conditions matérielles au sein des locaux

XVI. Troisièmement, et enfin, c'est aussi à tort que l'ordonnance litigieuse n'a pas constaté d'atteintes graves et manifestement illégales aux libertés fondamentales concernant les conditions matérielles dans lesquelles sont retenues les personnes étrangères dans les locaux de la police aux frontières à Montgenèvre.

XVI-1 D'emblée, il convient de rappeler une fois de plus que dans son ordonnance, le juge des référés de première instance relève que « *rien ne permet de remettre formellement en cause* » les allégations de la préfète des Hautes-Alpes selon lesquelles « *les locaux dont s'agit, qui font l'objet de mesures sanitaires très strictes, ont pour objet la « mise à l'abri » d'étrangers se présentant au point de passage, afin qu'ils ne stationnent pas en extérieur et bénéficient de conditions d'attente décentes, que des procédures ont été mises en place pour accélérer le rythme de remises aux autorités italiennes et diminuer d'autant la présence d'un individu dans les locaux, que les personnes vulnérables font l'objet d'une attention particulière, que les mineurs isolés sont pris en charge par le service départemental d'aide à l'enfance, que l'assistance médicale est assurée dans le cadre d'une convention avec les sapeurs-pompiers* ».

Mais ce faisant, l'ordonnance litigieuse renverse totalement la charge de la preuve puisqu'en se bornant à énoncer que « *rien ne permet de remettre formellement en cause* » les affirmations de la préfète et dispense cette dernière d'avoir à prouver que les allégations circonstanciées des exposants concernant les conditions matérielles au sein des locaux seraient infondées.

Pourtant, selon une jurisprudence constante, la Cour européenne des droits de l'homme, « *sensible à la vulnérabilité particulière des personnes se trouvant sous le contrôle exclusif des agents de l'État, telles les personnes détenues, [...] réitère que la procédure prévue par la Convention ne se prête pas toujours à une application rigoureuse du principe affirmanti incumbit probatio (la preuve incombe à celui qui affirme) car, inévitablement, le gouvernement défendeur est parfois*

seul à avoir accès aux informations susceptibles de confirmer ou d'infirmer les affirmations du requérant (*Khoudoyorov c. Russie*, no 6847/02, § 113, CEDH 2005-X (extraits) ; et *Benediktov c. Russie*, no 106/02, § 34, 10 mai 2007 ; *Brândușe c. Roumanie*, no 6586/03, § 48, 7 avril 2009 ; *Ananyev et autres c. Russie*, précité, § 123). Il s'ensuit que le simple fait que la version du Gouvernement contredit celle fournie par le requérant ne saurait, en l'absence de tout document ou explication pertinents de la part du Gouvernement, amener la Cour à rejeter des allégations de l'intéressé comme non étayées (*Ogică c. Roumanie*, no 24708/03, § 43, 27 mai 2010). » (v. not. Cour EDH, 1^{er} janvier 2013, *Torregiani et autres c. Italie*, n° 43517/09, § 72).

Et force est de constater qu'au regard des écritures produites devant le juge de première instance par la préfète des Hautes-Alpes, l'ensemble des éléments détaillés et circonstanciés avancés par les exposantes n'ont guère été démentis.

Surtout, le juge des référés s'est manifestement contenté du « *simple fait que la version de [la préfète] contredit celle fournie par [les exposants]* » (cf. *mutatis mutandis Torregiani et autres c. Italie*, précité, § 72) pour énoncer que « *rien ne permet de remettre formellement en cause* » la version de la première afin de rejeter les prétentions des secondes.

XVI-2 Or, les exposantes ont dûment établi que l'enfermement d'étrangers, tel que pratiqué par la police aux frontières de Montgenèvre, a lieu dans des conditions matérielles indignes, inhumaines et dégradantes pour les personnes – pourtant par nature vulnérables – qui en font l'objet.

Ainsi, les témoignages des personnes enfermées dans ces lieux illustrent des conditions de privation de liberté contraires à la dignité humaine (**Prod. 14 de la requête introductive d'instance**) : promiscuité, absence de couverture, hygiène déplorable, simples bancs sur lesquels les personnes doivent passer toute la nuit, absence de communication d'information de la part des services de police, manque de nourriture et d'eau, bagages confisqués mais non-consignés et laissés dans un local donnant sur la rue et dont la porte reste généralement ouverte à la vue de tous les passants.

Ces conditions d'enfermement ont également été dénoncées par les services de la CGLPL lors de leurs visites en 2017 et en 2018 (**Prod. 6**

et 7 de la requête introductive d'instance) mais aussi par la CNCDH en 2018 (**Prod. 13 de la requête introductive d'instance**).

XVI-3 Dans ces conditions, le prononcé d'une injonction tendant à ce que soit ordonnée la fermeture immédiate de ces locaux s'impose.

À défaut, il appartient à tout le moins au juge des référés du Conseil d'Etat d'ordonner lui-même les mesures susceptibles de faire cesser les atteintes graves et manifestement illégales aux libertés fondamentales des personnes étrangères.

En particulier, il lui sera loisible d'**enjoindre à l'Etat de prendre toute mesure destinée à garantir des conditions dignes de vie au sein de ces locaux.**

Et ce, au besoin après un sursis à statuer sur ce point précis afin de demander à l'administration de produire, à brève échéance, un bilan complet sur la situation matérielle dans ces locaux dans le but d'éclairer le juge des référés du Conseil d'Etat sur la situation au sein d'un tel lieu inaccessible aux observateurs et, à ce jour, aux associations exposantes (cf. *mutatis mutandis* CE, 19 octobre 2020, n° 439.372, § 28).

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

- **ANNULER** ordonnance n° 2102047 du 16 mars 2021 rendue par le juge des référés du tribunal administratif de Marseille **uniquement** en ce qu'elle n'a pas fait droit à l'ensemble des demandes des exposantes, lesquelles sont reprises et développées devant le juge d'appel ;
- **ORDONNER toutes mesures qu'il estimera nécessaires** afin de faire cesser les atteintes graves et manifestement illégales portées aux libertés fondamentales des personnes enfermées dans les locaux attenants à ceux de la police aux frontières de Montgenèvre, dont en particulier :
 - 1) À titre principal, **ENJOINDRE** à l'Etat – pris en la personne du ministre de l'intérieur et de la préfète des Hautes-Alpes – d'ordonner la fermeture immédiate de ces locaux ;
 - 2) À titre subsidiaire, **ENJOINDRE** à l'Etat – pris en la personne du ministre de l'intérieur et de la préfète des Hautes-Alpes – d'assurer aux personnes étrangères retenues dans ces locaux le bénéfice et la jouissance effective de l'ensemble des droits qui doivent leur être garantis, dont le :
 - droit d'aller et venir ;
 - droit de recevoir une information dans une langue comprise sur la procédure et la situation mais aussi les droits et protections dont la personne peut bénéficier ainsi que les voies de recours et les moyens pour les exercer effectivement ;
 - droit à un examen individuel de la situation de chaque personne ;
 - droit de recevoir une information sur les contacts des associations pouvant intervenir dans les lieux ainsi que de recevoir une information sur les contacts d'avocats du/des barreaux de référence ;
 - droit à un interprète dans la langue choisie par la personne ;
 - droit au recours suspensif, garanti pour toutes et tous ;
 - droit de demander l'asile ;
 - droit au respect des liens familiaux et de l'unité familiale ;

- droit à la protection (alimentaire, sanitaire, médicale, etc.) ;
- droit d'accès à un médecin de manière systématique et de pouvoir effectivement obtenir cette assistance médicale ; droit à un interprète professionnel au cours des entretiens médicaux ;
- droit de contacter un proche ;
- droit de contacter et de rencontrer un avocat ;
- droit de contacter une association ;
- droit de visite et/ou de contacts avec l'extérieur ;
- droit d'accès à son téléphone portable et à un téléphone fixe et possibilité de contacter gratuitement aux niveaux national et international à tout moment et de manière confidentielle ;
- droit d'entretien avec un avocat ou un conseil de manière confidentielle dans un local permettant d'assurer cette confidentialité des entretiens ;
- droit d'être assisté par un administrateur *ad hoc* pour les mineurs isolés pendant toute la durée de la procédure ;
- droit de se voir garantir des prestations assurant le gîte, le couvert et l'hygiène dans des conditions dignes pendant la durée de la procédure ;
- droit au respect de la dignité de la personne et de son intimité ;
- droit au respect des pratiques religieuses propres à chaque personne ;
- droit de garder ses effets personnels ;
- droit des mineurs isolés de disposer de l'ensemble des droits et protections attaché à leur situation de grande vulnérabilité
- droit d'être protégés par la mise en œuvre de dispositifs de contrôle effectifs, parmi lesquels figurent notamment : un accès au juge judiciaire et un contrôle du juge judiciaire ; une saisine du Procureur de la République dès le début de la privation de liberté pour l'en informer ; une possibilité d'accès et de visite pour le Procureur de la République et le juge judiciaire ; un registre tenu à jour avec l'identité des personnes privées de liberté, l'heure de début de la privation de liberté, la situation de la personne, etc.; un droit à un recours suspensif et effectif contre les mesures administratives prises contre les personnes ; un accès des avocats ; un accès des associations humanitaires et/ou ayant pour objet d'aider les personnes privées de liberté à

exercer leurs droits ; un accès des élus ; un accès des journalistes ; un accès des autorités de protection des droits humains (en particulier un contact avec la Contrôleuse générale des lieux de privation de liberté ou la Défenseure des droits).

- 3) Également à titre subsidiaire, **ENJOINDRE** à l'Etat – pris en la personne du ministre de l'intérieur et de la préfète des Hautes-Alpes – de prendre toute mesure destinée à garantir des conditions dignes de vie au sein de ces locaux, au besoin après un sursis à statuer sur ce point précis afin de demander à l'administration de produire, à brève échéance, un bilan complet sur la situation matérielle dans ces locaux dans le but d'éclairer le juge des référés du Conseil d'Etat sur la situation au sein de ces locaux ;
- **METTRE A LA CHARGE** de l'Etat la somme de 4.000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Avec toutes conséquences de droit.

SPINOSI

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

Productions :

1. Décision attaquée ;
2. Ordonnance n° 2101086 du 4 mars 2021 rendue par le juge des référés du tribunal administratif de Nice.