

# LA RETENTION DES ETRANGERS AUX FRONTIERES FRANÇAISES

**François JULIEN-LAFERRIÈRE**[[Professeur à la Faculté Jean Monnet, Directeur du Centre de recherches internationales sur les droits de l'homme (CRIDHOM), Université de Paris Sud.]]

## Introduction

Dans le vocabulaire juridique français, on ne parle pas de « détention » des étrangers aux frontières, mais de « rétention » ou de « maintien ». En effet, le terme « détention » est réservé à la privation de liberté des personnes placés dans un établissement pénitentiaire, soit pour y purger une condamnation pénale, soit en attente de jugement (détention provisoire). Dans le cas des étrangers « retenus » ou « maintenus » aux frontières, il ne s'agit pas de sanctionner une infraction pénale mais de prendre une mesure de sûreté, dans le cadre d'une procédure administrative d'admission sur le territoire ou d'éloignement du territoire. Ce qui a, notamment, pour conséquence que la rétention n'a pas lieu dans des locaux pénitentiaires, mais dans des locaux dépendant des services de police.

Il existe, dans la législation française, deux types de rétention aux frontières :

□ la première, prévue à l'article 35 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, vise les étrangers qui, faisant l'objet d'une mesure d'éloignement — remise à un Etat de la Communauté européenne, arrêté d'expulsion ou arrêté de reconduite —, ne peuvent quitter immédiatement le territoire français ;

□ la seconde, réglementée par l'article 35 quater de la même ordonnance, concerne les étrangers arrivés par voie ferroviaire, maritime ou aérienne, à qui l'entrée en France est refusée ou dont la demande d'admission sur le territoire au titre de l'asile est en cours d'examen.

Ces deux dispositions ont été adoptées à la suite de la révélation de pratiques administratives qui avaient, en leur temps, soulevé quelque émoi.

□ En 1978-1979, est découvert à Arenc, sur le port de Marseille, un hangar dans lequel sont entassés, depuis des semaines ou même des

mois, des dizaines d'étrangers en situation irrégulière, sans aucune communication avec l'extérieur ni les moindres conditions de salubrité et d'hygiène, que les autorités de police envisagent de refouler mais qui, pour des raisons diverses — leur identité n'est pas établie avec certitude, aucun bateau n'est disponible vers leur pays de renvoi —, ne peuvent quitter immédiatement la France. Ils sont donc retenus dans ce local précaire, sans garantie juridique aucune — leur statut n'est pas défini, l'autorité judiciaire n'est pas informée, la famille n'est pas avertie, ils ne sont pas assistés d'un avocat, etc. —, jusqu'à leur départ qui peut être différé sans limite de temps.

Devant les vives protestations que cette situation de non-droit — au sens propre du terme : aucune règle de droit ne leur est applicable —, le ministre de l'Intérieur, Christian Bonnet, va introduire dans le projet de loi destiné à modifier l'ordonnance du 2 novembre 1945, une disposition, légalisant cette pratique, qui va instituer la « rétention administrative » [1]. Modifiée à plusieurs reprises, elle constitue, depuis la loi du 29 octobre 1981, l'article 35 bis de l'ordonnance.

Quant à l'article 35 quater, il a une histoire encore plus complexe et intéressante. On trouve là aussi, à l'origine, une pratique qui ne se fonde sur aucun texte, les autorités de police ayant pris coutume de retenir dans la « zone internationale » des aéroports les étrangers auxquels l'entrée du territoire est refusée parce qu'ils ne sont pas munis des documents exigés pour pénétrer en France [2] ou parce qu'ils demandent l'asile et que leur demande est examinée, afin de déterminer si elle n'était pas destinée à contourner la fermeture des frontières à l'immigration. Là encore, cette rétention ne connaît aucune limite de temps — des étrangers ont été retenus pendant plusieurs mois — et n'est assortie d'aucune garantie. C'est ce qui conduit certains étrangers retenus à l'aéroport de Roissy-Charles de Gaulle à engager à l'encontre du ministre de l'Intérieur, Philippe Marchand, une procédure de référé-voie de fait devant le tribunal de grande instance de Paris.

Le ministre profite alors de ce qu'un projet de loi relatif à la police des étrangers est en discussion devant le Parlement [3], pour y greffer une disposition — communément appelée « amendement Marchand », du nom de son auteur — permettant le maintien en « zone de transit » — nouvelle appellation de la zone internationale — des étrangers non-admis sur le territoire ou des demandeurs d'asile pendant la durée d'examen de leur demande. Mais l'insuffisance des garanties conduit, une fois de plus, le Conseil constitutionnel — saisi, ce qui est tout à

fait exceptionnel, par le Premier ministre, Edith Cresson — à déclarer cette disposition non-conforme à la Constitution [4].

Le nouveau ministre de l'Intérieur, Paul Quilès, réexamine la question et c'est ainsi que naissent les « zones d'attente » — remplaçant les « zones de transit » mort-nées — des ports et aéro-ports, dont le régime juridique est défini par le nouvel article 35 quater de l'ordonnance du 2 novembre 1945, créé à cette occasion [5]. Une loi du 27 décembre 1994 complète cette disposition, d'une part, pour instituer des zones d'attente dans les « gares ferro-viaires ou-vertes au tra-fic international » et, d'autre part, pour prévoir les conditions du transfert d'un étranger d'une zone d'attente à une autre [6].

Il existe donc deux textes législatifs — les articles 35 bis et 35 quater de l'ordonnance du 2 novembre 1945 — réglementant les hypothèses et les conditions de la rétention ou du maintien des étrangers aux frontières françaises. Encore peut-on contester, s'agissant de l'article 35 bis relatif à la rétention administrative des étrangers en instance d'éloignement du territoire français, que cette rétention a lieu « aux frontières », puisque les lieux de rétention sont situés à l'intérieur du territoire français. Mais, dès lors que la mesure est prise pour assurer le départ de l'étranger de France vers un pays de renvoi, la notion de frontière n'est pas loin.

On aurait pu penser que la rétention administrative et le maintien en zone d'attente seraient soumis au même régime juridique. En effet, dans un cas comme dans l'autre, il s'agit d'une mesure privative de liberté — ou, du moins, restrictive de liberté — prise dans le domaine de la police des étrangers et dont le but ultime est le respect de la législation sur l'entrée et le séjour des étrangers en France : la zone d'attente — article 35 quater — est destinée à empêcher l'entrée en France des étrangers qui ne remplissent pas les conditions pour y venir ; la rétention administrative — article 35 bis —, à permettre le départ de ceux qui sont entrés ou séjournent irrégulièrement en France et font l'objet d'un arrêté de recon-duite à la frontière [7], ou de ceux qui y ont troublé ou risquent d'y troubler l'ordre public et en sont expulsés [8].

Les articles 35 bis et 35 quater instituent pourtant deux régimes juridiques bien diffé-rents, et ceci pas uniquement en raison des circonstances qui ont présidé à leur rédaction, mais aussi parce qu'il a été souhaité que les deux formes de rétention se distinguent quant au degré de contrainte qu'elles représentent pour les étrangers qui y sont

soumis. Cet argument ne manque pas d'être quelque peu spécieux, comme on va tenter de le montrer.

Par souci de logique — car il faut bien, en général, être entré en France pour pouvoir en être éloigné —, on étudiera successivement le régime du maintien en zone d'attente puis celui de la rétention administrative.

### Le maintien en zone d'attente

Les étrangers sont « maintenus » en zone d'attente, ils n'y sont pas « retenus ». C'est ce qu'exprime l'article 35 quater de l'ordonnance du 2 novembre 1945 dont le paragraphe I, alinéa 1er, dispose : « L'étranger qui arrive en France par la voie ferroviaire, maritime ou aérienne et qui soit n'est pas autorisé à entrer sur le territoire français, soit demande son admission au titre de l'asile, peut être maintenu dans une zone d'attente située dans une gare ferroviaire ouverte au trafic international et désignée par arrêté, un port ou un aé-ro-port pendant le temps strictement nécessaire à son départ et, s'il est demandeur d'asile, à un examen tendant à déterminer si sa demande n'est pas manifestement infondée ».

Qu'est-ce que la zone d'attente ?

Aux termes de l'article 35 quater, paragraphe I, alinéa 3, « la zone d'attente est délimi-tée par le représentant de l'Etat dans le département [et] s'étend des points d'embarque-ment et de débarquement à ceux où sont effectués les contrôles des personnes ».

Cette disposition emporte deux conséquences. D'une part, c'est le représentant de l'Etat — c'est-à-dire le préfet — qui crée une zone d'attente, quand il l'estime nécessaire, dans un port ou un aéroport de son département. En revanche, pour les gares ferro-viaires, l'article 35 quater, paragraphe I, alinéa 1er prévoit que celles qui sont « ouvertes au trafic international » et peuvent, à ce titre, être dotées d'une zone d'attente, sont « dési-gnées par arrêté », ce qui semble devoir s'interpréter comme exigeant un arrêté ministériel [9].

D'autre part, le préfet fixe également les limites de la zone d'attente, dans le cadre que lui impose l'article 35 quater : la zone d'attente comprend l'ensem-ble des installa-tions fer-roviaires, portuaires et aéroportuaires, depuis les quais ou les aires de stationne-ment des appareils jus-qu'aux locaux de la police ou des douanes dans lesquels

sont contrôlées les personnes et les objets qu'elles transportent avec elles.

Mais l'article 35 quater, paragraphe I, alinéa 3, ajoute que la zone d'attente « peut inclure, sur l'emprise ou à proximité de la gare, du port ou de l'aéroport, un ou plusieurs lieux d'hébergement assurant aux étrangers concernés des prestations de type hôtelier ». Il s'agit, dans quelques zones d'attente — essentiellement à Roissy et Orly —, d'hôtels proches de l'aéroport [10], dont un ou plusieurs étages sont loués par le ministère de l'Intérieur et affectés à l'hébergement des étrangers maintenus. Dans les autres zones d'attente, les étrangers sont maintenus dans des locaux de police situés à l'intérieur du port ou de l'aéroport.

Il existait, fin 1995 un peu plus de cent zones d'attente. Leur nombre exact est difficile à connaître car les préfetures, interrogées par l'Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers — ANAFÉ [11] —, n'ont pas toutes répondu. Parmi ces zones d'attente, près de 55 % sont des zones portuaires et 45 % seulement des zones aéroportuaires, les zones d'attente ferroviaires, prévues par la loi du 27 décembre 1994 et l'arrêté du 4 mai 1995, n'ayant pas encore été créées [12].

Par ailleurs, les zones d'attente portuaires semblent actuellement inutiles. En effet, il est de pratique courante, pour ne pas dire systématique, de maintenir à bord des navires les étrangers arrivant sans les documents exigés pour entrer en France — ceux qu'on appelle les « passagers clandestins » —, qu'ils demandent l'asile ou non. Ils sont en général renvoyés sur le navire à bord duquel ils sont arrivés et, en cas de demande d'asile, celle-ci est examinée sans que l'intéressé soit autorisé à débarquer. Cette pratique, qui ne repose sur aucun texte et constitue, au contraire, une méconnaissance de l'article 35 quater de l'ordonnance du 2 novembre 1945, a été qualifiée de voie de fait à plusieurs reprises par les tribunaux judiciaires [13], sans toutefois que ces condamnations réitérées conduisent les autorités de police aux frontières, agissant sur instructions du ministère de l'Intérieur, à mettre fin à ces agissements [14].

Qui peut être maintenu en zone d'attente ?

L'article 35 quater, paragraphe I, alinéa 1er, mentionne deux catégories d'étrangers qui peuvent être maintenus en zone d'attente : les « non-admis » — c'est-à-dire les étrangers auxquels l'entrée en France est refusée — et les demandeurs d'asile. Les premiers sont

maintenus « pendant le temps strictement nécessaire à [leur] départ » ; les seconds, pendant la durée d'un examen « tendant à déterminer si [leur] demande [d'asile] n'est pas manifestement infondée ».

Les « non-admis »

Il s'agit des étrangers qui viennent en France pour tout autre motif que l'asile — tou-risme, visite familiale, séjour professionnel, études, etc. — et à qui l'entrée du territoire est refusée, ou bien parce qu'ils n'ont pas les documents exigés [15], ou bien parce que leur « présence constituerait une menace pour l'ordre public », ou enfin parce qu'ils font « l'ob-jet soit d'une interdiction du territoire, soit d'un arrêté d'expulsion » [16].

La décision de non-admission en France s'analyse en un refus d'entrée et obéit donc aux règles posées par l'article 5 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 et son décret d'application :

□ elle ne peut être prise que par le chef du poste frontière ou un fonctionnaire désigné par lui et ayant au moins le grade d'inspecteur, s'il s'agit d'un fonctionnaire de police, ou de contrôleur, s'il s'agit d'un fonctionnaire des douanes [17] ;

□ elle doit prendre la forme « d'une décision écrite [...], spécialement motivée d'après les éléments de l'espèce, dont le double est remis à l'intéressé » [18] : la décision doit donc énoncer « les considérations de fait et de droit qui [en] constituent le fondement » [19], notamment celle des conditions légales exigées pour l'entrée du territoire à laquelle l'inté-ressé ne satisfait pas ;

□ elle ne peut être exécutée « contre le gré de l'intéressé avant l'expiration du délai d'un jour franc » [20], délai pendant lequel l'étranger « est mis en mesure d'avertir ou de faire avertir la personne chez laquelle il a indiqué qu'il devait se rendre, son consulat ou le conseil de son choix » [21].

C'est ce délai d'un jour franc — mais surtout la difficulté de renvoyer vers son pays d'origine ou vers un pays tiers l'étranger à qui l'entrée est refusée — qui a conduit à pré-voir le maintien en zone d'attente « pendant le temps strictement nécessaire à son départ ».

Les demandeurs d'asile

Ce sont les étrangers qui se présentent dans un aéroport, un port ou une gare ferroviaire ouverte au trafic international, sans être munis des documents et justificatifs exigés [22], et qui demandent à être néanmoins admis à entrer sur le territoire « au titre de l'asile ». En effet, même en l'absence de toute disposition législative expresse en ce sens, les demandeurs d'asile sont dispensés de l'obligation de passeport et de visa et l'entrée du territoire ne peut donc leur être refusée au seul motif qu'ils ne sont pas munis des documents exigés [23].

Cette dispense est fondée sur l'article 31 de la Convention de Genève du 21 juillet 1951 relative au statut des réfugiés, qui interdit aux Etats contractants d'appliquer « des sanctions pénales, du fait de leur entrée ou de leur séjour irréguliers aux réfugiés qui, arrivant directement du territoire où leur vie ou leur liberté était menacée (...), entrent ou se trouvent sur leur territoire sans autorisation », le bénéfice de cette stipulation étant étendue aux demandeurs d'asile jusqu'à ce qu'une décision définitive soit prise sur leur qualité de réfugié.

Mais cette « immunité pénale » des demandeurs d'asile ne s'oppose pas à ce que les Etats examinent à la frontière la demande d'asile qui leur est présentée et refusent l'entrée du territoire quand la demande apparaît « manifestement infondée » [24]. Le maintien en zone d'attente est donc destiné à permettre l'examen de la demande d'asile — sans emporter entrée sur le territoire — et le départ de l'intéressé si, à l'issue de cet examen, sa demande est considérée comme « manifestement infondée ».

Ce qui soulève une double difficulté :

□ Qu'est-ce qu'une « demande d'asile manifestement infondée » ? Cette notion peut s'entendre — et, dans la pratique, s'entend — dans des sens divers : d'une part, une demande est manifestement infondée quand l'intéressé ne fait état d'aucun risque encouru dans son pays d'origine et qu'il en ressort qu'il n'a pas besoin de protection : la demande d'asile manque alors effectivement de fondement ; d'autre part, une demande est également déclarée manifestement infondée — bien qu'alors elle ne soit pas examinée au fond — quand l'intéressé peut obtenir la protection d'un autre Etat que la France, notamment si, entre son pays d'origine et son arrivée en France, il est passé par un Etat auquel il aurait pu demander l'asile et qui était susceptible de le lui accorder (théorie du pays tiers d'accueil).

□ Qui apprécie si la demande d'asile est « manifestement infondée » ? C'est la Division asile aux frontières (DAF), dépendant du ministère des Affaires étrangères et composée d'agents de l'OFPRA détachés à cet effet. Les agents de la DAF entendent les demandeurs d'asile maintenus en zone d'attente et formulent un avis sur le caractère manifestement infondé ou non de leur demande, cet avis étant transmis au ministre des Affaires étrangères.

Si la demande d'asile est considérée comme manifestement infondée, une décision de refus d'entrée est prise par le ministre de l'Intérieur prise après consultation du ministre des Affaires étrangères . [25]. L'intéressé est alors renvoyé, soit vers son pays d'origine si l'examen de sa demande d'asile a permis de conclure qu'il n'y court pas de risque, soit vers un « pays tiers d'accueil » s'il apparaît qu'il aurait pu y solliciter l'asile avant son arrivée en France et qu'il y bénéficierait d'une protection, soit enfin vers l'Etat partie à la Convention de Schengen qui, en application des stipulations de celles-ci, est responsable de l'examen de sa demande d'asile.

Si, au contraire, la demande d'asile n'est pas jugée comme manifestement infondée, il est délivré à l'intéressé un sauf-conduit, dont la validité varie de quarante-huit heures à une semaine, sous couvert duquel il peut pénétrer sur le territoire français pour se rendre à la préfecture dans le ressort de laquelle il fixera sa résidence, en vue d'y présenter une demande d'admission au séjour, en application de l'article 31 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945, puis une demande de reconnaissance de la qualité de réfugié auprès de l'OFPRA dans les conditions définies par l'article 32 de l'ordonnance.

Les étrangers en « transit interrompu »

Il faut ajouter, à ces deux catégories, celle — reléguée pour des raisons obscures au paragraphe VII du même article — des « étranger[s] qui se trouve[nt] en transit dans une gare, un port ou un aéroport si l'entreprise de transport qui devait [les] acheminer dans le pays de destination ultérieure refuse de [les] embarquer ou si les autorités du pays de destination [leur] ont refusé l'entrée et [les] ont renvoyé[s] en France ». C'est ce qu'on appelle le « transit interrompu », qui vise principalement deux hypothèses :

□ l'étranger qui n'est pas muni des documents exigés pour l'entrée dans le pays de sa destination finale et que, pour éviter des difficultés à l'arrivée dans ce pays, le commandant de bord refuse d'embarquer ;



□ celui qui s'est déjà présenté à l'entrée du pays de sa destination finale mais que les autorités de ce dernier ont renvoyé en France, d'où il provenait, parce qu'il n'était pas muni des documents exigés pour entrer.

La situation de ces étrangers n'est pas définie dans la loi en tant que telle. Elle n'est qu'évoquée dans le cadre de l'article 35 quater, paragraphe VII, qui prévoit qu'ils peuvent être maintenus en zone d'attente. Une circulaire du ministre de l'Intérieur du 9 juillet 1992, prise pour l'application de la loi du 6 juillet 1992 [26], précise toutefois qu'« aucune décision de refus d'admission n'est prononcée, sauf s'ils demandent à pénétrer sur le territoire français sans remplir les conditions d'entrée ou s'ils ont refusé d'embarquer », et que « la procédure relative aux demandeurs d'asile ne leur est pas applicable, sauf s'ils demandent l'asile ».

Ce qui signifie, en clair, qu'ils ne bénéficient d'aucune garantie et peuvent être renvoyés sans délai [27], sans formalité, sans qu'il en reste aucune trace. Aucune décision ne leur est notifiée, puisqu'il n'en est prise aucune. Il ne peuvent donc prévenir personne puisqu'ils ne savent pas à l'avance quel sort leur sera réservé. Seule l'absence de vol dans un bref délai peut conduire à décider leur maintien en zone d'attente, cette décision mentionnant simplement « les circonstances qui ont conduit à porter la situation de l'intéressé à la connaissance du service de contrôle » et « les raisons qui empêchent un départ immédiat » [28].

Selon les statistiques du ministère de l'Intérieur [29], les étrangers arrivant en France par voie maritime ou aérienne — quelque 35.000 — ne représentent qu'à peine 4 % du total des entrées en France et les personnes maintenues en zone d'attente ne seraient qu'environ 2.500 chaque année, dont un peu plus de 450 demandeurs d'asile. Parmi ces derniers, près de la moitié (46 % exactement en 1994) auraient été admis à entrer sur le territoire. De plus, la durée d'instruction des dossiers de demandes d'asile, depuis l'enregistrement de la demande jusqu'à la notification de la décision, est de 3,61 jours, ce qui implique que le maintien de la majorité des demandeurs d'asile n'est pas prolongé et que leur cas n'est donc pas examiné par le juge judiciaire [30].

Le régime du maintien en zone d'attente

Il est longuement décrit à l'article 35 quater, paragraphes II à V, de l'ordonnance du 2 novembre 1945 qui pose des règles de compétence,

de délai et de recours, et qui définit les droits des étrangers pendant leur maintien en zone d'attente.

Le maintien en zone d'attente et sa prolongation : compétence administrative et compétence judiciaire

La décision de maintien en zone d'attente est prise par le « chef du service de contrôle aux frontières ou un fonctionnaire désigné par lui, titulaire au moins du grade d'inspecteur », règle de compétence identique à celle relative au refus d'entrée sur le territoire. La décision de maintien doit être écrite et motivée. Elle est inscrite sur un registre auquel le procureur de la République a accès quand il le demande.

La décision de maintien et sa prolongation :

Le maintien est prononcé pour une durée maximum de quarante-huit jours, renouvelable une fois selon les mêmes modalités. Au-delà de quatre jours, le maintien ne peut être prolongé, pour une durée maximum de huit jours, que par ordonnance du président du tribunal de grande instance (TGI) sur le territoire duquel la zone d'attente est située, ou d'un magistrat du siège délégué par lui. Une nouvelle prolongation de huit jours au plus peut être autorisée, « à titre exceptionnel », dans les mêmes conditions.

Le président du TGI est saisi par le chef du service de contrôle aux frontières, avant l'expiration du délai de quatre jours, ou de douze jours s'il s'agit d'une seconde prolongation. L'administration « expose dans sa saisine les raisons pour lesquelles l'étranger n'a pu être rapatrié ou, s'il a demandé l'asile, admis, et le délai nécessaire pour assurer son départ de la zone d'attente ».

Le rôle du juge judiciaire :

La question se pose de savoir quels pouvoirs cette disposition confère au juge judiciaire. Il convient, à cet égard, de distinguer selon que l'étranger est un non-admis ou un demandeur d'asile :

□ Dans le premier cas, le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires s'oppose à ce que le président du TGI contrôle la décision de refus d'entrée en France, celle-ci étant prise par une autorité administrative et relevant donc de la seule juridiction administrative [31]. Le juge judiciaire ne peut alors, « connaissance prise des raisons du refus [...] opposé à l'intéressé par

l'administration, et du délai nécessaire pour assurer son départ, que statuer sur [son] maintien au-delà de quatre jours » [32].

En d'autres termes, le juge ne peut remettre en cause l'appréciation portée par l'autorité administrative sur la situation de l'étranger au regard des conditions d'entrée en France ; il peut seulement vérifier si un délai est nécessaire pour son départ de la zone d'attente et autoriser la prolongation du maintien pendant le temps nécessaire à ce départ, c'est-à-dire la plupart du temps jusqu'au prochain vol.

□ Quand l'étranger maintenu est un demandeur d'asile et que l'administration n'a pas encore statué sur le caractère « manifestement infondé » ou non de sa demande, le rôle du président du TGI semble devoir être tout autre. En effet, dans ce cas, l'administration n'a pas encore pris de décision, le principe de séparation des autorités n'est donc pas en cause.

Mais en outre, l'article 35 quater n'autorisant le maintien du demandeur d'asile en zone d'attente que « pendant le temps strictement nécessaire [...] à un examen tendant à déterminer si sa demande n'est pas manifestement infondée », le juge judiciaire — institué gardien de la liberté individuelle par l'article 66 de la Constitution et intervenant à ce titre en cette matière — ne devrait prolonger le maintien que lorsqu'il n'est pas en mesure d'apprécier lui-même si la demande d'asile n'est pas manifestement infondée. S'il est, en revanche, en mesure de le faire et s'il estime que la demande n'est pas manifestement infondée, il doit refuser de prolonger le maintien, sauf à porter lui-même une atteinte injustifiée à la liberté individuelle et, partant, à violer l'article 66 de la Constitution [33].

Les pouvoirs du juge sont donc « à géométrie variable » : simple rôle de constatation des possibilités de départ pour les non-admis — on l'a comparé, dans ce cas, à un « agent de voyage » qui se borne à consulter les horaires des compagnies aériennes et à proposer à l'administration de faire partir le non-admis par le premier vol disponible... —, il est, à l'inverse, un véritable organe de décision en matière d'asile puisque c'est lui qui, en fin de compte, autorise l'entrée du territoire s'il estime que la demande n'est pas manifestement infondée.

Les voies de recours :

La décision de maintien en zone d'attente peut, comme toute décision administrative, faire l'objet d'un recours en annulation devant le

tribunal administratif du ressort. Ce recours est, toutefois, dénué de toute efficacité puisqu'il n'a pas d'effet suspensif — le requérant est donc maintenu malgré son recours — et qu'en outre il ne sera jamais examiné avant l'expiration du délai du maintien — au maximum vingt jours.

Quant aux ordonnances du président du TGI autorisant la prolongation du maintien — après quatre jours comme après douze jours —, elles peuvent être déférées, par l'inté-ressé, le ministère public ou le préfet, « dans les quatre jours » de leur prononcé [34], au « premier président de la Cour d'appel ou son délégué [qui] doit statuer dans les quarante-huit heures de sa saisine » [35]. L'ordonnance d'appel peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation, par l'étranger, le préfet ou le ministère public, « dans les dix jours suivant (sa) notification » [36].

Ni l'appel, ni le pourvoi en cassation ne sont, eux non plus, suspensifs, ce qui en réduit l'utilité. Cependant, vu la brièveté des délais d'appel — le juge d'appel peut statuer avant l'expiration du délai de maintien —, cette voie est fréquemment employée. Pour éviter que l'ordonnance de première instance autorisant la prolongation du maintien ne soit infirmée — ce qui oblige à faire entrer l'étranger sur le territoire —, l'administration ne recule pas à précipiter le départ de l'intéressé vers son pays d'origine — ou, parfois même, vers un pays tiers —, en empruntant, si besoin, des itinéraires surprenant, que seule explique la disponibilité d'un vol. Le juge d'appel ne peut alors que constater que l'étranger n'est plus en zone d'attente et qu'il n'y a donc pas lieu de statuer sur son maintien...

### Les droits des étrangers maintenus

Ils sont de deux types : garanties juridiques, d'une part ; droit à certaines prestations matérielles, d'autre part.

#### Les garanties juridiques :

Elles sont énumérées de façon détaillée par l'article 35 quater, paragraphes I et V, de l'ordonnance du 2 novembre 1945 :

□ Dès qu'est prise la décision de maintien, l'étranger « est immédiatement informé de ses droits et de ses devoirs, s'il y a lieu par l'intermédiaire d'un interprète », « mention en est faite sur le registre [...] qui est émargé par l'intéressé » et qui consigne « l'état civil de l'intéressé et la date et l'heure auxquelles la décision de maintien lui a

été notifiée » ; cette décision « est portée sans délai à la connaissance du procureur de la République ».

L'assistance d'un interprète est donc de droit et c'est l'administration qui doit faire le nécessaire pour l'assurer à l'étranger, sans que celui-ci doive la solliciter ni, a fortiori, en supporter les frais. Il est parfois difficile de recourir à un interprète dans un très bref délai, si bien qu'il n'est pas rare que l'interprète assiste l'étranger « à distance », par télé-phone, ce qui n'est pas sans présenter de sérieux inconvénients.

Le registre, que le procureur de la République peut consulter à tout moment, permet de vérifier que les délais — quarante-huit heures pour le renouvellement de la décision administrative ; saisine du président du TGI au bout de quatre jours — sont effectivement respectés.

□ Pendant la durée du maintien, l'étranger maintenu « peut demander l'assistance d'un interprète et d'un médecin et communiquer avec un conseil ou toute personne de son choix ».

L'étranger n'a pas le choix du médecin auquel il peut faire appel. Ce médecin est désigné par les fonctionnaires de police chargés de la surveillance de la zone d'attente ; il s'agit, par exemple, du médecin de garde de l'aéroport ou du port. En pratique, il semble que les demandes de visite d'un médecin sont fréquemment rejetées et, quand l'étranger est mis en mesure d'exercer ce droit, il est emmené au service médical ou, s'il est dans l'incapacité de s'y rendre, le médecin se déplace jusqu'au lieu du maintien. Le médecin peut examiner l'étranger, lui donner des médicaments de base et établir des certificats médicaux [37].

Le choix d'un conseil pose une double difficulté. D'abord, quant au sens du mot « conseil » : doit-il nécessairement s'agir d'un avocat ou peut-il s'agir de toute autre personne susceptible de venir en aide à l'intéressé, tel un représentant d'association humanitaire, un agent consulaire, etc. ? Ensuite, comment l'intéressé peut-il effectivement exercer son droit s'il ne connaît aucun avocat ou aucune association humanitaire ? Ainsi, la liste des avocats du barreau du Val d'Oise est affichée à l'hôtel Ibis de Roissy, mais est-elle d'une quelconque utilité pour les étrangers maintenus, dès lors que, d'une part, le TGI compétent est celui de Bobigny (Seine-Saint-Denis) et non celui de Pontoise, et que, d'autre part, cette liste n'indique pas quels sont les avocats spécialistes du droit des étrangers ou disposés à assister les étrangers en zone d'attente.

On peut, par ailleurs, s'interroger sur la portée de la conjonction « ou », qui peut s'in-terpréter — et est en fait parfois interprétée — comme n'autorisant l'étranger à entrer en contact qu'avec une seule personne : un conseil « ou » toute autre personne, mais non un conseil « et » toute autre personne.

Enfin, comment l'étranger va-t-il, en pratique, communiquer avec un conseil ou une autre personne ? Une cabine téléphonique est, à cet effet, mise à la disposition des per-sonnes maintenues dans certaines zones d'attente, notamment à Roissy et Orly. Mais cette cabine ne peut être utilisée que par les détenteurs de cartes téléphoniques et les cartes sont vendues aux seuls possesseurs de francs français.

Si le droit de communiquer avec l'extérieur est prévu par la loi, on voit que son exer-cice relève de la course d'obstacles.

□ Le procureur de la République et le président du TGI ou un juge délégué par lui peuvent — le premier pendant toute la durée du maintien et les seconds après les quatre premiers jours — « se rendre sur place pour vérifier les conditions de ce maintien et se faire communiquer le registre ».

Quant on sait la lourdeur des charges du procureur de la République et du président du TGI, on mesure le caractère illusoire de cette garantie : le procureur de la République ne peut faire la tournée des commissariats où s'effectuent les gardes à vue, des centres de rétention où sont placés les étrangers en voie d'éloignement du territoire [38], et des zones d'attente, son temps n'y suffirait pas. De mémoire d'étranger maintenu en zone d'attente, d'ailleurs, on ne se souvient avoir eu la visite d'un procureur de la République...

L'article 35 quater, paragraphe II, alinéa 2, précise par ailleurs — non sans un cer-tain humour sans doute involontaire — que « l'étranger [maintenu] est libre de quitter à tout moment la zone d'attente pour toute destination située hors de France ». Ce droit accordé à l'étranger ex-plique que l'étranger n'est que « maintenu » en zone d'attente, qu'il n'y est ni « détenu » ni « retenu ». C'est aussi ce droit qui a conduit le Conseil cons-titutionnel à considérer que le maintien en zone d'attente « n'entraîne pas à l'encontre de l'intéressé un degré de contrainte sur sa personne comparable à celui qui résulterait de son placement dans un centre de rétention en application de l'article 35 bis de l'ordonnance [du 2 novembre 1945] » [39]. Malheureuse-ment, le Conseil constitutionnel n'a pas expliqué en quoi le régime juridique de la zone d'attente justifie une telle appréciation.

Les prestations matérielles :

L'article 35 quater, paragraphe I, alinéa 3, précise que la zone d'attente « peut inclure [...] un ou plusieurs lieux d'hébergement assurant aux étrangers concernés des prestations de type hôtelier ».

Ce qui signifie que les étrangers ont droit, pendant la durée de leur maintien, à un mini-mum de prestations leur assurant des conditions de séjour décentes. Ils doivent être nourris, avoir un lit et la possibilité de se laver (lavabo, douche), disposer de toilettes, etc. En l'absence de ces quelques éléments de « confort », on ne pourrait, en effet, parler de « prestations de type hôtelier ».

Quelques interrogations demeurent cependant :

□ D'une part, l'article 35 quater ne mentionne l'existence de « lieux d'hébergement assurant [...] des prestations de type hôtelier » que comme une possibilité et non comme une obligation : le texte porte en effet « peut inclure » et non « inclut ». Est-ce à dire que ces prestations ne sont offertes aux étrangers maintenus que lorsque des lieux d'hébergements spécifiques le permettent ou, au contraire, que ces prestations doivent, en tous les cas, être offertes, le cas échéant dans des lieux distincts de la zone s'étendant « des points d'embarquement et de débarquement à ceux où sont effectués les contrôles des personnes » ?

□ D'autre part, dans quelles conditions ces prestations sont-elles assurées ? Les étrangers maintenus ont-ils droit à la préservation de leur intimité, à séjourner dans des pièces qu'ils peuvent fermer, où ils séjournent seuls ou avec les seuls membres de leur famille, ou doivent-ils accepter que les pièces restent ouvertes, afin de permettre l'exercice d'un contrôle par les personnels chargés d'assurer la surveillance ; doivent-ils accepter de partager leur lieu d'hébergement avec des personnes qui leur sont ... étrangères et n'avoir ainsi aucune possibilité de préserver leur intimité individuelle ou familiale ; les membres d'une même famille ont-ils droit de séjourner ensemble ou l'administration a-t-elle le droit de les séparer, de regrouper les hommes d'un côté, et les femmes de l'autre ; quel est le sort des enfants, etc. [40] ?

L'Office des migrations internationales (OMI) [41] est présent en zone d'attente, à Roissy et à Orly, par l'intermédiaire d'un ou plusieurs agents dont le rôle est d'apporter une aide humanitaire aux étrangers maintenus. Concrètement, les représentants de l'OMI se bornent à

vendre des cigarettes, des cartes téléphoniques, de la nourriture. Leur action est donc purement matérielle ; ils n'apportent aucune assistance juridique aux étrangers maintenus.

L'accès aux zones d'attente

L'article 35 quater, paragraphe V, permet à l'étranger maintenu en zone d'attente de « communiquer avec un conseil ou toute personne de son choix », mais il ne précise pas si le conseil et la personne contactés par l'étranger peuvent venir lui rendre visite en zone d'attente. En revanche, le même paragraphe prévoit qu'« un décret en Conseil d'Etat détermine les conditions d'accès du délégué du haut-commissariat des Nations unies pour les réfugiés ou de ses représentants ainsi que des associations humanitaires à la zone d'attente ».

Les visites des avocats et des personnes privées :

En pratique, il est difficile aux avocats de rendre visite à leurs clients quand ceux-ci, après les avoir contacté par téléphone ou par l'intermédiaire d'un tiers, souhaitent s'entretenir directement avec eux. En l'absence de toute précision dans l'ordonnance de 1945 ou dans un texte d'application, les conditions d'accès des avocats aux zones d'attente sont variables selon les plus ou moins bonnes dispositions des fonctionnaires de police, qui accordent ou non un droit de visite, celui-ci s'assimilant parfois aux conditions de visite aux détenus dans les prisons.

Pour les autres visites, qui ne sont pas davantage réglementées par les textes, la demande doit en être faite à l'officier de quart qui donne ou non son accord. Selon les cas, le droit de visite peut être une simple formalité ou un véritable « parcours du combattant ». En effet, il est soumis au bon vouloir de l'officier de quart qui en limite parfois arbitrairement la durée.

L'accès du HCR et des associations humanitaires :

Le décret prévu à l'article 35 quater, paragraphe V, alinéa 2, n'est intervenu que le 2 mai 1995, soit près de trois ans après la promulgation de la loi du 6 juillet 1992 [42]. Il distingue le régime de l'accès du délégué du haut-commissariat des Nations unies pour les réfugiés (HCR) de celui des associations.



L'accès à la zone d'attente du délégué du HCR ou de ses représentants est subordonné à un agrément individuel délivré pour un an par le ministre de l'Intérieur après avis du ministère des affaires étrangères. Le ministre de l'Intérieur garde le droit de retirer son agrément, ce retrait devant être motivé. Les modalités pratiques de l'accès dans chaque zone d'attente seront arrêtées d'un commun accord entre le délégué du HCR et le ministère de l'Intérieur « de manière à permettre l'exercice effectif de sa mission par le haut-commissariat des Nations unies pour les réfugiés ».

Sur place, le délégué du HCR ou ses représentants peuvent s'entretenir avec le chef du service de contrôle aux frontières et, lorsqu'ils sont présents, avec les représentants du ministère des Affaires étrangères (DAF) et de l'OMI, ainsi que « confidentiellement » avec les demandeurs d'asile maintenus en zone d'attente, mais non avec les étrangers qui n'ont pas demandé l'asile.

Enfin une réunion annuelle est organisée, à l'initiative du ministère de l'Intérieur, avec le délégué du HCR et ses représentants, sur le fonctionnement des zones d'attente.

Les associations habilitées à proposer des représentants en vue d'accéder à la zone d'attente sont désignées par arrêté du ministre de l'Intérieur. L'habilitation ne peut être sollicitée que par les associations régulièrement déclarées depuis cinq ans et se proposant par leur statut l'aide et l'assistance aux étrangers, la défense des droits de l'homme ou l'assistance médicale et sociale. L'habilitation est accordée pour deux ans et est renouvelable pour la même durée. Tout refus d'habilitation doit être motivé (article 7).

Un arrêté du ministre de l'Intérieur du 7 décembre 1995 [43] a fixé la liste des associations habilitées. Elles sont cinq : la Croix rouge française ; l'Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers (ANAFÉ) ; Amnesty international - section française ; France terre d'asile ; la Cimade.

L'accès des représentants des associations est subordonné à un agrément individuel délivré pour un an par le ministre de l'Intérieur après avis du ministère des Affaires étrangères. Cet agrément, qui est renouvelable, ne peut être accordé qu'à cinq personnes par association. Le ministre de l'Intérieur peut, également après avis du ministère des Affaires étrangères, retirer l'agrément délivré à une association ou à un représentant d'une association, la décision de retrait devant, dans les deux cas, être motivée.

Une même association ne peut accéder, par l'intermédiaire de deux représentants au plus, à une même zone d'attente qu'une fois par trimestre et entre 8 heures et 20 heures seulement. Le ministre de l'Intérieur peut autoriser toute visite supplémentaire sur demande écrite et motivée du président de l'association ou de tout membre mandaté.

Les représentants des associations peuvent s'entretenir confidentiellement avec les personnes maintenues dans la zone mais, pendant leur présence en zone d'attente, ils sont accompagnés par un agent des services de contrôle aux frontières.

Ce décret appelle diverses observations :

□, en ce qui concerne l'accès du HCR, il précise que ses représentants pourront s'entretenir uniquement avec les personnes maintenues qui ont demandé leur admission sur le territoire au titre de l'asile ; or, la pratique montre qu'un certain nombre d'étrangers éprouvent des difficultés à faire enregistrer leur demande d'asile et même à la formuler ; un contact avec le HCR aurait été utile à ces personnes ;

□, une même association ne peut avoir accès à une même zone d'attente que douze heures sur vingt-quatre et qu'une seule fois par trimestre ; on est bien loin de la possibilité, pour les associations, d'être présentes en zone d'attente « dans la mesure où [elles voudraient] l'être », ainsi que l'avait souhaité le Sénat lors du vote de la loi du 6 juillet 1992 [44] ;

□, le décret ne permet pas l'accès le même jour à la même zone d'attente de représentants de différentes associations ; ainsi, dans le cas d'une arrivée massive d'étrangers d'un même pays, l'efficacité de l'action des associations sera extrêmement limitée ;

□, le décret paraît contradictoire puisque les représentants des associations ont la possibilité de s'entretenir « confidentiellement » avec les étrangers maintenus, mais qu'ils sont simultanément « accompagnés par un agent des services de contrôle aux frontières » ; la confidentialité d'un entretien entre deux personnes — ici le représentant de l'association et l'étranger maintenu — exclut la présence d'un tiers, d'autant plus que cette confidentialité sera, semble-t-il respectée pour les représentants du HCR qui, eux, ne sont pas accompagnés pendant leur visite en zone d'attente [45].

La fin du maintien en zone d'attente

Le maintien en zone d'attente peut prendre fin pour des raisons diverses.

□ D'abord, l'étranger maintenu peut quitter volontairement la zone d'attente « pour toute destination située hors de France », comme l'y autorise l'article 35 quater, para-graphe II, alinéa 2, de l'ordonnance du 2 novembre 1945. Il s'agira alors, la plupart du temps, d'un départ vers le pays d'origine, car il est extrêmement rare que l'étranger maintenu en zone d'attente soit admissible dans un autre pays. En pratique, cette hypothèse de départ volontaire ne peut qu'être tout à fait exceptionnelle et aucun exemple n'a été recensé.

□ Il est donc plus fréquemment mis fin au maintien par l'administration, parce que le départ de l'étranger peut être réalisé. Ce départ s'analyse alors en l'exécution de la décision de refus d'entrée ; elle est donc soumise au régime décrit plus haut [46].

□ Le maintien peut encore cesser en cas d'admission de l'intéressé sur le territoire français, quand la demande d'asile n'est pas jugée « manifestement infondée », ou quand la décision de refus d'entrée dont il était l'objet est rapportée, par exemple si l'authenticité d'un document, contestée dans un premier temps, est finalement établie, ou si l'administration accepte de délivrer à l'étranger un « visa de régularisation » lui permettant d'entrer sur le territoire en vue de s'y faire délivrer un titre de séjour.

□ Enfin, le maintien cesse à l'expiration du dernier délai autorisé, soit que le juge judiciaire a refusé de prolonger le maintien en zone d'attente, soit que, à l'expiration du délai maximum de vingt jours autorisé par l'article 35 quater, paragraphes III et IV, de l'ordonnance du 2 novembre 1945, le départ de l'étranger vers son pays de provenance ou de renvoi n'est pas possible ou qu'il n'a pas été statué sur le caractère manifestement infondé ou non de sa demande d'asile.

Dans cette hypothèse, en application de l'article 35 quater, paragraphe VI, l'administration doit délivrer à l'étranger un sauf-conduit, qui lui permet d'entrer sur le territoire et qui est valable pour une durée de huit jours, au terme de laquelle il devra avoir quitté le territoire ou régularisé sa situation auprès de la préfecture en obtenant une autorisation provisoire de séjour ou un récépissé de demande de carte de séjour.

---

[1] Loi n° 80-9 du 10 janv. 1980 (dite loi Bonnet), partiellement déclarée non-conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel (décision n° 79-109 DC du 9 janv. 1980).

[2] La liste des documents exigés pour entrer en France figure à l'art. 5 de l'ord. du 2 nov. 1945 qui dispose : « Pour entrer en France, tout étranger doit être muni : 1° des documents et visas exigés par les conventions internationales et les règlements en vigueur ; 2° sous réserve des conventions internationales, des documents [...] relatifs, d'une part, à l'objet et aux conditions de son séjour et, d'autre part, s'il y a lieu, à ses moyens d'existence et aux garanties de son rapatriement ; 3° des documents nécessaires à l'exercice d'une activité professionnelle s'il se propose d'en exercer une ».

[3] Il s'agissait principalement d'introduire un mécanisme de responsabilité des transporteurs acheminant en France des étrangers non munis des documents exigés et d'adapter l'ord. du 2 nov. 1945 aux conditions posées par la Convention de Schengen en matière d'entrée sur le territoire et d'éloignement des étrangers en situation irrégulière. Ce projet de loi allait devenir la loi n° 92-190 du 26 févr. 1992.

[4] C. const. 25 févr. 1992, décision n° 92-307 DC.

[5] Loi n° 92-625 du 6 juill. 1992.

[6] Loi n° 94-1136 du 27 déc. 1994. Compte tenu de la place limitée dont on dispose ici, on n'étudiera pas les modalités du transfert d'une zone d'attente à une autre, qui ont un aspect essentiellement technique et ne posent pas de problèmes principe aussi délicats que le principe même du maintien en zone d'attente.

[7] Ord. du 2 nov. 1945, art. 22 : « Le représentant de l'Etat dans le département [i.e. : le préfet] et, à Paris, le préfet de police peuvent, par arrêté motivé, décider qu'un étranger sera reconduit à la frontière dans les cas suivants : 1° si l'étranger ne peut justifier être entré régulièrement sur le territoire français [...] ; 2° si l'étranger s'est maintenu sur le territoire au-delà de la durée de validité de son visa ou [...] à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de son entrée sur le territoire, sans être titulaire d'un titre de séjour régulièrement délivré ; 3° si l'étranger, auquel la délivrance ou le renouvellement d'un titre de séjour a été refusé ou dont le titre de séjour a été retiré, s'est maintenu sur le territoire au-delà du délai d'un mois à compter de la date de la notification du refus ou du retrait [...] ».

[8] Ord. du 2 nov. 1945, art. 23 : « L'expulsion peut être prononcée par arrêté du ministre de l'Intérieur si la présence sur le territoire français d'un étranger constitue une menace grave pour l'ordre public » ; art. 26 : « L'expulsion peut [également] être prononcée : a) en cas d'urgence absolue [...] ; b) lorsqu'elle constitue une nécessité impérieuse pour la sûreté de l'Etat ou la sécurité publique [...] ».

[9] C'est d'ailleurs un arrêté du ministre de l'Intérieur du 4 mai 1995 qui désigne « les gares ferroviaires ouvertes au trafic international au sens de l'article 35 quater de l'ordonnance du 2 novembre 1945 ». Ces gares sont (art. 1er) : Lille-Europe, Lille-Flandres, Aulnoye, Strasbourg, Thionville, Forbach, Metz, Sarreguemines, Pontarlier, Morteau, Modane, Cerbère, Nice, Hendaye, Paris-Nord, Paris-Est, Paris-Lyon. L'art. 2 de cet arrêté ajoute : « Les préfets et, à Paris, le préfet de police peuvent, en cas de nécessité et pour un délai limité, désigner comme gare ferroviaire ouverte au trafic international au sens de l'article 35 quater de l'ordonnance du 2 novembre 1945 toute gare située dans leur département ». Cette disposition a fait l'objet d'un recours — actuellement pendant†— devant le Conseil d'Etat.

[10] Ces hôtels, anciennement Arcade, appartiennent maintenant à la chaîne Ibis.

[11] Cette association — qui regroupe des organisations de défense des droits de l'homme et des étrangers, telles que Amnesty international, la Cimade, France terre d'asile, le GISTI, le MRAP, la Ligue des droits de l'homme, et des organisations syndicales des personnels d'Air France et d'Aéroport de Paris — a pour objet social l'aide aux étrangers éprouvant des difficultés à se faire admettre sur le territoire français, notamment dans les zones d'attente. Elle a adressé, en juillet 1995, à toutes les préfectures de la France métropolitaines et des DOM une demande de communication de la liste des zones d'attente créées dans le département ; elle n'a obtenu que 53 réponses. Les chiffres cités ici se fondent, d'une part, sur ces réponses et, pour le reste, sur les informations communiquées par le ministère de l'Intérieur à la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) le 23 novembre 1993.

[12] Le nombre de cent zones d'attente, environ, doit être appréhendé avec prudence. En effet, le préfet de la Guadeloupe a créé dans son département vingt zones d'attente, probablement pour parer à tout risque d'immigration clandestine par voie maritime. Par ailleurs, il existe des zones d'attente dans des aéroports tels que ceux de

Lannion, Dole, Cholet ou Brive-la-Gaillarde, qui ne sont sans doute pas promises à une très grande fréquentation.

[13] Voir notamment : TGI Paris, 29 juin 1994, UDAF et Zito Mwinyi c. Min. Intérieur : "l'autorité administrative a gravement porté atteinte à la liberté de l'intéressé sans que son action puisse se rattacher à l'application d'un texte législatif ou réglementaire, ou à l'exercice d'un pouvoir lui appartenant" ; 15 février 1995, Osas et Ojo : "le maintien à bord dans ces conditions constitue dès lors une voie de fait à laquelle il doit être mis fin".

[14] Le ministère de l'Intérieur déclare qu'il ne cessera de maintenir à bord les « passagers clandestins » que le jour où il aura été condamné pour voie de fait par la Cour de cassation.. Mais comme il ne fait jamais appel des jugements des tribunaux de grande instance qui retiennent la voie de fait, il ne met pas la Cour de cassation en mesure de se prononcer ; il peut donc continuer longtemps.

[15] Voir la liste de ces documents et justificatifs, supra note 3.

[16] Ord. du 2 nov. 1945, art. 5. Sur les motifs de l'expulsion, voir note 9. L'interdiction du territoire est prononcée, quant à elle, soit par le juge pénal comme peine accessoire à une condamnation pour entrée ou séjour irrégulier en France (art. 19), pour aide à entrée ou séjour irréguliers (art. 21), pour soustraction à une décision de refus d'entrée, à un arrêté d'expulsion ou à une mesure de reconduite à la frontière (art. 27) ou à une décision de remise aux autorités d'un Etat de la Communauté européenne (art. 33), soit par le préfet comme mesure accessoire à un arrêté de reconduite à la frontière (art. 22).

[17] Décr. n° 82-442 du 27 mai 1982, art. 10 et 11.

[18] Ord. 2 nov. 1945, art. 5.

[19] Loi n° 79-587 du 11 juill. 1979 relative à la motivation des actes administratifs, art. 3.

[20] En pratique, il est remis à l'étranger non-admis un formulaire, valant notification de la décision, sur lequel est inscrit : « Je renonce au délai d'un jour franc - oui - non (rayer la mention inutile) ».

[21] Ord. 2 nov. 1945, art. 5.

[22] Voir la liste de ces documents et justificatifs, supra note 3.

[23] CE 27 sept. 1985, Assoc. France Terre d'asile, Rec. CE, p. 263 ; D. 1986, Somm. p. 278, obs. Ph. Waquet et F. Julien-Laferrière.

[24] C. const. 25 févr. 1992, décision n° 92-307 DC. Cette même expression est reprise dans la loi du 6 juill. 1992, insérant l'art. 35 quater dans l'ord. du 2 nov. 1945.

[25] Décr. du 27 mai 1982, art. 12, déclaré légal par : CE, 27 sept. 1985, Assoc. France Terre d'asile, cité note 24.

[26] Circ. n° NOR/INT/D/92/CC179/C, non publiée.

[27] Notamment sans que soit respecté le délai d'un jour franc prévu à l'art. 5 de l'ord. du 2 nov. 1945.

[28] Circ. du 9 juill. 1992, précitée.

[29] Rapports du ministère de l'Intérieur à la CNCDH pour 1993 et pour le premier semestre de 1994. A la date de la rédaction de cette étude, on ne dispose pas de chiffres plus récents.

[30] Sur les conditions de prolongation du maintien et de l'intervention du juge judiciaire, voir infra.

[31] En vertu de l'art. R. 46 du code des tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel, le tribunal administratif (TA) territorialement compétent est celui dans le res-sort duquel l'autorité qui a pris la décision de refus d'entrée a son siège. C'est donc le TA dans le ressort duquel se trouve la zone d'attente, sauf si l'étranger non-admis est un demandeur d'asile, hypothèse dans laquelle le TA de Paris est compé-tent, car l'entrée en France ne peut être refusée à un demandeur d'asile que par le ministre de l'Intérieur (v. supra note 21), qui a son siège à Paris.

[32] Cass. 2e civ., 9 févr. 1994, Bull. civ. II, n° 53 ; D. 1994, Somm. 254, obs. F. Julien-Laferrière.

[33] Cette conception du rôle du président du TGI n'est pas partagée par tout le monde. Bien qu'elle fût celle qu'exposa, lors de la discussion de la loi du 6 juillet 1992, Paul Quilès, alors ministre de l'Intérieur, ses successeurs, Charles Pasqua et Jean-Louis Debré, soutinrent, au contraire, que le juge judiciaire ne peut en aucun cas apprécier la demande d'asile. Quant aux juges eux-mêmes, ils divergent également sur ce point. Au sein même des TGI de Bobigny

et de Créteil — les deux principalement concernés puisque respectivement compétents pour les aéroports de Roissy et d'Orly — et de la Cour d'appel de Paris, certains magistrats adoptent la conception large, tandis que d'autres se contentent du « profil bas ». La Cour de cassation n'a, jusqu'à présent, pas tranché la question.

[34] Décr. n° 92-1333 du 15 déc. 1992, art. 8.

[35] Ord. 2 nov. 1945, art. 35 quater.

[36] Décr. n° 92-1333 du 15 déc. 1992, art. 12.

[37] A notre connaissance et selon le service médical de Roissy lui-même, il n'est gardé aucun double des certificats médicaux établis dans ces conditions.

[38] Ord. du 2 nov. 1945, art. 35 bis. Voir infra.

[39] C. const. 25 févr. 1992, décision n° 92-307 DC.

[40] Il a été constaté, à l'hôtel Arcade de Roissy, que les serrures avaient été ôtées aux portes des chambres et que les membres d'une même famille étaient parfois séparés. Le ministère de l'Intérieur, alerté par des associations de défense des droits des étrangers, semble avoir donné des instructions pour que ces pratiques cessent.

[41] L'OMI — anciennement ONI (Office national de l'immigration) — est un établissement public administratif, créé par l'ord. du 2 nov. 1945 et placé sous la tutelle du ministre chargé des affaires sociales (Direction de la population et des migrations), qui a pour mission principale d'assurer l'introduction en France des travailleurs étrangers et des membres de leur famille et de gérer la procédure d'aide à la réinsertion des étrangers rentrant dans leur pays d'origine. Il est également chargé d'effectuer, à la demande du maire, la visite du logement du signataire d'un certificat d'hébergement (ord. du 2 nov. 1945, art. 5-3).

[42] Décr. n° 95-507 du 2 mai 1995, J.O. du 4 mai.

[43] Publié au J.O. du 15 déc.

[44] Séance du 17 juin 1992, JO Sénat, p. 1772.



[45] C'est sur la base de ces diverses critiques que l'ANAFÉ a formé contre ce décret un recours en annulation devant le Conseil d'Etat. Ce recours est encore pendant à la date de la rédaction de cette étude.

[46] Voir les développements relatifs aux « non admis », supra.

## **LA RETENTION DES ETRANGERS AUX FRONTIERES FRANÇAISES (Partie 2)**

**François JULIEN-LAFERRIÈRE**

### LA RETENTION ADMINISTRATIVE

L'article 35 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945 emploie, pour désigner la privation de liberté des étrangers qu'il vise, les termes « maintenu » ou « maintien » — comme le fait l'article 35 quater —, et non ceux de « retenu » ou « rétention ». C'est pourtant de « rétention administrative » que l'on parle couramment. Le Conseil constitutionnel a, au demeurant, légitimé cette différence de vocabulaire en énonçant, dans sa décision du 25 février 1992 [1], que le degré de contrainte n'est pas le même dans les deux cas.

Qui peut être retenu ?

L'article 35 bis énumère les cas dans lesquels un étranger peut être placé en rétention. Il s'agit :

□ de l'étranger qui, « devant être remis aux autorités compétentes d'un Etat membre de la Communauté économique européenne en application de l'article 33, ne peut quitter immédiatement le territoire français » ;

□ de celui qui, « faisant l'objet d'un arrêté d'expulsion », ne peut quitter immédiatement le territoire français » ;

□ de celui qui, « devant être reconduit à la frontière », ne peut quitter immédiatement le territoire français ».

La rétention administrative est donc destinée à permettre de s'assurer de la personne d'un étranger en voie d'éloignement du territoire

« pendant le temps strictement nécessaire à son départ », comme le précise l'article 35 bis, alinéa 1er, c'est-à-dire jusqu'à ce que l'éloignement puisse être effectivement exécuté.

< !--SPIP-- >

L'étranger devant être remis aux autorités d'un Etat membre de la Communauté européenne

L'article 33 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, auquel renvoie l'article 35 bis, vise « l'étranger, non ressortissant d'un Etat membre de la Communauté économique européenne, qui a pénétré ou séjourné en France sans se conformer aux dispositions des 1er à 4e alinéas de l'article 5, et à celles de l'article 6 ». Il s'agit, d'une part, de l'étranger non ressortissant CEE qui est entré sur le territoire français, soit sans être muni des documents exigés pour l'entrée en France, soit alors qu'il faisait l'objet d'un arrêté d'ex-pulsion ou d'une interdiction du territoire, et, d'autre part, de celui qui s'est maintenu sur le territoire pendant plus de trois mois ou après l'expiration du visa sous couvert duquel il est entré et qui n'a pas demandé un titre de séjour.

Cet étranger peut, selon l'article 33, « être remis aux autorités compétentes de l'Etat membre de la Communauté économique européenne qui l'a admis à entrer ou à séjourner sur son territoire, ou dont il provient directement ». L'idée est de « responsabiliser » les Etats membres de la CEE en les contraignant à reprendre en charge les étrangers auxquels ils ont accordé — peut-être avec une certaine légèreté — un visa ou un titre de séjour mais dont l'intention était de venir en France.

Les cas de remise aux autorités d'un Etat membre de la CEE sont, semble-t-il, relativement rares, bien que leur nombre tende à augmenter depuis le début de 1995.

L'étranger faisant l'objet d'un arrêté d'expulsion

Aux termes des articles 23 et 26 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, l'expulsion « peut être prononcée [...] si la présence sur le territoire français d'un étranger constitue une menace grave pour l'ordre public » ou en cas de « nécessité impérieuse pour la sûreté de l'Etat ou la sécurité publique ». La « menace grave pour l'ordre public » est constituée quand l'étranger, en raison de son comportement, représente un risque pour la sécurité des personnes et des biens ou est susceptible de porter atteinte à la sécurité publique ; la « nécessité

impérieuse pour la sûreté de l'Etat ou la sécurité publique » vise les cas d'es-pion-nage, de trafic de stupéfiants, d'attitude violente et asociale répétée, de délinquance particulièrement grave.

Dans la pratique, bien qu'une condamnation pénale ne puisse légalement justifier par elle-même l'expulsion [2], il est fréquent que cette mesure soit prononcée à l'encontre d'un étranger qui a été condamné pour crime ou délit, la mesure étant alors exécutée dès la sortie de prison de l'intéressé.

L'étranger faisant l'objet d'un arrêté de reconduite à la frontière

Les cas de reconduite à la frontière sont énumérés à l'article 22, paragraphes I à III, de l'ordonnance du 2 novembre 1945.

Le paragraphe I vise sept catégories d'étrangers, parmi lesquelles : celui « qui ne peut justifier être entré régulièrement sur le territoire français » ; celui « qui s'est maintenu sur le territoire au-delà de la durée de validité de son visa ou, s'il n'est pas soumis à l'obligation du visa, à l'expiration du délai de trois mois à compter de son entrée sur le territoire, sans être titulaire d'un premier titre de séjour » ; celui « auquel la délivrance ou le renouvellement d'un titre de séjour a été refusé ou dont le titre de séjour a été retiré [et qui] s'est maintenu sur le territoire » ; celui « qui n'a pas demandé le renouvellement de son titre de séjour et s'est maintenu sur le territoire » ; celui qui « a fait l'objet d'une condamnation définitive pour contrefaçon, falsification, établissement sous un autre nom que le sien ou défaut de titre de séjour ».

Les paragraphes II et III de l'article 22 constituent une adaptation de la législation française à la Convention de Schengen du 19 juin 1990 et concernent, d'une part, l'étranger non ressortissant d'un Etat membre de la CEE qui est entré ou séjourne en France sans remplir les conditions prévues à l'article 5 de cette convention — qui sont presque les mêmes que les conditions posées à l'article 5 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 [3] — et, d'autre part, celui qui, en provenance directe d'un Etat partie à la Convention de Schengen [4], est entré ou séjourne en France sans se conformer aux dispositions suivantes de cette convention : 19, § 1 et 2, instituant l'obligation d'être muni d'un « visa uniforme » en cours de validité ; 20, § 1, limitant le séjour sur le territoire des Etats parties à trois mois pendant une période maximale de six mois depuis la première entrée sur le territoire commun ; 21, § 1 ou 2, autorisant la libre circulation sur le territoire commun, pendant trois mois au plus, des étrangers titulaire d'un titre

de séjour délivré par l'un des Etats parties ; 22, instaurant l'obligation de souscrire une « déclaration d'entrée sur le territoire » [5].

## Le régime de la rétention administrative

La détermination du régime de la rétention est l'objet principal de l'article 35 bis qui énonce, d'une part, dans quelles conditions la rétention est décidée et prolongée et, d'autre part, quels sont les droits de l'étranger retenu.

On observera que, contrairement à l'article 35 quater, l'article 35 bis ne précise pas dans quelles conditions un centre de rétention d'étrangers peut être créé, mais indique simplement que la rétention a lieu « dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire », c'est-à-dire placés sous la responsabilité de la police ou de la gendarmerie.

## La mise en rétention et sa prolongation : compétence administrative et judiciaire

On retrouve, en matière de rétention administrative, la même dualité de compétence qu'en ce qui concerne le maintien en zone d'attente : la décision initiale est prise par l'autorité administrative, mais sa prolongation doit être autorisée par le juge judiciaire, en sa qualité de gardien de la liberté individuelle. Les règles, notamment de délai, sont toutefois différentes dans un cas et dans l'autre.

## La décision initiale et sa prolongation :

C'est, aux termes de l'article 35 bis, alinéa 1er, le représentant de l'Etat dans le département —ou préfet — qui prononce la mise en rétention, « par décision écrite motivée ». Le préfet doit donc, d'une part, indiquer dans sa décision de quelle disposition de l'article 35 bis il fait application et en quoi l'étranger qui fait l'objet de la mesure entre dans les prévisions de cette disposition — par exemple : il est entré en France sans visa alors qu'il est ressortissant d'un Etat dont les nationaux sont soumis à cette obligation ; il s'est maintenu en France au-delà de la durée de validité de son visa sans demander la délivrance d'un titre de séjour, etc. — et, d'autre part, justifier pourquoi l'étranger « ne peut immédiatement quitter le territoire français ».

En vertu du 7e alinéa de l'article 35 bis, le placement en rétention sous couvert de la décision du préfet ne peut durer que vingt-quatre

heures, soit la moitié du temps du maintien en zone d'attente par décision administrative. Au-delà de vingt-quatre heures, la rétention doit être autorisée par le président du tribunal de grande instance — dans le ressort duquel l'étranger est retenu [6] — ou un magistrat du siège délégué par lui, qui est saisi par le préfet et statue « sans délai » [7] par ordonnance après audition de l'étranger et de son conseil, s'il en a un. La requête du préfet doit être motivée et accompagnée de toute pièce justificative utile [8].

L'ordonnance du président du TGI ou du magistrat délégué peut, selon l'article 35 bis, alinéas 8 et 9, de l'ordonnance du 2 novembre 1945, prononcer l'une des mesures suivantes : soit « la prolongation du maintien », soit, « à titre exceptionnel, lorsque l'étranger dispose de garanties de représentations effectives, l'assignation à résidence après remise à un service de police ou de gendarmerie du passeport et de tout document justificatif de l'identité » ; dans ce dernier cas, la remise du document d'identité doit être préalable au prononcé de l'ordonnance, sous peine de nullité de celle-ci [9].

L'article 35 bis, alinéa 10, limite à six jours à compter de l'ordonnance du président du TGI ou du juge délégué — soit sept jours depuis le placement initial en rétention — la durée de la rétention ou de l'assignation à résidence. Cependant, la loi du 30 décembre 1993 a ajouté à l'alinéa 11 du même article une phrase qui permet au président du TGI ou au juge délégué de proroger [10], au-delà de sept jours, le délai de la rétention » d'une durée maximale de soixante-douze heures [...] en cas d'urgence absolue et de menace d'une particulière gravité pour l'ordre public [ou] lorsque l'étranger n'a pas présenté à l'autorité administrative compétente de document de voyage permettant l'exécution d'une mesure prévue au 2° ou 3° du présent article [11] et que des éléments de fait montrent que ce délai supplémentaire est de nature à permettre l'obtention de ce document ». La rétention ne peut donc durer que dix jours au plus, soit, ici encore, la moitié du temps du maintien en zone d'attente.

La précision des motifs pour lesquels la rétention peut être prorogée jusqu'à atteindre au total dix jours a été exigée par le Conseil constitutionnel qui, dans sa décision du 13 août 1993 [12], avait censuré la disposition de la loi qui lui était déférée — devenue la loi du 24 août 1993 — étendant la possibilité de proroger la rétention de « tous les étrangers qui ont fait l'objet d'un arrêté d'expulsion ou d'une mesure de reconduite à la frontière, dès lors qu'ils n'ont pas présenté de document de voyage ». Le texte issu de la loi du 30 décembre 1993 vise donc deux hypothèses : celle où la libération de l'étranger à

l'issue de sept jours risque de compromettre très gravement l'ordre public ; celle où le délai sup-plé-mentaire de trois jours permet d'obtenir des autorités consulaires de l'Etat dont l'intéressé est ressortissant l'établissement de l'identité de celui-ci et la délivrance d'un sauf-conduit rendant possible son départ de France et son entrée dans son pays d'origine [13].

Le rôle du juge judiciaire :

Le président du TGI ne peut, selon l'article 35 bis, alinéas 8 et 9, prendre que l'une des deux mesures suivantes : la prolongation du maintien ou l'assignation à résidence. Depuis la loi du 24 août 1993, la règle est la prolongation, l'assignation à résidence ne pouvant être prononcée qu'« à titre exceptionnel » et lorsque l'intéressé présente « des ga-ranties de représentation effectives », c'est-à-dire des attaches suffisantes en France pour s'assurer qu'il ne disparaîtra pas dans la nature sans laisser de traces [14]. Il y a inversion des priorités par rapport à la disposition antérieure qui, au contraire, prévoyait que c'était la prolongation du maintien qui était exceptionnelle.

De plus, la Cour de cassation a estimé que la mention de ces deux seules mesures n'a pas un caractère limitatif. Elle a jugé, en effet, bien que cette possibilité ne soit pas envi-sagée par l'ar-ticle 35 bis, « qu'en vertu des articles 66 de la Constitution du 4 octobre 1958 et 136 du code de procédure pénale, il appartient au juge, saisi par le préfet en ap-plication de l'article 35 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945, de se prononcer comme gardien de la liberté individuelle, et sans que sa décision préjuge la validité de l'arrêté de reconduite à la frontière, sur l'irrégularité, invoquée par l'étranger, de l'interpellation » et, si cette interpellation est effectivement irrégulière, de « faire cesser toute atteinte à la liberté individuelle en ordonnant la libération immédiate de la personne concernée » [15].

Toutefois, comme le précise l'arrêt, le contrôle de la régularité de l'in-terpellation de l'étranger ne peut conduire le juge à « préjuger la validité de l'arrêté de reconduite à la frontière » qui a été pris après que cette interpellation a permis de découvrir que l'intéressé était en situation irrégulière. En effet, le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires s'oppose à ce que le président du TGI ou le juge délégué apprécie la légalité de l'arrêté de reconduite à la frontière, acte administratif individuel qui ne peut être contesté que devant le juge administratif.

Le juge judiciaire peut donc mettre fin à la rétention si l'opération — contrôle d'identité ou garde à vue — à l'origine de la découverte de la situation irrégulière de l'étranger est entachée d'irrégularité, mais il ne peut en tirer de conséquence quant à la légalité de l'arrêté de reconduite à la frontière. L'étranger, libéré par le juge judiciaire, pourra être appréhendé dès la sortie de l'audience et, si cette interpellation est opérée régulièrement, il pourra être placé à nouveau en rétention. Les effets concrets de cette jurisprudence sont donc limités.

Les voies de recours :

La décision préfectorale de placement en rétention étant une décision administrative, elle peut faire l'objet d'un recours en annulation devant le tribunal administratif du ressort. Ce recours peut se révéler plus efficace que celui dont est susceptible la décision de maintien en zone d'attente car, selon le Conseil d'Etat, « lorsqu'il est saisi d'un recours dirigé contre une mesure de reconduite à la frontière [...] le président du tribunal administratif ou son délégué est également compétent pour connaître des conclusions dirigées contre le placement en rétention administrative » [16]. Or le recours contre l'arrêté de reconduite à la frontière, qui doit être formé devant le président du tribunal administratif dans les vingt-quatre heures de sa notification, est jugé en quarante-huit heures, ce qui permet que le jugement soit rendu avant l'expiration du délai de la rétention. Toutefois, le Conseil d'Etat a précisé que, contrairement au recours contre l'arrêté de reconduite à la frontière, celui dirigé contre le placement en rétention « n'a pas d'effet suspensif ».

Quant aux ordonnances du président du TGI autorisant la prolongation ou la prorogation de la rétention — après vingt-quatre heures comme après sept jours —, elles peuvent être déférées, par l'intéressé, le ministère public ou le préfet, « dans les quatre jours » de leur prononcé [17], au « premier président de la Cour d'appel ou son délégué [qui] doit statuer dans les quarante-huit heures, le délai courant à compter de sa saisine » [18]. L'ordonnance d'appel peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation, par l'étranger, le préfet ou le ministère public, « dans les dix jours suivant (sa) notification » [19].

Comme dans le contentieux du maintien en zone d'attente, ni l'appel, ni le pourvoi en cassation ne sont suspensifs. Mais, ici aussi, la brièveté du délai permet souvent au juge d'appel de statuer avant l'expiration du délai de rétention, si bien que cette voie est fréquemment employée.

## Les droits des étrangers retenus

Moins détaillé que l'article 35 quater applicable au maintien en zone d'attente, l'article 35 bis ne définit que les garanties juridiques de l'étranger placé en rétention — proches d'ailleurs de celles de l'étranger maintenu en zone d'attente —, mais il est muet quant aux conditions matérielles de cette rétention.

Les garanties juridiques :

□ Dès la prise de la décision de mise en rétention, « l'étranger est immédiatement informé de ses droits, par l'intermédiaire d'un interprète s'il ne connaît pas la langue française » ; contrairement à l'article 35 quater, l'article 35 bis ne fait pas allusion aux « devoirs » de l'étranger retenu. De même, s'il est prévu que « le procureur de la République est immédiatement informé » de la décision de placement en rétention, il n'est pas précisé, en revanche, que cette décision est inscrite sur le registre du lieu de rétention, ni que ce registre est émargé par l'intéressé. Pourtant, ce registre existe bien, qui doit mentionner « l'état civil des personnes [retenues] ainsi que les conditions de leur maintien ».

L'assistance d'un interprète est un droit pour tout étranger placé en rétention qui ne parle ou ne comprend le français. Comme en cas de maintien en zone d'attente, c'est donc l'administration qui doit procurer un interprète à l'étranger, celui-ci n'ayant ni à le solliciter ni à en supporter les frais.

Le procureur de la République peut consulter à tout moment le registre qui permet de vérifier que les règles posées par l'article 35 bis, notamment quant au délai de saisine du juge judiciaire, sont effectivement respectés.

□ Le dernier alinéa de l'article 35 bis dispose que, pendant toute la durée du maintien, l'étranger « peut demander l'assistance d'un interprète, d'un médecin, d'un conseil et, s'il le désire, communiquer avec son consulat et avec une personne de son choix ».

Pas plus que dans le cadre du maintien en zone d'attente, l'étranger n'a le choix du médecin, qui est appelé par les agents de l'administration parmi les médecins agréés.

L'étranger retenu n'a pas seulement le droit de « communiquer » avec un conseil, comme l'étranger maintenu en zone d'attente, mais de



« demander [son] assistance », ce qui est évidemment plus effectif. En revanche, il n'est pas précisé qu'il peut s'agir du « conseil de son choix », mais le principe du libre choix de l'avocat doit s'imposer, même en l'absence de disposition expresse. Le choix d'un conseil peut poser les mêmes difficultés qu'en cas de maintien en zone d'attente. Toutefois, l'étranger placé en rétention ayant déjà séjourné en France, parfois même longuement — notamment lorsque la mesure est prise pour l'exécution d'un arrêté d'expulsion ou à la suite d'un refus de renouvellement de titre de séjour —, il n'est pas rare qu'il connaisse un avocat — qui l'a, par exemple, assisté lors de la prise de la décision à l'origine de la rétention — auquel il peut faire appel depuis le lieu de rétention.

La plus originale de ces garanties, par rapport aux autres régimes de privation de liberté — y compris le maintien en zone d'attente — est la possibilité donnée à l'étranger retenu de « communiquer avec son consulat », lequel a pour mission de défendre les intérêts des ressortissants de l'Etat qu'il représente et peut intervenir auprès des autorités françaises pour faire valoir les droits. En pratique, il ne semble toutefois pas que les intéressés fassent un usage fréquent de cette faculté.

On constate, par ailleurs, que l'article 35 quater, lorsqu'il donne la liste des personnes avec lesquelles l'étranger retenu peut communiquer, n'emploie pas la conjonction « ou », mais la conjonction « et », ce qui implique que l'étranger placé en rétention doit pouvoir communiquer, s'il le demande, avec toutes les personnes énumérées au dernier alinéa de l'article 35 bis. Concrètement, ce droit doit se traduire par un libre accès à un téléphone et par un aménagement des locaux permettant l'accueil des visiteurs et un entretien confidentiel avec eux.

□ Le procureur de la République peut, « pendant toute la durée du maintien, [...] se transporter sur les lieux, vérifier les conditions du maintien et se faire communiquer le registre ». Cette garantie ne devrait pas être plus efficace en cas de rétention qu'elle ne l'est en cas de maintien en zone d'attente, l'obstacle majeur à sa mise en oeuvre — excès de charge du procureur de la République — étant le même dans les deux cas.

L'article 35 bis n'autorise pas, comme le fait l'article 35 quater, l'étranger à « quitter à tout moment [le lieu de rétention] pour toute destination située hors de France ». L'étranger étant « retenu », il ne doit pas échapper aux autorités chargées d'exécuter la mesure

d'éloignement dont il est l'objet. Pourtant, l'expulsion et la reconduite à la frontière ne sont pas une extradition et ne s'accompagnent pas de la remise de l'intéressé aux autorités du pays de renvoi. L'étranger devrait donc, quand il en a la possibilité, être autorisé à quitter le lieu de rétention pour la destination de son choix extérieure au territoire français, au besoin sous la condition que les services français de police vérifient qu'il est effectivement admissible dans le pays qu'il se propose de gagner.

Les conditions matérielles de la rétention :

□ A la différence de l'article 35 quater, qui prévoit des « prestations de type hôtelier », l'article 35 bis ne donne aucune indication sur les conditions matérielles de la rétention. Celles-ci sont donc laissées à l'appréciation de l'autorité administrative, le cas échéant sous le contrôle du juge.

Certes, l'administration doit assurer, au minimum, un traitement décent des étrangers, afin notamment que les conditions de la rétention ne soient pas assimilables à des « traitements inhumains ou dégradants », au sens de l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [20].

La seule précision que donne l'article 35 bis concerne l'autorité sous la responsabilité de laquelle sont placés les locaux utilisés pour la rétention : il doit s'agir de « locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire », ce qui signifie seulement que les étrangers retenus ne sont pas incarcérés. Mais ce critère organique — négatif de surcroît — n'a en soi aucune conséquence concrète quant au traitement dont les intéressés doivent être l'objet. De plus, l'article 35 bis ne fixe aucune règle de compétence pour la création des lieux de rétention, contrairement à l'article 35 quater qui précise que « la zone d'attente est délimitée par le représentant de l'Etat dans le département ». Dans la pratique, ce sont les préfets qui décident dans quels locaux les étrangers peuvent être retenus dans leur département.

< !--SPIP-->

C'est ce qui explique que les locaux utilisés pour la rétention sont extrêmement variés. Dans les départements où résident ou circulent de nombreux étrangers — zones frontalières, agglomération parisienne, zones à forte urbanisation —, les préfets ont créé des « centres de rétention » exclusivement réservés à cet usage. En

l'absence de centre de cette nature, les étrangers sont retenus dans des locaux de police ou de gendarmerie [21].

□ L'absence de disposition relative aux prestations qui doivent être fournies aux étrangers explique les conditions parfois gravement défectueuses dans lesquelles la rétention se déroule. C'est ainsi que le centre de rétention de Paris, dit « dépôt de la préfecture de police », situé dans les sous-sols du Palais de justice, a donné lieu à de nombreuses protestations, dont certaines ont débouché sur des actions contentieuses.

Ainsi le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines et traitements inhumains ou dégradants a formulé des observations sur les conditions d'alimentation, d'hygiène et de salubrité de certains centres de rétention, notamment le dépôt de Paris. A l'automne 1993, un huissier, mandaté sur place par l'avocat d'un étranger retenu, a fait des observations comparables. Au printemps 1995, un juge délégué du président du TGI de Paris, qui souhaitait se rendre compte sur les lieux des conditions de la rétention, avant d'en autoriser éventuellement la prolongation, s'est vu refuser l'entrée. Enfin, courant 1994 et 1995, divers incidents graves se sont produits, traduisant le climat de violence et d'insécurité qui règne dans ces locaux : suicide d'un étranger retenu ; meurtre d'un autre par l'un de ses « coretenus » ; viol d'un étranger retenu par un policier affecté à la surveillance, etc.

□ Le Tribunal des conflits, saisi de la question de savoir si les conditions matérielles de la rétention étaient susceptibles de constituer une voie de fait et, par conséquent, de justifier la compétence de la juridiction judiciaire, a répondu par la négative en considérant « que les litiges relatifs aux conditions matérielles d'exécution de la rétention des étrangers en instance d'éloignement prévue par l'article 35 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945, fût-elle prolongée par le juge judiciaire, ressortissent [...] à la seule compétence des juridictions administratives » [22].

En d'autres termes, quelles qu'elles soient et même si elles peuvent être regardées comme des traitements inhumains ou dégradants, les conditions matérielles de la rétention ne peuvent être constitutives de voie de fait, ce qui veut dire qu'elles ne sont pas assimilables à « un acte portant gravement atteinte à une liberté fondamentale et manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir de l'administration » [23], dès lors que — même s'il est porté une grave atteinte à la liberté individuelle des étrangers retenus — le fonctionnement des locaux de rétention appartient bien à l'adminis-

tration qui n'est donc pas sortie de sa sphère de compétence. En somme, l'administration commettrait une voie de fait si elle maintenait en rétention un étranger à l'hôtel Crillon pendant vingt-cinq heures sans saisir le juge judiciaire, mais elle n'en commettrait pas si elle retenait, en respectant les délais et la procédure prévus par l'article 35 bis, un étranger dans la cave obscure et humide d'un commissariat de police où elle le prive de nourriture.

Le ministère des Affaires sociales a conclu avec la Cimade, association humanitaire de défense des droits de l'homme, une convention aux termes de laquelle les représentants de cette association peuvent accéder à certains centres de rétention et y apporter aux étrangers une assistance sociale et humanitaire, voire juridique. Cet accès de la Cimade permet de connaître les conditions de rétention dans les centres qu'elle visite mais n'est pas suffisant pour faire cesser les abus qui s'y produisent.

< !--SPIP-- >

La fin de la rétention

Comme le maintien en zone d'attente, la rétention peut prendre fin pour des raisons diverses.

□ En général, il est mis fin à la rétention par l'administration elle-même, dès que l'étranger est en mesure de quitter le territoire français, soit parce que son identité a pu enfin être établie et qu'un document de voyage transfrontière lui a été délivré par les autorités du pays de renvoi — généralement celui dont il a la nationalité —, soit parce qu'un moyen de transport — la plupart du temps aérien — est disponible pour l'acheminer jusqu'au pays de renvoi.

□ La rétention peut également cesser en cas de retrait de la mesure d'éloignement par son auteur — préfet s'il s'agit d'un arrêté de reconduite à la frontière ; ministre de l'Intérieur si c'est un arrêté d'expulsion —, en cas d'annulation de cette mesure par le juge administratif [24] ou de sursis à l'exécution prononcé par le juge administratif [25].

□ Enfin, la rétention cesse quand cesse l'autorisation, soit parce que le juge judiciaire a refusé de prolonger la rétention et a prononcé l'assignation à résidence ou la mise en liberté, soit parce que, à l'expiration du délai maximum de dix jours autorisé par l'article 35 bis

de l'ordonnance du 2 novembre 1945, il n'est pas possible de réaliser le départ de l'étranger vers le pays de renvoi.

Dans cette hypothèse — comme en cas de maintien en zone d'attente et malgré le silence de l'article 35 bis, contrairement à l'article 35 quater —, l'administration doit remettre l'étranger en liberté. Cependant, la mesure d'éloignement reste en vigueur et il appartient à l'intéressé de l'exécuter de lui-même en quittant le territoire français. S'il ne le fait pas spontanément, il s'expose à des poursuites pénales pour infraction à arrêté de reconduite à la frontière ou à arrêté d'expulsion [26] et, en cas de condamnation, à une interdiction du territoire. Et, cette interdiction du territoire emportant de plein droit reconduite à la frontière, l'intéressé peut, si son départ immédiat est impossible, être à nouveau placé en rétention.

□ En revanche, l'étranger retenu ne peut quitter volontairement le lieu de rétention, même « pour toute destination située hors de France », à l'inverse de l'étranger maintenu en zone d'attente. En effet, contrairement à l'article 35 quater, l'article 35 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945 n'y autorise pas l'étranger placé en rétention.

Détenir, retenir, maintenir les étrangers pour mettre en oeuvre la politique d'immigration ou, plutôt, de non-immigration ou encore, selon la formule de Charles Pasqua d'« immigration zéro » [27] ? Qu'importent les nuances de vocabulaire — retenir porterait moins atteinte à la liberté que détenir, et maintenir encore moins que retenir — destinées à se donner bonne conscience.

L'important c'est que des hommes, des femmes et des enfants, par centaines et par milliers chaque année, sont privés de liberté pendant des jours, des semaines parfois — près de trois en zone d'attente —, alors qu'ils n'ont pas commis d'infraction, mais parce qu'ils ont le front de demander l'hospitalité à la France, la Patrie des droits de l'homme — ou qui se prétend encore telle — pour échapper aux risques qu'ils encourent dans leur pays où, justement, on ne les respecte pas, ces droits de l'homme, ou pour visiter un parent, un ami, un amant, mais qu'ils représentent, alors, ce qu'on appelle, dans le jargon administratif, un « risque migratoire majeur ». Tout étranger qui souhaite venir en France ne doit-il pas être soupçonné, de vouloir s'y installer, d'y prendre racine ?

Orgueil de nantis croyant que tout est mieux chez eux que chez les autres et qu'ils attirent le monde entier ? Logique de police contre logique de droits de l'homme ? Frilosité et peur du lendemain, de

l'étranger donc de l'étrange, repliement sur soi-même parce qu'on ne sait plus qui on est ? Crainte de recueillir « toute la misère du monde », pour reprendre la malheureuse expression de Michel Rocard ? Soyons sérieux. Il existe, actuellement, près de quinze millions de réfugiés dans le monde ; l'Europe occidentale n'en accueille que moins de deux millions et la France cent cinquante mille [28]. Comparés aux six millions de réfugiés accueillis en Afrique, dont 1,7 million par le Zaïre, ou aux cinq millions que compte l'Asie, dont un million vit au Pakistan, que fait l'Europe et que fait la France ?

Dans ces conditions, peut-on parler de « flux », d'« invasion » ? Avons-nous le droit, sans manquer à nos devoirs de solidarité internationale — ou, tout simplement, à la morale — de nous barricader dans notre Europe cage dorée et de nous voiler la face pour ne pas voir « toute cette misère du monde » contre laquelle nous ne luttons guère. Les barrières que dressent les Etats européens à leurs frontières — et la France n'échappe pas à ce mouvement — sont les nouveaux murs de Berlin ou rideaux de fer de la fin de ce siècle, mais ils ont une fonction inverse : il ne s'agit pas d'empêcher de fuir, mais d'empêcher d'entrer et d'obliger à partir. Est-ce plus digne ?

[Retour à la première partie](#)

Professeur à la Faculté Jean Monnet, Directeur du Centre de recherches internationales sur les droits de l'homme (CRIDHOM), Université de Paris Sud.

---

[1] Voir note 40.

[2] CE 21 janv. 1977, Min. de l'Intérieur c. Dridi, Rec. CE, p. 38 ; AJDA 1977, p. 133, chron. M. Nauwelaers et L. Fabius ; D. 1977 p. 527, note F. Julien-Lafferrière ; Gaz. Pal. 1977 p. 340, concl. B. Genevois.

[3] Voir supra note 3.

[4] Il s'agit de l'Allemagne, de l'Autriche, de la Belgique, de l'Espagne, de la France, de la Grèce, de l'Italie, du Luxembourg, des Pays-Bas et du Portugal. Toutefois, seuls sept de ces dix Etats appliquant la convention — l'Autriche y a adhéré récemment et a obtenu un délai d'adaptation ; la Grèce et l'Italie y ont renoncé tant qu'elles ne contrôlent pas mieux leurs frontières —, on peut se demander ce qu'il faut entendre par « Etat partie à la Convention de Schengen » au sens

de l'article 22, paragraphe II de l'ord. du 2 nov. 1945 : les dix Etats qui l'ont ratifiée ou y ont adhéré ou les sept qui l'appliquent ?

[5] La rédaction de l'ord. du 2 nov. 1945, en particulier par les renvois qu'elle opère à la Convention de Schengen, en a rendu la lecture difficile et la compréhension presque impossible, au moins aux non spécialistes, parmi lesquels figurent la plupart des étrangers. Peut-on légitimement, dans ces conditions, leur opposer la célèbre adage : « nul n'est censé ignorer la loi » ? Pour plus de clarté, signalons que le « visa uniforme » est un visa identique pour tous les Etats appliquant la Convention de Schengen et dont la délivrance par les autorités consulaires de l'un d'eux est opposable aux autres ; ainsi, par exemple, un étranger à qui un consulat d'Allemagne a accordé un visa peut, pour une durée maximale de trois mois, circuler librement au sein de l'« espace Schengen », donc entrer en France, sans avoir besoin d'un visa délivré par un consulat de France. Quant à la « déclaration d'entrée », elle doit être souscrite par tout étranger non ressortissant CEE soumis à l'obligation de visa et qui n'est pas titulaire d'un titre de séjour délivré par un Etat appliquant la Convention de Schengen d'une validité d'au moins un an, dès qu'il pénètre sur le territoire d'un de ces Etats à partir du territoire d'un autre de ces Etats ; elle s'impose donc essentiellement aux étrangers non Européens lors du franchissement des frontières intérieures à l'« espace Schengen » tels, par exemple, les touristes roumains se rendant d'Espagne en France qui doivent déclarer leur entrée en France à Hendaye ou à Cerbère.

[6] Cette règle de compétence territoriale n'est pas toujours respectée. La préfecture de police de Paris, en effet, a demandé aux services de police, en 1994, de faire « transiter » les étrangers retenus au Mesnil-Amelot, dans le ressort du TGI de Meaux, par le « dépôt » de Paris, situé dans les sous-sols du Palais de justice, afin de les faire comparaître devant le TGI de Paris, qui est plus rapide pour statuer et accorde plus facilement la prolongation du maintien. Certaines associations de défense des droits des étrangers et une organisation de magistrats ont dénoncé ce « détournement de la loi », mais la plainte qu'ils ont introduite a été rejetée, en décembre 1995, au motif que seul le Parquet pouvait prendre l'initiative de poursuites contre l'auteur de cette directive.

[7] Décr. n° 91-1164 du 12 nov. 1945, art. 7.

[8] Ibid., art. 2.

[9] Cass. 2e civ., 2 nov. 1994, Bull. civ. II, n° 213 ; D. 1995, Somm. p.188, obs. F. Julien-Laferrière.

[10] L'art. 35 bis distingue la « prolongation » de la rétention, autorisée par le président du TGI ou le juge délégué à l'expiration du délai de vingt-quatre heures, de la « prorogation » autorisée au-delà de sept jours. Cette nuance terminologique ne semble pas correspondre à une différence de nature des deux décisions afférentes.

[11] C'est-à-dire un arrêté d'expulsion ou de reconduite à la frontière.

[12] C. const. 13 août 1993, décision n° 93-325 DC.

[13] Il est vérifié, en pratique, que les consulats étrangers se prêtent peu à cette collaboration avec les autorités françaises — un accord franco-algérien en ce sens a été signé et dénoncé au cours de l'année 1994 — et que le délai de trois jours sera rarement suffisant pour produire l'effet qui en est attendu.

[14] Ces garanties de représentation sont constituées, notamment, par un domicile, un conjoint, des enfants présents en France, etc. Elles sont appréciées souverainement par le juge.

[15] Cass. 2e civ., 28 juin 1995, Préfet de la Haute-Garonne c. Bechta, AJDA 1996 p. 72, note A. Legrand ; D. 1996, Somm. p. -, obs. F. Julien-Laferrière ; JCP 1996.II.22504, concl. J. Sainte-Rose. La Cour de cassation a rendu, le même jour, dix arrêts statuant dans le même sens.

[16] CE 26 mai 1995 (avis), Mme Yilmaz, Dr. adm. 1995, n° 501 ; D. 1996, Somm. p. -, obs. F. Julien-Laferrière.

[17] Décr. n° 91-1164 du 12 nov. 1991, art. 8.

[18] Ord. 2 nov. 1945, art. 35 bis, al. 11.

[19] Décr. n° 91-1164 du 12 nov. 1991, art. 12.

[20] Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ».



[21] Par circulaire du 25 janv. 1990 (J.O. du 26 janv.), le ministre de l'Intérieur a apporté quelques précisions relatives au choix des locaux de rétention. Il donne, par ailleurs, instruction de retenir de préférence les étrangers dans le département dont le préfet a pris la mesure d'éloignement, afin de faciliter la présentation de l'étranger devant le juge judiciaire et, en cas de recours contre l'arrêté de reconduite à la frontière, devant le juge administratif. Après achèvement de ces procédures, l'étranger peut être transféré dans un centre de rétention situé dans un autre département.

[22] T.C. 25 avr. 1994, Préfet de Police c. Dulangi, Rec. C.E. p. 597 ; AJDA 1994, p. 496, chron. C. Maugüé et L. Touvet ; D. 1994 p. 389, concl. R. Abraham.

[23] Telle est la définition traditionnelle de la voie de fait selon le Tribunal des conflits (T.C. 25 janv. 1988, Fondation Cousteau, Rec. C.E. p. 484 ; RFDA 1990, p. 191, concl. M. Laroque), le Conseil d'Etat (C.E. 15 avr. 1988, Michelix, Rec. C.E. p. 142 ; AJDA 1988 p. 555, obs. X. Prétot ; RDP 1989 p. 922, note J.-M. Auby) et la Cour de cassation (Cass. 1ère civ. 28 nov. 1984, Bull. civ. I n° 321 ; D. 1985 p. 145, note J. Gavalda ; JCP 1986.II.20600, note M. Lombard ; RFDA 1985, p. 760, concl. Sadon).

[24] Ce qui est parfaitement possible, compte tenu de la brièveté des délais en cette matière : saisine du TA dans les vingt-quatre heures de la notification de l'arrêté de reconduite à la frontière ; jugement du TA dans les quarante-huit heures de sa saisine, soit en tout trois jours pour la procédure de première instance.

[25] Cette hypothèse est beaucoup moins plausible. En effet, elle ne peut viser que l'arrêté d'expulsion — la rapidité de la procédure en matière de reconduite à la frontière ne justifie pas que soit demandé le sursis — et, celui-ci étant soumis à la procédure contentieuse de droit commun, la demande de sursis ne reçoit qu'exceptionnellement une réponse dans le délai de la rétention.

[26] Ord. du 2 nov. 1945, art. 27 : « Tout étranger qui se sera soustrait ou qui aura tenté de se soustraire à l'exécution d'un arrêté d'expulsion ou d'une mesure de reconduite à la frontière [...] sera puni d'une peine de trois ans d'emprisonnement.— Le tribunal pourra, en outre, prononcer à l'encontre du condamné l'interdiction du territoire pour une durée n'excédant pas dix ans.— L'interdiction du territoire emporte de plein droit reconduite du condamné à la frontière, le cas échéant, à l'expiration de sa peine d'emprisonnement ».

[27] Le Monde, 2 juin 1993, propos recueillis par Philippe Bernard, Eric Inciyan et Edwy Plenel.

[28] Chiffres extraits de Les réfugiés dans le monde - En quête de solutions, HCR, Ed. La Découverte, 1995.