

SPINOSI

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

TRIBUNAL ADMINISTRATIF DE MARSEILLE

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

Les associations Anafé et Médecins du monde, exposantes, entendent saisir le juge des référés du tribunal administratif de Marseille sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative en vue 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.

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**).

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**).

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**, p. 11).

De plus, les observations régulières de différentes associations, réalisées en 2017, 2018, 2019 et 2020 (**Prod. 11**, 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** ; voir également les comptes-rendus détaillés d'observations inter-associatives de septembre 2019, de juin 2020, d'octobre 2020, **Prod. 8 à 10**).

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**, 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**, 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**, pp. 37-38).

Enfin, les témoignages des personnes enfermées dans ces lieux démontrent des conditions de privation de liberté indignes (**Prod. 14**) : 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**).

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**, 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 utilisés 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).*

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**).

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**).

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 privés 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 le préfet 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 du préfet des Hautes-Alpes du 21 octobre 2020. » (Prod. 23).

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).

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

« Le préfet 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, p.5).

Et de constater finalement que :

*« Le préfet 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, 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**).*

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.

A 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.

A 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**).

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 représentées au poste de la PAF de Montgenèvre le lundi 25 janvier 2021. Un refus d'accès leur a été opposé de nouveau. L'Anafé et Médecins du monde ont donc saisi la préfecture des Hautes-Alpes par un 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**).

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**).

IX. C'est dans ces conditions que les associations sont 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.

DISCUSSION

Sur l'intérêt à agir des associations requérantes

X. A titre liminaire, et en ce qui concerne l'intérêt pour agir et les pouvoirs d'ester en justice des associations requérantes :

X-1 L'association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers (Anafé) a été créée en 1989 afin de veiller au respect des droits des personnes étrangères qui se présentent aux frontières françaises et européennes.

Selon les articles 3 et 4 de ses statuts, l'association agit en faveur des droits des étrangers en difficulté aux frontières :

« Article 3

But : agir en faveur des droits des personnes qui se trouvent ou se sont trouvées en difficulté aux frontières.

Article 4

Moyens :

a) l'association exerce son activité notamment dans chaque aéroport, port, autre zone frontalière ou d'attente ;

b) elle sollicite des autorités compétentes l'accès à ces lieux et à toute personne à qui elle entend apporter aide et assistance.

L'Anafé exerce sa mission :

- en tant que centre - ressources pour un soutien direct et indirect et en tant qu'observatoire,

- à travers ses activités d'analyse, de communication et sensibilisation, et de plaidoyer » (Prod. 1).

Si l'Anafé est connue pour mener des actions dans les zones d'attente, sa mission ne se limite pas à ces zones-là.

Elle a pour objectif d'agir en faveur de toutes les personnes en difficulté aux frontières intérieures ou extérieures, qu'elles soient aériennes, maritimes, ferroviaires ou terrestres, dans les zones d'attente ou tous autres lieux frontaliers où les droits des personnes étrangères ne seraient pas respectés par les autorités.

Parmi ses actions pour répondre à ces objectifs, l'Anafé assure une mission de soutien administratif et juridique aux personnes étrangères et d'observation des pratiques de l'administration dans la mise en œuvre des procédures applicables aux frontières extérieures et intérieures de la France et notamment de la police aux frontières.

Elle se donne aussi pour objectif d'intervenir auprès des pouvoirs publics afin que le sort réservé aux personnes étrangères aux frontières soit respectueux tant du droit français que des conventions internationales.

Depuis sa création, l'Anafé exprime, à travers différentes actions, ses préoccupations concernant la situation des personnes étrangères aux frontières françaises, intérieures et extérieures, dénonce les dysfonctionnements dans les procédures de refus d'entrée et de refoulement et les violations des droits de personnes privées de liberté ou en difficulté aux frontières.

Elle a également œuvré pour que le droit d'accès de la société civile (associations, parlementaires, journalistes...) dans les lieux privatifs de liberté aux frontières, et notamment dans les zones d'attente, soit reconnu et appliqué.

Dans le cadre de ses missions, l'Anafé agit aussi en justice devant différentes juridictions, lesquelles ont toujours déclaré recevables les actions portées par l'Anafé (CE 3 octobre 1997, n° 170.527 ; CE 30 juillet 2003, req. n° 247.986, n° 332.289 ; CAA Paris 8 juillet 2010, n° 09PA05719 ; CE 15 février 2013, n° 365.709 ; CE 20 mars 2013, n° 366.308 ; CE, 29 avril 2013, n° 357.848 ; CE 24 juillet 2014, n° 381.551 ; CE 1^{er} juillet 2015, n° 381.550 ; CE 22 juillet 2015, n° 383.034 ; TA de Nice 8 juin 2017, n°1702161 puis CE 5 juillet 2017, n° 411.575 ; TA de Paris, n° 1707798/4-1 ; CE 21 novembre 2017, n° 415.289 ; TA Nice 22 janvier 2018, n° 1800195 ; CE 13 avril 2018, n° 419.565, CAA Paris 8 novembre 2019, n° 18PA03469 ; Cons. constit. 25 octobre 2019, QPC n°2019/810 ; Cons. constit. 6 décembre 2019, QPC n° 2019/818 ; TA de Nice, 19 mai 2020,

n° 2001952 ; CE 8 juillet 2020, n° 440.756 ; TA de Nice, 30 novembre 2020, n° 2004690 ; TA de Marseille, 10 décembre 2020, n° 2009054).

Par délibération du bureau du 12 janvier 2021, le président de l'Anafé est autorisé à ester en justice (**Prod. 2**).

X-2 L'association **Médecins du Monde** a pour but, selon l'article 1^{er} de ses statuts et « *à partir de sa pratique médicale et en toute indépendance, de soigner les populations les plus vulnérables, dans des situations de crises et d'exclusions partout dans le Monde et en France* ».

A cette fin, elle « *révèle les risques de crises et de menaces pour la santé et la dignité afin de contribuer à leur prévention* » et « *dénonce par ses actions de témoignage les atteintes aux droits de l'homme et plus particulièrement les entraves à l'accès aux soins* » (**Prod. 3**).

Pour atteindre ces objectifs, et tel qu'il l'est précisé dans le préambule de ses statuts, Médecins du Monde contribue « *à ce que toutes les populations en situation de vulnérabilité sociale et sanitaire soient en capacité d'agir dans leur environnement social, d'être acteurs de leur santé et de faire valoir leurs droits* ».

Aux termes de l'alinéa 8 de l'article 12 des statuts de l'association, son président la « *représente [...] en justice tant en demande qu'en défense* ».

A cet égard, les statuts lui octroient le « *pouvoir d'engager des actions en justice devant toutes les juridictions* », de « *faire appel des décisions rendues* » et « *former tous pourvois et plus généralement engager toutes les procédures en justice ou extrajudiciaires propres à assurer la défense des intérêts de l'association et de ses membres, et ce tant en France qu'à l'étranger* ».

Par délibération du 23 décembre 2020, le président de Médecins du monde est autorisé à ester en justice (**Prod. 4**).

X-3 Ainsi, eu égard à leurs objets statutaires respectifs et à la nature du litige, les associations requérantes ont chacune un intérêt manifeste à faire valoir que les privations de liberté contestées ainsi que le refus

d'accès dans les locaux concernés portent une atteinte grave et immédiate à leurs intérêts ainsi qu'aux intérêts publics qu'elles défendent.

En effet, et d'une part, la pratique litigieuse de privation de liberté a pour effet direct de priver les personnes étrangères retenues dans ces locaux, notamment, de leur liberté d'aller et de venir ainsi que de leur droit à ne pas être soumis à des traitements inhumains ou dégradants.

Et pour cause, elles ne bénéficient d'aucun des droits d'ordinaire garantis lorsqu'une personne est placée en zone d'attente ou en lieu de rétention.

Or, les associations requérantes ont précisément pour objet statutaire de faire valoir les droits des personnes vulnérables se trouvant en difficulté aux frontières.

Dès lors, et à tous égards, la présente requête est indéniablement recevable.

Sur l'urgence

XI. En premier lieu, les associations requérantes justifient indiscutablement d'une situation d'urgence au sens des dispositions de l'article L.521-2 du code de justice administrative.

XI-1 En droit, cette condition est regardée comme satisfaite dès lors que, de manière générale, le requérant justifie des circonstances particulières caractérisant la nécessité de bénéficier à très bref délai d'une mesure pouvant être prononcée par le juge des référés (CE, Ord., 23 janvier 2004, n° 257.106; CE, Ord., 28 mars 2008, n° 314.368).

XI-2 Or, en l'occurrence, nul ne saurait sérieusement contester que la condition d'urgence est satisfaite.

XI-2.1 D'une part, les privations de libertés litigieuses existent depuis 2015, année au cours de laquelle les contrôles aux frontières intérieures ont été rétablis par la France ayant pour conséquence la

multiplication de l'enfermement des personnes migrantes à la frontière franco-italienne.

Ce rétablissement des contrôles aux frontières intérieures de la France et les mesures associées ont emporté des effets immédiats et persistants sur la situation des personnes migrantes qui risquent fréquemment d'être privées de liberté dans les locaux attenants à ceux de la police aux frontières de Montgenèvre pendant une durée pouvant aller jusqu'à 13h, comme en témoignent le rapport de la CNCDH ainsi que des différentes associations présentes sur place (**Prod. 9 à 22**).

Cette pratique a été constatée par le juge des référés du tribunal administratif de Marseille le 10 décembre 2020 (**Prod. 23**).

Par conséquent, la réalité et l'actualité de ces privations de liberté ne sauraient être contestées.

XI-2.2 D'autre part, et surtout, cette pratique a gravement affecté la situation de l'ensemble des personnes concernées et chaque jour supplémentaire durant lequel elle persiste ne peut manquer d'accroître encore cette gravité.

Il convient de rappeler que l'existence de cette « *zone de rétention pour personnes non admises* » porte une atteinte grave et immédiate aux associations requérantes et aux intérêts qu'elles entendent défendre.

D'une part, les droits de personnes étrangères ne sont pas garantis et elles font l'objet d'atteintes manifestement illégales à des libertés fondamentales.

En 2019, la France a refusé l'entrée à sa frontière franco-italienne à 30.000 personnes.

Ainsi, plusieurs dizaines de personnes chaque jour séjournent dans ce lieu de privation de liberté, sans qu'aucun cadre juridique n'en définisse les droits et garanties, à l'encontre du droit européen et national.

XI-2.3 Enfin, la circonstance que la préfète persiste à ne pas permettre l'accès des associations aux locaux contribue un peu plus encore à caractériser l'urgence.

En effet, il apparaît que lorsque les personnes migrantes sont enfermées dans la construction modulaire, les forces de police aux frontières refusent à quiconque de leur rendre visite ou d'accéder à ces locaux.

Il est ainsi interdit aux associations de venir en aide à des personnes dans une situation d'extrême vulnérabilité.

En effet, dans le cadre de leurs missions et objectifs, les associations requérantes ont souhaité porter assistance aux personnes maintenues dans la construction modulaire.

D'une part, s'agissant de l'Anafé, l'assistance qu'elle délivre relève plus particulièrement d'un soutien administratif et juridique, en informant des personnes sur leurs droits et en leur proposant un accompagnement dans la rédaction d'actes administratifs et juridiques : exercice effectif des droits, saisine des juridictions administratives et judiciaires, enregistrement de la demande d'asile, protection des mineurs isolés aux frontières, saisine des autorités, etc.

Depuis 2017, l'Anafé a informé et accompagné des personnes qui avaient été enfermées au poste de la police aux frontières de Montgenèvre suite à des procédures expéditives de refus d'entrée, des refus d'enregistrer leur demande d'asile ou encore des refus de prise en charge des mineurs isolés. L'Anafé a également suivi des contentieux individuels dans le cadre recours devant le tribunal administratif, et a saisi régulièrement les autorités administratives et les autorités responsables.

Une des représentantes de l'Anafé s'est d'ailleurs vu refuser l'entrée à plusieurs reprises alors qu'elle souhaitait apporter une aide juridique aux personnes étrangères.

D'autre part, s'agissant de l'association Médecins du monde, l'assistance qu'elle délivre est médicale.

Ainsi, cette association, dont l'une des représentantes s'est vu refuser l'entrée, est inquiète de l'impact que les conditions de traversée en haute montagne peuvent avoir sur la santé des personnes exilées,

renforçant la situation de vulnérabilité de ces personnes. Les médecins et les infirmier.es de l'association ont récemment constaté des cas de maladies infectieuses telles que le staphylocoque doré ou encore la gale ou encore le suivi des situations de problèmes gynécologiques, maladies héréditaires aggravées par la situation de haute montagne, etc. (**Prod. 21**, p. 14).

Réciproquement, le refus ainsi opposé par la préfète porte également une atteinte grave à la liberté des associations et aux intérêts qu'elles défendent, elles se retrouvent dans l'impossibilité d'exercer leurs missions d'assistances juridique et médicale auprès des personnes qui en ont besoin.

En définitive, le refus persistant de la préfète empêche actuellement, et lors des semaines à venir, à toutes les associations de venir en aide aux personnes qui en auraient besoin.

Dès lors, ce refus de la préfète opposé aux représentantes associatives souhaitant accéder aux constructions modulaires afin d'y venir en aide aux personnes y étant maintenues est de nature à faire radicalement obstacle à l'exercice de la liberté de venir en aide dans un but humanitaire.

Ce refus paraît d'autant plus incompréhensible au regard de la justification apportée par les autorités, définissant ces locaux comme des locaux de « *mise à l'abri* » pour la « *sécurité des migrants* ».

XI-3 Dans ces conditions, il est manifeste que les privations de libertés litigieuses portent une atteinte grave et immédiate aux intérêts des associations requérantes ainsi qu'aux intérêts publics qu'elles défendent, au premier rang desquels figurent la protection de la dignité des plus vulnérables.

A ce titre, la condition d'urgence est incontestablement acquise.

Sur l'atteinte grave et manifestement illégale à des libertés fondamentales

XII. En second lieu, il est tout aussi manifeste que la persistance des pratiques privatives de liberté au sein des locaux attenants à ceux de la police aux frontières de Montgenèvre ainsi que le refus subséquent

d'accès à ces locaux opposé aux associations humanitaires portent, au sens des dispositions de l'article L.512-2 du code de justice administrative, une atteinte grave et manifestement illégale à plusieurs libertés fondamentales.

Cette atteinte résulte à la fois de la qualification des locaux concernés en « *lieux de mise à l'abri* » au sein duquel les personnes étrangères sont privées de liberté, mais également des conditions indignes dans lesquelles elles le sont, sans compter l'absence d'assistance par des associations.

XII-1 En droit, il importe de rappeler que la liberté d'aller et venir a acquis le statut de principe à valeur constitutionnelle et constitue 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 » (Cons. const., Déc. n° 79-107 DC du 12 juillet 1979 ; Cons. const., Déc. n° 2003-467 DC du 13 mars 2003 ; Cons. const., 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, 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 attachait 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).

[...]

85. La Cour relève que, dans le cas d'espèce, le requérant est soumis à des mesures identiques à celles examinées par la Cour dans les affaires précitées et que, à la différence de l'intéressé dans l'affaire Guzzardi, le requérant dans la présente espèce n'a pas été contraint de vivre dans un endroit exigü et ne s'est pas trouvé dans l'impossibilité de nouer des contacts sociaux. »

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 exigüe milite en faveur de la qualification de privation de liberté au sens de l'article 5 §1.

Dans ce contexte, elle 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, de conclure 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 Röske 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 (paragraphe 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 (CE, ord. juge réf., 9 janvier 2001, n° 228928, *Deperthes* ; CE, ord. juge réf., 2 avril 2001, n° 231965, *Marcel* ; CE, ord. juge réf., 9 juillet 2001, n° 235638, préfet Loiret).

Les autorités administratives nationales ou locales disposent d'un pouvoir de limitation de la liberté d'aller et venir des étrangers, mais

ce sur la base du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

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'euro-péen 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 » (Cons. const., Déc. n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994 ; v. récemment Cons. const. 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 a estimé 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 qui transpose le droit communautaire », de sorte 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 rétention 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 devant un tribunal administratif (TA Besançon, ord., 28 août 2018, n° 1801454).

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[ssan]t 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, à la fois 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, c'est à deux titres qu'il est porté, s'agissant de la situation au sein des locaux attenants à ceux de la police aux frontières de Montgenèvre, une atteinte grave et manifestement illégale à l'ensemble de ces libertés fondamentales.

Sur la fermeture des locaux

XIV. Premièrement, et à titre principal, il est indéniable que les privations de libertés subies par les personnes enfermées dans les locaux attenants à ceux de la police aux frontières de Montgenèvre méconnaissent l'ensemble de ces libertés fondamentales et leur portent une atteinte grave et manifestement illégale au sens exact des dispositions de l'article L. 521-2 du code de la justice administrative.

Plus précisément, la pratique litigieuse emporte des conséquences particulièrement graves sur l'exercice de ces libertés, sans être strictement justifiées et proportionnées au regard des buts affichés par son auteur.

En outre, il n'existe aucune protection de l'ensemble des droits traditionnellement afférents à toute privation de liberté des personnes enfermées.

Cette atteinte résulte à la fois de la qualification des locaux concernés en « *lieux de mise à l'abri* » au sein duquel les personnes étrangères sont privées de liberté, mais également des conditions indignes dans lesquelles elles le sont, sans compter l'absence d'assistance par des associations.

Sur la privation arbitraire de liberté arbitraire

XIV-1 D'abord, cette pratique constitue incontestablement une mesure de privation de liberté au sens du droit interne, conventionnel et international.

La préfète des Hautes-Alpes avait refusé l'accès aux constructions modulaires attenantes au poste de la police aux frontières de Montgenèvre à deux représentantes associatives, en faisant valoir que ce lieu **ne relèverait pas de la catégorie des « lieux de rétention » au sens des dispositions du décret du 24 juin 2018 codifiées aux articles R. 553-14-4 du CESEDA ou encore d'une « zone d'attente »**, aux motifs qu'il s'agirait de « *locaux de mise à l'abri* » qui « *permettent donc de préserver la sécurité des migrants* ».

Mais rien n'est moins vrai.

XIV-1.1 D'emblée, et à titre liminaire, il convient de relever que 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* ».

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 à accès, à tout moment, à un dispositif d’hébergement d’urgence* ».

Toute personne relevant du dispositif de l’hébergement d’urgence dispose 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-1.2 Or, les ressortissants étrangers présents au sein des locaux attenants au poste de la police aux frontières de Montgenèvre ne sont manifestement pas accueillis dans de telles conditions légales, conformes à la notion de « mise à l'abri ».

En effet, les locaux de privation de liberté auxquelles les représentantes associatives souhaitent accéder sont utilisées afin d'y **enfermer de manière contrainte 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).

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 plus d'une centaine de 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 de nuit et notamment après minuit sont enfermées dans les locaux de la police aux frontières, en attendant l'ouverture du poste de police italien le lendemain matin. De même, les personnes interpellées en journée sont privées de liberté dans les locaux précités le temps que la police italienne se déplace jusqu'au poste de la PAF de Montgenèvre pour venir les chercher et repartir en Italie avec elles. Or, au regard de la distance et de la géographie de cette partie de la frontière franco-italienne, cette durée peut très vite s'étendre sur plusieurs heures.

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.

En outre, toujours en écho à la décision du 5 juillet 2017, l'accès des associations dans ces locaux est indispensable afin de garantir l'effectivité du recours en référé-liberté explicitement évoqué par le Conseil d'Etat lorsque la privation de liberté excède quatre heures.

Enfin, il n'est pas inutile de relever que depuis la décision rendue le 5 juillet 2017 par le Conseil d'Etat, la Cour de justice de l'Union européenne a eu l'occasion de juger que 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'appliquait

aux hypothèses de franchissement des frontières intérieures même lorsque l'Etat membre concerné a rétabli les contrôles dérogatoires aux frontières (CJUE, G.C., 19 mars 2019, *Préfet des Pyrénées-Orientales c. Abdelaziz Arib e. a.*, Aff. C-444/17, not. § 62).

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.

C'est précisément ce que le Conseil d'Etat a très récemment jugé dans la décision du susvisée (CE, 27 novembre 2020, n° 428.178).

XIV-1.3 Ce raisonnement a d'ailleurs été suivi par le juge des référés du tribunal de Marseille le 10 décembre 2020 :

« 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. » (Prod. 23).

De façon significative, en novembre 2020, son homologue de Nice a jugé de même au sujet du point de passage autorisé de Menton :

« Il résulte de l'instruction et des échanges intervenus au cours de l'audience que le moyen tiré de l'application des dispositions prises pour la transposition de la directive n° 2008/115 CE du 16 décembre 2008 aux mesures de « maintien » des personnes retenues dans ces locaux dits de « mise à l'abri » de Menton et notamment aux conditions d'accès des associations à ces locaux, est en état de

l'instruction susceptible de créer un doute sérieux quant à la légalité de la décision attaquée » (Prod. 22).

Cette analyse a été réitérée plus récemment encore par le même juge des référés du tribunal administratif de Nice dans une ordonnance du 4 mars 2021 :

« 6. Comme il a été dit au point 4, le préfet 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 », le caractère coercitif de ce « maintien » et le caractère quotidien de ces pratiques de « mise à l'abri » notamment entre 19h00 et 8h00 du matin, sans possibilité que soit accordé un accès régulier ou même ponctuel à ces locaux, au vu de certaines circonstances notamment sanitaires, aux associations requérantes pour porter assistance aux personnes retenues. Si le préfet des Alpes-Maritimes fait valoir qu'une durée de mise à disposition de quatre heures est en principe respectée « en journée », soit de 8h00 à 19h00, ce qui constitue effectivement un délai raisonnable, il indique qu'en moyenne, cette durée est de cinq heures trente minutes en comptant les mises à l'abri de nuit, et il reconnaît, à l'audience, une durée potentielle de 13 heures dans l'hypothèse de l'arrivée d'un individu à 19h00 et d'une remise aux autorités italiennes à 8h00 le lendemain. Cette dernière hypothèse, où un individu pourrait être retenu dans un lieu pendant plus de douze heures, caractérise une privation de liberté et non une simple restriction de liberté, et implique le contrôle de l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle aux termes de l'article 66 de la Constitution. En tout état de cause, 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 sont applicables aux personnes qui ont pénétré sur le territoire métropolitain en franchissant une frontière intérieure terrestre. » (Prod. 25)

XIV-1.4 Dans ce contexte, il est incontestable que les restrictions d'espèce sont de nature à priver de liberté les personnes qui les subissent.

XIV-1.4.1 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**, encadré n°8, pp. 22-25 et encadré n°13, pp. 37-38). Un dispositif de grillage entoure l'ensemble des locaux de la police aux frontières de Montgenèvre, espace au sein duquel se situe la construction modulaire servant de lieu privatif de liberté pour les personnes interpellées. Elles ne peuvent sortir de cet espace de manière libre, étant sous la contrainte des policiers 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 5h00 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**) 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**).

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 ; Prod. 11 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.**

En outre, contrairement aux mesures d'assignation à résidence, des caméras sont installées dans la zone d'enfermement, aucun texte de loi ne délimite les mesures en cause ni ne définit le régime de « mise à l'abri » et les personnes concernées ne sont pas placées dans leur résidence mais dans des constructions modulaires exiguës.

Par ailleurs, il est constant qu'une mesure de vérification d'identité constitue une mesure de privation de liberté alors que sa durée ne peut excéder quatre heures.

Or, une vérification d'identité a lieu dans un local de police et selon le respect de droits et libertés détaillés dans le code de procédure pénale.

En l'espèce, les personnes migrantes sont maintenues pendant plusieurs heures, pour des durées allant régulièrement jusqu'à plus de douze heures, et ainsi très souvent au-delà de quatre heures, dans des constructions modulaires sous surveillance attenantes au local de la police aux frontières.

Elles sont ainsi maintenues, de la même manière que lors d'une mesure de vérification d'identité, **dans un local de police pour des durées excédant les seuils fixés par le Conseil constitutionnel dans la caractérisation des mesures de privation de liberté et ce, sans aucune possibilité d'en sortir.**

Par conséquent, au regard de l'ensemble des mesures de contraintes mises en place en l'espèce comme la surveillance, l'enfermement ainsi que les durées de ces privations de liberté, il est indiscutable qu'une telle mesure constitue une privation de liberté au sens de l'article 66 de la Constitution.

XIV-1.4.2 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 mais également l'accumulation de tels critères, parmi lesquels figurent la situation concrète des individus, le genre de la mesure d'enfermement, sa durée, ses effets et ses modalités d'exécution.

En l'espèce, comme il l'a déjà été établi plus tôt, les personnes appréhendées par la police aux frontières et enfermées dans les constructions modulaires y restent plusieurs heures régulièrement plus de 4h, 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 sous surveillance permanente.

S'agissant de l'inconfort physique et de l'impossibilité de quitter une zone à cause des policiers formant un cordon autour de manifestants, la Cour européenne n'avait pas conclu à la reconnaissance d'une privation de liberté dans la mesure où, d'une part, le comportement dangereux de certains militants empêchait la police de rompre le cordon et, d'autre part, la police avait fait preuve, à plusieurs reprises, de sa volonté de le rompre au cours de sa mise en place.

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, ni les comptes rendus des associations ni les témoignages recueillis auprès des forces de police **ne font état d'un quelconque comportement de résistance** adopté par les personnes migrantes appréhendées. Au contraire, de tels comportements ont seulement été constatés de la part des forces de police envers certains migrants (**Prod. 12**).

En outre, dans le cadre du contentieux s'agissant de la zone de transit à la frontière hongroise, la Cour européenne n'avait pas reconnu ce dispositif comme une mesure de privation de liberté.

Cependant, deux différences fondamentales existent entre la situation hongroise et la situation d'espèce.

Premièrement, la Cour européenne des droits de l'homme a relevé que le maintien des personnes migrantes dans la zone de transit se justifiait par le temps nécessaire à l'étude de leur demande d'asile.

Or, en l'espèce, les refus d'entrée sur le territoire sont rédigés 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**, p. 3).

D'ailleurs, 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).

Aucune démarche administrative ne vient ainsi justifier le temps d'enfermement subi par les personnes migrantes.

Secondement, la Cour européenne s'est longuement intéressée à la possibilité effective laissée aux migrants qui ont pénétré dans la zone de transit hongroise de rejoindre le pays qu'ils venaient de quitter, en l'occurrence la Serbie.

Après une analyse approfondie de la situation, elle a conclu qu'un tel retour était possible aux personnes présentes dans la zone de transit.

Or, 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 le territoire italien.

En effet, les personnes y sont enfermées 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 est fixée par les relations entre les polices française et italienne et la remise des

personnes, par les autorités françaises aux forces de l'ordre italiennes, lors de l'arrivée de ces dernières au poste de la police aux frontières de Montgenèvre.

La police aux frontières de Montgenèvre maintient alors des personnes vulnérables, pendant des nuits entières, sans aucune justification tenant à l'étude de leur situation, dans des conditions les empêchant d'avoir accès aux associations ou à un avocat, sans aucune possibilité de contact vers l'extérieur, dans une zone sous surveillance permanente.

Par conséquent, il est indéniable qu'un tel dispositif doit être considéré comme une privation de liberté au sens de l'article 5 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

XIV-1.5 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.

XIV-1.5.1 A cet égard, il n'est pas inutile 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 (v. not. CJUE, 19 mars 2019, *Arbi*, n° C444/17).

En conséquence, et comme cela a déjà été évoqué, les dispositions relatives à la rétention prévues à l'article 15 de la directive 2008/115/CE ou des articles 8 et suivants de la directive 2013/33/UE sont applicables.

Il appartient donc aux autorités compétentes de respecter ce cadre juridique en décidant, lorsque des mesures de privation de liberté leur apparaît nécessaire, de le faire dans le cadre juridique prévu par le droit national et qui offrent les garanties prévues 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.

A ce titre, il n'est pas inutile de rappeler que le Conseil d'Etat a jugé que :

« 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**).

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 ».

Saisi d'un recours en référé suspension, les juges des référés des tribunaux administratifs de Nice et de Marseille en ont tiré les conséquences (cf. TA de Nice, 30 novembre 2020, n° 2004690 ;

TA de Marseille, 10 décembre 2020, n° 2009054 ; TA de Nice, 4 mars 2021, n° 2101086).

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 de prétendu « *mise à l'abri* » évoqué par la préfète ne correspond aucunement à ces exigences du droit de l'Union.

De fait, aucune décision n'est notifiée aux personnes ainsi privées de liberté. En outre, elles ne disposent d'aucun droit, pas même celui prévu par l'article 78-3 du code de procédure pénale concernant la vérification d'identité ou encore du droit de contacter une personne, un avocat ou un conseil, sans compter le droit de solliciter l'asile.

Au demeurant, et de façon particulièrement significative, 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.

Enfin, 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.

XIV-1.5.2 Corrélativement, les exposantes tiennent à souligner que la privation litigieuse de liberté est d'autant plus grave et manifestement illégale qu'elle est réalisée en méconnaissance des garanties minimales du droit d'asile.

En effet, il résulte des dispositions du règlement 604/2013/UE du 26 juin 2013 (cf. *supra* **XII-3**) 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 de « *mise à l'abri* » 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 et n'est pas davantage prévue une évaluation de la vulnérabilité et du risque de fuite ou encore la possibilité d'être informé et d'être assisté par un avocat ou une association.

A ce titre, la pratique de la police aux frontières et de la préfète de 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.

Sur les conditions matérielles de la privation de liberté

XIV-2 **Ensuite**, cette privation de liberté a lieu dans des conditions inhumaines et dégradantes.

Comme explicité précédemment, la police aux frontières maintien des personnes vulnérables, pendant des nuits entières dans des conditions les empêchant d'avoir accès aux associations, à un avocat ou même un médecin, sans aucune possibilité de contact vers l'extérieur, dans une zone sous surveillance permanente.

En effet, les témoignages des personnes enfermées dans ces lieux démontrent des conditions de privation de liberté indignes : 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, etc..

Ces conditions d'enfermement ont également été dénoncées par les services de la CNCDH en 2018 (**Prod. 13**).

Ces constats rendent primordiale une action d'associations comme l'Anafé et Médecins du monde et impliquent qu'il soit mis fin à ces privations de liberté, qui en sus d'être dépourvues de base légale, se déroulent dans des conditions particulièrement indignes.

XIV-3 Il résulte de tout ce qui précède, et notamment des faits caractérisant une situation de détention arbitraire quotidienne, régulière et organisée dans les locaux attenants au poste de la police aux frontières de Montgenèvre, que la fermeture immédiate de ces locaux s'impose résolument.

Sur le refus d'accès aux locaux opposé aux associations humanitaires

XV. Deuxièmement, et à titre subsidiaire, le refus persistant de la préfète des Hautes-Alpes d'autoriser les associations à accéder aux locaux attenants à ceux de la police aux frontières de Montgenèvre constitue également une atteinte grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales.

En particulier, et dans le prolongement direct des développements précédents relatifs aux conditions dans lesquelles des personnes étrangères sont privées de liberté dans ces locaux, les exposantes entendent souligner qu'un tel refus d'accès affecte aussi bien les droits de ces migrants particulièrement vulnérables que le droit pour les associations d'exercer leurs activités humanitaires, tout particulièrement au nom de la liberté fondamentale d'aider d'autrui dans un but humanitaire.

XV-1 D'emblée, et à titre liminaire, il convient de rappeler que les associations humanitaires disposent d'un droit d'accès dans différents lieux où des ressortissants étrangers sont privés de liberté.

Il en est tout particulièrement ainsi en zone d'attente ou dans les lieux de rétention.

XV-1.1 D'une part, en effet, les articles R. 223-8 et suivants du CESEDA prévoient un tel droit d'accès pour les associations aux **zones d'attente**.

L'article R. 223-8 dispose ainsi :

« L'autorité administrative compétente fixe la liste des associations habilitées à proposer des représentants en vue d'accéder à la zone d'attente dans les conditions fixées par la présente section.

L'habilitation ne peut être sollicitée que par les associations régulièrement déclarées depuis au moins cinq années et proposant par leurs statuts l'aide et l'assistance aux étrangers, la défense des droits de l'homme ou l'assistance médicale ou sociale.

Tout refus d'habilitation doit être motivé au regard notamment du nombre d'associations déjà habilitées.

L'habilitation est accordée pour une durée de trois ans et peut faire l'objet d'une convention signée entre l'autorité administrative compétente et l'association. L'habilitation et la convention sont renouvelables pour la même durée.

L'autorité administrative compétente peut retirer l'habilitation d'une association.

L'accès à la zone d'attente des représentants des associations habilitées s'effectue conformément aux stipulations de la convention. »

L'article R. 223-11 du même code dispose également :

« L'autorité administrative compétente peut autoriser toute visite supplémentaire sur demande écrite et motivée du président d'une association habilitée ou de tout membre mandaté de l'association. »

L'article R. 223-13 du même code dispose, par ailleurs :

« Les représentants agréés d'une association peuvent s'entretenir avec le chef des services de contrôle aux frontières et, lorsqu'ils sont

présents, avec les agents de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides et les agents de l'Office français de l'immigration et de l'intégration chargés de l'assistance humanitaire.

Ils peuvent s'entretenir confidentiellement avec les personnes maintenues dans cette zone.

Pendant leur présence en zone d'attente, les représentants agréés d'une association habilitée sont accompagnés par un agent des services de contrôle aux frontières.

Les représentants de plusieurs associations habilitées ne peuvent accéder le même jour à la même zone d'attente. »

Il convient de préciser que l'association ANAFE figure dans l'article 1^{er} de l'arrêté du 29 mai 2018 fixant la liste des associations humanitaires habilitées à proposer des représentants en vue d'accéder en zone d'attente.

En outre, l'article L. 223-1 du même code dispose :

« Pendant toute la durée du maintien en zone d'attente, l'étranger dispose des droits qui lui sont reconnus à l'article L. 221-4. Le procureur de la République ainsi que, à l'issue des quatre premiers jours, le juge des libertés et de la détention peuvent se rendre sur place pour vérifier les conditions de ce maintien et se faire communiquer le registre mentionné à l'article L. 221-3. Le procureur de la République visite les zones d'attente chaque fois qu'il l'estime nécessaire et au moins une fois par an. Tout administrateur ad hoc désigné en application des dispositions de l'article L. 221-5 doit, pendant la durée du maintien en zone d'attente du mineur qu'il assiste, se rendre sur place.

Un décret en Conseil d'Etat détermine les conditions d'accès aux zones d'attente du délégué du haut-commissariat des Nations unies pour les réfugiés ou de ses représentants ainsi que des associations humanitaires ou ayant pour objet d'aider les étrangers à exercer leurs droits. ».

XV-1.2 D'autre part, il convient également de rappeler qu'aux termes de l'article R. 553-14-4 du CESEDA, tel qu'issu du décret n° 2014-

676 du 24 juin 2014 relatif à l'accès des associations humanitaires aux **lieux de rétention** :

« Les associations humanitaires ont accès, dans les conditions fixées par la présente section, aux lieux de rétention.

Cet accès ne doit pas entraver le fonctionnement du lieu de rétention ni les activités qu'y exercent les services de l'Etat et les personnes morales mentionnés à l'article R. 553-14. »

L'article R. 553-14-5 du même code prévoit que :

« Toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq années, ayant pour objet la défense des étrangers, la défense des droits de l'homme, l'assistance médicale et sociale ou l'assistance aux personnes privées de liberté, peut demander à être habilitée à proposer des représentants en vue d'accéder aux lieux de rétention.

Le ministre chargé de l'immigration fixe la liste des associations habilitées à proposer des représentants en vue d'accéder aux lieux de rétention.

Tout refus d'habilitation est motivé. Il ne peut être fondé que sur la méconnaissance des critères énoncés au premier alinéa ou sur des motifs d'ordre public.

L'habilitation est accordée pour une durée de cinq ans. Elle est renouvelable pour la même durée.

Le ministre chargé de l'immigration peut, par décision motivée, retirer l'habilitation d'une association lorsqu'elle ne remplit plus les critères énoncés au premier alinéa ou pour des motifs d'ordre public.
»

L'article R. 553-14-6 dispose quant à lui que :

« Chaque association habilitée peut transmettre au ministre chargé de l'immigration une liste de cinq personnes au plus ayant vocation à accéder à l'ensemble des lieux de rétention.

Chaque association habilitée peut transmettre au préfet territorialement compétent ou, à Paris, au préfet de police, pour

chaque lieu de rétention, une liste de cinq personnes au plus ayant vocation à y accéder.

L'autorité compétente peut, par décision motivée, s'opposer à l'accès d'une ou plusieurs personnes figurant sur une liste pour des motifs d'ordre public. En l'absence d'opposition de l'autorité compétente dans un délai d'un mois après réception de la liste, ces personnes sont autorisées à accéder aux lieux de rétention concernés. L'autorité compétente en informe les responsables de ces lieux de rétention.

Il est mis fin au droit d'accès d'un représentant d'une association à la demande de la personne ou de l'association concernée ou lorsque l'habilitation de cette association est retirée. L'autorité compétente peut également, par décision motivée, mettre fin au droit d'accès pour des motifs d'ordre public. »

En outre, l'article R. 553-14-7 du même code prévoit que :

« Les représentants des associations ont accès, dans le respect des règles sanitaires et de sécurité, aux locaux susceptibles d'accueillir les retenus. Toutefois, ils n'ont accès aux locaux mis à disposition des intervenants et au local réservé aux avocats qu'avec l'accord des intéressés.

Les représentants des associations peuvent s'entretenir avec le responsable du lieu de rétention et, lorsqu'ils sont présents, avec les agents de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides et de l'Office français de l'immigration et de l'intégration ainsi qu'avec les représentants agréés des associations ayant conclu la convention prévue à l'article R. 553-14 pour permettre l'exercice effectif des droits des étrangers. Ils peuvent s'entretenir avec l'équipe médicale du lieu de rétention, dans le respect du secret médical.

Les représentants des associations peuvent s'entretenir confidentiellement avec les personnes retenues dans ces lieux. Cette possibilité ne peut être refusée que pour des motifs tirés des exigences mentionnées au second alinéa de l'article R. 553-14-4. ».

Enfin, l'article R. 553-14-7 du CESEDA dispose que :

« Un même lieu de rétention peut recevoir, au plus, la visite de cinq représentants d'associations habilités par période de vingt-quatre heures.

Lorsque les représentants d'une association entendent exercer leur droit d'accès dans un centre de rétention, ils en informent au moins vingt-quatre heures à l'avance le chef de centre.

Lorsque les représentants d'une association entendent exercer leur droit d'accès dans un local de rétention, ils en informent au moins douze heures à l'avance le responsable du local.

Le responsable du lieu de rétention peut, par une décision motivée, ajourner les visites de représentants d'association pour une durée limitée mentionnée dans la décision. »

Plus largement encore, et en écho à ces dispositions, il est manifeste que l'accès des associations humanitaires aux différents lieux où des ressortissants étrangers sont privés de liberté relève nécessairement de la liberté fondamentale d'aider autrui dans un but humanitaire (cf. *supra* **XI-4**).

XV-2 Toujours à titre liminaire, les associations tiennent à rappeler que, lors d'un recours initié contre la précédente décision de refus de la préfète des Hautes-Alpes d'autoriser les associations à accéder aux locaux attenants à ceux de la police aux frontières de Montgenèvre, le juge des référés du tribunal administratif de Marseille a suspendu cette décision préfectorale (**Prod. 23**).

Dans son ordonnance du 10 décembre 2020, le juge des référés du tribunal administratif de Marseille relevait notamment que :

« 8. Il résulte de l'instruction que, depuis le 13 novembre 2015, la France a rétabli les contrôles aux frontières intérieures en application des articles 23 et suivants du règlement (UE) n° 562/2006 du Parlement et du Conseil du 15 mars 2006 modifié par le règlement (UE) n°2016/399 du Parlement et du Conseil du 9 mars 2016, ce rétablissement ayant été notifié en dernier lieu à la Commission européenne le 6 octobre 2020 pour la période allant du 1er novembre 2020 au 30 avril 2021. Ce rétablissement des frontières a conduit la France à mettre en place des points de passage autorisés (PPA) et, dans le cadre de ce dispositif, les services de la police de l'air et des frontières opposent aux ressortissants étrangers, qui ne disposent pas de documents de voyage, un refus d'entrée sur le territoire français en application des dispositions de l'article 32 du code frontières

Schengen et des articles L. 213-1 et suivants du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. Les personnes ainsi contrôlées démunies de documents de voyage sont conduites au poste de police de Montgenèvre où leur est notifié un refus d'entrée. Dans l'attente que la police italienne vienne les récupérer, ces personnes sont maintenues dans une construction installée à l'arrière des locaux de la police aux frontières de Montgenèvre. »

En outre, le juge des référés du tribunal administratif de Marseille a estimé 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 le préfet 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 du préfet des Hautes-Alpes du 21 octobre 2020. ».

A nouveau, cette lecture a été également suivie – à deux reprises – par le juge des référés du tribunal administratif de Nice.

Et ce, en considération donc de la solution retenue le 27 novembre 2020 par le Conseil d'Etat selon laquelle 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* » (CE, 27 novembre 2020, n° 428.178).

Il n'est d'ailleurs pas inutile de relever que, par une ordonnance du 4 mars 2021, le juge des référés du tribunal administratif de Nice a fait droit à un recours en référé initiée par les associations exposantes sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative et a « *enjoint au préfet des Alpes-Maritimes de prendre une nouvelle décision, dans le délai de huit jours à compter de la notification de la présente ordonnance, autorisant l'accès ponctuel aux locaux attenants à ceux de la police aux frontières de Menton pont Saint-Louis au bénéfice des associations requérantes, selon des modalités, établies en concertation avec lesdites associations, permettant la conciliation de leurs droits avec l'impératif de bon fonctionnement desdits locaux* » (TA de Nice, 4 mars 2021, n° 2101086).

En ce sens, le juge des référés du tribunal administratif de Nice a reconnu « *la nécessité, pour des associations de type humanitaire ou autre, de porter assistance et conseil aux personnes pouvant être retenues pour une durée pouvant atteindre treize heures dans un lieu clos, et se trouvant pour la plupart, par définition, dans une situation de grande vulnérabilité* » et « *la décision du préfet des Alpes Maritimes d[e] refuser l'accès aux diverses associations requérantes porte **une atteinte grave et manifestement illégale à leur liberté d'aider autrui dans un but humanitaire**, liberté qui comporte celle de s'assurer que les libertés fondamentales des personnes « mises à l'abri », dont le droit d'asile, la liberté individuelle, la sûreté et la dignité humaine, soient respectées.* »

XV-3 Or, une même issue s'impose nécessairement concernant le refus persistant d'autoriser les associations à accéder aux locaux attenants à ceux de la police aux frontières de Montgenèvre.

Et strictement aucun argument ne saurait justifier un tel refus de la préfète des Hautes-Alpes.

XV-3.1 D'abord, il convient de relever qu'en refusant obstinément de faire droit aux sollicitations des associations – et ce faisant, en ignorant totalement l'injonction prononcée en décembre 2020 par la

juge des référés du tribunal administratif de Marseille –, la préfète interdit de façon générale et absolue tout accès aux associations.

Or, il est manifeste qu'une telle interdiction préfectorale générale et absolue d'accès opposée aux associations humanitaires – sans même esquisser un possible encadrement des modalités d'un tel accès – constitue une atteinte injustifiée et disproportionnée tant aux droits des personnes vulnérables privées de liberté au sein de ces locaux qu'à la liberté des associations d'exercer leur mission humanitaire auprès de ces personnes.

XV-3.2 Ensuite, ainsi qu'il l'a déjà été amplement démontré précédemment – et comme l'ont d'ailleurs déjà clairement constaté les juges des référés des tribunaux administratifs de Nice et de Marseille à la lueur de la jurisprudence la plus récente du Conseil d'Etat –, les personnes retenues au sein des locaux de la police aux frontières font l'objet d'une privation de liberté et ces locaux relèvent du champ d'application des exigences du droit de l'Union européenne.

Un tel constat ne saurait être remis en cause par l'affirmation – récemment évoquée en défense par le préfet des Alpes-Maritimes devant le juge des référés du tribunal administratif de Nice (TA de Nice, 4 mars 2021, n° 2101086) ou encore, en substance, par la préfète des Hautes-Alpes (**Prod. 31**) – selon laquelle, prétendument, « *le refus d'entrée prononcé sur la ligne frontière implique[r]ait qu'il n'y a pas eu de franchissement irrégulier de la frontière et donc que la directive « retour » ne s'applique pas* ».

Car un tel raisonnement, pour le moins spécieux, ne résiste pas à l'analyse.

Outre qu'une telle lecture ne résulte en rien de l'analyse retenue tant par la Cour de justice en mars 2019 que le Conseil d'Etat en novembre 2020, elle repose sur un paradoxe et même, plus directement encore, une véritable contradiction.

Car d'une part, c'est fort curieusement qu'il est affirmé par les autorités préfectorales que les personnes étrangères n'auraient subi qu'un « *refus d'entrée prononcé sur la ligne frontière* » ce qui impliquerait prétendument « *qu'il n'y a pas eu de franchissement irrégulier de la frontière et donc que la directive "retour" ne s'applique pas* ».

Alors que, d'autre part, les mêmes autorités ne peuvent que concéder elles-mêmes que les personnes retenues au sein des locaux de la police aux frontières ne font précisément pas l'objet d'« *un refus d'entrée [...] exécuté immédiatement* », d'où le maintien au sein des locaux.

Et pour cause.

Car comme l'ont amplement démontré les associations exposantes et comme l'a d'ailleurs déjà retenu les juges des référés des tribunaux administratifs de Nice et de Marseille, les personnes étrangères font l'objet d'un maintien « *coercitif* » dans les locaux de la police aux frontières.

Sauf à verser dans une pure fiction juridique, il ne saurait donc être affirmé que les personnes étrangères n'ont pas franchi la frontière.

A cet égard, nul ne peut sérieusement prétendre qu'un quelconque cadre juridique spécifique permettrait de bâtir une éventuelle fiction quant à l'absence de franchissement de la frontière, d'autant plus que la prétendue « *mise à l'abri* » intervient hors de tout cadre légal.

En somme, ces locaux où les personnes étrangères ainsi retenues sont privées de l'ensemble de leurs droits et où les associations humanitaires – par dérogations aux régimes prévus pour d'autres espaces comme les lieux de rétention ou les zones d'attente – sont interdites d'accès, constituent de véritables no man's land juridiques où l'arbitraire prime.

Il serait donc pour le moins paradoxal que les autorités préfectorales puissent se prévaloir de leur propre turpitude – *i.e.* placer des personnes étrangères dans un lieu privatif de liberté hors des cadres légaux existants – pour justifier que l'ensemble des règles protectrices nationales et européennes ne s'appliquent pas à la présente situation.

XV-3.3 Enfin, il est indéniable que le fait pour les associations de ne pouvoir accéder aux locaux attenants aux locaux de la police aux frontières constitue en soi une atteinte à leurs droits.

En effet, il convient de rappeler qu'en vertu des dispositions légales et réglementaires – en particulier les articles R. 553-14-4 et R. 223-8 et suivants du CESEDA, prises en application de l'article L. 223-1 du

même code – , les associations humanitaires disposent effectivement d'un droit d'accès dans différents lieux où des ressortissants étrangers sont privés de liberté.

Or, en l'occurrence, c'est précisément du fait du refus litigieux de la préfète et des pratiques arbitraires de privation de liberté hors de tout cadre légal que les associations sont privées de ce droit, lequel est au surplus directement lié à la liberté fondamentale d'aider autrui dans un but humanitaire ainsi qu'au droit à la dignité et à l'asile des personnes étrangères.

Au demeurant, puisque les autorités préfectorales – comme ce fut le cas récemment devant le juge des référés du tribunal administratif de Nice – tentent manifestement de mobiliser l'ordonnance rendue le 25 septembre 2020 par le Conseil d'Etat pour tenter d'étayer leur position, il convient de relever qu'une telle invocation est parfaitement infondée.

Car dans cette dernière affaire, les associations contestaient le fait qu'un arrêté préfectoral a restreint l'espace géographique dans lequel elles sont autorisées à mener à bien leurs missions humanitaires auprès des migrants.

Mais comme l'a souligné le Conseil d'Etat, une telle restriction n'est tolérable car, en particulier, elle ne « *priverait [pas les associations] de la possibilité d'exercer leur mission d'assistance aux plus démunis dès lors qu'elles conservent la faculté, dont elles usent effectivement, de distribuer gratuitement des denrées alimentaires et des boissons dans tout le reste du territoire communal, y compris à proximité immédiate du périmètre couvert par l'arrêté* » (CE, 25 septembre 2020, n° 444.793, § 6).

Par contraste, tel n'est absolument pas le cas de la décision litigieuse, puisque celle-ci interdit purement et simplement toute action d'aide des personnes étrangères retenues au sein des locaux de la police aux frontières.

La circonstance que les associations puissent prétendument « *accéder et réaliser leur mission à proximité immédiate de ce lieu* » – comme ont pu récemment l'affirmer les autorités préfectorales devant le juge des référés du tribunal administratif de Nice – n'est en rien de nature à relativiser l'impact de cette interdiction car, par hypothèse, les personnes étrangères qui sont maintenues au sein de ces locaux ont été

appréhendées dès leur entrée sur le territoire et seront renvoyées vers l'Italie sans jamais avoir pu quitter les lieux ainsi contrôlés par les autorités françaises.

Et donc sans jamais avoir pu entrer en contact avec les associations humanitaires ainsi maintenues hors de ces locaux et être assistées par ces dernières.

XVI. A tous égards, donc, le refus persistant de la préfète des Hautes-Alpes porte une atteinte grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales.

Le juge des référés ne pourra donc manquer de lui enjoindre à autoriser les associations à accéder aux locaux attenants à ceux de la police aux frontières de Montgenèvre aux fins de permettre une assistance humanitaire des personnes étrangères.

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 tribunal administratif de Marseille :

- **A titre principal, ENJOINDRE** à la préfète des Hautes-Alpes d'ordonner la fermeture immédiate des locaux attenants à ceux de la police aux frontières de Montgenèvre ;
- **A titre subsidiaire, ENJOINDRE** 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;
- **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) Statuts de l'Anafé
- 2) Délibération du bureau de l'Anafé du 12 janvier 2021
- 3) Statuts de Médecins du monde
- 4) Mandat du président de Médecins du Monde du 23 décembre 2020
- 5) Notification du 6 octobre 2020 à la Commission européenne du rétablissement des contrôles aux frontières intérieures de la France, sur la période allant du 1^{er} novembre 2020 au 30 avril 2021
- 6) Rapport de la Contrôleure générale des lieux de privation de liberté de septembre 2017
- 7) Rapport de la Contrôleure générale des lieux de privation de liberté de septembre 2018
- 8) Frontière franco-italienne haute - compte-rendu action septembre 2019
- 9) Frontière franco-italienne haute - compte-rendu action juin 2020
- 10) Frontière franco-italienne haute - compte-rendu action octobre 2020
- 11) Rapport d'observations de l'Anafé, *Persona non grata*, janvier 2019
- 12) Article de l'Humanité, « *Police aux frontières à Menton : les images de la honte* », 22 novembre 2019
- 13) Rapport de la Commission nationale consultative des droits de l'homme de juin 2018
- 14) 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
- 15) Verbatim visite Elsa Faucillon et refus d'accès en date du 14 novembre 2019
- 16) Attestation sur l'honneur Elsa Faucillon
- 17) Verbatim visite Danièle Obono et refus d'accès en date du 15 novembre 2019
- 18) Attestation sur l'honneur de Monsieur Guillaume Gontard
- 19) Refus d'accès opposé à Madame Obono fondé sur la 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
- 20) Refus d'accès opposé à Madame Elsa Faucillon

- 21) Document de contextualisation contentieux locaux de privation de liberté
- 22) Ordonnance du juge des référés du TA de Nice n° 2004690 en date du 30 novembre 2020
- 23) Ordonnance du juge des référés du TA de Marseille n° 2009054 en date du 10 décembre 2020
- 24) Décision du Conseil d'Etat n° 428.178 en date du 27 novembre 2020
- 25) Ordonnance du juge des référés du TA de Nice n° 2101086 en date du 4 mars 2021
- 26) Article de Mediapart, « *Un policier condamné pour violence contre un mineur malien qui se réfugiait en France* », 30 juillet 2020
- 27) Accord local signé entre le 19 juillet 2019 entre les autorités françaises et italiennes
- 28) Courriel de saisine de la préfecture des Hautes-Alpes, 25 janvier 2021
- 29) Compte rendu de la visite des locaux de Montgenèvre, 25 au 25 janvier 2021
- 30) Synthèse des échanges entre les associations et la préfecture des Hautes-Alpes, 19 février 2021
- 31) Courriel transmis à Madame la préfète des Hautes-Alpes, 19 février 2021
- 32) Témoignages relatifs à la situation de deux hommes à la frontière franco-italienne, 8 mars 2021