



HAL
open science

Fasc. 730 : Droits et libertés des étrangers. -Liberté des étrangers

Danièle Lochak

► **To cite this version:**

Danièle Lochak. Fasc. 730 : Droits et libertés des étrangers. -Liberté des étrangers. Wachsmann, Patrick; Picod, Fabrice. Juris-classeur libertés, LexisNexis, 2007. hal-03696963

HAL Id: hal-03696963

<https://hal.science/hal-03696963v1>

Submitted on 16 Jun 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Fasc. 730 : DROITS ET LIBERTÉS DES ÉTRANGERS . - Liberté individuelle

Danièle Lochak

Professeur émérite de l'Université Paris Ouest - Nanterre La Défense

Points-clés

1. - La liberté individuelle est l'une des libertés qui est le plus **affectée par l'application des règles qui constituent la "police des étrangers"** et notamment par le renforcement des contrôles et des pouvoirs dévolus à la police résultant du resserrement de la politique de maîtrise des flux migratoires (V. n° 1).
2. - L'étranger ne pouvant pas se prévaloir d'un droit inhérent à entrer sur le territoire d'un État dont il n'est pas le ressortissant, **sa liberté de circulation transfrontière se trouve de ce fait considérablement amputée** (V. n° 3 à 22).
3. - La mise en place de **l'espace Schengen**, où les contrôles aux frontières intérieures sont supprimés, a abouti à harmoniser et renforcer les contrôles exercés aux frontières extérieures, ce qui se concrétise dans l'existence du "visa uniforme", d'un côté, du Système d'information Schengen, de l'autre (V. n° 4 à 6, 11 à 14, 22, 49).
4. - Si la **liberté d'aller et venir** à l'intérieur du territoire est mieux garantie, elle est toutefois **entravée par la possibilité de contrôler les documents de séjour des étrangers** en dehors des hypothèses où le Code de procédure pénale permet de procéder à des **contrôles d'identité** (V. n° 23 à 36).
5. - Les **traitements informatisés** visant à identifier et contrôler les étrangers sont nombreux. Dès lors que les questions de sécurité et d'immigration illégale dépassent de plus en plus le cadre national, la constitution et la consultation s'opèrent désormais au **niveau européen** (V. n° 37 à 51).
6. - La **possibilité de priver des étrangers de liberté en dehors des procédures pénales** de droit commun a tendance à se généraliser, essentiellement dans le cadre de la lutte contre l'immigration illégale, dans le but de faciliter l'éloignement de ceux qui franchissent irrégulièrement les frontières ou se trouvent irrégulièrement sur le territoire (V. n° 52 à 72).
7. - Aux yeux du juge constitutionnel, la rétention ou le maintien en zone d'attente ne portent pas atteinte au principe constitutionnel de la liberté individuelle dès lors qu'ils ont lieu sous le **contrôle du juge judiciaire** (V. n° 55, 56 et 64).
8. - **L'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants** fait partie des droits de l'homme dont les étrangers peuvent revendiquer le respect intégral, s'agissant d'un droit "intangibles". Elle ne suffit toutefois pas à éradiquer ces pratiques qu'encouragent inéluctablement l'enfermement et l'éloignement forcé ainsi que la vulnérabilité découlant de la clandestinité (V. n° 73 à 84).

Sommaire analytique

Introduction

I. - Liberté de circulation transfrontière

A. - Entrée en France ou dans l'espace Schengen

1° Conditions générales d'admission

2° Visa

3° Contrôles aux frontières

B. - Sortie du territoire français et retour

II. - Liberté d'aller et venir

A. - Territoire métropolitain

B. - Outre-mer

C. - Contrôles d'identité

III. - Fichiers informatisés

A. - Fichiers nationaux

B. - Fichiers européens

IV. - Privation de liberté

A. - Rétention

1° Bases légales, constitutionnelles et communautaires

2° Régime juridique

B. - Zone d'attente

1° Origine

2° Régime juridique

C. - Assignation à résidence

V. - Traitements attentatoires à la dignité

A. - Textes

B. - Mauvais traitements liés à l'enfermement et à l'éloignement

C. - Protection par ricochet

D. - Exploitation de la vulnérabilité d'autrui

Introduction

1. - Généralités - Il est désormais admis que les étrangers jouissent en principe, si l'on met à part les droits civiques, de l'ensemble des droits de l'homme proclamés par les conventions internationales. Toutefois, l'exercice de ces droits et libertés par les étrangers subit des entraves spécifiques, découlant de l'incidence des règles régissant l'entrée et le séjour sur le territoire français ainsi que des mesures d'éloignement dont ils peuvent faire l'objet (*V. supra Fasc. 725*).

La liberté individuelle a été expressément consacrée, tant au niveau constitutionnel qu'international, comme d'application universelle. Mais c'est aussi l'une des libertés qui est le plus affectée par l'application des règles qui constituent la "police des étrangers". Elle subit de plein fouet le contrecoup de la politique de maîtrise des flux migratoires qui, depuis une trentaine d'années, a entraîné la multiplication des formes de contrôle et le renforcement des pouvoirs dévolus à la police.

2. - Plan - La liberté individuelle comporte d'abord la liberté de circuler. La liberté de circulation transfrontière est, par excellence, celle dont les étrangers ne peuvent se prévaloir, puisque leur entrée sur le territoire est soumise à autorisation (I). En revanche, ils jouissent de la liberté d'aller et venir à l'intérieur du territoire, même si l'exercice de cette liberté peut faire l'objet de restrictions plus importantes que celles qu'on impose aux nationaux, notamment par le biais des contrôles d'identité réalisés dans le

cadre de la police des étrangers (II). L'impact de la police des étrangers se retrouve également dans la mise en place de traitements informatisés spécialement destinés au contrôle et à la surveillance des étrangers (III), et c'est, de la même façon, pour assurer l'effectivité des mesures d'éloignement que ceux-ci peuvent faire l'objet de mesures privatives de liberté (IV). L'interdiction des traitements inhumains et dégradants, qui non seulement est garantie de façon inconditionnelle mais inclut aussi une protection "par ricochet", apparaît comme une limite plus contraignante aux prérogatives des États - qui ne suffit pas néanmoins à éradiquer les comportements et pratiques attentatoires à la dignité humaine (V).

I. - Liberté de circulation transfrontière

3. - L'étranger ne pouvant pas se prévaloir d'un droit inhérent à entrer sur le territoire d'un État dont il n'est pas le ressortissant, sa liberté de circulation transfrontière se trouve de ce fait considérablement amputée. Il en va différemment s'il peut invoquer le bénéfice d'une convention internationale ou, bien entendu, s'il est bénéficiaire de la liberté de circulation au sens du droit communautaire (*V. infra Fasc. 1440, D. Martin*). Si l'entrée sur le territoire est soumise à un ensemble de conditions contraignantes et, en règle générale, à une autorisation concrétisée par la formalité du visa, l'étranger titulaire d'un titre de séjour peut en revanche quitter le territoire et y revenir librement. Il peut également circuler librement dans l'espace Schengen.

A. - Entrée en France ou dans l'espace Schengen

4. - **Acquis Schengen** - Depuis l'entrée en vigueur, en 1995, de la convention d'application de l'accord de Schengen, signée le 19 juin 1990, des règles communes ont été posées en ce qui concerne le franchissement des frontières extérieures de l'espace Schengen. Cet espace, au départ limité, s'est progressivement étendu et englobe aujourd'hui l'ensemble des États membres de l'Union européenne, à l'exception du Royaume-Uni et de l'Irlande, ainsi que l'Islande, la Norvège, le Liechtenstein et la Suisse. Toutefois, la mise en oeuvre du dispositif n'est pas encore effective pour la Bulgarie, Chypre et la Roumanie.

Le traité d'Amsterdam a intégré "l'acquis Schengen", c'est-à-dire le principe de l'effacement progressif des frontières intérieures de l'Union européenne et l'harmonisation des règles du franchissement des frontières extérieures. Ce sont donc, à quelques nuances près, les mêmes règles qui régissent l'entrée sur le territoire français et l'entrée dans l'espace Schengen, l'autorisation d'entrer dans l'un des États de l'espace Schengen valant généralement autorisation de se déplacer dans l'ensemble de cet espace. Le visa constitue la pièce maîtresse du contrôle des frontières extérieures.

L'article 77 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) (*ex-art. 62 TCE*) prévoit que le Parlement européen et le Conseil adoptent les mesures portant notamment sur : a) la politique commune de visas et d'autres titres de séjour de courte durée ; b) les contrôles auxquels sont soumises les personnes franchissant les frontières extérieures (liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa, procédures et conditions de délivrance des visas par les États membres, modèle-type de visa, règles en matière de visa uniforme).

5. - **Sources de la réglementation** - La réglementation est à la fois d'origine interne et d'origine communautaire. Les conditions de l'entrée en France sont régies par le livre II du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (*C. étrangers, art. L. 211-1 à L. 224-4*). Les conditions d'accès à l'espace Schengen sont prévues par la convention d'application des accords de Schengen (modifiée par *Cons. UE, règl. (CE) n° 1091/2001, 28 mai 2001*). Les modalités de délivrance des visas de court séjour sont précisées dans un règlement (CE) n° 810/2009 du 13 juillet 2009 établissant un code communautaire des visas (*JOUE n° L 243/1, 1er sept. 2009*) qui a remplacé les "instructions consulaires communes relatives aux conditions de délivrance d'un visa uniforme". Par ailleurs, un "Code communautaire relatif au franchissement des frontières par les personnes", dit "Code frontières Schengen", fixe les règles communes du contrôle des personnes franchissant les frontières extérieures (*Règl. (CE) n° 562/2006, 15 mars 2006, établissant un Code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen) : Journal Officiel de l'union européenne 13 Avril 2006*).

1° Conditions générales d'admission

6. - **Code frontières Schengen** - L'article 5 du "Code frontières Schengen" énumère les conditions que doivent remplir les ressortissants de pays tiers pour franchir les frontières extérieures pour un séjour n'excédant pas trois mois. Ils doivent :

- être en possession d'un document ou de documents de voyage en cours de validité permettant le franchissement de la frontière ;
- être en possession d'un visa en cours de validité si celui-ci est requis (*V. infra n° 9 à 15*) ;
- justifier l'objet et les conditions du séjour envisagé, et disposer des moyens de subsistance suffisants, tant pour la durée du séjour envisagé que pour le retour dans le pays d'origine ou le transit vers un pays tiers dans lequel leur admission est garantie, ou être en mesure d'acquiescer légalement ces moyens ;
- ne pas être signalé aux fins de non-admission dans le Système d'information Schengen (SIS) (*V. infra n° 15 et 49*) ;
- ne pas être considéré comme constituant une menace pour l'ordre public, la sécurité intérieure, la santé

publique ou les relations internationales de l'un des États membres et, en particulier, ne pas avoir fait l'objet d'un signalement aux fins de non-admission dans les bases de données nationales des États membres pour ces mêmes motifs.

7. - Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile - La législation interne prévoit, de son côté, que, pour entrer en France, un étranger doit être muni "*des documents et visas exigés par les conventions internationales et les règlements en vigueur*" et 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, à la prise en charge par un opérateur d'assurance agréé, des dépenses médicales et hospitalières y compris d'aide sociale résultant des soins qu'il pourrait engager en France, ainsi qu'aux garanties de rapatriement*" (C. étrangers, art. L. 211-1).

La nature des justificatifs demandés en ce qui concerne l'objet et les conditions du séjour dépend du motif du séjour envisagé : visite familiale ou privée (C. étrangers, art. L. 211-3), ou bien séjour touristique, voyage professionnel, hospitalisation, travaux de recherche (C. étrangers, art. R. 211-27).

8. - Attestation d'accueil - Dans le cas d'une visite familiale ou privée, l'étranger doit produire une attestation d'accueil signée par la personne qui hébergera l'étranger et validée par le maire. Les conditions de validation de l'attestation d'accueil ont été rendues beaucoup plus contraignantes et la procédure a été considérablement alourdie par la loi du 26 novembre 2003 (C. étrangers, art. L. 211-3 à L. 211-10 et R. 211-11 à R. 211-26).

L'attestation doit indiquer, outre l'identité et l'adresse du signataire, l'identité et la nationalité de la personne accueillie, les dates d'arrivée et de départ prévues, le lien de parenté, s'il y a lieu, du signataire de l'attestation d'accueil avec la personne accueillie, les attestations d'accueil antérieurement signées par l'hébergeant, les caractéristiques du lieu de l'hébergement, l'engagement de l'hébergeant à subvenir aux frais de séjour de l'étranger accueilli. Elle précise également si l'étranger envisage de souscrire lui-même à l'obligation d'assurance prévue par le code.

Le signataire de l'attestation d'accueil doit, pour en obtenir la validation par le maire, se présenter personnellement en mairie, muni des documents exigés ainsi que d'un document attestant de sa qualité de propriétaire, de locataire ou d'occupant du logement dans lequel il se propose d'héberger le visiteur ainsi que de tout document permettant d'apprécier ses ressources et sa capacité d'héberger l'étranger accueilli dans un logement décent au sens des dispositions réglementaires en vigueur et dans des conditions normales d'occupation. Ces conditions peuvent être vérifiées par une visite au domicile de l'hébergeant, effectuée soit par des agents de l'OFII (Office français de l'immigration et de l'intégration), soit par les services de la commune chargés des affaires sociales ou du logement.

Enfin, les maires peuvent créer pour leur commune ou pour leur arrondissement un fichier informatisé dans lequel sont enregistrées une série de données pouvant être conservées pendant cinq ans, et notamment : état civil de l'hébergeant et des personnes hébergées, situation financière de l'hébergeant, attestations précédemment signées par lui, avis relatif aux conditions d'hébergement, suites données à la demande de visa formulée sur la base de l'attestation d'accueil, caractéristiques du logement (surface, nombre de pièces, nombre d'occupants), etc.

2° Visa

9. - Fonctions du visa. De la sécurité publique au "risque migratoire" - Chaque État, dans l'exercice de sa souveraineté, peut contrôler l'accès des étrangers à son territoire. La délivrance du visa concrétise l'autorisation donnée à un étranger d'entrer sur le territoire. La détention d'un visa, si elle est une condition nécessaire - sauf lorsque l'étranger en est dispensé (V. *infra* n° 12) - n'est toutefois pas une condition suffisante et ne donne pas l'assurance de pouvoir pénétrer sur le territoire.

Le visa est une institution ancienne, contemporaine de la constitution des États souverains à l'intérieur de frontières stables. Mais la formalité a été exigée de façon variable selon les époques. À la veille de la Première Guerre mondiale, par exemple, la formalité du passeport et *a fortiori* du visa avait presque entièrement disparu en Europe, avant de redevenir la règle dans l'immédiat après-guerre. Après la Seconde Guerre mondiale, l'évolution de la réglementation, à partir des années cinquante, a été dans le sens d'un assouplissement constant, d'abord dans le contexte communautaire, mais aussi plus largement par le biais de conventions dispensant de la formalité du visa et dont ont notamment bénéficié les ressortissants des anciens territoires d'outre-mer.

Cette évolution a été stoppée à partir de 1974 et la décision a été prise de dénoncer systématiquement l'ensemble des accords passés avec les pays étrangers qui comportaient une dispense de visa pour entrer en France. Le processus a été momentanément suspendu entre 1981 et 1986, date à laquelle a été décidé le rétablissement généralisé des visas. La mesure, présentée comme une réponse d'urgence à la vague de terrorisme, est devenue depuis lors l'un des leviers de la "maîtrise des flux migratoires".

Car si, traditionnellement, le visa avait surtout pour fonction de protéger l'État contre les menaces pour la sécurité publique, il en a acquis une seconde, qui vient concurrencer la première. Désormais, l'obligation de produire un visa sert surtout à éviter que des étrangers présentant un "risque migratoire" ne pénètrent sur le territoire. Le Conseil d'État a d'ailleurs admis que le visa pouvait être refusé non seulement pour des motifs d'ordre public mais pour tout autre motif d'intérêt général, y compris dans un but de prévention de l'immigration irrégulière.

10. - Différentes catégories de visas - On distingue deux principaux types de visas : le visa de court séjour, délivré pour des séjours de moins de trois mois, et le visa de long séjour dit aussi visa d'établissement, qui permet de séjourner en France pour une durée supérieure à trois mois. Il existe en pratique de nombreuses autres catégories de visas. Le visa de transit autorise à traverser le territoire d'un État Schengen pour se rendre dans un pays tiers. Le visa de transit aéroportuaire autorise à passer par la zone internationale de transit d'un aéroport sans possibilité d'entrer sur le territoire. Il existe aussi des visas mixtes, d'une durée supérieure à trois mois, mais qui ne permettent pas la délivrance d'un titre de séjour, tel le "visa de long séjour temporaire", d'une durée comprise entre trois et six mois, délivré par exemple à des étudiants venant en France pour une formation courte.

Si les visas de court séjour et les visas de transit sont régis par le droit communautaire, les visas de long séjour et les visas mixtes sont en revanche régis exclusivement par le droit interne.

11. - Le "visa uniforme" ou "visa Schengen" - Le "visa uniforme" ou "visa Schengen", délivré par les autorités consulaires d'un des États de l'espace Schengen, est valable pour l'ensemble de l'espace Schengen. Les autorités consulaires doivent délivrer les visas de court séjour et les visas de transit dans les mêmes conditions, précisées dans le "Code communautaire des visas" (*V. supra n° 5*).

Toutefois, un État peut, notamment "*pour des raisons humanitaires, pour des motifs d'intérêt national ou pour honorer des obligations internationales*", délivrer un visa à un étranger qui ne remplit pas l'ensemble des conditions prévues : dans ce cas, le visa aura une validité territoriale limitée à l'État qui l'a délivré (*Code comm. visas, art. 25*).

Par ailleurs, l'espace Schengen n'incluant que le territoire européen de la France, le visa uniforme n'est valable ni pour les départements, ni pour les collectivités d'outre-mer.

Il existe trois types de visa uniforme :

- le visa de court séjour, valable pour un séjour de trois mois au plus. Il peut aussi prendre la forme d'un "visa de circulation" d'une validité de six mois à cinq ans, permettant plusieurs séjours de trois mois au maximum dans l'espace Schengen ;
- le visa de transit, qui autorise un étranger à traverser le territoire français (et/ou celui d'autres États Schengen) pour se rendre dans un pays tiers ;
- le visa de transit aéroportuaire qui permet à l'étranger soumis à cette exigence de passer par la zone internationale de transit d'un aéroport en France ou dans un autre pays de l'espace Schengen, sans possibilité d'entrer sur le territoire, à l'occasion d'une escale d'un vol international.

Sont soumis à la production d'un visa de transit, sur la base de la réglementation européenne, les ressortissants des pays suivants : Afghanistan, Bangladesh, République démocratique du Congo, Érythrée, Éthiopie, Ghana, Irak, Iran, Nigeria, Pakistan, Somalie, Sri Lanka, Syrie (*Ann. IV du règl. (CE) n° 810/2009, 13 juill. 2009 : JOUE n° L 243/I, 1er sept. 2009*). En ce qui concerne les aéroports français, la liste, fixée par arrêté ministériel, inclut en plus les pays suivants : Angola, Burkina-Faso, Cameroun, Colombie, République du Congo (Brazzaville), Côte d'Ivoire, Cuba, Djibouti, République dominicaine, Gambie, Guinée (Conakry), Guinée-Bissau, Haïti, Inde, Liberia, Mali, Mauritanie, Pérou, Sénégal, Sierra Leone, Soudan, Tchad, Togo. Sont aussi concernés les titulaires d'un document de voyage pour réfugiés palestiniens et les Russes provenant d'un aéroport situé en Ukraine, Biélorussie, Moldavie, Turquie ou Égypte (*Ann. D de l'arrêté du 10 mai 2010 relatif aux documents et visas exigés pour l'entrée des étrangers sur le territoire européen de la France, NOR : IMIK1009907A : Journal Officiel 20 Mai 2010*).

La liste des pays concernés montre que l'obligation de produire un visa de transit aéroportuaire - dont l'absence interdit de monter à bord de tout avion faisant escale dans un aéroport de l'espace Schengen - a pour effet, sinon pour objet, de bloquer spécifiquement le passage des étrangers dont on pense qu'ils sont susceptibles de demander l'asile lors du transit.

12. - Dispense du visa de court séjour - La liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa est fixée au niveau de l'Union européenne (*Cons. UE, règl. (CE) n° 539/2001, 15 mars 2001, régulièrement modifié et en dernier lieu par règl. (CE) n° 1244/2009, 30 nov. 2009*). Cette liste, dite "liste noire", figure à l'annexe I du règlement, tandis que l'annexe II, ou "liste blanche", énumère les pays dont les ressortissants sont dispensés de visa. Ce sont - au 1er juillet 2011 - les pays suivants :

- Albanie ;
- Andorre ;
- Antigua-et-Barbuda ;
- Argentine ;
- Australie ;
- Bahamas ;
- Barbade ;
- Bosnie-Herzégovine ;
- Brésil ;
- Brunei ;
- Canada ;
- Chili ;
- Corée du Sud ;
- Costa-Rica ;
- Croatie ;
- États-Unis ;
- Guatemala ;
- Honduras ;
- Israël ;
- Japon ;
- Macédoine ;
- Malaisie ;
- Maurice ;
- Mexique ;
- Monaco ;
- Monténégro ;
- Nicaragua ;
- Nouvelle-Zélande ;
- Panama ;
- Paraguay ;
- Saint-Christophe-et-Nevis ;
- Saint-Marin ;
- Saint-Siège ;
- Salvador ;
- Serbie ;
- Seychelles ;
- Singapour ;
- Venezuela.

Cette liste, qui est également valable pour les visas de transit, est susceptible d'être modifiée au gré des accords passés avec les pays tiers.

13. - Instruction des demandes - Les visas sont délivrés par les autorités diplomatiques françaises ou celles d'un autre État Schengen. La marche à suivre et les vérifications à opérer sont précisées dans le Code communautaire des visas.

L'autorité consulaire compétente est celle du pays de destination unique ou principale du voyage ou, à défaut, celui par la frontière extérieure duquel l'étranger a l'intention d'entrer sur le territoire des États membres (*C. comm. visas, art. 5*).

Les autorités consulaires doivent notamment vérifier, avant la délivrance de visa, que le demandeur n'est pas inscrit aux fins de non-admission dans le Système d'information Schengen (SIS) (*V. infra n° 49*). Aux termes de l'article 96 de la convention, un étranger peut être signalé par le SIS aux fins de non-admission dans l'espace Schengen notamment pour l'un des motifs suivants :

- condamnation pour une infraction passible d'une peine de prison d'au moins un an ;
- raisons sérieuses de croire qu'il a commis des faits punissables graves ou indices sérieux selon lesquels il envisagerait de commettre de tels faits sur le territoire d'un des États ;
- mesure d'éloignement, de renvoi ou d'expulsion, non rapportée ni suspendue comportant ou assortie d'une interdiction d'entrée, ou, le cas échéant de séjour. L'inscription au SIS fait en principe obstacle à la délivrance du visa. L'autorité consulaire peut toutefois, pour "motifs humanitaires ou d'intérêt national ou en raison des obligations internationales", délivrer un visa : celui-ci a alors une validité limitée au

territoire de l'État qui l'a délivré (sur les modifications induites par le passage du SIS au SIS II : *V. infra n° 49*).

Le système d'information sur les visas (VIS) est également consulté.

Les autorités consulaires vérifient par ailleurs les justificatifs fournis par le demandeur et relatifs à l'objet de son voyage, à ses moyens de subsistance et à l'assurance qu'il doit en principe contracter, à ses conditions d'hébergement.

De façon générale, le code demande d'accorder une attention particulière "*à l'évaluation du risque d'immigration illégale ou du risque pour la sécurité des États membres que présenterait le demandeur ainsi qu'à sa volonté de quitter le territoire des États membres avant la date d'expiration du visa demandé*" (*C. comm. visas, art. 21-1*).

14. - Formalités accompagnant la demande de visa - Lors de la demande de visa, les dix empreintes digitales ainsi qu'une photographie sont numérisées et mémorisées (*C. comm. visas, art. 13 - C. étrangers, art. L. 611-6 et L. 611-7*). Ces données servent à alimenter le VIS (Système d'information sur les visas), qui centralise les données biométriques des demandeurs de visa aux fins de contrôle et de surveillance (*V. infra n° 51*).

Le demandeur doit acquitter des droits correspondant aux frais de traitement de la demande de visa. Le montant de ces droits a été fixé à 60 EUR pour un adulte à compter du 1er janvier 2007 - un tarif réduit ainsi que des exemptions étant prévues pour certaines catégories de personnes ou pour les mineurs. Ces droits ne sont pas remboursés si le visa est refusé.

La délivrance du visa prend la forme d'une vignette sécurisée apposée dans le passeport, suivant un modèle uniforme pour l'ensemble des États de l'Union européenne établi par un règlement communautaire (*Règl. (CE) n° 1683/95, 29 mai 1995, établissant un modèle type de visa : Journal Officiel des communautés européennes 14 Juillet 1995, modifié par règl. (CE) n° 334/2002, 18 févr. 2002 : Journal Officiel des communautés européennes 23 Février 2002*).

15. - Visa de long séjour - Le visa de long séjour doit être sollicité par les étrangers qui comptent rester en France plus de trois mois. Il est en principe exigé lors de la demande d'une carte de séjour temporaire ou d'une carte "compétences et talents" (*V. supra Fasc. 725*). La demande doit être déposée auprès des autorités consulaires françaises qui vérifient que l'intéressé remplit les conditions pour obtenir le titre de séjour dont il entend solliciter la délivrance et qu'il produit les justificatifs correspondants.

Seuls sont dispensés de produire un visa de long séjour, en dehors des ressortissants des États membres de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen et de la Suisse, les ressortissants d'Andorre, de Monaco, de Saint-Marin et du Saint-Siège.

La demande de visa de long séjour donne lieu au relevé des empreintes digitales et de la photo du demandeur.

Les frais de dossier, fixés librement par les États membres, s'élèvent en 2011 à 99 EUR, avec des réductions ou des exemptions pour certaines catégories d'étrangers, notamment les membres de famille des ressortissants communautaires.

16. - Motivation des refus de visa - Par dérogation à la règle qui veut que les décisions administratives défavorables soient motivées, les refus de visa sont dispensés de cette obligation. Toutefois, depuis la loi du 11 mai 1998, les refus de visas opposés à certaines catégories d'étrangers doivent être motivés, sous réserve que des considérations tenant à la sûreté de l'État ne s'y opposent pas. Ces huit catégories, énumérées à l'article L. 211-2 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, sont les suivantes :

- membres de la famille d'un ressortissant d'un État membre de l'Union européenne ou assimilé qui ne sont pas eux-mêmes ressortissants de l'un de ces États ;
- membres de la famille (conjoint, enfants de moins de vingt et un ans ou à charge, ascendants) d'un ressortissant français ;
- enfants mineurs ayant fait l'objet, à l'étranger, d'une décision d'adoption plénière au profit de personnes titulaires d'un agrément pour adoption délivré par les autorités françaises ;
- bénéficiaires d'une autorisation de regroupement familial ;
- travailleurs autorisés à exercer une activité professionnelle salariée en France ;
- étrangers dont le visa a été refusé en raison de leur inscription au SIS (*V. supra n° 13*) ;
- étrangers qui peuvent prétendre obtenir de plein droit une carte de résident (*V. supra Fasc. 725*).

À l'exception de l'avant-dernière catégorie, on constate qu'il s'agit d'étrangers qui sollicitent la délivrance d'un visa de long séjour : *a contrario*, les refus de visa de court séjour n'ont pas, en règle générale, à être motivés.

Toutefois, le Code communautaire des visas prévoit l'obligation, effective à compter du 5 avril 2011, de communiquer les

motifs de la décision de refus au moyen d'un formulaire type comportant des cases à cocher (*Ann. VIII du Code des visas*). Cette obligation ne concerne que les "visas uniformes" soumis au droit communautaire.

17. - Recours contre le refus de visa - L'étranger qui entend contester une décision de refus de visa doit saisir la Commission de recours contre les refus de visa préalablement à tout recours contentieux dans le délai de deux mois à compter de la notification de la décision de refus - s'il s'agit d'une décision explicite (*C. étrangers, art. D. 211-5 à D. 211-10*).

La commission, composée d'un membre de la juridiction administrative et de représentants des ministères des Affaires étrangères, des Affaires sociales et de l'Intérieur, peut soit rejeter le recours, soit, si elle accueille favorablement le recours de l'intéressé, recommander au ministre des Affaires étrangères d'accorder le visa demandé. C'est alors à ce dernier de prendre la décision sans être tenu de suivre l'avis émis par la commission.

Si le refus de visa est confirmé, l'intéressé peut déposer un recours en annulation devant le tribunal administratif de Nantes. Le juge reconnaît à l'administration dans ce domaine un large pouvoir d'appréciation, estimant qu'elle peut légitimement fonder son refus sur toute considération d'intérêt général, y compris la maîtrise des flux migratoires, et pas seulement sur des motifs tenant à l'ordre public. Il peut toutefois censurer un refus qui porterait une atteinte excessive à la vie privée et familiale de l'intéressé (*CE, 10 avr. 1992, Aykan, Marzini, Mimin : AJDA 1992, p. 374 ; RFDA 1993, p. 541, concl. Denis-Linton*) (sur l'atteinte portée à la vie privée et familiale, *V. infra Fasc. 735, n° 13 et 14*).

3° Contrôles aux frontières

18. - Refus d'entrée sur le territoire - La possession d'un visa ne confère pas automatiquement le droit d'entrer sur le territoire : d'autres documents sont exigés, en fonction de l'objet du séjour en France (justificatifs du séjour et des moyens d'existence, garanties de rapatriement, assurance, attestation d'accueil le cas échéant) (*V. supra n° 6 à 8*).

Toutefois, conformément à l'article 31 de la convention de Genève, les réfugiés - et donc les étrangers qui se présentent à la frontière comme "demandeurs d'asile" - ne peuvent se voir refuser l'accès du territoire français au motif qu'ils ne remplissent pas ces conditions. Ils ne sont donc pas soumis, en particulier, à l'obligation de visa.

L'accès au territoire peut aussi être refusé si la présence en France de l'étranger, même titulaire des documents exigés, constituerait une menace pour l'ordre public ou s'il fait l'objet soit d'une interdiction judiciaire du territoire, soit d'un arrêté d'expulsion, soit d'un arrêté de reconduite à la frontière s'il date de moins d'un an et s'il a été motivé par le fait que, pendant la période de validité de son visa, l'étranger a travaillé sans y être autorisé ou a représenté une menace pour l'ordre public, soit d'une interdiction de retour sur le territoire français (*C. étrangers, art. L. 213-1*) (*V. supra Fasc. 725*).

Indépendamment même de la menace pour l'ordre public, le fait d'être en possession des documents exigés ne donne pas la garantie de pouvoir pénétrer sur le territoire français. L'autorité de police à la frontière dispose en effet d'un large pouvoir d'appréciation pour vérifier que l'ensemble des conditions requises sont remplies. Des instructions internes invitent les services du contrôle aux frontières à s'assurer de la pertinence des documents produits par rapport à l'objectif réellement poursuivi par l'étranger qui arrive sur le territoire français et à leur en refuser l'accès s'il apparaît, à l'examen des documents, que, sous couvert d'une visite privée ou de tourisme, il vient en réalité en France pour s'y établir.

Conformément aux stipulations de la convention de Schengen, l'accès du territoire français doit aussi être refusé, sauf dérogation spéciale, aux étrangers signalés par l'un des États membres et inscrits dans le SIS aux fins de non-admission (*V. supra n° 13 et infra n° 49*) ou encore qui sont susceptibles de compromettre l'ordre public, la sécurité nationale ou les relations internationales de l'une des parties contractantes.

La décision refusant l'accès sur le territoire français est prise par le chef du service de la police nationale ou des douanes, chargé du contrôle aux frontières, ou un fonctionnaire désigné par lui. Si l'étranger demande à bénéficier du droit d'asile, la décision ne peut être prise qu'après consultation de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides qui procède à l'audition de l'intéressé et elle doit alors émaner du ministre chargé de l'immigration. La décision doit être écrite et motivée, et notifiée à l'intéressé dans une langue qu'il comprend. L'étranger doit être mis en mesure d'avertir ou de faire avertir la personne chez qui il devait se rendre. Il peut aussi avertir son consulat et le conseil de son choix. Il est informé de son droit à refuser d'être rapatrié avant l'expiration du délai d'un jour franc, qu'il doit alors indiquer sur la notification du refus d'entrée (*C. étrangers, art. L. 213-2*).

On doit malheureusement faire le constat que les garanties accordées par les textes aux personnes non admises sur le territoire ne sont pas toujours strictement respectées. Sur ce point, on peut se reporter aux observations faites à l'occasion des visites des zones d'attente par l'Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers (Anafé), consultables sur le site de l'association : www.anafe.org.

19 - Placement en zone d'attente - Lorsqu'un étranger arrive en France par la voie maritime ou aérienne ou ferroviaire et

17. - **Placement en zone d'attente** - Lorsqu'un étranger arrive en France par la voie maritime ou aérienne ou ferroviaire et qu'il n'est pas autorisé à entrer sur le territoire, ou encore qu'il demande son admission au titre de l'asile, ou enfin qu'il se trouve en transit et ne peut embarquer vers l'État de destination finale, il peut être maintenu dans la "zone d'attente" de la gare ferroviaire, du port ou de l'aéroport (*V. infra n° 65 à 68*).

B. - Sortie du territoire français et retour

20. - Déplacements hors de France - La détention d'un titre de séjour permet à l'étranger établi en France de quitter le territoire français et d'y revenir sous couvert de son seul passeport (*C. étrangers, art. L. 212-1*). Cette disposition, introduite dans les textes par la loi du 11 mai 1998, a consacré la liberté de circulation hors des frontières et mis en conformité le droit positif avec le principe selon lequel "*toute personne est libre de quitter n'importe quel pays*" (*Pacte int. sur les droits civils et politiques, art. 12. - Prot. n° 4 à la Convention européenne des droits de l'homme, art. 2*).

La rédaction actuelle du texte exclut aussi bien l'instauration de visas de sortie que de visas de retour.

On peut rappeler, en effet, qu'une circulaire du 28 novembre 1986 avait institué des visas de sortie-retour pour les étrangers résidant en France. Bien que cette circulaire ait été annulée par le Conseil d'État au motif que le ministre de l'Intérieur ne tenait d'aucun texte la faculté d'instaurer de tels visas (*CE, 22 mai 1992, Gisti : RFDA 1993, p. 567, concl. Abraham*), l'administration a continué pendant un certain temps à délivrer des "visas de retour" pour les résidents étrangers s'absentant de France pour un voyage. Ce visa de retour était présenté comme un substitut du visa consulaire dont l'intéressé aurait dû en tout état de cause être muni pour revenir sur le territoire français, la détention d'un titre de séjour ne le dispensant pas, selon l'interprétation ministérielle, de la formalité du visa.

Par ailleurs, la loi du 24 août 1993 avait introduit dans l'ordonnance du 2 novembre 1945 une disposition qui, tout en réaffirmant que "*tout étranger se trouvant en France, quelle que soit la nature de son titre de séjour, peut quitter le territoire national*", permettait au ministre de l'Intérieur de déterminer par arrêté les États dont les ressortissants résidant en France étaient "*tenus de déclarer à l'autorité administrative leur intention de quitter la France*". Les étrangers concernés devaient par conséquent demander au préfet la délivrance d'un visa de sortie - lequel ne pouvait toutefois leur être refusé dans la mesure où, comme l'avait précisé le Conseil constitutionnel dans sa décision du 13 août 1993, la loi avait instauré un régime de déclaration et non d'autorisation.

21. - Circulation des mineurs étrangers - Des dispositions spécifiques visent à faciliter les déplacements hors de France des mineurs, qui ne sont pas astreints à la détention d'un titre de séjour (*C. étrangers, art. L. 321-4 et D. 321-16 à D. 321-21*). Sous réserve de remplir certaines conditions - en pratique, il s'agit des mineurs qui ont vocation à obtenir un titre de séjour lorsqu'ils atteindront l'âge de dix-huit ans -, ils peuvent se voir délivrer par la préfecture un document de circulation qui leur permet de revenir en France sans avoir à produire un visa ou un autre document attestant qu'ils y résidaient déjà.

Lorsque le mineur est né en France et qu'il a donc vocation à acquérir la nationalité française au plus tard à sa majorité, il se voit remettre, si ses parents sont eux-mêmes titulaires d'un titre de séjour, un "titre d'identité républicain" (*L. n° 98-170, 16 mars 1998, relative à la nationalité, art. 29. - C. étrangers, art. D. 321-9 à D. 321-15*) qui lui permet de circuler hors de France.

22. - Circulation dans l'espace Schengen - La convention d'application de l'accord de Schengen prévoit que les étrangers ressortissants d'États tiers peuvent circuler librement, sous couvert de leur titre de séjour et de leur passeport, sur le territoire des autres États Parties, sans avoir à solliciter la délivrance d'un visa. Ils ne peuvent toutefois pas séjourner plus de trois mois dans un autre État que leur État de résidence (*art. 21*). Pour permettre aux autorités compétentes d'exercer leur contrôle, ils doivent, au moment où ils pénètrent sur le territoire d'un autre État, souscrire une déclaration dans les conditions prévues par la législation de cet État (*art. 22*). Cette formalité n'est toutefois pas exigée par tous les États de l'espace Schengen.

II. - Liberté d'aller et venir

A. - Territoire métropolitain

23. - Principes généraux - Tant le Pacte relatif aux droits civils et politiques (*art. 12*) que le protocole n° 4 à la Convention européenne des droits de l'homme (*Prot. n° 4, art. 2*) stipulent que "*quiconque se trouve légalement sur le territoire d'un État a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence*".

De son côté, le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile dispose que les étrangers séjournant régulièrement en France y circulent librement (*C. étrangers, art. R. 321-1*).

L'étranger a donc le droit de circuler et de séjourner sur l'ensemble du territoire et de choisir librement son domicile, sachant que l'autorisation de travail, elle, peut comporter des restrictions géographiques (*V. infra Fasc. 740, n° 8*).

Ce principe subit toutefois certaines exceptions.

24. - Interdiction de résider dans certains départements - Le ministre de l'Intérieur peut désigner par arrêté certains départements dans lesquels les étrangers ne peuvent, à compter de la date de publication dudit arrêté, établir leur domicile sans avoir obtenu préalablement l'autorisation du préfet du lieu où ils désirent se rendre (*C. étrangers, art. R. 321-1, al. 2*). Il ne semble pas, toutefois, qu'un tel arrêté soit actuellement en vigueur.

Par ailleurs, lorsqu'un étranger non titulaire de la carte de résident doit, en raison de son attitude ou de ses antécédents, être soumis à une surveillance spéciale, le ministre de l'Intérieur peut lui interdire de résider dans un ou plusieurs départements (*C. étrangers, art. R. 321-2, 1°*). Dans la même hypothèse, le préfet peut réduire au département ou à une ou plusieurs circonscriptions de son choix la validité territoriale du titre de séjour de l'intéressé (*C. étrangers, art. R. 321-2, 2°*). Les personnes visées ne peuvent se déplacer en dehors de la zone de validité de leur titre de séjour sans être munies d'un sauf-conduit délivré par le commissaire de police ou la gendarmerie du lieu de résidence (*C. étrangers, art. R. 321-5*).

Ces mesures ne sont pas applicables aux titulaires de la carte de résident.

25. - Cas des ressortissants d'un État membre - S'agissant des ressortissants des États membres de la Communauté européenne, le décret du 11 mars 1994, désormais abrogé, disposait que "*la carte de séjour est valable pour l'ensemble du territoire français*", sans prévoir de dérogation à cette règle (*D. n° 94-211, 11 mars 1994, réglementant les conditions d'entrée et de séjour en France des ressortissants des États membres de la Communauté européenne bénéficiaires de la libre circulation des personnes, art. 10*). La Cour de justice des Communautés européennes, se fondant notamment sur la directive 64/221 du Conseil du 25 février 1964 qui précisait les restrictions au déplacement et au séjour des ressortissants des États membres justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, avait jugé, en effet, que des mesures restrictives du droit de séjour et limitées à une partie du territoire national, destinées à sauvegarder l'ordre public, telle une interdiction de séjour, ne pouvaient être prononcées à l'égard des ressortissants d'États membres que dans la mesure où les mêmes mesures pouvaient être appliquées aux nationaux, conformément au principe de l'égalité de traitement (*CJCE, 28 oct. 1975, aff. 36/75, Rutili c/ min. Intérieur : Rec. CJCE 1975, p. 1219*).

La Cour a cependant remis en cause cette solution dans une affaire concernant un ressortissant (basque) espagnol résidant en France : elle a jugé qu'un État membre pouvait, dans l'hypothèse où, compte tenu de la gravité des motifs d'ordre public, la seule alternative serait une mesure d'interdiction de séjour ou d'éloignement de l'ensemble du territoire national, prononcer à l'égard d'un travailleur ressortissant d'un autre État membre des mesures de police administrative limitant le droit de séjour de ce travailleur à une partie du territoire national (*CJCE, 26 nov. 2002, aff. C-100/01, Min. Intérieur c/ Oteiza Olazabal : Rec. CJCE 2002, I, p. 10981*).

Le Conseil d'État a tiré les conséquences de cette décision en admettant la légalité d'un arrêté du ministre de l'Intérieur interdisant à un ressortissant espagnol de résider dans trente et un départements et de l'arrêté du préfet des Hauts-de-Seine lui interdisant de quitter ce département sans autorisation (*CE, 23 avr. 2003, n° 206913, Min. Intérieur c/ Oteiza Olazabal*).

La directive du 29 avril 2004, qui se substitue aux directives précédemment en vigueur, et notamment à la directive du 25 février 1964, tout en rappelant dans son article 22 que des limitations territoriales au droit de séjour ne peuvent être établies par les États membres que dans les cas où elles sont prévues également pour leurs propres ressortissants, dispose toutefois, dans son article 27, que "*les États membres peuvent restreindre la liberté de circulation et de séjour d'un citoyen de l'Union ou d'un membre de sa famille, quelle que soit sa nationalité, pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique*" (*PE et Cons. UE, dir. 2004/38/CE, 29 avr. 2004 : Journal Officiel de l'union européenne 30 Avril 2004*).

La réglementation interne issue du décret du 21 mars 2007 (*D. n° 2007-371, 21 mars 2007 : Journal Officiel 22 Mars 2007*) - qui a abrogé le décret du 11 mars 1994 et dont les dispositions s'intègrent à la partie réglementaire du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (*C. étrangers, art. R. 121-1 à R. 122-5*) - est désormais muette sur la question, ce qui s'explique par le fait que la détention d'un titre de séjour est devenue facultative pour les ressortissants des États membres.

26. - Déclaration de changement de résidence - Contrairement aux nationaux qui n'y sont pas astreints, l'étranger qui séjourne en France sous couvert d'une autorisation de séjour doit, lorsqu'il transfère le lieu de sa résidence effective et permanente, même dans les limites d'une commune si celle-ci compte plus de dix mille habitants, en faire la déclaration, dans les huit jours de son arrivée, au commissariat de police ou à la mairie (*C. étrangers, art. R. 321-8*).

B. - Outre-mer

27. - Départements d'outre-mer - Le territoire des départements d'outre-mer n'est pas assimilé au territoire de la métropole, et la validité des titres de séjour ainsi que les droits qui leur sont attachés dépendent du lieu où ils ont été délivrés.

La carte de résident délivrée en métropole ne permet pas à l'étranger de travailler dans un département d'outre-mer (*C. étrangers, art. L. 314-4*), et inversement la carte de résident délivrée dans un département d'outre-mer ne vaut pas autorisation de travailler en métropole. Les mêmes restrictions s'appliquent aux cartes de séjour temporaire.

Dans la mesure, cependant, où les textes ne prévoient pas d'autres restrictions que celles qu'on vient de rappeler, il en résulte qu'un titre de séjour délivré en métropole permet, à défaut de travailler dans un département d'outre-mer, d'y séjourner, et qu'inversement le titre délivré dans un département d'outre-mer permet, sinon de travailler en métropole, du moins d'y séjourner. C'est ce qu'a confirmé le Conseil d'État la carte de résident délivrée dans un département d'outre-mer donnant à son titulaire le droit de résider en métropole, celui-ci n'a donc pas à solliciter un nouveau titre de séjour lorsqu'il y transfère son domicile (*CE, 30 mars 1998, n° 171384, Bosse*).

28. - Collectivités d'outre-mer et Nouvelle-Calédonie - Les trois ordonnances du 26 avril 2000 qui régissent les conditions d'entrée et de séjour des étrangers à Wallis-et-Futuna, en Polynésie française et à Mayotte (*Ord. n° 2000-371, 26 avr. 2000. - Ord. n° 2000-372, 26 avr. 2000. - Ord. n° 2000-373, 26 avr. 2000, modifiée par Ord. n° 2004-1253, 24 nov. 2004*) précisent que la carte de séjour temporaire ne permet d'entrer et de séjourner que dans la collectivité où elle a été délivrée. Le processus de départementalisation de Mayotte amorcé en mars 2011 ne devrait pas avoir d'incidences dans l'immédiat sur le statut des étrangers. En revanche, la carte de résident, où qu'elle ait été délivrée - dans un département ou dans une collectivité d'outre-mer - confère le droit d'entrer et de séjourner à Mayotte, en Polynésie française ou à Wallis-et-Futuna. L'inverse n'est pas prévu par les ordonnances : la carte délivrée dans l'une des collectivités d'outre-mer précitées ne donne pas le droit d'entrer et de séjourner en métropole ou dans un département d'outre-mer.

Dans le cas de la Nouvelle-Calédonie, la détention d'un titre de séjour - même de la carte de résident - obtenu en métropole ou dans un département ou une collectivité d'outre-mer ne confère ni le droit d'entrer ni le droit de séjourner en Nouvelle-Calédonie (*Ord. n° 2002-388, 20 mars 2002, art. 13 : Journal Officiel 23 Mars 2002*).

En revanche, la carte de résident délivrée en Nouvelle-Calédonie est valable en métropole et dans les départements d'outre-mer (*C. étrangers, art. L. 314-13*).

C. - Contrôles d'identité

29. - Généralités - Les contrôles d'identité, comme l'a reconnu le Conseil constitutionnel, affectent l'exercice de la liberté d'aller et venir et mettent en cause la liberté individuelle. Au nom des impératifs de la police des étrangers, ces derniers voient leur liberté individuelle soumise à des restrictions plus importantes que les nationales. Astreints à être en possession d'un titre de séjour ou de tout autre document les autorisant à séjourner en France, ils doivent en effet être en mesure de présenter à toute réquisition des autorités de police habilitées à effectuer des contrôles d'identité, les pièces ou documents sous le couvert desquels ils sont autorisés à circuler ou à séjourner en France (*C. étrangers, art. L. 611-1*).

La vérification de la situation des étrangers peut avoir lieu :

- soit dans le cadre d'un contrôle d'identité effectué dans les conditions du droit commun, sur le fondement des dispositions du Code de procédure pénale (*CPP, art. 78-1, 78-2 et 78-2-1. - V. infra n° 31*). Si le contrôle d'identité fait apparaître que la personne contrôlée est de nationalité étrangère, l'autorité de police peut alors lui demander de présenter les documents attestant la régularité de son séjour ;
- soit en dehors de tout contrôle d'identité. Dans ce cas, la question qui se pose est celle de savoir sur quels critères la police est en droit de se fonder pour présumer que la personne contrôlée est de nationalité étrangère (*V. infra n° 32 à 35*).

30. - Évolution de la réglementation - Deux décrets des 18 mars 1946 et 30 juin 1946, pris pour l'application de l'ordonnance du 2 novembre 1945 et reprenant des dispositions déjà en vigueur avant la guerre, prévoyaient, en termes quasiment identiques, que "les étrangers doivent être en mesure de présenter à toute réquisition des agents de l'autorité les [pièces ou] documents sous le couvert desquels ils sont autorisés à séjourner [résider] en France". Cette possibilité de contrôle donnée à la police faisait figure d'exception à une époque où les contrôles d'identité ne pouvaient en règle générale être effectués que dans le cadre d'opérations de police judiciaire.

La loi du 2 février 1981 dite "sécurité et liberté" a, pour la première fois, donné une base légale aux contrôles d'identité "préventifs", destinés à prévenir les atteintes à l'ordre public. Les textes ultérieurs ont étendu les hypothèses dans lesquelles la police peut, dans le cadre de la police judiciaire ou de la police administrative, procéder à des contrôles d'identité, la réglementation figurant désormais aux articles 78-1 et suivants du Code de procédure pénale.

Dans ce contexte, la question s'est posée de savoir comment les dispositions propres aux étrangers se combinaient avec les dispositions générales du Code de procédure pénale : le contrôle des documents de séjour restait-il une procédure spécifique, ou

devait-il être considéré comme l'une des modalités des contrôles préventifs, soumis aux conditions de fond et de forme prévus par le Code de procédure pénale ? La Cour de cassation, dans deux arrêts rendus en 1985, a jugé que les deux procédures étaient indépendantes l'une de l'autre et qu'il était donc possible de requérir la présentation des documents attestant la régularité du séjour sans que les conditions posées par le Code de procédure pénale soient nécessairement réunies. Toutefois, a-t-elle ajouté, il fallait dans ce cas que des éléments objectifs déduits de circonstances extérieures à la personne même de l'intéressé - c'est-à-dire ne se fondant pas sur son apparence physique - soient de nature à faire apparaître sa qualité d'étranger (*Cass. crim.*, 25 avr. 1985, n° 85-91.324, *Bogdan et Vuckovic* : *JurisData* n° 1985-000875 ; *D.* 1985, p. 329, *concl. Dontenwille* ; *JCP G* 1985, II, 20465, *concl. Dontenwille, note Jeandidier*).

La loi du 24 août 1993, qui a donné un fondement législatif aux vérifications effectuées jusqu'alors sur la seule base de textes réglementaires, a confirmé la solution dégagée par la Cour de cassation : les dispositions légales, désormais codifiées à l'article L. 611-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, prévoient expressément que le contrôle des documents de séjour peut avoir lieu indépendamment d'un contrôle d'identité effectué dans les conditions du droit commun. Mais la loi a laissé en suspens la question des critères qui permettent à la police de présumer la qualité d'étranger de la personne contrôlée - et la lacune des textes n'est pas vraiment comblée par les réserves d'interprétation formulées par le Conseil constitutionnel (*V. infra* n° 32).

31. - Article 78-2 du Code de procédure pénale - Il est possible de procéder à un contrôle d'identité - et donc, le cas échéant, de procéder à la vérification de la régularité du séjour s'il apparaît que la personne contrôlée est de nationalité étrangère - dans une série d'hypothèses, énumérées à l'article 78-2 du Code de procédure pénale :

- c'est d'abord le cas lorsqu'il existe "*une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner*" qu'une personne a commis ou tenté de commettre une infraction, qu'elle se prépare à commettre un crime ou un délit, qu'elle est susceptible de fournir des renseignements utiles à l'enquête en cas de crime ou de délit, ou encore qu'elle fait l'objet de recherches ordonnées par une autorité judiciaire ;
- il est également possible de contrôler l'identité des personnes sur réquisitions écrites du procureur de la République, dans des lieux et pour une période de temps déterminés en vue de la recherche ou de la poursuite d'infractions déterminées. Dans ce cas, toute personne se trouvant dans le périmètre ainsi défini peut être contrôlée. Et si ce contrôle révèle des infractions autres que celles visées dans les réquisitions du procureur de la République - par exemple des infractions à la législation sur le séjour -, elles peuvent donner lieu à des poursuites. La police ne saurait pour autant effectuer des contrôles sélectifs en se fondant sur des indices laissant supposer que la personne contrôlée est étrangère ;
- aux deux hypothèses précédentes, où le contrôle est effectué dans le cadre d'opérations de police judiciaire, s'ajoute la possibilité de contrôler l'identité des personnes en vue de "prévenir une atteinte à l'ordre public, notamment à la sécurité des personnes ou des biens". Pour pouvoir procéder à ces contrôles, la police doit faire état de circonstances particulières (atroupement, manifestations avec débordement, lieux où se sont commis récemment des infractions...). Mais dans ce cas aussi, toute personne peut être contrôlée, indépendamment de son comportement, sous la même réserve de l'interdiction de principe des contrôles sélectifs ;
- enfin, dans le cadre de l'application de la convention de Schengen qui a supprimé les contrôles au passage des frontières internes, des contrôles d'identité peuvent être effectués, en vue de vérifier le respect des obligations de détention des titres et documents prévus par la loi, dans les zones frontalières, c'est-à-dire dans une zone comprise entre la frontière terrestre de la France avec les États parties à la convention (Espagne, Belgique, Luxembourg, Allemagne, Italie, Suisse) et une ligne tracée à vingt kilomètres en deçà, ainsi que dans les zones accessibles au public des ports, aéroports et des gares routières et ferroviaires ouverts au trafic international.

La Cour de justice de l'Union européenne, dans une décision du 22 juin 2010 rendue sur question préjudicielle de la Cour de cassation, a toutefois jugé que cette disposition du Code de procédure pénale était contraire au droit communautaire, et en particulier à la convention d'application de l'accord de Schengen relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes. Elle a estimé en effet que la compétence très large ainsi accordée aux autorités de police, sans en prévoir l'encadrement, revêtait "un effet équivalent à celui des vérifications aux frontières" (*CJUE*, 22 juin 2010, *aff. C-188/10*). Sur la base de cette décision, la Cour de cassation a constaté qu'un contrôle d'identité effectué sur le fondement de l'article 78-2, alinéa 4, du Code de procédure pénale était irrégulier, en l'absence de garanties permettant que les contrôles effectués dans ces conditions ne soient équivalents aux contrôles aux frontières (*Cass. ass. plén.*, 29 juin 2010, n° 10-40.001 et n° 10-40.002, *Melki et Abdeli*).

La loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure (LOPPSI 2) promulguée le 15 mars 2011, a complété l'article 78-2, alinéa 4, en y insérant la précision suivante : "*Pour l'application du présent alinéa, le contrôle des obligations de détention, de port et de présentation des titres et documents prévus par la loi ne peut être pratiqué que pour une durée n'excédant pas six heures consécutives dans un même lieu et ne peut consister en un contrôle systématique des personnes présentes ou circulant dans les zones*".

Des possibilités de contrôle plus étendues encore, justifiées par l'ampleur de l'immigration clandestine dans les régions concernées, sont prévues en Guyane, en Guadeloupe, à Saint-Martin, à Saint-Barthélemy et à Mayotte, à la fois dans les zones frontalières - notamment dans une zone comprise entre le littoral et une ligne tracée à un kilomètre en deçà - et dans celles qui longent les routes principales (zone d'un kilomètre de part et d'autre de certaines routes nationales) (*CPP, art. 78-2, in fine*). Ces dispositions, prévues pour cinq ans à compter de l'entrée en vigueur de la loi du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration, ont été prorogées ensuite jusqu'au 31 décembre 2012.

32. - Contrôles spécifiques aux étrangers - Si l'on n'est dans aucune des hypothèses prévues par le Code de procédure pénale, il faut qu'existent des éléments de nature à faire apparaître que la personne contrôlée est de nationalité étrangère. Et ces éléments, comme l'a affirmé la Cour de cassation, suivie par le Conseil constitutionnel, doivent être "objectifs". On mesure ce qu'a d'illusoire le postulat selon lequel la qualité d'étranger peut se constater ou se présumer à partir d'éléments objectifs repérables avant toute réquisition, alors que, précisément, seuls les documents d'identité ou de séjour constituent l'élément objectif permettant de constater qu'une personne est française ou étrangère. Ni les réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel, ni la jurisprudence de la Cour de cassation ne peuvent, dans ces conditions, constituer un barrage efficace à la tentation des contrôles sélectifs, fondés sur l'apparence des personnes, tentation d'autant plus forte que la finalité première assignée aux contrôles d'identité est la lutte contre l'immigration irrégulière.

33. - Position du Conseil constitutionnel - C'est pendant la discussion du texte qui devait devenir la loi du 24 août 1993 relative à la maîtrise de l'immigration que l'Assemblée nationale avait voté un amendement - dit "*amendement Marsaud*", du nom du député qui l'avait proposé - visant à permettre à la police d'effectuer des contrôles en se fondant sur "*tout élément permettant de présumer de la qualité d'étranger, à l'exception de l'appartenance raciale*". L'émotion suscitée par ce vote avait amené le Sénat à amender à son tour le texte en supprimant toute précision quant aux conditions dans lesquelles le contrôle des documents de séjour pourrait être effectué.

Le Conseil constitutionnel a rejeté l'argument tiré de la violation du principe d'égalité, en faisant valoir que l'obligation pour les étrangers de détenir des documents de séjour les plaçait dans une situation différente de celle des nationaux et que le législateur avait donc pu prévoir la possibilité de soumettre les étrangers à des contrôles spécifiques, en dehors des conditions prévues par le Code de procédure pénale et applicables à l'ensemble des personnes présentes sur le territoire. Il a ajouté, dans le sillage de la jurisprudence dégagée par la Cour de cassation, et au titre des réserves d'interprétation, que les vérifications prévues devaient "s'opérer en se fondant exclusivement sur des critères objectifs et en excluant, dans le strict respect des principes et règles de valeur constitutionnelle, toute discrimination de quelque nature qu'elle soit entre les personnes". Enfin, il a précisé qu'il appartenait aux autorités judiciaires et administratives de veiller au respect de cette prescription et aux juridictions compétentes de censurer, de réprimer et éventuellement de réparer les illégalités commises (*Cons. const., déc. n° 93-325 DC, 12 août 1993*).

On pouvait comprendre dès le départ que ces réserves d'interprétation, qui se bornent à en appeler à la déontologie de la police et à la vigilance des juges, seraient impuissantes à éviter les dérives d'un dispositif fondé sur un postulat qui est, comme on l'a dit, illusoire. Car aucun des "éléments objectifs" qui ont été évoqués lors des débats parlementaires de l'époque et auxquels se réfèrent, dans leur pratique, policiers et magistrats, ne peut sérieusement faire présumer la qualité d'étranger : ni la langue parlée - critère mentionné par certains parlementaires mais déjà écarté par la Cour de cassation comme n'étant pas extérieur à la personne -, ni la lecture d'un journal étranger, ni le fait de se trouver dans un véhicule immatriculé à l'étranger...

34. - Jurisprudence judiciaire - Dans ses arrêts de 1985, la Cour de cassation avait fait référence à "des éléments objectifs déduits de circonstances extérieures à la personne même de l'intéressé (...) de nature à faire apparaître celui-ci comme étranger" (*V. supra n° 30*). Dans l'arrêt "*Bogdan*", la Cour avait admis que la conduite d'un véhicule immatriculé à l'étranger pouvait faire partie des "signes objectifs d'extranéité" (*Cass. crim., 25 avr. 1985, Bogdan, cité supra n° 30*). Et l'avocat général, dans ses conclusions, avait évoqué la distribution de tracts écrits en langue étrangère, le fait d'entrer ou de sortir d'une ambassade, ou encore le fait de jouer sur la voie publique d'instruments de musique folkloriques typiquement étrangers.

La Cour de cassation a également admis la possibilité de contrôler des étrangers occupant une église en revendiquant l'irrégularité de leur situation administrative (*Cass. 2e civ., 12 nov. 1997 : Bull. civ. 1997, II, n° 269*) ou encore les contrôles effectués à l'intérieur d'un square où s'étaient enfermés des sans-papiers (*Cass. 2e civ., 14 juin 2005, n° 04-50.068*).

Et s'il va de soi que l'apparence physique, *a fortiori* la couleur de la peau, ne peut être prise en compte, la Cour de cassation a été amenée à préciser que le fait de s'exprimer dans une langue étrangère ne pouvait pas l'être non plus, dans la mesure où il n'est pas "extérieur" à la personne (*Cass. crim., 10 nov. 1992, n° 92-83.352 : D. 1993, p. 36, note D. Mayer. - Cass. civ., 14 déc. 2000, n° 99-50.089*).

35. - Circulaires et pratiques - Les circulaires destinées à guider la police dans l'exercice de sa mission de contrôle rappellent le contenu de la jurisprudence existante mais proposent aussi leur propre interprétation des "signes objectifs d'extranéité". Ainsi, la circulaire du ministre de l'Intérieur du 21 octobre 1993, édictée immédiatement après la promulgation de la loi du 24 août 1993, réaffirme l'impossibilité de prendre en considération l'apparence physique, et notamment la couleur de la peau ou la

morphologie, mais cite en revanche comme exemples d'éléments permettant de procéder à une vérification de la situation administrative des personnes : la conduite d'un véhicule immatriculé à l'étranger, la participation à une manifestation dont les banderoles montrent qu'elle regroupe des étrangers, la distribution de tracts ou l'apposition d'affiches rédigées en langue étrangères, le port apparent d'un livre ou d'un écrit en langue étrangère. Ces éléments "constituent des circonstances qui en toute objectivité font présumer la qualité d'étranger" (*Circ. Intérieur NOR : INTD93000235, 21 oct. 1993, relative aux contrôles et vérification d'identité et aux vérifications de situation des étrangers : BO Intérieur, 4e trim., 1993*).

Dans la mesure où les étrangers sont logés ou hébergés dans des structures spécifiques - tels des foyers pour travailleurs migrants - , les circulaires estiment possible de contrôler les résidents à la sortie de ces foyers. Ceci est notamment suggéré dans une circulaire conjointe du Garde des Sceaux et du ministre de l'Intérieur du 21 février 2006, qui se présente par ailleurs comme un véritable vade-mecum destiné aux autorités administratives et judiciaires dans la perspective de la lutte contre l'immigration irrégulière (*Circ. NOR : JUSD0630020C, 21 févr. 2006, Conditions de l'interpellation d'un étranger en situation irrégulière, garde à vue de l'étranger en situation irrégulière, réponses pénales*).

Rappelant que "l'interpellation de l'étranger en situation irrégulière est l'étape première et fondamentale de la procédure conduisant à l'éloignement effectif du territoire français", cette circulaire a pour objectif "d'inciter les préfetures à faire procéder systématiquement à l'interpellation des étrangers en situation irrégulière". Dans cette perspective, elle fait le point sur les possibilités légales d'interpellation selon qu'elle a lieu sur la voie publique, aux guichets des préfetures, au domicile des intéressés, dans les foyers ou aux abords de ceux-ci. Ces possibilités sont examinées aussi bien au regard des dispositions du Code de procédure pénale qu'au regard des dispositions spécifiques aux étrangers.

La circulaire a été déférée au Conseil d'État qui, tout en reconnaissant qu'elle contenait des prescriptions impératives, n'a jugé illégale aucune de ses dispositions. S'agissant notamment des interpellations à proximité d'un logement foyer ou d'un centre d'hébergement, il a estimé que les ministres, en précisant qu'une interpellation à proximité d'un tel local constitue "un contrôle sur la voie publique de droit commun", soumis aux principes résultant de la jurisprudence relative à l'appréciation de la qualité d'étranger en fonction de "signes objectifs d'extranéité", et que la régularité du séjour des personnes sortant du local ou y entrant "peut être contrôlée en dehors de tout contrôle d'identité sur le fondement de l'article L. 611-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, ou dans le cadre des contrôles d'identité effectués dans les conditions prévues par les articles 78-1, 78-2 et 78-2-1 du Code de procédure pénale" n'ont fait que rappeler le cadre juridique existant et n'ont pas porté atteinte à la liberté individuelle garantie par la Constitution. Concernant les interpellations en préfecture après une convocation de l'étranger ne mentionnant pas le risque d'une mesure de rétention et de reconduite forcée, le juge a estimé que ces convocations ne constituaient pas par elles-mêmes un procédé déloyal et une violation de l'article 5, paragraphe 1er, de la Convention européenne des droits de l'homme qui garantit le droit à la liberté et à la sûreté (*CE, 7 févr. 2007, n° 292607, Ligue des droits de l'homme et a.*).

De façon générale, on constate que les autorités habilitées à procéder aux contrôles préfèrent, lorsqu'elles doivent motiver une interpellation, se placer sur le terrain du Code de procédure pénale plutôt que d'avoir à justifier des éléments qui ont permis de présumer la qualité d'étranger de la personne contrôlée. Le cadre offert est suffisamment large puisqu'il permet de contrôler toute personne dont le comportement paraît suspect ou qui a commis une infraction mineure comme celle de fumer dans un lieu public ou de traverser en dehors d'un passage protégé, ou encore toute personne qui se trouve dans le périmètre visé par les réquisitions du procureur de la République, dans une gare internationale, ou dans un endroit où l'ordre public est menacé.

36. - Conséquences d'un contrôle d'identité irrégulier - Dans le cadre d'une procédure pénale, la nullité du contrôle d'identité entache l'ensemble de la procédure : si l'étranger a été déféré devant le tribunal correctionnel pour délit de séjour irrégulier, et si le procès-verbal d'interpellation fait apparaître que les conditions prévues par la loi ne sont pas réunies, il peut soulever l'exception de nullité du contrôle d'identité en vue d'obtenir sa relaxe.

En revanche, lorsque l'étranger fait l'objet d'une mesure de reconduite à la frontière, l'irrégularité du contrôle d'identité ne peut être utilement invoquée à l'appui d'un recours en annulation contre l'arrêté préfectoral : le juge administratif estime en effet, contrairement au juge correctionnel, que l'irrégularité du contrôle n'entache pas d'illégalité la mesure de reconduite dès lors que l'intéressé est effectivement en situation irrégulière. Le moyen est donc inopérant (*CE, 23 févr. 1990, Sioui : Rec. CE 1990, tables, p. 776 ; RFDA 1990, p. 525, concl. Abraham*).

Lorsque l'étranger est placé en rétention dans l'attente de son éloignement, l'illégalité de l'interpellation peut être invoquée devant le juge des libertés et de la détention : celui-ci doit refuser de prolonger la rétention s'il constate l'illégalité du contrôle d'identité (*Cass. civ., 28 juin 1995, n° 94-50.002, Behta : AJDA 1996, p. 72, note A. Legrand*) (*V. infra n° 60*).

III. - Fichiers informatisés

37. - Antécédents historiques et finalités - Les étrangers ont toujours fait partie, au même titre que les nomades, en raison de leur mobilité, des populations à surveiller en priorité. Ils ont été les premiers à être astreints à la détention de documents d'identité : une circulaire de 1916, officialisée par un décret de 1917, a imposé aux étrangers la possession d'une carte d'identité, délivrée par

le préfet, qui devait être visée à chaque changement de résidence, afin de pouvoir contrôler la présence et les déplacements des étrangers sur le territoire. Ce dispositif, ancêtre des actuelles cartes de séjour, était complété par la tenue d'un fichier central des étrangers au ministère de l'Intérieur.

Les dispositifs de fichage visent d'abord un objectif de surveillance - surveillance qui se développe non seulement dans le cadre classique du maintien de l'ordre public auquel s'ajoute la préoccupation du terrorisme international mais aussi dans la perspective de la lutte contre l'immigration irrégulière. Les questions de sécurité et d'immigration illégale s'inscrivent de plus en plus dans un cadre international, les fichiers eux-mêmes opèrent au niveau européen, voire mondial, ce que permet aisément le traitement informatisé des données.

Le fichage répond aussi à une préoccupation de gestion : il s'agit de permettre le suivi - opérationnel et statistique - de la réglementation sur le séjour et l'éloignement.

La multiplication des traitements informatisés et des données mises en mémoire permettent ainsi aujourd'hui de repérer et d'organiser la surveillance des étrangers à toutes les étapes de leur parcours migratoire : la demande de visa auprès d'un consulat, l'arrivée à la frontière, la demande d'un titre de séjour ou d'une protection au titre de l'asile, l'éloignement forcé...

Par ailleurs, compte tenu des difficultés spécifiques auxquelles se heurte la connaissance de l'identité des étrangers, soit parce qu'ils n'ont pas de papiers, soit parce qu'on n'est pas en mesure de vérifier leur authenticité, les étrangers ont été aussi les premiers sur lesquels on a expérimenté les techniques biométriques : à défaut de donner accès à l'identité des personnes, elles permettent à tout le moins de les "identifier", de les reconnaître, et le cas échéant de faire échec à la fraude.

38. - Régime juridique - Les fichiers en cause sont soumis aux règles générales applicables en matière de protection des données personnelles et résultant à la fois du droit européen (*Convention du Conseil de l'Europe, 28 janv. 1981*), du droit communautaire (*PE et Cons. UE, dir. 95/46/CE, 24 oct. 1995 : Journal Officiel des communautés européennes 23 Novembre 1995*) et de la loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés modifiée (*L. n° 78-17, 6 janv. 1978, modifiée par L. n° 2004-801, 6 août 2004 : Journal Officiel 7 Aout 2004*).

Concernant les fichiers nationaux, y compris la partie nationale du Système d'information Schengen, il appartient à la CNIL - bien qu'il soit désormais possible de passer outre à son avis - de veiller au respect des règles relatives aux formalités préalables, au contenu et à la durée de conservation des données collectées, à la mise en oeuvre du droit d'accès, direct ou indirect selon les cas. Les traitements qui portent sur des données biométriques nécessaires à l'authentification ou au contrôle de l'identité des personnes sont autorisés par décret en Conseil d'État, pris après avis motivé et publié de la CNIL (*L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 27*).

Dans le cadre communautaire, un règlement du 18 décembre 2000 vise à assurer la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions et organes de la Communauté (*Règl. (CE) n° 45/2001, 18 déc. 2000 : Journal Officiel des communautés européennes 12 Janvier 2001*). En application de ce règlement a été créé un contrôleur européen à la protection des données (*Déc. n° 1247/2002/CE, 1er juill. 2002 : Journal Officiel des communautés européennes 12 Juillet 2002*). Le Conseil de l'Union a par ailleurs adopté une décision-cadre relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale qui devait être transposée avant le 27 novembre 2010 (*Déc. cadre n° 2008/977/JAI du Conseil, 27 nov. 2008 : JOUE n° L 35030, déc. 2008*).

A. - Fichiers nationaux

39. - AGDREF - Le fichier AGDREF ("application de gestion des dossiers des ressortissants étrangers en France") a pris la suite d'un fichier créé en 1982 et qui centralisait les données nécessaires à la fabrication des titres de séjour. Le nouveau fichier, créé en 1993 (*D. 29 mars 1993, portant création d'un système de gestion informatisé des dossiers des ressortissants étrangers en France. - C. étrangers, art. D. 611-1 à R. 611-26*), répondait à des finalités plus larges : améliorer la gestion administrative des dossiers des étrangers, lutter contre la fraude en fiabilisant la fabrication des titres de séjour, lutter contre l'immigration clandestine en vérifiant la régularité du séjour en France, établir des statistiques, enfin.

Une nouvelle application AGDREF2 a été mise en place en juin 2011 (*D. n° 2011-638, 8 juin 2011, relatif à l'application de gestion des dossiers des ressortissants étrangers en France et aux titres de séjour et aux titres de voyage des étrangers : Journal Officiel 10 Juin 2011. - C. étrangers, art. R. 611-1 à R. 611-7-4*). La finalité du traitement est : 1° de permettre l'instruction des demandes et la fabrication des titres de séjour des ressortissants étrangers et la gestion des dossiers ; 2° de mieux coordonner l'action des services chargés de mettre en oeuvre des procédures intéressant les ressortissants étrangers ; 3° d'améliorer les conditions de vérification de l'authenticité des titres de séjour et celles de l'identité des étrangers en situation irrégulière ; 4° de permettre la gestion des différentes étapes de la procédure applicable aux mesures d'éloignement ; 5° d'établir des statistiques en matière de séjour et d'éloignement des ressortissants étrangers.

La base de données intègre les informations auparavant incluses dans le fichier ELOI, qui disparaît donc en tant que tel (*V. infra n*

° 46).

La possibilité de "mettre en relation" ce traitement avec d'autres traitements concernant les procédures intéressant les ressortissants étrangers est expressément prévue.

L'application, qui contient donc plusieurs millions de fiches, rassemble l'intégralité des informations administratives concernant les étrangers. La liste des données enregistrées, qui figure en annexe du décret portant création de l'application, comporte trois rubriques distinctes :

1. Données générales (état civil, numéro d'identification, adresse, filiation, situation familiale...);
2. Données relatives au droit au séjour, au droit au travail et au titre de voyage (références du titre délivré, refusé ou délivré, date et conditions d'entrée en France, données recueillies à l'appui d'une demande de regroupement familial, données relatives à la condition d'intégration, à la condition de ressources, droit au travail...);
3. Données relatives à la procédure d'éloignement (il s'agit des données qui figuraient précédemment dans le fichier ELOI).

L'application inclut désormais des données biométriques, à savoir les images numérisées de la photographie et des empreintes digitales des dix doigts des étrangers qui sont : 1° demandeurs ou titulaires d'un titre de séjour ou d'un titre de voyage d'une durée de validité supérieure à un an ; 2° en situation irrégulière ; 3° faisant l'objet d'une mesure d'éloignement.

Ont accès à tout ou partie des informations contenues dans le fichier, outre les agents chargés de la gestion des dossiers des étrangers, un nombre considérable de services et organismes : les consulats, les officiers et agents de police judiciaire de la police nationale et de la gendarmerie nationale, les agents chargés de la prévention et de la répression du terrorisme, les agents de l'OFII (Office français de l'immigration et de l'intégration), de l'OFPRA, des organismes sociaux, de Pôle Emploi, des DIRECCTE (directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi), les inspecteurs et contrôleurs du travail, etc.

40. - Fichier des personnes recherchées - Le fichier des personnes recherchées (FPR), géré par le ministère de l'Intérieur et le ministère de la Défense et qui recense toutes les personnes faisant l'objet d'une mesure de recherche administrative ou judiciaire, a vu son existence officialisée par un décret et un arrêté du 15 mai 1996 (*D. n° 96-417, 15 mai 1996, art. 1er. - A. 15 mai 1996 : Journal Officiel 18 Mai 1996*).

Ces textes ont été abrogés et remplacés par un décret du 28 mai 2010 (*D. n° 2010-569, 28 mai 2010 : Journal Officiel 31 Mai 2010*). La finalité du FPR est de "faciliter les recherches et les contrôles effectués par les services de police, de gendarmerie et de douane et les agents des douanes exerçant des missions de police judiciaire ou des missions administratives". Les étrangers peuvent être inscrits dans le fichier à plusieurs titres : s'il existe des éléments sérieux de nature à établir qu'ils constituent une menace pour l'ordre public susceptible de justifier que l'accès au territoire français leur soit refusé ; s'ils font l'objet d'une mesure restrictive leur interdisant l'entrée sur le territoire ou le transit par le territoire ; s'ils font l'objet d'une obligation de quitter le territoire français ou d'un arrêté de reconduite à la frontière non exécuté, d'un arrêté d'expulsion ou d'une assignation à résidence.

Le fichier est relié au SIS (*V. infra n° 49*) qu'il permet d'alimenter automatiquement, et il est systématiquement consulté lors des demandes de délivrance des titres de séjour, simultanément avec l'AGDREF.

41. - Fichier des étrangers non admis - Les articles L. 611-3 à L. 611-5 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile prévoient que les empreintes digitales et la photo des étrangers qui, soit sollicitent la délivrance d'un titre de séjour, soit sont en situation irrégulière en France, soit encore font l'objet d'une mesure d'éloignement du territoire français, peuvent être collectées, mémorisées et faire l'objet d'un traitement informatisé. Ces données peuvent être consultées en vue de l'identification d'un étranger qui, à l'occasion d'un contrôle d'identité, n'est pas en mesure de produire les documents sous le couvert desquels il réside en France, ou encore qui ne présente pas les documents permettant de mettre à exécution une mesure d'éloignement.

Sur le fondement de ce texte, le décret du 25 juillet 2007 a créé, à titre expérimental, initialement pour une durée de deux ans prorogée par la suite de deux années supplémentaires (qui doit donc prendre fin en juillet 2011), un "*traitement automatisé de données à caractère personnel des étrangers qui, ayant été contrôlés à l'occasion du franchissement de la frontière, ne remplissent pas les conditions d'entrée requises*" (*C. étrangers, art. R. 611-18 à R. 611-24*).

Sont enregistrées dans le traitement : les données relatives à l'identité de l'étranger ; les données relatives au type de document de voyage qu'il détient ; les images numérisées de la photographie et des empreintes digitales des dix doigts ; l'image numérisée de la page du document d'identité ou de voyage supportant la photographie du titulaire ; les données relatives au transport (titre de transport, provenance, compagnie ayant acheminé l'étranger, date et numéro de vol) ; le motif du refus d'entrée sur le territoire ; la suite réservée à la procédure de non-admission.

42. - Fichiers des hébergeants - Dans le cadre de la refonte du régime des attestations d'accueil établies par les personnes qui

déclarent vouloir héberger chez elles des étrangers qui viennent en France pour une visite privée ou familiale (*V. supra n° 8*), la loi du 26 novembre 2003 a autorisé la mise en mémoire et le traitement automatisé des demandes de validation des attestations d'accueil (*C. étrangers, art. L. 211-7 et R. 211-19 à R. 211-26*). Il appartient donc à chaque maire d'en décider la création dans sa commune.

Les catégories de données enregistrées concernent à la fois l'hébergeant (identité, date et lieu de naissance, nationalité, adresse, données relatives à la situation financière, données relatives aux attestations d'accueil antérieurement signées par l'hébergeant...), la personne hébergée (identité, documents de voyage, durée du séjour, suite donnée à la demande de visa...) et le logement (caractéristiques : surface habitable, nombre de pièces habitables, nombre d'occupants, droits de l'hébergeant sur le logement : propriétaire, locataire ou occupant).

43. - Fichier des étrangers sollicitant la délivrance d'un visa (VISABIO) - L'article L. 611-6 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile prévoit que peuvent être relevées et mises en mémoire les empreintes digitales et la photo des étrangers qui sollicitent la délivrance d'un visa, et que ces mêmes données doivent être mises en mémoire lorsque le visa est accordé (*C. étrangers, art. L. 611-6*). L'objectif est de lutter contre les fraudes documentaires et les usurpations d'identité et d'améliorer la vérification de l'authenticité des visas et de l'identité des étrangers lors des contrôles aux frontières. Le fichier, d'abord mis en service dans le cadre d'une expérimentation dite "Biodev", pour une durée de trois ans, sur le fondement d'un décret du 25 novembre 2004 (*D. n° 2004-1266, 25 nov. 2004 : Journal Officiel 26 Novembre 2004*), a été pérennisé par un décret du 10 juin 2010 (*D. n° 2010-645, 10 juin 2010 : Journal Officiel 12 Juin 2010. - C. étrangers, art. R. 611-8 à R. 611-17*).

Sont enregistrées dans le traitement : - les images numérisées de la photographie et des empreintes digitales des dix doigts des demandeurs de visas, collectées par les consulats participant à l'expérimentation ; - les données relatives à l'identité du demandeur du visa, à son titre de voyage, à la décision prise par le consulat qui a instruit la demande de visa (accord ou refus du visa) et, en cas d'accord, les caractéristiques du visa délivré. Ces données sont communiquées automatiquement par le traitement "Réseau mondial visas 2" (*V. infra n° 45*) ; - des données recueillies ultérieurement relatives à la date de première entrée, de dernière entrée et de sortie. La durée de conservation des données est de cinq ans.

44. - Réseau Mondial Visas 2 - Ce traitement, dit RMV 2, a été créé au ministère des Affaires étrangères (*A. 22 août 2001 : Journal Officiel 14 Septembre 2001*) afin de faciliter l'instruction des demandes de visas par les consulats, en permettant l'échange d'informations avec le ministère de l'Intérieur et les autorités des États Schengen.

Le traitement centralise une série de fichiers : fichier des demandes, des délivrances et des refus de visas, fichier des "répondants signalés" (personnes qui accueillent les demandeurs de visa lors de leur séjour en France, avec signalement favorable ou défavorable), fichier des titres de voyage, fichier des interventions, fichiers consulaires d'attention (signalement de personnes, favorables ou défavorables, effectués par les postes consulaires), fichier central d'attention (informations concernant le signalement au SIS aux fins de non-admission ou l'inscription au fichier des personnes recherchées), etc. L'application permet l'interrogation systématique du fichier d'opposition du Système d'information Schengen.

45. - Fichier national transfrontières - Créé en 1991 pour prévenir les atteintes à la sûreté de l'État ou à la sécurité publique à l'occasion des contrôles aux frontières, ce fichier a vu ses finalités modifiées et étendues sur le fondement de l'article 7 de la loi du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme (*L. n° 2006-64, 23 janv. 2006, relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers, art. 7 : Journal Officiel 24 Janvier 2006*). La loi autorise en effet le ministre de l'Intérieur, afin d'améliorer le contrôle aux frontières et de lutter contre l'immigration clandestine et aux fins de prévenir et de réprimer des actes de terrorisme, à mettre en oeuvre des traitements automatisés de données à caractère personnel, recueillies à l'occasion de déplacements internationaux en provenance ou à destination d'États n'appartenant pas à l'Union européenne. Il s'agit des données figurant sur les cartes de débarquement et d'embarquement des passagers de transporteurs aériens ou collectées à partir de la bande de lecture optique des documents de voyage, de la carte nationale d'identité et des visas des passagers de transporteurs aériens, maritimes ou ferroviaires ou encore enregistrées dans les systèmes de réservation et de contrôle des départs lorsqu'elles sont détenues par les transporteurs aériens, maritimes ou ferroviaires.

L'arrêté créant le fichier national transfrontière a été modifié en conséquence (*A. 3 nov. 2006, portant modification de l'arrêté du 29 août 1991 relatif au traitement informatisé du fichier national transfrontière : Journal Officiel 9 Décembre 2006*). Il prévoit notamment que les données collectées sont conservées pendant trois ans.

46. - Fichiers relatifs à l'éloignement - Deux fichiers ont été mis en place dans les années récentes pour faciliter ou accompagner l'éloignement des étrangers.

1° Fichier ELOI. - Ce fichier s'est substitué à un fichier de suivi des personnes faisant l'objet d'une rétention administrative qui existait depuis 1994 et était géré par la gendarmerie. Il vise à faciliter l'éloignement des étrangers se maintenant sans droit sur le territoire par la gestion des différentes étapes de la procédure d'éloignement. L'arrêté du 30 juillet 2006 qui l'a créé prévoyait d'y faire figurer des données relatives à l'étranger en situation irrégulière (y compris des indications concernant ses enfants) et d'autres relatives à l'hébergeant chez qui l'étranger en situation irrégulière est assigné à résidence ainsi qu'aux visiteurs de la personne.

placée en rétention administrative. La durée prévue de conservation de ces données était de trois ans. Cet arrêté a été annulé par le Conseil d'État comme pris par une autorité incompétente : le juge a en effet estimé que, eu égard à son objet et à la nature des informations collectées, parmi lesquelles figurait une photographie d'identité (donnée biométrique), le traitement ne pouvait être créé que par décret en Conseil d'État pris après avis de la CNIL (*CE, 13 mars 2007, n° 297888, n° 297896, n° 298085, Gisti et a., SOS racisme*).

Une nouvelle version du fichier ELOI a été mise en place par un décret du 26 décembre 2007 (*D. n° 2007-1890, 26 déc. 2007, portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel relatives aux étrangers faisant l'objet d'une mesure d'éloignement : Journal Officiel 30 Décembre 2007*). Le décret fait expressément référence à l'article L. 611-3 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile qui prévoit la possibilité de mettre en mémoire les empreintes digitales et la photo des étrangers qui font l'objet d'une mesure d'éloignement. Il ne prévoit plus la possibilité d'inscrire dans le fichier les visiteurs des personnes placées en rétention et l'identité des personnes chez qui les étrangers sont assignés à résidence n'est plus conservée que pendant trois mois au lieu de trois ans. Le décret maintient en revanche la possibilité de mettre en mémoire et de conserver pendant une durée qui peut aller jusqu'à trois ans les données relatives aux enfants des étrangers sous le coup d'une mesure d'éloignement (*C. étrangers, art. R. 611-25 à R. 611-34*).

Ce fichier a été fusionné avec l'application AGDREF au sein de la nouvelle application AGDREF2 créée par le décret du 8 juin 2011 (*V. supra n° 39*).

2° *Fichier OSCAR*. - Le fichier OSCAR ("outil de statistique et de contrôle de l'aide au retour") a été créé par le décret du 26 octobre 2009 (*D. n° 2009-1310, 26 oct. 2009 : Journal Officiel 28 Octobre 2009*). Ce fichier a pour finalité de liquider l'aide au retour en décelant d'éventuelles fraudes ; - de permettre le suivi administratif, budgétaire et comptable des procédures d'aide au retour gérées par l'Office français de l'immigration et de l'intégration ; d'établir des statistiques relatives à ces procédures et à leur exécution. Sont enregistrées notamment dans le traitement, outre des données permettant la gestion administrative du dossier : - les images numérisées des empreintes des dix doigts du bénéficiaire et de ses enfants mineurs âgés d'au moins douze ans ; - des données relatives aux bénéficiaires (état civil, coordonnées, date d'entrée en France, numéro AGDREF, numéro de passeport, motifs de la demande, nombre de personnes concernées, date et nature de la mesure d'éloignement (*C. étrangers, art. R. 611-35 à 611-41*)).

47. - Fichier dactyloscopique des demandeurs d'asile - Ce fichier a été mis en place pour la première fois en 1989, afin de repérer les fraudes, c'est-à-dire le dépôt de plusieurs demandes sous des identités différentes - et donc d'identifier les demandeurs, à défaut de pouvoir avoir accès à leur identité. Il a été remplacé en 1995 par un fichier permanent, et à nouveau modifié en 1999 pour permettre son insertion dans le système Eurodac, destiné à permettre la comparaison des empreintes digitales des demandeurs d'asile pour l'ensemble des pays de l'Union européenne (*V. infra n° 50*). Dans ce cadre, le ministère de l'Intérieur est destinataire des empreintes digitales communiquées par un État membre, à charge pour lui de retransmettre ces informations à l'OFPRA qui indique en retour, après avoir procédé au rapprochement de ces données avec celles déjà enregistrées dans son fichier, le résultat de ces rapprochements.

B. - Fichiers européens

48. - L'un des objectifs de la coopération policière au niveau européen étant le contrôle de l'immigration, plusieurs traitements ont été mis en place dans ce but, soit dans le cadre du troisième pilier, soit, depuis le traité d'Amsterdam, dans le cadre de la politique commune d'immigration et d'asile.

49. - SIS - Le Système d'information Schengen est au coeur du dispositif mis en place par la convention d'application des accords de Schengen de 1990 (*V. supra n° 4, 6 et 15*). Son contenu, ses modalités de fonctionnement et les garanties qui l'entourent ont été prévus par les articles 92 à 117 de la convention. Son objectif est de centraliser et de faciliter l'échange d'informations détenues par les services chargés de missions de police de façon à permettre aux postes de frontière, aux autorités de police et aux agents consulaires chargés de la délivrance des visas, de disposer de données sur les personnes signalées, et accessoirement sur les objets ou véhicules recherchés.

Figurent notamment dans le SIS les personnes recherchées aux fins d'extradition, les étrangers "indésirables" dans l'un des États Parties, des personnes disparues, des témoins et personnes citées à comparaître, des personnes fichées aux fins de surveillance discrète. En pratique, la plupart des signalements concernent des ressortissants de pays tiers et la quasi-totalité des personnes interpellées sur la base d'un signalement Schengen sont des étrangers (sur les conséquences du signalement dans le SIS, *V. supra n° 15 et 18*).

Le SIS est composé d'un système central installé à Strasbourg (C-SIS) et de systèmes nationaux (N-SIS) implantés dans chaque pays. Chaque État partie est responsable de la partie nationale du fichier, à laquelle les autres États accèdent à travers le système central. La partie française du fichier est régie par un décret du 6 mai 1995 qui rappelle la finalité du fichier, les personnes concernées, les données nominatives collectées, les autorités destinataires des informations, et les modalités d'exercice du droit

d'accès (*D. n° 95-577, 6 mai 1995, relatif au système informatique national du SIS dénommé N-SIS : Journal Officiel 7 Mai 1995*).

La convention de Schengen prévoit que toute personne inscrite au SIS a le droit d'accéder aux données qui la concernent selon les règles de l'État où elle entend faire valoir ce droit. L'intéressé peut également demander la rectification, l'effacement ou l'information sur l'utilisation de ces données (*art. 109 à 111*). En France, le droit d'accès s'exerce auprès de la CNIL. S'agissant d'un traitement intéressant la sécurité publique, il s'agit en règle générale d'un droit d'accès indirect. Toutefois, le Conseil d'État a jugé qu'il fallait distinguer selon que le motif du signalement relève effectivement de la sûreté, de la défense et de la sécurité publique ou qu'il n'en relève pas (*CE, ass., 6 nov. 2002, n° 194295, Moon*).

Le Conseil d'État s'est par ailleurs estimé compétent pour apprécier le bien-fondé, au regard des stipulations de la convention de Schengen, de l'inscription au SIS émanant d'une autorité étrangère, sans toutefois pouvoir statuer sur la légalité de la décision qui fonde ce signalement (*CE, 23 mai 2003, n° 237934, Catrina*).

La mise en place d'un nouveau système, le SIS II ou "système d'information Schengen de deuxième génération", comportant d'autres catégories de signalement et intégrant des données biométriques, annoncée initialement pour 2006, a été reportée (*Règl. (CE) n° 2424/2001, 6 déc. 2001, relatif au développement du Système d'information de Schengen de deuxième génération (SIS II) : JOCE n° L 238, 13 déc. 2001 modifié par Règl. (CE) n° 1988/2006, 21 déc. 2006 : Journal Officiel de l'union européenne 30 Décembre 2006. - Comm. CE, déc. n° 2007-170/CE, 16 mars 2007, établissant les caractéristiques du SIS II : Journal Officiel de l'union européenne 20 Mars 2007. - Cons. UE, déc. n° 2007/533/JAI, sur l'établissement, le fonctionnement et l'utilisation du Système d'information Schengen de deuxième génération, 12 juin 2007 : Journal Officiel de l'union européenne 7 Aout 2007*).

L'article 24 du règlement (CE) n° 1987/2006 énumère les cas de signalement introduits dans le système aux fins de non-admission d'étrangers :

1. Les données relatives aux ressortissants de pays tiers faisant l'objet d'un signalement aux fins de non-admission ou d'interdiction de séjour sont introduites sur la base d'un signalement national résultant d'une décision prise par les autorités administratives ou juridictions compétentes dans le respect des règles de procédure prévues par la législation nationale, sur la base d'une évaluation individuelle

2. Un signalement est introduit lorsque la décision visée au paragraphe 1 est fondée sur la menace pour l'ordre public ou la sécurité publique ou pour la sécurité nationale que peut constituer la présence d'un ressortissant d'un pays tiers sur le territoire d'un État membre. Tel peut être notamment le cas :

a) de l'étranger condamné pour une infraction passible d'une peine privative de liberté d'au moins un an ;

b) de l'étranger à l'égard duquel il existe des raisons sérieuses de croire qu'il a commis un fait punissable grave, ou à l'égard duquel il existe des indices réels qu'il envisage de commettre un tel fait sur le territoire d'un État membre.

3. Un signalement peut également être introduit lorsque la décision visée au paragraphe 1 est fondée sur le fait que le ressortissant d'un pays tiers a fait l'objet d'une mesure d'éloignement, de renvoi ou d'expulsion qui n'a pas été abrogée ni suspendue, et qui comporte ou est assortie d'une interdiction d'entrée, ou, le cas échéant, de séjour, fondée sur le non-respect des réglementations nationales relatives à l'entrée ou au séjour des ressortissants de pays tiers.

La décision n° 2007/533/JAI du Conseil du 12 juin 2007 consacre, dans son chapitre XII relatif à la protection des données, un droit d'accès, de rectification des données inexactes et d'effacement de données stockées illégalement. Chaque État doit veiller à ce qu'une autorité indépendante contrôle la licéité du traitement des données à caractère personnel pour la partie du N-SIS II, tandis que la part communautaire du SIS II est contrôlée par le Contrôleur européen de la protection des données.

50. - Eurodac - Ce fichier a été créé par le règlement du 11 décembre 2000, pour accompagner la mise en oeuvre du règlement Dublin II qui vise à déterminer l'État responsable d'une demande d'asile. Sont collectées non seulement les empreintes digitales des demandeurs d'asile mais aussi celles des étrangers appréhendés à l'occasion du franchissement irrégulier d'une frontière extérieure ou en situation irrégulière sur le territoire d'un État (*Règl. (CE) n° 2725/2000, 11 déc. 2000, concernant la création du système "Eurodac" pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l'application efficace de la convention de Dublin : Journal Officiel des communautés européennes 15 Décembre 2000*). Une circulaire du 31 décembre 2002 réorganise le dispositif de collecte et transmission des empreintes digitales des demandeurs d'asile, qui subit quelques modifications par rapport au système déjà en place (*Circ. min. Intérieur, NOR/INT/D/02/00219/C, 31 déc. 2002. - V. supra n° 45*).

51. - Système d'information sur les visas (VIS) - Ce fichier vise à permettre l'échange d'informations entre les États membres en matière de visas de court séjour. Il doit également faciliter les contrôles aux frontières extérieures, l'application du règlement Dublin II et l'identification et le retour des personnes en situation irrégulière.

Sa création a été décidée par une décision du Conseil du 8 juin 2004 (*Cons. UE, déc. n° 2004/512/CE, 8 juin 2004 : Journal Officiel de l'union européenne 15 Juin 2004*). Un règlement et une décision définissent l'objet, le contenu et le fonctionnement du

VIS ainsi que les spécifications techniques en ce qui concerne les normes biométriques (*Règl. (CE) n° 767/2008, 9 juill. 2008, concernant le système d'information sur les visas et l'échange de données entre les États membres sur les visas de court séjour : Journal Officiel de l'union européenne 13 Aout 2008, modifié Règl. (CE) n° 810/2009, 13 juill. 2009, établissant un Code communautaire des visas : Journal Officiel de l'union européenne 15 Septembre 2009. - Comm. CE, déc. n° 2006/648/CE, 22 sept. 2006 : Journal Officiel de l'union européenne 27 Septembre 2006*).

Les données enregistrées sont celles qui sont collectées lors des demandes de visa, notamment : l'autorité à laquelle la demande a été présentée, les noms, sexe, date, lieu et pays de naissance, la nationalité, le type de visa demandé, les coordonnées de l'hébergeant, la photographie et les empreintes digitales du demandeur. Est également consigné le sort réservé à la demande : refus, délivrance, annulation ou retrait, et, en cas de refus, les motifs du refus (pas de passeport valide, passeport faux ou altéré, pas de justification du but et des conditions de séjour, risque d'immigration clandestine, séjour antérieur de trois mois, pas de moyens de subsistance suffisants, personnes signalées au SIS ou dans un fichier national ; menace pour l'ordre public).

La durée de conservation des données est de cinq ans (*Règl. (CE) n° 767/2008, art. 23*).

Le règlement prévoit un droit d'accès, de rectification et d'effacement (*art. 38*). Les États doivent veiller à ce que les autorités nationales de contrôle garantissent l'effectivité de ce droit (*art. 41*) et le Contrôleur européen de la protection des données doit de son côté contrôler le respect des garanties posées par le règlement (*art. 42*).

IV. - Privation de liberté

52. - Considérations générales - La possibilité de priver des étrangers de liberté en dehors des procédures pénales de droit commun n'est pas un phénomène inconnu dans l'histoire, même récente : à la veille de la Seconde Guerre mondiale, le décret-loi du 12 novembre 1938, complété par celui du 18 novembre 1939, permet d'interner dans des centres spéciaux, sur simple décision administrative insusceptible de contrôle, les étrangers ayant des antécédents judiciaires ou dont l'activité est jugée dangereuse pour la sécurité publique ou la défense nationale. Parallèlement, à partir de février 1939, des centaines de milliers de Républicains espagnols réfugiés en France sont internés dans des camps - où se retrouveront, la guerre venue, d'autres étrangers indésirables, parmi lesquels des antifascistes et des juifs allemands considérés comme sujets ennemis.

Le phénomène de l'enfermement, qui tend aujourd'hui à se généraliser, prend place dans un contexte très différent : il n'intervient pas dans une période d'exception marquée par la guerre, mais tend à devenir un élément permanent des politiques d'immigration des pays développés. Les étrangers concernés ne sont pas, en général, considérés comme une menace pour la sécurité : l'objectif est de les empêcher de franchir illégalement les frontières ou de faciliter leur éloignement lorsqu'ils se sont maintenus illégalement sur un territoire.

Tous les États européens, aujourd'hui, ont adopté des textes qui permettent de priver de liberté les étrangers pendant une période allant de quelques jours à une durée "indéfinie". La directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables au retour des ressortissants d'États tiers en séjour irrégulier, dite "directive retour", tout en déclarant que la détention doit rester d'un usage exceptionnel et que la période de rétention doit être aussi courte que possible, n'en prévoit pas moins la possibilité de détenir un étranger en instance de départ forcé pendant six mois, durée extensible dans certains cas jusqu'à dix-huit mois (*Dir. 2008/115/CE, 16 déc. 2008 : Journal Officiel de l'union européenne 24 Décembre 2008*).

Le phénomène est encore amplifié par l'externalisation des procédures d'asile, qui est l'un des objectifs actuels de la politique européenne d'immigration et d'asile : la délocalisation des procédures d'examen des demandes d'asile s'accompagne nécessairement de la création de centres fermés à l'extérieur des frontières de l'Union européenne, notamment dans les pays du Maghreb ou, à l'Est, en Turquie, en Ukraine ou en Biélorussie.

L'enfermement des migrants est devenu une préoccupation des organisations internationales chargées de la protection des droits de l'homme : non seulement il constitue une atteinte grave à la liberté individuelle, mais il engendre souvent d'autres atteintes à des droits fondamentaux. Le Haut commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme a désigné une rapporteuse spéciale sur les droits de l'homme des migrants qui constate, pour s'en inquiéter, que les migrants sont particulièrement exposés à être privés de liberté, à la fois parce que la violation des règlements en matière d'immigration est punie de peines sévères et parce qu'un grand nombre de pays recourent à l'internement administratif des migrants en situation irrégulière en attendant de les expulser (*CES, Comm. des droits de l'homme, 59e session, E/CN.4/2003/85, 30 déc. 2002*). Le Comité européen pour la prévention de la torture, de son côté, dénonce régulièrement les traitements inhumains ou dégradants auxquels sont soumis les étrangers privés de liberté dans le cadre de la lutte contre les migrations irrégulières (*V. infra n° 78*).

53. - Invocabilité du droit à la sûreté - Si l'on se place sur le terrain du droit français, le droit de ne pas être arrêté ou détenu arbitrairement, posé par l'article 7 de la Déclaration des droits de l'homme et confirmé par l'article 66 de la Constitution, est reconnu à l'étranger comme au national. Ce principe a été explicitement consacré par le Conseil constitutionnel lorsque, saisi pour

la première fois d'une disposition législative autorisant la privation de liberté des étrangers, il en a examiné la constitutionnalité au regard de l'article 66 (*Cons. const., déc. n° 79-109 DC, 9 janv. 1980*). La Cour de cassation, de son côté, dans une affaire qui concernait un contrôle d'identité visant un étranger, a déduit du principe selon lequel l'autorité judiciaire est le garant de la liberté individuelle la compétence du juge pénal pour contrôler la légalité des contrôles d'identité (*Cass. crim., 25 avr. 1985, Bogdan et Vuckovic : D. 1985, p. 329, concl. Dontenwille ; JCP G 1985, II, 20465, concl. Dontenwille, note Jeandidier*). Plus tard, c'est aussi en se fondant sur l'article 66 qu'elle affirmera la compétence du juge de la rétention pour apprécier la légalité de la décision de placement en rétention et en refuser la prolongation s'il apparaît que l'interpellation a été irrégulière (*Cass. 2e civ., 28 juin 1995, Bechta*).

Par rapport aux nationaux, les étrangers courent pourtant des risques accrus d'être privés de liberté : d'une part, ils peuvent être poursuivis et condamnés à des peines de prison pour des infractions qui leur sont spécifiques, puisque résultant de la violation des règles sur le séjour auxquels ils sont seuls soumis ; de l'autre, ils peuvent être placés en zone d'attente ou en rétention administrative ou encore assignés à résidence lorsqu'ils sont sous le coup d'une mesure d'éloignement forcé.

C'est donc à la lumière de l'atteinte portée à la liberté individuelle qu'il convient d'examiner les hypothèses dans lesquelles un étranger peut être privé de liberté en dehors de toute procédure pénale.

A. - Rétention

1° Bases légales, constitutionnelles et communautaires

54. - Légalisation - Au départ, l'enfermement des étrangers sous le coup d'une mesure d'expulsion est une pratique administrative clandestine et dépourvue de tout fondement légal. C'est en 1975 qu'on découvre que l'administration place au centre d'Arcenc, dans l'enceinte du port de Marseille, des étrangers en instance d'expulsion, dans l'attente d'un bateau en partance.

Après avoir tenté de donner une base juridique à ces pratiques, d'abord par la voie d'une circulaire conjointe des ministres de l'Intérieur et de la Justice du 21 novembre 1977 - qui sera annulée par le Conseil d'État (*CE, 7 juill. 1978, Synd. avocats France : RDP 1979, p. 263, concl. Théry*) - puis d'un décret, le gouvernement opte pour la voie législative en incluant dans un projet de loi modifiant l'ordonnance du 2 novembre 1945, déposé à la fin de l'année 1979 et voté au début de 1980, deux dispositions. La première précise que "l'étranger qui n'est pas en mesure de déférer immédiatement à la décision lui refusant l'autorisation d'entrer sur le territoire français peut, s'il y a nécessité, être maintenu par décision écrite motivée dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire, pendant le temps strictement nécessaire à son départ". La seconde dispose que "la personne expulsée (...) peut, s'il y a nécessité, être détenue jusqu'à l'exécution effective de l'expulsion [dans un établissement pénitentiaire]".

Les réactions à cette initiative, qui permet de priver un étranger de liberté sur simple décision administrative, sont virulentes : elles émanent non seulement de l'opposition d'alors mais aussi de professeurs de droit qui s'inquiètent de la mise à mal des principes constitutionnels les mieux établis, tandis que d'autres dénoncent la réapparition de l'internement administratif, lié aux souvenirs de la guerre d'Algérie. Le Sénat lui-même ne vote pas le projet, qui sera adopté en troisième lecture par la seule Assemblée nationale. Le Conseil constitutionnel, saisi pour la première fois d'une question touchant à l'immigration, adopte une attitude nuancée, admettant le principe de la privation de liberté à condition de la placer sous le contrôle du juge judiciaire (*V. infra n° 55*).

L'arrivée de la gauche au pouvoir en mai 1981 débouche sur une nouvelle réforme de l'ordonnance de 1945. Mais la loi du 29 octobre 1981, alors qu'elle prend sur beaucoup de points le contre-pied de la loi du 10 janvier 1980, conserve la possibilité - que la gauche dans l'opposition avait si vivement critiquée - de "maintenir" les étrangers en instance de départ forcé dans des locaux placés sous surveillance policière jusqu'à leur départ effectif, en l'entourant simplement de garanties de procédure supplémentaires.

Les réformes ultérieures ont été dans le sens d'un allongement progressif de la durée de la rétention et d'une restriction des pouvoirs du juge. Chaque réforme a donné lieu à un débat juridique et politique, mais ce débat a porté sur les conditions et la durée de la rétention, non sur le bien-fondé du dispositif, considéré désormais comme un élément conditionnant l'efficacité de la lutte contre l'immigration irrégulière.

55. - Jurisprudence constitutionnelle. Les principes posés initialement. - Aux yeux du Conseil constitutionnel, la possibilité de priver un individu de sa liberté en l'absence de toute incrimination et en dehors des garanties prévues par le Code de procédure pénale n'est pas en elle-même contraire au principe selon lequel "nul ne doit être arbitrairement détenu" : c'est l'insuffisance éventuelle des garanties judiciaires entourant la procédure qui rend la détention arbitraire. C'est donc au regard de ce critère que le Conseil constitutionnel a apprécié la constitutionnalité des moutures successives des textes régissant la procédure de maintien forcé qui lui ont été soumises.

Dans sa décision du 9 janvier 1980, le Conseil constitutionnel pose en principe que "la liberté individuelle ne peut être tenue pour sauvegardée que si le juge intervient dans le plus court délai possible". Sur cette base, il estime que l'intervention du juge pour prolonger la privation de liberté au-delà d'un certain délai est de nature à faire échapper le dispositif adopté au grief d'internement arbitraire. Mais ce délai ne doit pas être trop long : le délai de quarante-huit heures prévu par le législateur dans le premier cas lui paraît suffisamment bref ; en revanche, il invalide la seconde disposition, estimant que le délai de sept jours est trop long "au regard des exigences constitutionnelles qui placent la liberté individuelle sous la sauvegarde du juge judiciaire" (*Cons. const., déc. n° 79-109 DC, 9 janv. 1980*).

56. - Allongement de la durée de la rétention - Dans les décisions ultérieures, le Conseil constitutionnel va être amené à statuer sur la question de l'allongement de la durée de rétention au-delà de sept jours. Il invalide ainsi une disposition qui permettait de prolonger la rétention pendant trois jours supplémentaires en cas de "difficultés particulières faisant obstacle au départ d'un étranger". Car une telle mesure ne saurait être prolongée, sauf urgence absolue et menace de particulière gravité pour l'ordre public, sans porter atteinte à la liberté individuelle garantie par la Constitution (*Cons. const., déc. n° 86-216 DC, 3 sept. 1986*). Pour les mêmes raisons, il invalide la disposition qui permet de prolonger la rétention pendant trois jours lorsque l'étranger n'a pas présenté les documents de voyage permettant l'exécution de la mesure d'éloignement (*Cons. const., déc. n° 93-325 DC, 13 août 1993*). Prenant acte de cette motivation, le législateur, par la loi du 30 décembre 1993, a autorisé une prorogation de trois jours "en cas d'urgence absolue et de menace d'une particulière gravité pour l'ordre public", ou lorsque l'étranger n'a pas présenté de document de voyage si des éléments de fait montrent que ce délai supplémentaire est de nature à permettre l'obtention de ce document.

Le Conseil constitutionnel n'a pas été saisi de ce texte ; et ultérieurement, il n'a pas jugé utile d'examiner d'office la constitutionnalité de la disposition de la loi du 11 mai 1998 qui portait la durée totale de la rétention à douze jours et ajoutait de nouveaux cas de prorogation (perte ou destruction des documents de voyage, dissimulation de son identité ou obstruction volontaire à l'éloignement (*Cons. const., déc. n° 98-399 DC, 5 mai 1998*)).

La loi du 26 novembre 2006 a permis de maintenir un étranger en rétention pendant une durée pouvant aller jusqu'à trente-deux jours, en fonction des circonstances. Le Conseil constitutionnel a cette fois encore validé la disposition contestée au motif qu'elle ne remettait pas en cause le contrôle de l'autorité judiciaire sur le maintien en rétention au-delà de quarante-huit heures et que le juge conservait - ou plutôt devait conserver, car le texte ne le dit pas expressément : il s'agit là d'une réserve d'interprétation - la possibilité d'interrompre à tout moment la prolongation du maintien en rétention, de sa propre initiative ou à la demande de l'étranger, lorsque les circonstances de droit ou de fait le justifient (*Cons. const., déc. n° 2003-484 DC, 20 nov. 2003*).

La loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 a porté la durée maximum de la rétention à quarante-cinq jours (*V. infra n° 59*) : le Conseil constitutionnel, une fois encore, a validé la mesure (*Cons. const., déc. n° 2011-631 DC, 9 juin 2011, loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*).

57. - Législation communautaire - La directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008, dite "directive retour" (*PE et Cons. UE, dir. 2008/115/CE, 16 déc. 2008 : Journal Officiel de l'union européenne 24 Décembre 2008*) vise à établir des normes et procédures communes à appliquer dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier. Dans cette optique, elle contient une série de dispositions relatives à la rétention. Elle pose en principe que "le recours à la rétention aux fins d'éloignement devait être limité et subordonné au respect du principe de proportionnalité en ce qui concerne les moyens utilisés et les objectifs poursuivis. La rétention n'est justifiée que pour préparer le retour ou procéder à l'éloignement et si l'application de mesures moins coercitives ne suffirait pas" (*consid. n° 16*).

L'article 15.1 prévoit donc que les États membres ne peuvent placer en rétention le ressortissant d'un pays tiers qui fait l'objet de procédures de retour que si d'autres mesures moins coercitives ne peuvent être appliquées efficacement et à condition : soit qu'il existe un risque de fuite, soit que l'intéressé évite ou empêche la préparation du retour ou de la procédure d'éloignement.

La directive précise encore que "toute rétention est aussi brève que possible et n'est maintenue qu'aussi longtemps que le dispositif d'éloignement est en cours et exécuté avec toute la diligence requise". Elle doit faire l'objet d'un réexamen à intervalles raisonnables (*art. 15.3*). Elle doit cesser "lorsqu'il apparaît qu'il n'existe plus de perspective raisonnable d'éloignement pour des considérations juridiques ou autres" (*art. 15.4*).

En revanche, la rétention est maintenue "aussi longtemps qu'il est nécessaire de garantir que l'éloignement puisse être mené à bien". Sa durée ne peut dépasser six mois (*art. 15.5*). Toutefois, les États peuvent prolonger cette période pour douze mois supplémentaires "lorsque, malgré tous leurs efforts raisonnables, il est probable que l'opération dure plus longtemps en raison soit du manque de coopération de l'intéressé, soit de retards subis pour obtenir de pays tiers les documents nécessaires" (*art. 15.6*).

Il en résulte que lorsque des mesures moins coercitives sont possibles, ou s'il n'existe plus de risque de fuite, ou si l'étranger coopère pleinement avec les autorités, la personne doit être remise en liberté. Mais même dans l'hypothèse où un risque de fuite existe et où la rétention serait la seule option pour garantir un éloignement, la personne doit malgré tout être remise en liberté lorsque cet éloignement n'est raisonnablement pas possible, pour des motifs juridiques (risques de traitement inhumains et dégradants par exemple) ou autres.

Cette interprétation de la directive a été confirmée par la Cour de justice de l'Union européenne. Dans l'arrêt "*Kadzoev*" du 30 novembre 2009 (C-357/09 PPU) elle a précisé que pour qu'il y ait une "perspective raisonnable d'éloignement" il faut que la possibilité de reconduite à la frontière soit "réelle" au regard de la durée maximale de rétention de dix-huit mois ; tel n'était pas le cas en l'espèce puisque ni la Tchétchénie ni la Russie ne reconnaissent l'intéressé comme un de leurs ressortissants et qu'aucun autre pays n'était prêt à l'accueillir. À nouveau, dans un arrêt "*El Dridi*" du 28 avril 2011 (C-61/11 PPU), la Cour a rappelé que l'ordre de déroulement des étapes de la procédure de retour tel qu'il est décrit dans la directive "correspond à une gradation des mesures à prendre en vue de l'exécution de la décision de retour, gradation allant de la mesure qui laisse le plus de liberté à l'intéressé, à savoir l'octroi d'un délai pour son départ volontaire, à des mesures qui restreignent le plus celle-ci, à savoir la rétention dans un centre spécialisé, le respect du principe de proportionnalité devant être assuré au cours de toutes ces étapes". Ce n'est que dans l'hypothèse où l'exécution de la décision d'éloignement risque d'être compromise par le comportement de l'intéressé que les États peuvent priver ce dernier de liberté en le plaçant en rétention.

La directive précise par ailleurs, dans son article 16, les conditions de la rétention et les garanties dont doivent disposer les personnes retenues telles que la possibilité d'entrer en contact avec leur famille, le droit aux soins d'urgence, l'information sur leurs droits et leurs devoirs, le droit de contacter des ONG, lesquelles doivent de leur côté être mises en mesure de visiter les centres de rétention.

2° Régime juridique

58. - Placement en rétention et droits de la personne retenue - Lorsqu'un étranger sous le coup d'une mesure d'éloignement (obligation de quitter le territoire français, reconduite à la frontière, expulsion, interdiction du territoire français...) se trouve dans l'impossibilité de quitter immédiatement la France, il peut être placé en rétention dans des locaux ne dépendant pas de l'administration pénitentiaire (C. étrangers, art. L. 551-1). Toutefois, pour se conformer au principe posé par la directive retour selon lequel la rétention ne doit intervenir qu'à défaut d'autres mesures moins coercitives, la loi du 16 juin 2011, a donné au préfet la possibilité, dans les mêmes hypothèses et sous certaines conditions, de prononcer une assignation à résidence comme alternative à la rétention (C. étrangers, art. L. 561-2 : V. infra n° 72).

La rétention a lieu soit dans des centres de rétention administrative dont la liste est fixée par arrêté (il en existe aujourd'hui un peu plus d'une vingtaine en métropole), soit dans des locaux de rétention administrative créés par simple arrêté préfectoral (C. étrangers, art. R. 553-1 à R. 553-10).

L'étranger doit être informé de ses droits en rétention "*dans les meilleurs délais*", dit le texte dans sa rédaction issue de la loi du 16 juin 2011 - et non plus, comme auparavant, dès l'arrivée au lieu de rétention. Les meilleurs délais "*s'entendent compte tenu du temps requis pour informer chaque étranger de ses droits lorsqu'un nombre important d'étrangers doivent être simultanément placés en rétention*", précise encore le texte. L'administration peut donc invoquer cette dernière circonstance pour retarder la notification des droits. La personne retenue peut demander l'assistance d'un médecin, d'un conseil ou d'un interprète ; il peut communiquer avec son consulat, avec son avocat et avec une personne de son choix (C. étrangers, art. L. 551-2 et art. R. 551-4).

Les étrangers maintenus en rétention bénéficient par ailleurs "d'actions d'accueil, d'information et de soutien, pour permettre l'exercice effectif de leurs droits et préparer leur départ". Des associations sont présentes dans les centres de rétention, sur la base de conventions conclues avec le ministre chargé de l'immigration pour assumer la mission d'informer les étrangers et les aider à exercer leurs droits par des prestations d'information, l'organisation de permanences et la mise à disposition de documentation (C. étrangers, art. L. 553-6 et R. 553-14 et s.).

59. - Intervention du juge judiciaire. Prolongation de la rétention ou assignation à résidence. - La loi du 29 octobre 1981 prévoyait qu'à l'expiration d'un délai de vingt-quatre heures, le président du tribunal de grande instance devait se prononcer sur l'une des mesures de surveillance suivantes : mise en liberté avec remise du passeport à un service de police, assignation à résidence ou, à titre exceptionnel, prolongation du maintien. La loi du 24 août 1993 a repoussé à quarante-huit heures l'intervention du juge judiciaire et restreint considérablement ses pouvoirs puisque la loi ne prévoit pas d'autre possibilité que celle de prononcer la prolongation du maintien en rétention ou, à titre exceptionnel et à condition que l'étranger dispose de garanties de représentation effectives, l'assignation à résidence.

Sous l'empire des dispositions actuellement en vigueur, issues de la loi du 16 juin 2011, la décision initiale de placement est prise par le préfet pour une durée qui est désormais de cinq jours - au lieu de quarante-huit heures précédemment. Si la rétention ne peut pas être prolongée au-delà de ce délai, le juge des libertés et de la détention (JLD) est saisi "aux fins de

retention n'a pas pris fin à l'expiration de ce délai, le juge des libertés et de la détention (JLD) est saisi *aux fins de*

prolongation de la rétention" (C. étrangers, art. L. 552-1). Il se prononce dans les vingt-quatre heures, après audition de l'étranger, qui peut être assisté d'un avocat, éventuellement désigné d'office.

À titre exceptionnel, lorsque l'étranger dispose de garanties de représentation effectives et après remise à un service de police ou à une unité de gendarmerie de l'original du passeport et de tout document justificatif de son identité, le juge peut décider de l'assigner à résidence (*C. étrangers, art. L. 552-4 et L. 552-5*).

La loi du 16 juin 2011 a par ailleurs prévu la possibilité, toujours à titre exceptionnel, même si les conditions posées par l'article L. 552-4 ne sont pas réunies, d'ordonner l'assignation à résidence avec surveillance électronique d'un étranger qui est père ou mère d'un enfant mineur (*C. étrangers, art. L. 552-4-1*). Le dispositif, très contraignant (*V. infra n° 72*), vise à éviter le placement en rétention des enfants mineurs, seule alternative laissée aux parents qui ne veulent pas se séparer de leurs enfants.

Lorsqu'un délai de vingt jours - au lieu de quinze précédemment - s'est écoulé depuis la première saisine du juge, le juge est à nouveau saisi. Il peut ordonner la prolongation de la rétention pour une nouvelle période d'une durée maximale de vingt jours dans les hypothèses suivantes :

- s'il y a urgence absolue ou menace d'une particulière gravité pour l'ordre public ou si l'impossibilité d'exécuter la mesure d'éloignement résulte de la perte ou de la destruction des documents de voyage de l'étranger, de la dissimulation par celui-ci de son identité ou de l'obstruction volontaire faite à son éloignement ;
- si 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 ou de l'absence de moyens de transport et qu'il est établi que l'une ou l'autre de ces circonstances doit intervenir à bref délai ;
- lorsque la délivrance des documents de voyage est intervenue trop tardivement, malgré les diligences de l'administration, pour pouvoir procéder à l'exécution de la mesure d'éloignement dans le premier délai de vingt jours (*C. étrangers, art. L. 552-7*).

La durée maximale de la rétention est donc désormais de quarante-cinq jours.

Un régime dérogatoire est prévu pour les personnes condamnées à une peine d'interdiction du territoire ou sous le coup d'une mesure d'expulsion pour des activités à caractère terroriste. Elles peuvent être maintenues en rétention pendant six mois à condition : 1. qu'il existe une perspective raisonnable d'exécution de la mesure d'éloignement ; 2. que l'assignation à résidence ne permette pas un contrôle suffisant. La version votée par les parlementaires permettait de porter la durée de l'enfermement à dix-huit mois lorsque, "malgré les diligences de l'administration, l'éloignement ne peut être exécuté en raison soit du manque de coopération de l'étranger, soit des retards subis pour obtenir du consulat dont il relève les documents de voyage nécessaires". Le Conseil constitutionnel a censuré cette disposition, jugeant que l'atteinte portée à la liberté individuelle était excessive (*Cons. const., déc. n° 2011-631 DC, 9 juin 2011, consid. n° 76*).

Toutefois, l'étranger peut saisir à tout moment le juge des libertés et de la détention pour demander qu'il soit mis fin à la rétention (*C. étrangers, art. R. 552-17*). De son côté, le juge peut, à tout moment, après avoir mis l'autorité administrative en mesure de présenter ses observations, de sa propre initiative ou à la demande du ministère public, décider la mise en liberté de l'étranger lorsque les circonstances de droit ou de fait le justifient (*C. étrangers, art. R. 552-18*). Ces dispositions tiennent compte de la réserve d'interprétation formulée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 20 novembre 2003 (*Cons. const., déc. n° 2003-484 DC, 20 nov. 2003, citée supra n° 56*), mais cette garantie se révèle assez illusoire en pratique.

60. - Contrôle juridictionnel sur la rétention - Bien que le texte ne prévoie pas expressément d'autre alternative que la prolongation de la rétention ou l'assignation à résidence, le juge peut refuser de prolonger la rétention - et donc remettre en liberté de l'intéressé - s'il estime que les conditions prévues par la loi ne sont pas remplies ou que la rétention s'effectue dans des conditions attentatoires aux droits fondamentaux ou à la dignité des personnes retenues, ou encore s'il constate certaines irrégularités de procédure. Une jurisprudence abondante de la Cour de cassation a permis de préciser l'étendue du contrôle exercé par le juge des libertés et de la détention qui doit notamment vérifier la régularité de sa saisine, la régularité des actes antérieurs à la rétention, en particulier les conditions de l'interpellation (*Cass. civ., 28 juin 1995, n° 94-50.002, Bechta : AJDA 1996, p. 72, note A. Legrand*), ou encore les conditions de la rétention.

En portant à cinq jours au lieu de quarante-huit heures le délai de saisine du JLD, la loi du 16 juin 2011 risque de priver ce contrôle d'effectivité : dans nombre de cas, en effet, la mesure d'éloignement aura été mise à exécution avant même que le juge ait été saisi. Même s'il n'en est pas ainsi, c'est au juge administratif qu'il appartiendra de statuer en priorité puisque l'étranger placé en rétention pourra contester ce placement, en même temps que la mesure d'éloignement, devant le président du tribunal administratif : il dispose à cet effet d'un délai de quarante-huit heures et le juge doit statuer dans un délai de soixante-douze heures (*C. étrangers, art. L. 512-1, III*).

Cette interversion de l'ordre d'intervention des deux juges a été explicitement voulue par le législateur pour éviter que l'étranger placé en rétention ne soit libéré par le JLD avant que le juge administratif ait statué, faisant ainsi obstacle à ce que la mesure d'éloignement, même déclarée valide par le juge administratif, soit exécutée. Dans le nouveau schéma, le JLD ne sera saisi - s'il l'est - que si le juge administratif a déjà validé la mesure d'éloignement.

Le risque d'une annulation par le juge administratif du placement en rétention est par ailleurs minimisé du fait que celui-ci, contrairement au juge judiciaire, refuse d'exercer un contrôle sur la régularité de la procédure antérieure à l'édition de la mesure d'éloignement, et notamment sur la régularité du contrôle d'identité (*CE, 23 févr. 1990, n° 92973, Sioui, cité supra n° 36*).

Toujours dans la perspective de limiter la portée du contrôle du juge judiciaire et d'éviter des remises en liberté motivées par des irrégularités de pure forme, la loi prévoit désormais qu'en cas de violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité ou d'inobservation des formalités substantielles, le juge ne peut prononcer la mainlevée de la mesure de placement en rétention que lorsque celle-ci "*a eu pour effet de porter atteinte aux droits de l'étranger*" (*C. étrangers, art. L. 552-13*). Dans la mesure où l'appréciation de l'atteinte portée aux droits est une question de fait qui relève du pouvoir souverain du juge, il n'est pas certain que cette disposition permette d'atteindre l'objectif poursuivi par le législateur.

61. - Contrôle sur les centres de rétention - Le procureur de la République et le juge des libertés et de la détention peuvent à tout moment se transporter sur les lieux de rétention, vérifier les conditions du maintien et se faire communiquer le registre mentionnant l'état civil des personnes retenues ainsi que les conditions de leur placement ou de leur maintien. Le procureur de la République visite les lieux de rétention chaque fois qu'il l'estime nécessaire et au moins une fois par an.

La loi du 16 juin 2011 a également prévu un droit d'accès aux centres de rétention des associations humanitaires (*C. étrangers, art. L. 553-3*), transposant ainsi la disposition de la directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008 qui dispose que "*les organisations et instances nationales, internationales et non gouvernementales compétentes ont la possibilité de visiter les centres de rétention*" et que les personnes retenues doivent être informées de leur droit de contacter les ONG et les autres instances de protection des personnes privées de liberté (Contrôleur général des lieux de privation de liberté, Comité de prévention de la torture, etc.).

Le décret n° 2011-820 du 8 juillet 2011 pris pour l'application de la loi du 16 juin 2011 précise les modalités selon lesquelles les associations humanitaires sont autorisées à accéder aux lieux de rétention (*C. étrangers, art. R. 553-14-4 à R. 553-14-8*). Pour solliciter l'habilitation, l'association doit être régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans et prévoir dans ses statuts "*la défense des étrangers, la défense des droits de l'homme ou l'assistance médicale et sociale*". Le ministre chargé de l'immigration fixe la liste des associations habilitées pour une durée de trois ans, renouvelable pour la même durée. Les associations habilitées doivent obtenir un agrément individuel pour chacune des cinq personnes qu'elles désignent pour effectuer les visites, agrément qui doit être renouvelé chaque année (sur le contrôle exercé par le contrôleur général des lieux de privation de liberté, *V. infra n° 80*).

B. - Zone d'attente

1° Origine

62. - Base légale du maintien en zone internationale - Alors que la loi du 10 janvier 1980 avait prévu deux régimes distincts pour les étrangers à qui l'accès au territoire est refusé et pour ceux qui sont sous le coup d'une mesure d'expulsion, la loi du 29 octobre 1981 a mis en place un régime unique pour les deux hypothèses. C'est la loi du 6 juillet 1992 qui, après quelques péripéties législatives et contentieuses, a à nouveau dissocié les deux régimes, le maintien en zone d'attente se substituant à la rétention pour les étrangers non admis sur le territoire ou demandant l'asile à la frontière.

À l'origine de la modification de la législation, on trouve la nécessité de donner une base légale à la pratique qui consistait à maintenir dans la zone internationale des ports et aéroports les étrangers non admis sur le territoire et, plus particulièrement, ceux qui demandaient à y entrer au titre de l'asile. Dans ce dernier cas, en effet, la décision de refus d'entrée en France ne pouvant être prise que par le ministre de l'Intérieur, après consultation du ministre des Affaires étrangères, il se produisait fréquemment que l'étranger soit maintenu en zone internationale pendant plusieurs jours, voire plusieurs semaines, en attendant que son cas soit examiné. Ce maintien provisoire, contrairement à la rétention qui intervient après un refus d'entrée dans l'attente d'un rapatriement, n'était ni prévu ni réglementé par les textes. La nécessité d'agir sur le plan législatif était notamment apparue du fait qu'en février 1992 une action pour séquestration arbitraire avait été introduite devant le tribunal de grande instance de Paris au nom de cinq demandeurs d'asile retenus pendant plusieurs jours dans la zone internationale.

Dans son jugement du 25 mars 1992, le tribunal devait faire droit à la requête : relevant que "ce maintien, en raison du degré de contrainte qu'il revêt et de sa durée - laquelle n'est fixée par aucun texte et dépend de la seule décision de l'administration, sans le moindre contrôle judiciaire -, a pour conséquence d'affecter la liberté individuelle de la personne qui en fait l'objet", il

en déduit l'existence d'une voie de fait des lors que "en l'état de la législation française concernant les étrangers, l'autorité

administrative ne peut priver temporairement un individu de sa liberté d'aller et venir que dans les hypothèses et suivant les modalités définies par les articles 5, dernier alinéa, et 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945" et que dans ces conditions l'atteinte à la liberté individuelle résultant du maintien en zone de transit est dépourvue de toute base légale.

Par la suite, la Cour européenne des droits de l'homme condamnera également la France dans une affaire analogue - où des demandeurs d'asile avaient été retenus à l'hôtel Arcade d'Orly pendant vingt-deux jours - pour violation de l'article 5, paragraphe 1er (*CEDH, 25 juin 1996, Amuur c/ France*). La Cour a estimé que, même si l'on était dans l'un des cas où l'article 5 autorise la privation de liberté (*art. 5, § 1 f*: empêcher une personne de pénétrer sur le territoire), encore fallait-il que celle-ci soit prévue par la loi, ce qui n'était pas le cas à l'époque des faits.

63. - De l'"*amendement Marchand*" à la loi du 6 juillet 1992. - Le gouvernement a donc saisi l'occasion de la discussion parlementaire d'un projet de loi modifiant l'ordonnance de 1945 pour la mettre en conformité avec la convention de Schengen pour proposer un amendement - dit "*amendement Marchand*", du nom du ministre de l'Intérieur de l'époque - visant à permettre de maintenir en zone internationale, dite "zone de transit", pendant le temps strictement nécessaire à son départ ou à l'examen de sa demande d'admission sur le territoire, l'étranger non autorisé à entrer sur le territoire français, ou demandant son admission au titre de l'asile, ou encore l'étranger en transit non admissible dans le pays de destination. La durée de ce maintien pouvait aller jusqu'à trente jours en tout : vingt jours sur simple décision du chef du service de contrôle aux frontières ou d'un fonctionnaire désigné par lui, puis dix jours supplémentaires sur autorisation du président du tribunal administratif.

L'émotion suscitée par cet amendement parmi les organisations de défense des droits de l'homme n'a pas suffi à empêcher son adoption mais a conduit le Premier ministre à saisir le Conseil constitutionnel pour qu'il se prononce sur sa constitutionnalité. Le Conseil constitutionnel, comme il était prévisible, a invalidé le texte. Le gouvernement a donc soumis au Parlement un nouveau projet de loi, dont est résulté la loi du 6 juillet 1992 sur laquelle le Conseil constitutionnel n'a pas eu à nouveau l'occasion de se prononcer. Le régime du maintien en zone d'attente qui en résulte, désormais prévu aux articles L. 221-1 à L. 224-4 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, a connu assez peu de changements depuis lors, contrairement au régime de la rétention.

64. - Principes constitutionnels applicables - La constitutionnalité des dispositions soumises à l'examen du Conseil constitutionnel devait s'apprécier au regard de deux principes de valeur constitutionnelle auxquels elles étaient susceptibles de porter atteinte : le droit d'asile et la liberté individuelle. Si le Conseil constitutionnel a écarté l'idée que les dispositions litigieuses porteraient atteinte au droit d'asile, il est en revanche arrivé à la conclusion - assez prévisible - qu'elles portaient atteinte à la liberté individuelle en ce qu'elles autorisaient le maintien en "zone de transit" des étrangers pendant une durée excessive et sans les garanties judiciaires appropriées (*Cons. const., déc. n° 92-306 DC, 25 févr. 1992*).

Pour défendre le dispositif mis en place, le gouvernement arguait de ce que le maintien en zone de transit organisé par la loi était fondamentalement différent de la rétention. Les lieux de rétention, disait-il, sont des locaux fermés et gardés afin de prévenir l'évasion d'étrangers présentant un risque de trouble de l'ordre public dans le port ou l'aéroport, tandis que les étrangers maintenus en zone de transit peuvent la quitter librement à tout moment à destination de tout pays étranger.

Le Conseil constitutionnel a estimé pour sa part que "le maintien d'un étranger en zone de transit, en raison de l'effet conjugué du degré de contrainte qu'il revêt et de sa durée, a (...) pour conséquence d'affecter la liberté individuelle de la personne qui en fait l'objet", ce qui rendait obligatoire l'intervention du juge judiciaire en vue d'autoriser la prolongation du maintien. En ajoutant que la durée du maintien "ne saurait en tout état de cause excéder un délai raisonnable", il a implicitement indiqué que le délai prévu par le texte ne l'était manifestement pas.

Le Conseil constitutionnel a cependant retenu de la thèse gouvernementale l'idée que le degré de contrainte exercé sur la personne maintenue en zone de transit était moindre que lorsqu'elle est placée en rétention : dans le premier cas la liberté d'aller et venir est "sensiblement entravée", selon son expression, alors que la rétention "prive un individu de toute liberté d'aller et venir". De sorte que si le législateur doit prévoir des garanties dans les deux cas, et notamment l'intervention de l'autorité judiciaire, ces garanties pouvaient ne pas être identiques pour le maintien en zone de transit et pour la rétention.

Cette thèse est à vrai dire contestable au regard des conditions concrètes du maintien en zone de transit, qui sont en pratique les mêmes que celles du maintien en rétention. Comme les étrangers placés en rétention, les étrangers maintenus en zone de transit sont enfermés sous constante surveillance policière dans des chambres d'hôtel, de sorte que leur liberté de quitter à tout moment cette zone pour le pays de leur choix paraît bien théorique. C'est pourtant cette idée qui a guidé le législateur puisque le maintien en "zone d'attente", selon la terminologie finalement adoptée par la loi du 6 juillet 1992, pouvait - et peut encore aujourd'hui - durer jusqu'à vingt jours au total, alors qu'à l'époque où la loi a été votée la rétention ne pouvait dépasser dix jours. L'allongement progressif de la durée de la rétention a abouti au résultat paradoxal que cette durée peut aujourd'hui dépasser celle du maintien en zone d'attente.

2° Régime juridique

65. - Conditions - Trois catégories de personnes arrivant en France par la voie ferroviaire, maritime ou aérienne peuvent être maintenues en zone d'attente (*C. étrangers, art. L. 221-1*) :

- les étrangers auxquels l'accès au territoire français est refusé. Dans ce cas, le maintien en zone d'attente n'est autorisé que pendant le temps strictement nécessaire à leur départ ;
- les étrangers qui sollicitent l'asile à la frontière. Dans ce cas, le maintien en zone d'attente est limité au temps strictement nécessaire à un examen de leur demande tendant à déterminer si elle n'est pas manifestement infondée. À l'issue de cet examen, si la décision du ministre de l'Intérieur, seul compétent pour refuser l'accès du territoire, est favorable, l'étranger est autorisé à pénétrer sur le territoire sous couvert d'un sauf-conduit pour entamer la procédure de détermination de la qualité de réfugié ; si la décision est négative, la situation de l'étranger est traitée selon la procédure des non-admis ;
- les étrangers en transit à qui l'embarquement vers le pays de destination finale a été refusé ou qui ont été refoulés vers la France par les autorités de ce pays.

66. - Définition - La zone d'attente est un espace qui s'étend des points d'embarquement ou de débarquement à ceux où sont effectués les contrôles des personnes. Elle peut inclure, sur l'emprise ou à proximité de la gare, du port ou de l'aéroport, ou à proximité des lieux de débarquement, un ou plusieurs lieux d'hébergement permettant d'assurer aux étrangers concernés des prestations de type hôtelier (*C. étrangers, art. L. 221-2*).

La loi n° 672-2011 du 16 juin 2011 a donné la possibilité à l'administration d'étendre considérablement le périmètre potentiel des zones d'attente en prévoyant que, "lorsqu'il est manifeste qu'un groupe d'au moins dix 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 plus dix kilomètres, la zone d'attente s'étend, pour une durée maximale de vingt-six jours, du ou des lieux de découverte des intéressés jusqu'au point de passage frontalier le plus proche". Ce dispositif a été imaginé pour permettre aux autorités de faire face à des situations du type de celle qui s'était produite en janvier 2010 : confrontée au débarquement d'une centaine de Kurdes sur les côtes corses, l'administration, faute de pouvoir les placer en zone d'attente, les avait placés en rétention dans la perspective de leur départ forcé, mais ils avaient été remis en liberté par les JLD en raison de l'irrégularité de la procédure suivie. Désormais, l'étranger pourra être placé dans une zone d'attente virtuelle, même s'il est appréhendé en dehors d'un point de passage frontalier, et pourra faire l'objet d'une procédure de non-admission sur le territoire français bien qu'il s'y trouve déjà physiquement.

67. - Intervention du juge judiciaire - Le maintien en zone d'attente est décidé par le chef du service de la police nationale ou des douanes chargé du contrôle aux frontières ou un fonctionnaire désigné par lui. Il peut être prononcé pour une durée maximum de quarante-huit heures, renouvelable une fois, soit quatre jours en tout (*C. étrangers, art. L. 221-3 et R. 221-1*).

Une fois écoulé le délai de quatre jours, l'administration doit obligatoirement saisir le juge des libertés et de la détention en exposant les raisons pour lesquelles l'intéressé n'a pu être rapatrié ou, s'il a demandé l'asile, admis sur le territoire, et le délai nécessaire pour assurer son départ de la zone d'attente. L'étranger doit être entendu par le juge. Il a droit à un avocat et à l'aide juridictionnelle et au concours d'un interprète.

Le juge peut décider soit de mettre un terme au maintien, soit de prolonger le maintien pour une durée de huit jours maximum. À l'expiration de ce délai, le maintien peut être renouvelé une fois encore - à titre exceptionnel, dit le texte, sans plus de précisions - pour une nouvelle durée de huit jours. La durée totale du maintien ne peut donc pas excéder vingt jours, sauf lorsque l'étranger dépose une demande d'asile dans les quatre derniers jours : dans ce cas, la période de maintien est prorogée de quatre jours (*C. étrangers, art. L. 222-1 à L. 222-3*).

Le juge évalue les éléments produits par l'administration pour justifier le maintien de l'étranger en zone d'attente et ceux produits par l'étranger pour contester la nécessité de ce maintien. Dans le cadre de cette évaluation, le juge accepte de tenir compte des garanties de représentation de l'étranger : billet de retour, réservation hôtelière, famille en France, somme d'argent en espèces... Pour tenter de contrer cette interprétation jurisprudentielle, la loi du 16 juin 2011 a inséré dans le Code de l'entrée et du séjour des étrangers une disposition prévoyant 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*" (*C. étrangers, art. L. 222-3, al. 3*).

Le législateur a par ailleurs introduit ici aussi la disposition mentionnée plus haut à propos du contrôle exercé par le juge judiciaire sur la rétention (*V. commentaire supra n° 60*), qui vise à éviter des remises en liberté motivées par des irrégularités de pure forme : en cas d'irrégularité le juge ne peut prononcer la mainlevée de la mesure de maintien en zone d'attente que lorsque celle-ci a eu pour effet de porter atteinte aux droits de l'étranger (*C. étrangers, art. L. 228-8*).

Si le juge refuse la prolongation du maintien de l'étranger en zone d'attente, celui-ci est autorisé à pénétrer sur le territoire

français sous couvert d'un "sauf-conduit", valable huit jours. À l'expiration de ce délai, l'étranger doit avoir quitté le territoire français, à moins qu'il ait obtenu une autorisation provisoire de séjour ou un récépissé de demande de carte de séjour ou de demande d'asile (*C. étrangers, art. L. 224-1*).

68. - Contrôle des zones d'attente - Pendant toute la durée du maintien, l'étranger a le droit de recevoir, à sa demande, l'assistance d'un interprète et d'un médecin et de communiquer avec son conseil ou toute personne de son choix.

Le procureur de la République et le juge des libertés et de la détention peuvent se rendre à tout moment sur place pour vérifier les conditions du maintien en zone d'attente et consulter le registre spécial où sont consignées les indications relatives aux conditions du maintien. Le procureur de la République visite les zones d'attente chaque fois qu'il l'estime nécessaire et au moins une fois par an (*C. étrangers, art. L. 223-1*).

Le délégué du Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR) ou ses représentants ainsi que les organisations humanitaires ont accès à la zone d'attente (*C. étrangers, art. L. 223-1 et R. 223-1 à R. 223-14*). Un arrêté du ministre de l'Intérieur fixe la liste des associations habilitées à accéder en zone d'attente. Cet accès est subordonné à un agrément individuel délivré par le ministre de l'Intérieur. Les visites sont autorisées sur la base d'un quota annuel et sous réserve des nécessités de l'ordre public et de la sécurité des transports. Par ailleurs, sur la base de conventions passées avec le ministère de l'Intérieur, la Croix Rouge française et l'Association nationale d'assistance aux frontières pour les étrangers (Anafé) sont présentes dans les locaux de la zone d'attente de l'aéroport de Roissy Charles de Gaulle (dite "Zapi 3") pour assurer respectivement une assistance à caractère humanitaire et juridique.

La présence des associations en zone d'attente ne suffit pas à garantir le respect des garanties prévues par les textes. Les rapports annuels de l'Anafé, consultables sur le site de l'association (www.anafe.org), relèvent de fréquentes violations des droits théoriquement reconnus : difficultés pour communiquer avec l'extérieur ou pour obtenir un interprète, insuffisance et promiscuité des conditions d'hébergement, obstacles au dépôt de demandes d'asile, refoulements forcés, violences sur les personnes retenues (sur la question spécifique des traitements inhumains et dégradants, *V. infra n° 77 à 80*. - Sur le contrôle exercé par le contrôleur général des lieux de privation de liberté, *V. infra n° 80*).

C. - Assignation à résidence

69. - L'assignation à résidence, qui a pour effet d'obliger un étranger à résider dans le lieu qu'elle détermine et le prive ainsi de sa liberté d'aller et venir et de circuler sur le territoire, peut être prononcée, soit par le juge, soit par le préfet. Dans les deux cas, elle se présente comme une mesure se substituant à l'enfermement.

La loi n° 2011-672 a sensiblement réformé le régime de l'assignation à résidence à laquelle est désormais consacré un titre entier du livre V du Code de l'entrée et du séjour des étrangers (mesures d'éloignement).

Dans l'état antérieur de la législation, l'article L. 513-4 prévoyait, comme alternative au placement en rétention, la possibilité d'assigner à résidence l'étranger sous le coup d'une mesure d'éloignement qui "*justifie être dans l'impossibilité de quitter le territoire français en établissant qu'il ne peut ni regagner son pays d'origine, ni se rendre dans aucun autre pays*". Aucune durée maximum n'était fixée à cette mesure. Désormais la loi envisage deux hypothèses distinctes d'assignation à résidence par décision administrative : en cas d'impossibilité d'exécution de la mesure d'éloignement ou comme alternative à la rétention. Dans ce dernier cas elle peut s'accompagner du placement sous surveillance électronique.

70. - Assignation à résidence prononcée par un juge - L'assignation à résidence peut être ordonnée à titre exceptionnel par le juge des libertés et de la détention comme alternative à une prolongation de la rétention (*V. supra n° 58*). Cette mesure est subordonnée à des conditions strictes : il faut que l'intéressé dispose de garanties de représentation effectives, qu'il remette à un service de police ou à une unité de gendarmerie l'original du passeport et tout document justificatif de son identité. L'étranger est astreint à résider dans les lieux qui lui sont fixés par le juge et doit se présenter périodiquement aux services de police ou aux unités de gendarmerie en vue de l'exécution de la mesure d'éloignement (*C. étrangers, art. L. 552-4 et L. 552-5*).

71. - Assignation à résidence prononcée par l'autorité administrative en cas d'impossibilité d'exécution de la mesure d'éloignement - L'assignation à résidence peut être décidée à l'encontre d'un étranger sous le coup d'une mesure d'éloignement qui, pour des raisons variables, n'est pas ou ne peut pas être mise à exécution. L'assignation à résidence concerne l'étranger sous le coup d'une mesure d'éloignement qui "*justifie être dans l'impossibilité de quitter le territoire français ou ne peut ni regagner son pays d'origine, ni se rendre dans aucun autre pays*". L'autorité administrative peut, jusqu'à ce qu'existe une perspective raisonnable d'exécution de son obligation, l'autoriser à se maintenir provisoirement en France en l'assignant à résidence. Sont par exemple concernés des étrangers gravement malades ou dont la vie, la liberté ou l'intégrité physique risqueraient d'être menacées dans leur pays d'origine et qu'aucun autre pays n'accepte d'accueillir.

La loi du 16 juin 2011 a limité la durée de l'assignation à résidence : la décision est prise pour une durée maximale de six mois.

Elle peut être renouvelée "une fois ou plus dans la même limite de durée". En dépit de l'ambiguïté de la formulation adoptée, il ressort des travaux préparatoires que la durée totale ne peut pas excéder une année. Cette durée maximale de six mois ne s'applique pas aux personnes sous le coup d'une interdiction judiciaire du territoire français ni à celles qui ont fait l'objet d'une décision d'expulsion : dans ces deux hypothèses, l'assignation à résidence peut être prononcée sans fixer de durée.

Des dispositions spécifiques concernent l'étranger sous le coup d'une mesure d'expulsion (*C. étrangers, art. L. 523-3 à L. 523-5*) :

- s'il justifie être dans l'impossibilité de quitter le territoire français en établissant qu'il ne peut ni regagner son pays d'origine ni se rendre dans aucun autre pays, il peut être assigné à résidence ;
- le préfet peut également, en cas d'urgence absolue et de nécessité impérieuse pour la sûreté de l'État ou la sécurité publique, assigner à résidence un étranger qui fait l'objet d'une proposition d'expulsion. Dans ce cas, la mesure ne peut excéder un mois (*C. étrangers, art. L. 523-3*) ;
- l'étranger qui a fait l'objet d'un arrêté d'expulsion non exécuté et dont "*l'état de santé nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait entraîner pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité*" peut également être assigné à résidence (*C. étrangers, art. L. 523-4*). Dans ce cas, l'assignation à résidence est assortie d'une autorisation de travail ;
- enfin, l'assignation à résidence peut être prononcée "*à titre probatoire et exceptionnel*" à l'encontre d'un étranger normalement protégé contre une mesure d'éloignement, en raison de ses attaches en France, et qui a fait l'objet d'un arrêté d'expulsion dans le cadre des exceptions légales à cette protection. Dans ce cas, l'assignation à résidence est également assortie d'une autorisation de travail (*C. étrangers, art. L. 523-5*).

72. - Assignation à résidence prononcée par l'autorité administrative comme alternative à la rétention - Cette nouvelle hypothèse d'assignation à résidence a été créée par la loi du 16 juin 2011 pour se conformer au principe posé par la directive retour selon lequel la rétention ne doit intervenir qu'à défaut d'autres mesures moins coercitives.

Une décision d'assignation à résidence peut être prise dans les hypothèses mentionnées à l'article L. 551-1 qui énumère les cas où un étranger sous le coup d'une mesure d'éloignement peut être placé en rétention. Elle est subordonnée à deux conditions : 1. que l'exécution de l'obligation de quitter le territoire demeure une perspective raisonnable ; 2. que l'étranger présente des garanties de représentation effectives propres à prévenir le risque qu'il se soustraie à cette obligation (*C. étrangers, art. L. 561-2*). Dans ce cas, la durée de l'assignation est limitée à quarante-cinq jours, renouvelable une fois, soit quatre-vingt-dix jours au maximum.

Si l'étranger est père ou mère d'un enfant mineur, il peut être assigné à résidence même si les conditions prévues à l'article L. 561-2 ne sont pas remplies. Dans ce cas il est placé sous surveillance électronique (*C. étrangers, art. L. 562-1*). Il s'agit d'éviter le placement en rétention des enfants mineurs, seule alternative laissée aux parents qui ne veulent pas se séparer de leurs enfants.

Le dispositif est très contraignant. La décision administrative, qui nécessite l'accord de l'intéressé, est prise pour une durée de cinq jours et ne peut être prolongée que par le JLD dans les mêmes conditions qu'une décision de placement en rétention.

L'étranger est soumis à un contrôle étroit : il ne peut s'absenter de son domicile ou de tout autre lieu fixé par l'administration ou par le juge en dehors des périodes fixées par eux ; il est astreint au port d'un "dispositif intégrant un émetteur", communément appelé "bracelet électronique", qui permet de suivre à distance ses déplacements.

Cette surveillance à distance est assurée par des fonctionnaires de la police ou de la gendarmerie nationales, qui sont autorisés pour l'exécution de cette mission, à mettre en oeuvre un traitement automatisé de données nominatives.

En outre, les agents chargés du contrôle peuvent se rendre sur le lieu de l'assignation pour demander à rencontrer l'étranger. Ils ne peuvent toutefois pénétrer au domicile de la personne chez qui le contrôle est pratiqué sans l'accord de celle-ci. (*C. étrangers, art. L. 562-2*).

V. - Traitements attentatoires à la dignité

A. - Textes

73. - L'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants fait partie des droits de l'homme dont les étrangers peuvent revendiquer le respect intégral, au même titre que les nationaux, puisqu'il s'agit d'un droit "intangibles" ou "indérogeable". L'importance des garanties apportées par les mécanismes internationaux de protection des droits de l'homme et par les textes de droit interne dans ce domaine est d'autant plus grande que les étrangers sont particulièrement exposés à subir des traitements contraires à la dignité humaine. L'enfermement, l'éloignement forcé, la vulnérabilité engendrée par la clandestinité constituent en effet le terreau où ce type de pratiques prohibées peut prospérer.

74. - Convention des Nations Unies contre la torture - La convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants, signée le 10 décembre 1984 et ratifiée par la France en 1987, rappelle le caractère intangible des droits qu'elle énonce en stipulant qu'aucune circonstance exceptionnelle ne peut être valablement invoquée pour justifier la torture.

La convention oblige les États non seulement à prévenir la survenance d'actes de torture ou constituant des traitements cruels, inhumains ou dégradants mais aussi de diligenter une enquête impartiale lorsqu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'un acte de torture a été commis sur leur territoire.

Surtout, la convention prohibe de manière spécifique l'éloignement d'une personne "*vers un État où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture*" (art. 3, § 1). Pour déterminer la réalité de ces motifs, l'État doit tenir compte de toutes les considérations pertinentes, y compris, le cas échéant, de l'existence dans l'État de destination d'un "ensemble de violations systématiques des droits de l'homme graves, flagrantes ou massives" (art. 3, § 2).

Les communications soumises au Comité contre la torture (CAT), constitué d'experts indépendants et chargé de surveiller l'application de la convention (art. 22), émanent dans leur très grande majorité de ressortissants étrangers qui contestent la mesure d'éloignement qui les vise. Le CAT a donc été amené à adopter une "observation générale" destinée à guider les États parties et les auteurs de communications (*Observation générale n° 1 : application de l'article 3 de la convention (Refoulement) dans le contexte de l'article 22 (Communications) : Doc. NU A/53/44, ann. IX (1997)*) et d'où il ressort notamment :

- qu'il incombe à l'auteur de la communication de prouver : qu'il risque d'être soumis à la torture, que les motifs de croire que ce risque existe sont sérieux et que le risque est encouru personnellement et actuellement. L'existence d'un risque doit être appréciée selon des éléments qui ne se limitent pas à de simples supputations ou soupçons, mais il n'est pas nécessaire pour autant de montrer que le risque couru est hautement probable ;

- que la protection joue aussi bien vis-à-vis de l'État vers lequel la personne concernée va être expulsée, refoulée ou extradée que de celui vers lequel elle peut l'être ultérieurement ;

- que l'existence d'un ensemble de violations systématiques des droits de l'homme graves, flagrantes ou massives vise les violations commises par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite.

75. - Article 3 Convention EDH - L'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui stipule que "*nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants*" a donné lieu à une jurisprudence abondante et "constructive" de la Cour.

S'agissant du sort spécifique des ressortissants étrangers, cette disposition peut être invoquée lorsqu'une mesure d'éloignement forcé ou une privation de liberté s'accompagne de traitements prohibés par l'article 3, mais aussi lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé court le risque d'être soumis, dans le pays vers lequel on envisage de le renvoyer : cette "protection par ricochet" a été affirmée pour la première fois par la Cour européenne en 1989, en s'inspirant des dispositions explicites de la Convention des Nations Unies contre la torture.

76. - Droit interne - Les principes posés par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ont été incorporés au droit français : d'abord par le Conseil d'État, qui a obligé l'administration, lorsqu'elle procède à l'éloignement d'un étranger, à tenir compte des risques encourus dans le pays de destination et décidé d'exercer un contrôle entier sur le choix de ce pays ; ensuite par le législateur, qui a retranscrit cette jurisprudence dans les textes et inséré d'autres dispositions protectrices concernant les étrangers malades. Parallèlement, l'incrimination, dans le nouveau Code pénal, de l'exploitation de la vulnérabilité d'autrui permet de réprimer certaines formes de "l'esclavage moderne" dont les étrangers sont les victimes par excellence.

B. - Mauvais traitements liés à l'enfermement et à l'éloignement

77. - Sources d'information - Les mauvais traitements émanant des autorités chargées du maintien de l'ordre sont rarement poursuivis et plus rarement encore réprimés. On ne retrouve donc guère la trace de ces mauvais traitements au niveau contentieux, *a fortiori* lorsqu'ils concernent des ressortissants étrangers. En revanche, de nombreux rapports officiels ou émanant d'ONG attestent que l'enfermement des étrangers et l'éloignement forcé favorisent différentes formes d'atteintes à la dignité humaine. Les visites, de plus en plus fréquentes, effectuées par des commissions de toute nature, internationales ou nationales, dans les lieux d'enfermement permettent de mettre en lumière et de dénoncer ces phénomènes, mais pas de les éradiquer.

78. - CPT et commissaire aux droits de l'homme - Dans le recueil intitulé "Les normes du CPT" (*CPT/Inf/E (2002) 1 - Rev. 2003*) sont rassemblés des extraits des différents rapports généraux du Comité européen pour la prévention de la torture. On y trouve notamment des extraits du 7e Rapport général qui fait le point sur le cas de "Personnes retenues en vertu de législations

relatives à l'entrée et au séjour des étrangers" (CPT/Inf (97) 10) et du 13e Rapp. gén. consacré à l'éloignement d'étrangers par la voie aérienne (CPT/Inf (2003) 35)). Le CPT s'y déclare préoccupé par les informations qu'il reçoit au sujet de moyens de contrainte utilisés lors de l'éloignement d'étrangers retenus : allégations de coups, de ligotage et de bâillonnement, ainsi que d'administration de calmants contre la volonté de la personne concernée. Si, admet-il, les membres des forces de l'ordre peuvent, à l'occasion, être contraints de recourir à la force pour procéder à l'éloignement, la force employée devrait être limitée à ce qui est strictement nécessaire et on ne peut tolérer, dit-il, que des personnes soient agressées physiquement pour les persuader de monter à bord d'un moyen de transport ou pour les punir de ne pas l'avoir fait. Il apparaît clairement, poursuit-il, au regard du nombre important de cas où des allégations de mauvais traitements ont été formulées, que les opérations d'éloignement d'étrangers par la voie aérienne présentent un risque manifeste de traitement inhumain et dégradant, aussi bien pendant la phase préparatoire à l'éloignement que la phase du vol proprement dit.

En ce qui concerne plus spécifiquement la France, le CPT se rend systématiquement, lors de ses visites périodiques, dans les centres de rétention et les zones d'attente. En 1991, il avait demandé la fermeture immédiate du centre de rétention du dépôt de la Préfecture de police de Paris situé sous le Palais de justice au vu des "graves déficiences en matière d'hygiène et de salubrité". On trouve dans ses rapports ultérieurs des constats pessimistes sur les conditions d'hébergement, jugées dans certains cas attentatoires à la dignité des personnes retenues, mais aussi des allégations de comportements irrespectueux de la part du personnel de surveillance ou de mauvais traitements et de coups lors des embarquements ou des transferts de la zone d'attente ou du centre de rétention vers l'avion (V. notamment : *Rapp. relatif à la visite effectuée en France par le CPT du 17 au 21 juin 2002*, CPT/inf (2003) 40, Strasbourg, 16 déc. 2003).

Le commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, dans son "Rapport sur le respect effectif des droits de l'homme en France", suite à sa visite du 5 au 21 septembre 2005, fait lui aussi des constats critiques sur les conditions de rétention et de maintien en zone d'attente et se fait l'écho des plaintes recueillies, notamment au centre d'Arcenc, concernant le manque d'hygiène, la difficulté d'accéder aux soins, mais aussi les violences subies. Il relève les "conditions inhumaines et dégradantes" qui règnent au dépôt du Palais de Justice de Paris - après l'amélioration qui avait fait suite au rapport du CPT en 1991 -, qui constituent "une image flagrante d'une violation grave des droits de l'homme" (*Comm. DH (2006)2*, 15 févr. 2006).

79. - Rapports nationaux - Les rapports des associations présentes en zone d'attente (*Anafé* : V. *supra* n° 68) ou dans les centres de rétention (*Cimade*), consultables sur leurs sites respectifs (*www.anafe.org* et *www.cimade.org*), alertent régulièrement l'opinion et les pouvoirs publics sur le non-respect des garanties prévues par les textes, sur les déficiences des conditions matérielles, aggravées par l'allongement de la durée de la rétention, sur l'existence de violences et d'autres traitements inhumains et dégradants.

Les parlementaires, qui ont le droit d'accéder aux lieux d'enfermement, utilisent peu cette faculté. Toutefois, le rapport rédigé par un député au terme d'une série de visites, en 2001, se concluait par le constat que "les zones d'attente et les centres de rétention sont l'horreur de notre République" (*Avis présenté au nom de la Commission des lois sur le projet de loi de finances pour 2001, t. II, Intérieur et décentralisation, Police, Louis Mermaz* : *Doc. AN n° 2628*). Le caractère réitéré des critiques avait incité le législateur, en 2003, à mettre en place une Commission nationale de contrôle des lieux d'enfermement. Cette Commission nationale de contrôle des centres et locaux de rétention administrative et des zones d'attente (*C. étrangers, ex-art. R. 111-25 à R. 111-32*) pouvait effectuer des missions sur place et faire des recommandations au gouvernement en vue de l'amélioration des conditions matérielles et humaines de maintien en rétention ou en zone d'attente. Toutefois, simple organe consultatif placé auprès du ministre de l'Intérieur, elle n'avait que des pouvoirs très limités. Elle a été supprimée par la loi du 30 octobre 2007 instituant un contrôleur général des lieux de privation de liberté.

80. - Contrôleur général des lieux de privation de liberté - La loi du 30 octobre 2007 a confié à cette autorité indépendante la mission de "contrôler les conditions de prise en charge et de transfèrement des personnes privées de liberté, afin de s'assurer du respect de leurs droits fondamentaux". Le contrôleur général est habilité à ce titre à "visiter à tout moment, sur le territoire de la République, tout lieu où des personnes sont privées de leur liberté par décision d'une autorité publique", ce qui inclut les locaux et centres de rétention et les zones d'attente. Les visites effectuées ont donné lieu à de très nombreux rapports de visite, avis, et recommandations, qui mettent l'accent sur les conditions matérielles souvent déficientes de la rétention (salubrité, absence d'intimité, activités inexistantes...), et sur les difficultés pour exercer des droits théoriquement reconnus : communication avec l'extérieur et notamment avec la famille, accès à un avocat, accès aux soins, confidentialité des conversations, etc.

C. - Protection par ricochet

81. - Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme - La plupart des affaires où une violation de l'article 3 a été constatée par la Cour à propos de ressortissants étrangers mettaient en cause la "protection par ricochet". S'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé court un risque réel d'être soumis, dans le pays de destination, à un traitement contraire à l'article 3, l'État ne peut expulser la personne vers ce pays sauf à se rendre lui-même coupable d'une violation de la convention. Ce principe a été posé pour la première fois à propos d'une extradition vers les États-Unis où l'intéressé, qui encourait la peine de mort, risquait de subir, dans les "couloirs de la mort", des conditions d'incarcération constitutives d'un traitement inhumain et dégradant (*CEDH, 7 juill. 1989, Soering c/ Royaume-Uni* : *Rec. CEDH 1989, série A n° 161*). Il a été réaffirmé par la suite à propos d'une expulsion vers le Chili (*CEDH, 20 mars 1991, Cruz Vargas et al. c/ Suède* : *Rec. CEDH 1991, série A n° 201*) du

propos d'une expulsion vers le Chili (CEDH, 20 mars 1971, *Crúz Páras et al. c/ Suède* : Rec. CEDH 1971, série A n° 201), au reflux vers le Sri Lanka de demandeurs d'asile tamouls (CEDH, 30 oct. 1991, *Vilvarajah et al. c/ Royaume-Uni* : Rec. CEDH 1991, série A n° 215), à propos de l'expulsion vers l'Inde d'un séparatiste sikh (CEDH, 15 nov. 1996, *Chahal c/ Royaume-Uni*) ou encore à propos de l'expulsion d'un Somalien (CEDH, 17 déc. 1996, *Ahmed c/ Autriche*). La Cour exige toutefois que soit faite la preuve, au-delà de tout doute raisonnable, de la réalité des risques encourus : elle est donc plus exigeante sur ce point que le Comité des Nations Unies contre la torture. C'est sans doute là la contrepartie du fait que ses décisions sont obligatoires, ce qui n'est pas le cas des "communications" du CAT.

La Cour a rappelé le caractère absolu de l'interdiction formulée par l'article 3 qui fait partie des droits "indérogeables". Elle s'applique quel qu'ait été le comportement de l'intéressé et quel que soit le danger qu'il représente pour l'ordre public - contrairement à l'ingérence dans la vie privée et familiale qui peut être justifiée par un tel motif. Ainsi, les raisons de sécurité nationale invoquées par le Royaume-Uni pour procéder à l'expulsion vers l'Inde d'un séparatiste sikh ne peuvent pas aboutir à priver l'intéressé de la protection prévue par l'article 3 (CEDH, 15 nov. 1996, *Chahal c/ Royaume-Uni, préc.*).

La protection joue aussi lorsque le risque d'être soumis à des traitements contraires à l'article 3 n'émane pas des autorités officielles du pays de renvoi. Ainsi, l'expulsion d'un réfugié somalien vers son pays d'origine a été jugée contraire à l'article 3, malgré l'absence de pouvoir étatique en Somalie, dès lors qu'il était pourchassé par ceux qui étaient en position de force et détenaient le pouvoir réel dans le pays (CEDH, 17 déc. 1996, *Ahmed c/ Autriche*). La protection peut même trouver à s'appliquer dans le cas où le danger émane de personnes privées, si les autorités de l'État de destination ne sont pas en mesure d'apporter à l'intéressé une protection appropriée : c'est ce qui ressort d'une affaire concernant un narcotraffiquant colombien "repenti", qui craignait, en cas de retour forcé vers la Colombie, d'être exposé aux représailles de ceux qu'il avait dénoncés (CEDH, 29 avr. 1997, *H.L.R. c/ France*) : en l'espèce, la Cour a toutefois estimé qu'il n'y avait pas violation de l'article 3 parce que le risque encouru n'était pas plus important que les risques auxquels sont exposés tous les Colombiens.

Enfin, dans certains cas, la mesure d'expulsion peut constituer par elle-même, sans que l'État de destination soit directement en cause, une violation de l'article 3 : c'est notamment l'hypothèse où la mesure d'éloignement aurait des effets directs sur l'état de santé psychique ou physique du requérant. L'argument, souvent invoqué, n'a été que rarement retenu par la Cour. La violation de l'article 3 a néanmoins été constatée dans une affaire où les autorités britanniques entendaient expulser vers l'île des Caraïbes dont il était originaire un trafiquant de drogue : l'intéressé était atteint du sida en phase terminale, et l'arrêt brutal des soins qu'il recevait aurait eu pour effet de réduire encore son espérance de vie et de lui causer des souffrances physiques et morales extrêmes (CEDH, 2 mai 1997, *D. c/ Royaume-Uni*). La violation de l'article 3 a été constatée par la Commission européenne des droits de l'homme dans une affaire similaire (*Bamba Bamba c/ France, 1997*), mais l'affaire a été rayée du rôle de la Cour après la conversion de l'expulsion en assignation à résidence.

Dans un arrêt de Grande chambre rendu le 27 mai 2008, la Cour européenne des droits de l'homme a toutefois revu à la baisse le caractère absolu de la protection due au titre de l'article 3. S'agissant des étrangers sous le coup d'une mesure d'expulsion et atteints d'une maladie grave, elle a jugé que le fait qu'ils risquent de connaître une dégradation importante de leur situation, et notamment une réduction significative de leur espérance de vie, n'est pas en soi suffisant pour emporter violation de l'article 3. Ce n'est le cas que dans des circonstances très exceptionnelles, lorsque les considérations humanitaires militent contre l'expulsion sont impérieuses. En l'espèce la Cour a estimé, de façon à la fois étonnante et contestable, que ces circonstances exceptionnelles n'étaient pas caractérisées : tout en admettant que la qualité et l'espérance de vie de la requérante auraient à pâtir de son expulsion vers l'Ouganda et qu'elle aurait de grandes difficultés à trouver et acquérir les médicaments nécessaires en raison de leur coût, la Cour a relevé que celle-ci était apte à voyager et que son état était actuellement stable, ajoutant qu'il ne pesait pas sur le Royaume-Uni l'obligation de continuer à lui offrir une assistance médicale (CEDH, 27 mai 2008, n° 26565/05, *N. c/ Royaume-Uni*).

82. - Jurisprudence et législation internes - On retrouve la trace des principes posés par la Cour européenne des droits de l'homme dans le droit interne français, notamment en ce qui concerne les risques encourus dans le pays de destination et la protection accordée aux étrangers malades.

Dès 1987, le Conseil d'État a jugé que la décision fixant le pays de destination en cas d'éloignement du territoire était une décision distincte de l'arrêté d'expulsion ou de reconduite à la frontière, sur laquelle il lui revenait d'exercer un contrôle non pas "restreint", c'est-à-dire limité à la censure de l'erreur manifeste d'appréciation, mais "normal", de façon à vérifier que n'étaient violés ni le principe de non-refoulement posé par la convention de Genève, ni l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme (CE, ass., 6 nov. 1987, *Buayi* : *JurisData* n° 1987-601198).

Dans la pratique, cependant, les annulations prononcées sur le fondement des risques encourus dans le pays de destination sont rares : la plupart des recours - qui émanent en général de demandeurs d'asile à qui le statut de réfugié n'a pas été reconnu - sont rejetés au motif que le requérant n'établit pas la réalité des risques auxquels il serait exposé en cas de retour dans son pays.

L'obligation pour l'administration de tenir compte des risques encourus dans le pays de destination a été consacrée par le législateur. La loi du 24 août 1993 a en effet introduit dans l'ordonnance du 2 novembre 1945 une disposition selon laquelle "un étranger ne peut être éloigné à destination d'un pays s'il établit que sa vie ou sa liberté y sont menacées ou qu'il y est exposé à des

traitements contraires à l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales" (C. étrangers, art. L. 513-2).

La loi du 24 avril 1997 a par ailleurs interdit d'expulser ou de reconduire à la frontière les étrangers atteints d'une pathologie grave. La loi du 11 mai 1998 a été plus loin en conférant aux étrangers malades un droit au séjour. Les textes actuellement en vigueur interdisent désormais (*V. supra Fasc. 725, n° 74, 85 et 95*) de prononcer une mesure d'éloignement - expulsion, reconduite à la frontière ou interdiction du territoire - à l'encontre d'un "étranger résidant habituellement en France dont l'état de santé nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait entraîner pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité, sous réserve qu'il ne puisse effectivement bénéficier d'un traitement approprié dans le pays de renvoi" (*C. étrangers, art. L. 511-4, 10° et L. 521-3, 5°. - C. pén., art. 131-30-2*). Dans la même hypothèse, l'étranger se voit remettre de plein droit une carte de séjour temporaire portant la mention "vie privée et familiale", qui l'autorise à travailler (*C. étrangers, art. L. 313-11, 11°*).

La loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 a toutefois considérablement restreint la portée de cette protection en modifiant la formulation du texte : la protection contre l'éloignement doit jouer non plus lorsque l'étranger ne peut pas "effectivement bénéficier d'un traitement approprié dans le pas dont il est originaire" mais "sous réserve de l'absence d'un traitement approprié dans le pays dont il est originaire, sauf circonstance humanitaire exceptionnelle appréciée par l'autorité administrative après avis du directeur général de l'agence régionale de santé" (sur la portée de cette modification : *V. supra Fasc. 725, n° 46*).

D. - Exploitation de la vulnérabilité d'autrui

83. - Incrimination pénale - Le nouveau Code pénal, dans le chapitre intitulé "*Des atteintes à la dignité de la personne humaine*", incrimine les conditions de travail et d'hébergement contraires à la dignité de la personne sous la forme de deux délits distincts. Le premier consiste dans "*le fait d'obtenir d'une personne, dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur, la fourniture de services non rétribués ou en échange d'une rétribution manifestement sans rapport avec l'importance du travail accompli*" (*C. pén., art. 225-13*), le second dans le fait de soumettre une personne, dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont connus de l'auteur, à des conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine (*C. pén., art. 225-14*).

La loi pour la sécurité intérieure du 18 mars 2003 a, d'une part, augmenté le quantum des peines encourues et, d'autre part, modifié la rédaction des textes qui exigeaient à l'origine qu'il y ait eu "abus" de la vulnérabilité d'autrui. Enfin, elle a ajouté que "*les mineurs ou les personnes qui ont été victimes des faits décrits par ces articles à leur arrivée sur le territoire français sont considérés comme des personnes vulnérables ou en situation de dépendance*" (*C. pén., art. 225-15-1*). Le législateur a donc reconnu que les étrangers figuraient parmi les victimes toutes désignées des comportements incriminés.

C'est sur le fondement des articles 225-13 et 225-14 qu'a été jugée, avant même cette modification législative, une affaire d'esclavage domestique fortement médiatisée et qui est remontée ensuite jusqu'à la Cour européenne des droits de l'homme (*V. infra n° 84*). Il s'agissait d'une jeune Togolaise de seize ans, engagée par un couple pour s'occuper de jeunes enfants et accomplir des tâches ménagères, privée d'intimité car dormant dans la même chambre que les enfants, travaillant sans être payée et sans jamais bénéficier de congés. En première instance, le tribunal avait reconnu la violation de l'article 225-13 (rétribution inexistante ou insuffisante) mais non de l'article 225-14, puis la cour d'appel avait prononcé une relaxe générale. La Cour de cassation a en revanche estimé que la vulnérabilité et la dépendance de la victime étaient établies, s'agissant d'une personne mineure, étrangère, dépourvue de titre de séjour et de travail et sans ressources. Elle a donc cassé l'arrêt attaqué, mais uniquement dans ses dispositions civiles : si elle ouvrait ainsi la voie à l'indemnisation de la victime, la relaxe au pénal était en revanche définitivement acquise (*Cass. crim., 11 déc. 2001 : Bull. crim. 2001, n° 256 ; D. 2002, inf. rap. p. 695*).

84. - Interdiction de la servitude - La saisine de la Cour européenne des droits de l'homme a amené à placer l'affaire sur le terrain de l'article 4, qui interdit l'esclavage, la servitude et le travail forcé (*CEDH, 26 juill. 2005, n° 73316/01, Siliadin c/ France : JCP G 2005, II, 10142, note F. Sudre ; D. 2006, p. 346, note Roets*). La Cour conclut à la violation de l'article 4 : d'une part, elle estime que la requérante a bien été victime de travail forcé et de maintien en servitude ; d'autre part, elle constate que la France a violé les obligations positives qui lui incombaient pour assurer le respect de l'article 4, car les dispositions pénales françaises en vigueur à l'époque des faits (donc antérieurement aux modifications introduites par la loi du 18 mars 2003) n'ont pas assuré à la requérante une protection efficace.