

Paris, le 30 mai 2018

12-14 rue Charles Fourier
75013 PARIS
tel 01 48 05 47 88
mail : contact@syndicat-magistrature.org
site : www.syndicat-magistrature.org
Twitter : @SMagistrature

Observations sur le projet de loi « Pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie »

Sur la version adoptée par l'Assemblée nationale en première lecture le 22 avril 2018

Partout en Europe et à ses frontières, se multiplient les obstacles à la circulation et au séjour de ceux qui viennent chercher sur ce continent un refuge ou un avenir meilleur. Affichant officiellement un objectif d'accélération des reconduites à la frontière, le projet de loi présenté par le gouvernement ne fait pas exception et vient encore alimenter une politique d'éloignement des migrants, qui recourt massivement à l'enfermement et fait régresser l'ensemble des droits des personnes étrangères, déjà fortement fragilisées.

Les quelques dispositions favorables, porteuses de nouveaux droits, et le retrait du délit de franchissement de frontière initialement envisagé par le gouvernement ne dissimulent pas un dispositif redoutable de restriction des libertés, régression des droits et marginalisation du contrôle de l'autorité judiciaire. Le régime des contraintes et de l'enfermement des personnes étrangères en situation irrégulière est aggravé, tandis que rien n'est fait pour écarter la répression des personnes qui leur viennent en aide sur des bases de dignité et de commune humanité ou pour exclure les enfants de la privation de liberté que constitue la rétention administrative.

Tandis que l'enfermement des étrangers sur la seule base de l'irrégularité de leur situation administrative n'est justifié, en droit, que comme un moyen d'en permettre l'éloignement, le texte accentue le tournant punitif de cet enfermement, bien au delà de l'objectif légal initial.

Le texte a fait l'objet de vives critiques du Défenseur des droits, de la Contrôleuse générale des lieux de privation de libertés comme de la Commission nationale consultative des droits de l'homme, qui y voient des reculs majeurs des droits de personnes déjà vulnérables.

Le Syndicat de la magistrature ne reviendra pas spécifiquement sur les dispositifs concernant les règles du séjour en tant que tel ni sur certaines règles de l'asile, pour se concentrer sur les mesures en lien direct avec l'éloignement.

L'enfermement fait système.

Le départ volontaire réduit à peau de chagrin

Au nom de « l'efficacité de l'éloignement » des personnes étrangères, le projet réduit à néant la marge de manœuvre laissée aux individus pour qu'ils quittent le territoire de manière volontaire, leur préférant des mesures coercitives, humainement et financièrement coûteuses.

Le délai de départ volontaire correspond au temps laissé à l'étranger par l'administration (30 jours) pour quitter le territoire volontairement une fois qu'une obligation de quitter le territoire français (OQTF) lui a été notifiée.

L'article 11 II du projet de texte **étend les motifs pour refuser ce délai** notamment en durcissant la définition du risque de fuite, en prévoyant que le simple usage (et plus seulement la fabrication) d'un titre de séjour ou un document d'identité ou de voyage établi sous un faux nom pourra justifier un refus de l'octroi d'un délai. D'autres critères viennent étendre les motifs de refus de délai à raison de l'absence de « garantie de représentation » dont le texte précise qu'elle pourrait désormais résulter de :

- l'impossibilité de présenter des documents d'identité ou de voyage en cours de validité
- le fait que l'intéressé a refusé de communiquer les renseignements permettant d'établir son identité ou sa situation au regard du droit de circulation et de séjour
- le fait que l'intéressé a - simplement - communiqué des renseignements inexacts
- le fait que l'intéressé a refusé de se soumettre aux opérations de relevé d'empreintes digitales ou de prise de photographie prévues au deuxième alinéa de l'article L 611-3 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers (CESEDA)
- le fait que l'intéressé ne justifie pas d'une résidence effective et permanente dans un local affecté à son habitation principale
- le fait que l'intéressé s'est précédemment soustrait aux obligations prévues dans le cadre d'une mesure d'assignation à résidence

Sont par ailleurs ajoutés deux autres motifs de refus pour risque de soustraction : lorsqu'un étranger est frappé d'une mesure d'éloignement dans un autre Etat de l'espace Schengen ou s'il a explicitement déclaré son intention de ne pas se conformer à son obligation de quitter le territoire français.

De fait, l'exécution forcée de la mesure d'éloignement devient le principe, tant les cas permettant d'exclure un délai de départ volontaire sont nombreux.

Le champ de l'enfermement encore étendu

L'article 18 du projet de loi prévoit que la demande d'asile ne fasse plus obstacle au placement en rétention d'un étranger s'il existe des « raisons impérieuses de protection de l'ordre public ou de la sécurité nationale ».

L'exigence que ces raisons impérieuses soient établies sur la « base d'une évaluation individuelle du demandeur » ne suffit pas à poser des garanties pour un dispositif attentatoire aux libertés basé sur des critères flous. Il s'agit d'une atteinte lourde au droit d'asile.

Le projet de loi permet de placer en rétention des personnes en situation irrégulière pour l'instant non transférables en vertu du règlement Dublin et systématise l'interdiction de retour, qui ne commencera à courir qu'à partir de l'exécution de l'OQTF. La conséquence de ce report du point de départ à l'exécution de la mesure d'éloignement est évidente : les limitations de durées aujourd'hui imposées à ces interdictions sont contournées, faisant obstacle à une régularisation sur la base de conditions nouvelles.

Les déséquilibres du contentieux des étrangers

Le droit - civil - des étrangers est reconfiguré en suivant une tendance lourde d'augmentation des pouvoirs de police, de rétrécissement des droits des personnes et de limitation du contrôle judiciaire, via un système de garantie de façade, conçu pour ne pas irriter l'objectif gouvernemental de reconduites massives.

Ainsi le projet de loi prévoit :

- **d'augmenter le délai de retenue pour vérification de droit au séjour de 16 heures à 24 heures (article 19)**. Là où la retenue pour vérification d'identité ou de sa situation administrative d'une personne prévue par le code de procédure pénale ne peut être supérieure à 4 heures, la retenue instaurée par la loi du 31 décembre 2012 passerait à la même durée que la garde à vue, soit 24 heures. Au moment de la création de la retenue, le législateur avait justement fixé une durée moindre pour différencier cette mesure de la garde à vue, afin de mettre la législation en conformité avec la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne qui interdisait de recourir à des peines d'emprisonnement, et donc à la garde à vue, pour sanctionner le séjour irrégulier.

La retenue a vocation à permettre uniquement d'effectuer les vérifications de détention des titres de séjour et d'adopter éventuellement des mesures d'éloignement. Elle doit en conséquence être limitée à quelques heures et ne doit pas prêter à un détournement de son objectif légal en servant de mesure de mise à disposition de l'étranger à la préfecture par les services de police et de gendarmerie.

Alors que le séjour irrégulier n'est plus un délit et que l'administration dispose d'un certain nombre de fichiers spécifiques (AGDREF, SIS, Eurodac, Interpol...) lui permettant d'évaluer la situation administrative des étrangers retenus, cette disposition est un détournement et doit être retirée du texte.

Le projet de texte prévoit par ailleurs que désormais des **agents n'ayant pas la qualité d'officier de police judiciaire** pourront effectuer des vérifications pendant le temps de cette retenue, au mépris des garanties de la personne retenue, en permettant :

- **la possibilité de fouille des bagages et des effets personnels pendant la retenue.** Le projet de texte autorise l'inspection visuelle et la fouille des bagages pendant la retenue « pour les nécessités de la vérification du droit de séjour et de circulation » - autant dire sans condition - « avec l'accord de l'étranger ou, à défaut, après en avoir informé le procureur de la République ». Ce régime de simple information du Procureur de la République ne constitue pas une garantie : elle ne donnera lieu à aucun contrôle réel par l'autorité judiciaire, qui sera ainsi dépositaire d'une information sur laquelle elle n'aura aucune prise, faute d'éléments permettant d'assurer un contrôle, d'intervention préalable et de moyens pour y prêter l'attention nécessaire.

- **de systématiser la prise d'empreintes digitales et les photographies pendant la retenue** alors qu'elles interviennent actuellement de manière subsidiaire si elles constituent « l'unique moyen d'établir la situation de la personne ». Elles pourront donc être toujours réalisées, leur mémorisation et traitement n'étant toutefois - et évidemment - autorisés qu'en cas de constat de situation irrégulière. Le caractère systématique du recueil de ces données sensibles, à des seules fins administratives, est absolument disproportionné.

Le texte accroît par ailleurs la répression du refus de se soumettre à cette formalité en ajoutant la peine d'interdiction judiciaire du territoire à la peine d'amende déjà existante. Par ce biais, il fait de l'institution judiciaire, intervenant en matière pénale, le bras armé de la politique de reconduite des personnes étrangères.

Justice au rabais pour les personnes étrangères

Le projet de texte systématise le recours à la visioconférence en prévoyant notamment, en son article 10, que l'audience vidéo est désormais impérative dans les cas où elle est prévue pour les audiences devant le juge des libertés et de la détention chargé de se prononcer sur la prolongation du maintien en zone d'attente ou statuant sur la prolongation de la rétention.

Elle est également impérative lorsqu'elle est prévue pour les audiences devant le tribunal administratif saisi du contentieux relatif à une OQTF (article 12 2°). Par ailleurs, le demandeur d'asile résidant en France métropolitaine ne pourra solliciter une audience dans les locaux de la Cour nationale du droit d'asile (qui statue sur les recours visant les décisions de l'OFPPA) s'il a été convoqué à une audience se tenant en vidéo (article 6 I). La disposition prévoyant le principe de la présence de l'interprète aux côtés du demandeur, si elle est incontournable, n'est pas de nature à améliorer le dispositif, d'autant que les exceptions sont larges.

Cela signifie que l'étranger, dans ces situations, n'a plus la possibilité de s'opposer à cet ersatz d'audience. Encore relativement cantonné dans le domaine judiciaire, les étrangers seront donc en première ligne de cette justice désincarnée qui accroît la difficulté pour le demandeur de s'exprimer sur sa situation, intime et souvent complexe. L'effectivité de l'assistance par l'avocat est déniée, ce dernier n'étant pas à côté de son client mais à côté des juges. L'exposé des motifs parle sobrement de « développer l'utilisation des moyens de communication ». Il s'agit, en réalité, de supprimer toute faculté, pour les

justiciables étrangers dans ces contentieux de refuser l'utilisation de la visioconférence.

Si ces dispositions étaient adoptées, elles seraient incompatibles avec les principes affirmés par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui indiquait dans son arrêt « Marcelo Viola c. Italie » du 5 janvier 2007, que « si la participation de l'accusé aux débats par vidéoconférence n'est pas en soi contraire à la Convention, il appartient à la Cour de s'assurer que son application dans chaque cas d'espèce poursuit un but légitime ». En l'espèce, elle avait estimé que « la participation du requérant - accusé de graves délits liés aux activités de la mafia - aux audiences d'appel par vidéoconférence poursuivait des buts légitimes à l'égard de la Convention, à savoir la défense de l'ordre public, la prévention du crime, la protection des droits à la vie, à la liberté et à la sûreté des témoins et des victimes des infractions ». Ainsi, soumettre des demandeurs d'asile - et au delà des personnes étrangères dans un contentieux extra pénal lié à la situation administrative - constituerait une mesure absolument disproportionnée.

Réduction drastique de l'accès au droit

Refusant de consacrer les moyens suffisants à l'examen diligent des demandes de protection, le projet de loi privilégie la voie de la négation des droits des demandeurs comme moyen d'accéder à une accélération de la procédure. La célérité serait ainsi obtenue au mépris des droits.

- Ainsi l'article 15 du projet de texte prévoit de **réduire de 120 à 90 jours le délai dans lequel une demande d'asile doit être déposée à partir de la date d'entrée sur le territoire**. Cette réduction des délais ignore la situation de particulière vulnérabilité des demandeurs d'asile, qui ne sont pas au fait des dispositions nationales régissant le droit d'asile ou des moyens de faire valoir leur droits et sont confrontés, dans le même temps, à la nécessité de pourvoir à des besoins vitaux, dans un pays dont une grande partie des personnes concernées ne maîtrise pas la langue.

La réduction du **délai de recours des décisions de l'OFPRA d'un mois à quinze jours** procède de la même logique, doublée de l'exigence de préciser l'objet de la demande et l'exposé sommaire des circonstances de fait et de droit invoquées à leur appui (article 6 du projet). Les droits des demandeurs d'asile sont entravés par ces mesures prétendument destinées à rationaliser le contentieux, dès le premier niveau de juridiction d'ailleurs. L'affirmation, contenue dans l'intitulé du projet de loi d'un objectif d'effectivité du droit d'asile est ainsi clairement mensongère : si ce texte accroît une effectivité, c'est bien celle des obstacles au droit d'asile.

- La notification des droits à la personne étrangère - droit à interprète, avocat, médecin, communication avec le consulat et une personne de son choix - serait effectuée non plus « à compter de son arrivée au lieu de rétention » mais seulement « au lieu de rétention » (article 16 1° a). Cette disposition, si elle est adoptée, revient à donner toute latitude à l'administration de différer l'information de la personne retenue sur la nature et l'étendue de ses droits. Elle contribuera à priver concrètement les personnes d'informations leur permettant d'exercer leurs droits ou d'obtenir des documents nécessaires dans

les délais très contraints prescrits par les textes pour formuler certaines demandes.

Augmenter l'enfermement : véritable objectif de la réforme

Augmentation de la durée de rétention

Pour mettre à exécution les décisions d'éloignement des personnes étrangères qu'elle entend reconduire à la frontière, l'administration peut user de mesures de contrainte qui lui permettent de les garder à sa disposition pendant le temps nécessaire à l'organisation de leur départ. Ces mesures ne peuvent être prises que dans la mesure où elles visent réellement à exécuter la mesure d'éloignement, et non à titre punitif, dans un but dissuasif d'ordre général par exemple.

Le projet de loi (article 16 7°) prévoit d'augmenter la durée de rétention d'une personne étrangère, qui ne peut dépasser actuellement 45 jours, à 60 jours, soit deux mois. Cette rétention pourra être prolongée jusqu'à 90 jours, soit trois mois, dans certains cas.

En effet, après 60 jours, l'administration pourra demander au juge de prolonger à nouveau la rétention lorsque, au cours de la dernière période de prolongation :

- la personne a fait obstruction à l'exécution de la mesure d'éloignement
- elle a présenté une demande de protection contre l'éloignement en raison de son état de santé
- elle a présenté une demande d'asile.

Comme si ces motifs n'étaient pas suffisamment larges, les députés ont ajouté une quatrième possibilité permettant de prolonger la rétention : lorsque la mesure d'éloignement n'a pu être exécutée en raison du défaut de délivrance des documents de voyage par le consulat dont relève l'intéressé et qu'il est établi par l'autorité administrative compétente que cette délivrance doit intervenir à bref délai.

Les travaux parlementaires ont par ailleurs supprimé l'exigence de démontrer les diligences accomplies par l'administration, présent dans le texte d'origine, pour appuyer cette ultime prolongation.

Ces dispositions sont absolument indignes eu égard aux situations en jeu où la personne invoque spécifiquement son état de santé ou un risque de persécution, de torture ou de mort. Le projet de texte prévoit que la prolongation serait possible seulement si la demande de protection est effectuée « dans le seul but de faire échec à la mesure d'éloignement », ce qui confirme l'angle soupçonneux adopté par le législateur

L'objectif affiché de favoriser l'efficacité dans les mesures d'éloignement des étrangers est un leurre : l'étude d'impact parlementaire rappelle elle-même que l'immense majorité des reconduites se fait dans les 12 premiers jours de la

rétenion - chiffre stable - et chute à moins de 2% après 15 jours. En 2016, sur 21 296 personnes sorties de centres de rétenion seulement, 40,80% ont été effectivement éloignées, soit moins de la moitié.

Inutile et couteux en terme de dépense publique, l'allongement de la durée de rétenion constitue dès lors une privation de liberté illégitime, peu important qu'elle soit proche de durées de détention connues ailleurs en Europe et dans les limites fixées par les directives européennes.

Des déséquilibres supplémentaires sont introduits dans le contentieux de la rétenion. Ainsi, le délai dans lequel les personnes sont maintenues en rétenion après une décision de mise en liberté prise par le juge des libertés et de la détention passe de 6 heures à 10 heures (article 16, 5°). Ce délai est destiné à permettre un appel par le Procureur de la République, qui peut solliciter qu'un caractère suspensif soit conféré à son appel. Des motifs de pur confort prévalent ainsi sur la garantie des libertés, dans des hypothèses où un juge a exclu la poursuite de la privation de liberté.

Dans les faits, il n'est pas rare que les préfetures - titulaires d'un droit d'appel non suspensif - fassent appel à l'autorité judiciaire, via les parquets, pour contrer les décisions des juges des libertés et de la détention, demandant par des voies plus ou moins institutionnalisées qu'il soit fait application de ces articles.

Alors que la liberté est le principe et l'enfermement l'exception dans les textes, le texte introduit çà et là des dispositions renversant cette logique : ainsi, le juge devra-t-il motiver spécialement toute décision de mise en liberté d'un étranger qui s'est déjà soustrait à une mesure d'éloignement (même si cette mesure est depuis devenue caduque) (article 16, 3°. Les facultés d'assignation à résidence sont elles-aussi restreintes par la substitution, à l'article 16, 4° des termes « local affecté à son habitation principale » à l'actuel « lieu » d'assignation à résidence, ce qui pourrait conduire à exclure les habitats informels tels les campements (selon les propres termes de l'exposé des motifs).

En ignorant délibérément les vulnérabilités propres aux personnes étrangères en situation irrégulière du point de vue du séjour ou en demande d'asile, le texte conduit à la négation de leurs droits.

Extension de l'assignation à résidence, alternative à ... la liberté et non à la rétenion

Présentée comme une alternative à la rétenion des étrangers dans les procédures d'éloignement, elle constitue de plus en plus une alternative à la liberté. Depuis la loi du 7 mars 2016, elle tend à prendre une place de plus en plus importante. Au prétexte de mettre la législation en conformité avec la directive 2008/115/CE dite « retour » plusieurs dispositions, qui tendent, tout à la fois, à développer l'utilisation de l'assignation à résidence et à renforcer ses effets contraignants ont été adoptées. Pour renforcer l'efficacité coercitive de l'assignation à résidence, la loi du 7 mars 2016 avait permis aux autorités préfectorales, sur autorisation du juge des libertés et de la détention, de faire

appréhender à leur domicile les personnes en instance d'éloignement afin de les faire conduire sous escorte au consulat ou en rétention ou afin, encore, de mettre la mesure d'éloignement à exécution. Il est utile de rappeler que la procédure à l'issue de laquelle ils sont appelés à délivrer l'autorisation de visiter le domicile de la personne en attente d'éloignement n'est pas contradictoire, de sorte qu'ils ne peuvent se fonder que sur les moyens invoqués dans la requête présentée par l'administration sans qu'ils puissent être discutés et, le cas échéant, contestés par la personne visée. Par ailleurs, les voies de recours offertes à cette dernière apparaissent tout à fait illusoire au regard des délais et conditions dans lesquels ils peuvent s'exercer, de sorte que la décision rendue à l'issue de cette procédure non contradictoire sera mise à exécution sans être soumise au filtre du double degré de juridiction.

L'assignation à résidence vient désormais mordre sur la liberté, c'est à dire le délai de départ volontaire, dès lors qu'il serait désormais possible d'assigner les personnes pendant ce délai (article 14 modifiant l'article L.513-4 du CESEDA). Ces assignations constituent de véritables privations de liberté, dès lors que la présence imposée au domicile peut aller jusqu'à 10 heures et que les mesures facilitant l'appréhension au domicile sont renforcées (article 17 III 3° b)

Le texte ne fixe d'ailleurs aucune limitation temporelle aux assignations à résidence, en cas d'interdiction judiciaire ou administrative du territoire ou de mesure d'expulsion qui ne pourrait recevoir exécution (par exemple à raison des risques de traitements inhumains ou dégradants dans le pays vers lequel l'expulsion doit avoir lieu). Jusqu'à présent, sauf dans certaines hypothèses au demeurant contestables, la mesure était limitée à une période de six mois renouvelable une fois. L'État organise ainsi une vie impossible aux personnes étrangères, à des fins, une nouvelle fois, punitives et dans des conditions qui risquent de porter concrètement atteinte à l'accès par les personnes au droit comme à des prises en charge. La menace que fait peser le contrôle potentiellement permanent par l'administration (non seulement la police mais les travailleurs sociaux dont le travail est dévoyé pour être mis au service de cette logique) induit une réelle dimension d'enfermement, disproportionnée au regard des enjeux en cause.

Situation des enfants en rétention

En 2016, près de 50 000 personnes ont été privées de liberté dans des locaux ou des centres de rétention. Depuis 2013, le chiffre ne cesse d'augmenter et il explose aujourd'hui de façon alarmante. Situation d'autant plus scandaleuse que la loi du 7 mars 2016 a érigé en principe l'assignation à résidence des personnes faisant l'objet d'une mesure d'éloignement, la rétention ne pouvant intervenir qu'à titre subsidiaire. Rappelons qu'avant la loi du 7 mars 2016, la possibilité d'enfermer un enfant en rétention n'avait aucune base légale. C'est cette même loi qui l'autorise désormais. Toutefois, l'étranger accompagné d'un mineur ne peut qu'exceptionnellement être placé en rétention, l'intérêt supérieur de l'enfant devant toujours prévaloir et s'effacer devant « les commodités » administratives, qui prévalent aujourd'hui en pratique. Le rappel de l'intérêt supérieur de l'enfant n'est inscrit dans les textes que pour la forme.

C'est ainsi qu'en 2017, le recours à la rétention des familles avec enfants n'a cessé d'augmenter et en métropole, plus de 300 enfants ont été ainsi enfermés, soit presque autant que durant les années 2012, 2013, 2014 et 2015 réunies. Ces chiffres ne concernent pas Mayotte où, en 2016, plus de 4 000 enfants ont été placés en centre de rétention. Beaucoup d'entre eux ont été d'office rattachés à des personnes majeures qui n'exercent aucune autorité parentale sur eux. Pour l'administration, il s'agit ainsi de faciliter l'exécution de la mesure d'éloignement.

Cette situation est contraire au préambule comme à plusieurs dispositions de la Convention internationale des droits de l'enfant (Cide), comme au droit européen. En juillet 2016, le placement des enfants en centre de rétention a valu à la France d'être condamnée à cinq reprises par la Cour européenne des droits de l'Homme. En octobre 2014, l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a également appelé les Etats membres à reconnaître « qu'il n'est jamais dans l'intérêt supérieur de l'enfant d'être placé en rétention en raison de son statut ou de celui de ses parents, au regard de la législation sur l'immigration », affirmation essentielle que rejoignent les critiques formulées par le Défenseur des droits, qui a appelé à l'arrêt de ces pratiques.

Cette interdiction est fondamentale tant les conséquences d'un placement en rétention sont lourdes sur les enfants. Cet enfermement est porteur de séquelles invalidant lourdement leur évolution cognitive, affective et sociale.

De nombreuses études, notamment anglo-saxonnes, ont démontré que l'enfermement, même pour une brève période, entraîne chez l'enfant des troubles semblables à ceux qui peuvent se manifester lors d'un état de stress post-traumatique. Des installations dédiées à la prise en charge de mineurs ne sauraient en aucun cas constituer une réponse à cette problématique essentielle, c'est bien le principe de la rétention des enfants qui doit être prohibé, afin que prévalent enfin les droits de l'enfant sur les intérêts de l'administration.

Les délais d'intervention du Juge des libertés et de la détention

Le projet donne au juge des libertés et de la détention un délai de 48 heures pour statuer sur la prolongation de la rétention. Il intervient dans un domaine où la loi du 7 mars 2016 a introduit une incohérence textuelle : le III de l'article L 512-1 du CESEDA impose ainsi au JLD de statuer par une seule et même décision lorsqu'il est saisi à la fois par l'étranger aux fins d'annulation de l'arrêté de placement en rétention et par le préfet aux fins de prolongation de ladite mesure. Or, les délais de saisine respectifs rendent cette décision unique parfois impossible à tenir, en l'état du délai de 24 heures.

Le Syndicat de la magistrature avait pourtant attiré l'attention sur ce point au moment des travaux parlementaires en 2016 indiquant que cela allait entraîner un certain nombre de difficultés pratiques, d'autant que dans beaucoup de juridictions, un seul juge est chargé chaque jour de statuer à la fois sur ce contentieux, sur celui de la détention provisoire et des placements en hospitalisation d'office, sans oublier les compétences de plus en plus larges attribuées à ce juge pour autoriser des actes d'enquête.

Si le Syndicat de la magistrature approuve donc ce réajustement, il tient à manifester son inquiétude sur les termes suivants : « sauf exception réglementaire » qui laisserait penser qu'une exception à ce délai puisse être prévue dans un autre texte, ce qui serait une aberration au vu du domaine concerné. Il convient qu'il n'y ait pas d'exception à ce délai de 48 heures sous peine de se rapprocher du régime antérieur où le JLD n'intervenait qu'au bout du cinquième jour, et en tout état de cause, toute exception doit figurer dans le texte même.

Cependant, cet accroissement du délai a une conséquence lourde, à savoir la continuation pour 24 heures supplémentaire de la privation de liberté. Il n'est donc pas anodin : outre que toute mise à exécution d'un éloignement pendant ce délai doit être clairement prohibé, il convient de s'interroger sur les moyens humains qui auraient pu être affectés à ces contentieux pour éviter un tel allongement.

Des mesures indispensables absentes du texte

Le Syndicat de la magistrature a soutenu, lors d'une récente mission d'information parlementaire, la nécessité de revoir le régime du contentieux de la rétention dans un sens progressiste pour les droits, comme d'abroger le délit de solidarité (ou à défaut, de cantonner le délit d'aide à l'entrée et au séjour aux seuls cas impliquant une exploitation des personnes migrantes). Il entend rappeler ces revendications.

Certaines dispositions contentieuses doivent être abrogées.

- La possibilité, prévue aux articles L 552-12 et L222-4 du CESEDA, de tenir des audiences par visioconférence. En l'état du droit, cette modalité de l'audience est décidée par le juge, sur proposition de l'autorité administrative à laquelle l'étranger ne s'est pas opposé. La visioconférence éloigne les justiciables étrangers du juge, porte atteinte aux droits de la défense et déshumanise l'œuvre de justice

- A défaut de supprimer cette possibilité, il conviendrait de ne la rendre possible qu'à titre exceptionnel, en cas d'impossibilité absolue de procéder autrement et après accord exprès de l'étranger, assisté par un avocat.

- Il convient de supprimer l'article L 552-8 et le dernier alinéa de l'article L 222-3 du CESEDA qui interdisent au juge des libertés et de la détention de soulever, lors de la seconde prolongation, des irrégularités antérieures à la première prolongation. Le contrôle de l'autorité judiciaire sur la mesure de privation de liberté doit demeurer plein et entier. En matière de privation de liberté, et au regard des conditions de la défense des personnes étrangères, une telle restriction ne se justifie pas. S'il y a, dans la procédure initiale, une irrégularité qui justifierait la non prolongation de la rétention, elle doit pouvoir être relevée à tout moment de l'instance. Dans la même logique, l'appel formé par la personne étrangère doit être examiné sans filtre : il convient d'abroger le tri effectué par le premier président de la cour d'appel qui peut « par ordonnance motivée et sans avoir préalablement convoqué les parties, rejeter les déclarations d'appel manifestement irrecevables ». Cette technique gestionnaire prive de nombreuses personnes de leur droit d'accès au juge. Trop

souvent motivée par l'insuffisance des moyens de l'institution, elle ne saurait être acceptée.

- Il convient de supprimer la possibilité pour le procureur de la République de saisir le premier président de la cour d'appel afin qu'il donne à son appel un caractère suspensif. En raison de cette disposition, toute personne étrangère dont le juge des libertés a ordonné la mise en liberté est maintenue à la disposition de la justice pendant 6 heures (article L 552-6 et L552-10 du CESEDA). Les critères justifiant ce caractère suspensif sont l'absence de garantie de représentation effective ou la menace grave pour l'ordre public. Dans les faits, il n'est pas rare que les préfetures - titulaires d'un droit d'appel non suspensif - fassent appel à l'autorité judiciaire, via les parquets, pour contrer les décisions des juges des libertés et de la détention, demandant par des voies plus ou moins institutionnalisées qu'il soit fait application de ces articles.

D'autres dispositions accroissent les droits de l'administration au détriment des personnes étrangères ou limitent la faculté d'appréciation du juge.

- Il convient d'abroger l'article L 552-2 du CESEDA, qui prévoit, s'agissant de la notification des droits, que « le juge tient compte des circonstances particulières liées notamment au placement en rétention simultané d'un nombre important d'étrangers ». Il incombe à l'administration, si elle mène des opérations d'ampleur, d'adapter ses moyens et de s'organiser afin que l'ensemble des personnes soient dûment informées de leurs droits, sans délai.

- Il convient d'abroger l'article L 552-13 du CESEDA qui limite la possibilité de mainlevée de la rétention aux cas où les nullités ou inobservances de formalités substantielles ont eu pour effet de porter atteinte aux droits de l'étranger. Pour le Syndicat de la magistrature, toute nullité ou inobservation de formalités substantielles devrait justifier la mainlevée sans qu'il soit nécessaire d'examiner in concreto les effets de ces irrégularités.

- Il convient d'abroger la disposition qui autorise la création de zones d'attente « spontanées ». L'article L221-2 du CESEDA dispose: « Lorsqu'il est manifeste qu'un groupe d'au moins 10 étrangers vient d'arriver en France en dehors d'un point de passage frontalier, en un même lieu ou sur un ensemble de lieux distants d'au moins 10 kilomètres, la ZA s'étend, pour une durée de 26 jours, du ou des lieux de découverte des intéressés jusqu'au point de passage frontalier le plus proche ». Non seulement le seuil est placé à un niveau extrêmement bas (de 10 personnes sur une zone de 10 kilomètres) mais le principe même d'une zone d'attente temporaire et inorganisée a des conséquences absolument disproportionnées sur le quotidien des personnes concernées, le respect de leur dignité et de leurs droits.

- Il convient d'abroger l'article L 222-3 du CESEDA qui dispose que « l'existence de garanties de représentation de l'étranger n'est pas à elle seule susceptible de justifier le refus de prolongation de son maintien en zone d'attente ». Cette impossibilité légale favorise l'enfermement de personnes, alors même que le juge aurait pu constater que la personne justifie de garanties de représentations. Au demeurant, il témoigne d'une incohérence interne au droit

des étrangers : alors que la liberté, voire l'assignation à résidence doivent être le principe, les conditions posées en limitent le recours.

- L'article L 552-4 du CESEDA offre une vision très restrictive des garanties de représentations en exigeant qu'elles soient effectives et qu'ait été remis à un service de police ou de gendarmerie l'original du passeport et de tout document justificatif de l'identité. Ces exigences légales sont difficiles à remplir pour beaucoup de personnes, alors même qu'elles présentent une situation stable qui pourrait justifier qu'il soit mis fin à la privation de liberté. Outre cette difficulté liée à la définition même de ces garanties de représentation, la loi impose au juge, dans certaines hypothèses (en cas de soustraction préalable à une OQTF ou d'interdiction de retour), une motivation spéciale pour prononcer une assignation à résidence. Il s'agit là d'une inversion contestable de la logique, puisque ce n'est pas la privation de liberté qui doit se motiver spécialement, mais l'inverse.

- Enfin, concernant les modalités d'exécution des assignations, l'obligation de présentation quotidienne est excessive, il convient de prévoir qu'elle sera moins fréquente.

- Les dispositions spécifiques aux personnes placées en rétention dans le cadre de décisions administratives prises sur le fondement d'activités terroristes doivent également être abrogées, notamment celles qui prévoient une durée de rétention prolongée à six mois au maximum en cas d'expulsion ou d'interdiction temporaire du territoire français.

- Le délit d'aide à l'entrée et au séjour, de personnes qui viennent en aide de manière désintéressée ou sans volonté de profit disproportionnée doit être abrogé. L'immunité définie par la loi ne suffit pas, ainsi que le montrent les condamnations prononcées, notamment par la Cour d'appel d'Aix en Provence. Il convient donc d'abroger le délit de solidarité, en concentrant le droit pénal sur le phénomène d'exploitation à but lucratif qui porte atteinte à la dignité des étrangers, et non plus en mettant la focale principale sur le passage de la frontière. A cet égard, la nouvelle version du texte adoptée en première lecture ne constitue absolument pas une garantie contre la pénalisation de la solidarité. Pour le Syndicat de la magistrature - engagé dans le collectif Délinquants solidaires - il convient d'adopter une nouvelle rédaction qui exclue la notion d'aide, les faits de circulation et qui réserve l'infraction aux seuls cas dans lesquels la facilitation a donné lieu à une contrepartie financière manifestement disproportionnée, relevant donc bien de l'exploitation.

Conclusion

Une réforme du contentieux du droit des étrangers doit conduire à garantir aux personnes concernées un accès plein et entier au juge, en supprimant les mécanismes qui l'entravent ou le brident, marginaliser les dispositifs coercitifs (au premier chef desquels l'enfermement en centres de rétention et zones d'attente) dans des situations dont le seul fondement est une situation administrative irrégulière, à l'exclusion d'une infraction à la loi pénale. L'objet de la loi devrait être de rétablir les droits des personnes étrangères. Le Syndicat de la magistrature s'oppose donc à ce texte, qui va dans une direction résolument inverse à ces objectifs.