

Paris, le 24 novembre 2014

Décision du Défenseur des droits MDS 2013-218

RESUME ANONYMISE DE LA DECISION

Décision relative au maintien en rétention administrative d'un étranger jusqu'à son éloignement en Italie en violation d'une ordonnance de fin de mise en rétention prise par un juge des libertés et de la détention.

Domaine de compétence de l'Institution : Déontologie de la sécurité

Thème : Rétention administrative - Privation arbitraire de liberté - Etranger – Préfecture – Police nationale - Ordre manifestement illégal

Consultation préalable : du collège compétent dans le domaine de la déontologie de la sécurité

Synthèse : Le Défenseur des droits a été saisi d'une réclamation relative au maintien en rétention d'un étranger jusqu'à sa reconduite aux frontières, le 1^{er} août 2011, nonobstant le prononcé d'une ordonnance de fin de mise en rétention par le juge des libertés et de la détention, le 30 juillet 2011, à Bordeaux.

Le Défenseur des droits constate que la décision de maintenir le réclamant en rétention, malgré l'ordonnance judiciaire de mise en liberté, a été prise oralement, par un fonctionnaire de permanence du service des étrangers de la préfecture de la Gironde, avec l'aval de son supérieur hiérarchique direct, qui n'était pas en service et sans que l'autorité préfectorale de permanence n'en soit avisée. Les agents ont estimé que la décision judiciaire était illégale, car le juge judiciaire n'aurait pas dû se prononcer avant l'écoulement d'un délai de cinq jours à compter du placement en rétention.

Or la seule voie légitime de contestation de la décision judiciaire était l'appel. Aucun appel n'ayant été interjeté, la décision du juge des libertés et de la détention était exécutoire.

En conséquence, le maintien du requérant en rétention constitue une privation arbitraire de liberté, prise en violation de l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958, et est également susceptible de caractériser une voie de fait.

Le Défenseur des droits recommande donc de signifier la présente décision à toutes les personnes intervenues et/ou informées de la décision de maintien de l'étranger en rétention, dont les autorités préfectorales, de rappeler aux fonctionnaires de police intervenus les dispositions du code de déontologie de la police nationale relatives aux ordres manifestement illégaux.

Le Défenseur des droits transmet la présente décision pour information au président du tribunal de grande instance de Bordeaux, ainsi qu'au procureur de la République près le tribunal de grande instance de Bordeaux.

Il transmet également cette décision, pour réponse, au ministre de l'Intérieur.

Paris, le 24 novembre 2014

Décision du Défenseur des droits MDS-2013-218

Le Défenseur des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

Vu le décret n° 86-592 du 18 mars 1986 portant code de déontologie de la police nationale, applicable au moment des faits ;

Après consultation préalable du collège compétent en matière de déontologie de la sécurité ;

Après avoir pris connaissance de la procédure administrative d'éloignement diligentée à l'égard de M. X., de la procédure judiciaire diligentée à son encontre et de celle diligentée suite à sa plainte pour privation arbitraire de liberté, dont les actes d'enquête ont été effectués par l'inspection générale de la police nationale (IGPN), de deux rapports du commissaire divisionnaire A., ainsi que de trois notes du pôle étranger de la préfecture de Gironde, à l'attention du préfet de région sur cette affaire, en date des 4 août, 5 août et 10 août 2011 ;

Après avoir pris connaissance des notes du 17 août 2011 du préfet de région Aquitaine relatives à l'organisation de la permanence préfectorale et aux ordonnances du juge des libertés et de la détention ;

Après avoir pris connaissance des réponses apportées à un questionnaire par la brigadière-chef E., en fonction au centre de rétention administrative de Bordeaux à l'époque des faits, le brigadier-chef B., alors adjoint au chef du pôle éloignement, chef de la cellule d'appui à l'éloignement à la direction zonale de la police aux frontières Sud-Ouest et le commissaire A., alors directeur zonal adjoint de la police aux frontières du Sud-Ouest, ainsi que des réponses apportées à un questionnaire par M. D. et M. C., respectivement secrétaire administratif et adjoint administratif de première classe à la préfecture de Gironde au moment des faits ;

Saisi par la CIMADE (11-010017), le 4 août 2011, du maintien en rétention administrative de M. X. jusqu'à son éloignement, le 1^{er} août 2011, malgré une ordonnance de fin de mise en rétention rendue par le juge des libertés et de la détention, le 30 juillet 2011, à Bordeaux ;

Constate que la décision de maintenir le réclamant en rétention, malgré l'ordonnance judiciaire de mise en liberté, a été prise oralement, par un fonctionnaire de permanence du service des étrangers de la préfecture de la Gironde, avec l'aval de son supérieur hiérarchique direct, qui n'était pas en service et sans que l'autorité préfectorale de permanence n'en soit avisée ;

Constate que l'autorité préfectorale de permanence n'était, à l'époque des faits, contactée le week-end, qu'en vue de la signature des arrêtés d'éloignement, mais que, suite à cette affaire, ce dispositif a été réorganisé afin que l'autorité préfectorale soit directement sollicitée dans ce type de situation ;

Constate que les deux agents de la préfecture, tout comme les fonctionnaires de la police aux frontières consultés, ont estimé que la décision judiciaire était illégale, car le juge judiciaire n'aurait pas dû se prononcer avant l'écoulement d'un délai de cinq jours à compter du placement en rétention ;

Considère que la seule voie légitime de contestation de la décision judiciaire était l'appel et que, aucun appel n'ayant été interjeté, la décision du juge des libertés et de la détention était exécutoire ;

Constate que les agents de la préfecture n'ont pas envisagé d'interjeter appel de la décision judiciaire, au motif que cet appel, non suspensif, n'aurait pas permis d'éviter la remise en liberté du requérant, et auraient donc fait obstacle à la décision d'éloignement du requérant ;

Considère en conséquence que le maintien du requérant en rétention constitue une privation arbitraire de liberté, prise en violation d'une décision judiciaire ainsi que de l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958, et est également susceptible de caractériser une voie de fait ;

Déplore que les impératifs d'exécution d'une mesure d'éloignement aient primé sur le respect du principe constitutionnel de la liberté d'aller et venir et le principe d'ordre public du double degré de juridiction ;

Constate l'absence d'opposition de l'ensemble des fonctionnaires de police consultés sur cette décision ou chargés de l'exécuter, comme celle des autorités informées de celle-ci ;

Recommande, au vu de l'illégalité de la décision prise par l'adjoint administratif de première classe C., et de l'absence d'opposition des personnes qui en ont été informées, de leur signifier à tous la présente décision, y compris aux autorités destinataires du flash d'information envoyé le 31 juillet 2011 ;

Recommande de rappeler aux fonctionnaires de la police aux frontières intervenus ou consultés les dispositions du code de déontologie de la police nationale et de la gendarmerie nationale relatives à l'obéissance et à l'ordre manifestement illégal (article R. 434-5 du code de la sécurité intérieure).

Conformément à l'article 25 de la loi organique du 29 mars 2011, le Défenseur des droits adresse cette décision pour réponse au ministre de l'Intérieur, qui dispose d'un délai de deux mois pour faire connaître les suites qu'il donnera à ces recommandations.

Conformément à l'article 33 de la loi organique du 29 mars 2011, le Défenseur des droits transmet la présente décision pour information au président du tribunal de grande instance de Bordeaux, ainsi qu'au procureur de la République près le tribunal de grande instance de Bordeaux.

Le Défenseur des droits transmet également cette décision, pour information, au préfet de région Aquitaine, préfet du département de Gironde en fonction au moment des faits.

Le Défenseur des droits

Jacques TOUBON

> LES FAITS

Le 28 juillet 2011, à 19h05, M. X., ressortissant indien résidant en Italie, a été interpellé dans la gare de Bordeaux Saint-Jean par des fonctionnaires de police agissant dans le cadre de la prévention et de la recherche des infractions liées à la criminalité transfrontière. Selon des associations qui l'ont ensuite aidé, il était au guichet en train d'acheter un billet de train pour rentrer en Italie.

M. X. était en possession d'un passeport indien présentant un visa italien valide du 23 octobre 2006 au 22 janvier 2007. Etant dépourvu de document lui permettant de circuler ou séjourner régulièrement sur le territoire national français, les fonctionnaires de police ont procédé à son interpellation et à son placement en garde à vue à l'unité judiciaire du service de la police aux frontières.

Le 29 juillet 2011, M. X. a fait l'objet d'une demande de réadmission adressée à l'Italie, qui l'a par la suite acceptée, et d'un arrêté de remise aux autorités italiennes pris par le préfet de la Gironde. Afin de garantir l'exécution de cette mesure et compte tenu de l'absence de garantie de représentation de M. X., un arrêté de placement en rétention administrative a été pris à son encontre.

Le 30 juillet 2011, M. X. a saisi le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Bordeaux de plusieurs requêtes de fin de mise en rétention.

Le même jour, à 18h12, le juge des libertés et de la détention a jugé en audience publique, à laquelle a assisté un réserviste de la préfecture de la Gironde, que la mesure de rétention administrative dont faisait l'objet M. X. était illégale en ce que « *le placement en garde à vue [était] irrégulier* », et a pris une ordonnance de fin de mise en rétention.

Cette ordonnance a été notifiée immédiatement à M. X., qui a été reconduit après l'audience au centre de rétention administrative. Elle a été notifiée au procureur de la République près le tribunal de grande instance de Bordeaux, lequel a déclaré, à 18h45, ne pas relever appel de cette décision. La décision a également été notifiée par fax à la préfecture de la Gironde, à 18h59, mais le réserviste de la préfecture, présent à l'audience, en a donc eu connaissance dès son adoption.

Lorsque la brigadière-chef E., alors chef de poste au centre de rétention administrative de Bordeaux, a eu connaissance de l'ordonnance de fin de mise en rétention par le juge des libertés et de la détention, elle en a aussitôt averti le brigadier-chef B., adjoint au chef du pôle éloignement, chef de la cellule d'appui à l'éloignement (relevant de la direction zonale de la police aux frontières de Bordeaux), lequel n'était plus en service à cette heure-là. Elle souhaitait connaître la position de la préfecture. Le brigadier-chef B. lui a répondu qu'il allait se renseigner. En effet, les centres de rétention administrative sont placés sous la responsabilité des préfets de département et ce sont ces derniers qui ont compétence pour mettre en œuvre les ordonnances du juge des libertés et de la détention et donner directement des instructions aux fonctionnaires des centres de rétention administrative.

A 18h25, le brigadier-chef B. a pris contact avec M. C., adjoint administratif de première classe et fonctionnaire de permanence au service éloignement des étrangers à la préfecture de la Gironde, qui lui a indiqué qu'il en avisait son supérieur hiérarchique direct, le secrétaire administratif de classe exceptionnelle M. D., responsable de la section éloignement de la préfecture de la Gironde.

M. D. n'était pas en service, mais M. C. l'a joint à 18h30 sur son téléphone personnel et l'a informé de la décision du juge des libertés et de la détention. Lors de cette conversation, le secrétaire administratif M. D. a expliqué que, selon lui, seul le juge administratif pouvait intervenir au cours de la période initiale de cinq jours de placement en rétention administrative, aux fins de l'annulation de l'arrêté de placement en rétention. Il a indiqué à l'adjoint administratif, qu'il était d'avis de maintenir M. X. au centre de rétention administrative dans la mesure où cette décision judiciaire était de toute évidence « *frappée d'incompétence* ». Il a également évoqué un arrêt de la Cour de cassation du 25 mars 2009¹ selon lequel un étranger n'est recevable à demander au juge judiciaire qu'il soit mis fin à sa rétention qu'après la prolongation de celle-ci. Cette opinion rejoignant la sienne, M. C. a pris la décision de maintenir M. X. en rétention.

Il en a oralement avisé le brigadier-chef B., en précisant qu'il en avait référé à sa hiérarchie, mais sans mentionner la qualité de celle-ci. A l'appui de sa décision, il a notamment évoqué la loi du 16 juin 2011, posant l'incompétence du juge des libertés et de la détention à intervenir avant l'expiration de la fin de la période de cinq jours de rétention, ainsi que l'arrêt précité de la Cour de cassation du 25 mars 2009. Le brigadier-chef n'a pas été surpris de ce raisonnement, connaissant également ces dispositions et cette jurisprudence.

M. C. a ensuite avisé de sa décision les policiers du centre de rétention administration, en la personne de l'adjoint de sécurité F., qui se tenait aux côtés de la brigadière-chef E., chef de poste. Il lui a expliqué qu'il était opportun de garder dans leurs locaux M. X. jusqu'à son vol prévu le lundi matin [1^{er} août 2011], en raison de l'incompétence du juge des libertés et de la détention d'intervenir avant la prolongation de la rétention administrative.

Aussitôt informée de cette décision, la brigadière-chef E. a rappelé le brigadier-chef B., qui lui a confirmé la décision de la préfecture de ne pas exécuter l'ordonnance du juge des libertés et de la détention.

De son côté, vers 19h00, le brigadier-chef B. a voulu contacter le directeur zonal de la police aux frontières, en raison de la contradiction de la décision préfectorale avec la décision judiciaire. Il a pu seulement joindre le directeur zonal adjoint, le commissaire divisionnaire A., qui était encore en congés. Le brigadier-chef lui a alors indiqué « *pour information* » (d'après ce dernier), le sens de la décision prise par la préfecture de la Gironde, en lui expliquant qu'elle avait été prise en accord avec l'autorité hiérarchique du fonctionnaire de permanence au service des étrangers à la préfecture de la Gironde, sans pour autant lui préciser la qualité de cette autorité, puisqu'il l'ignorait. Le commissaire divisionnaire a déclaré, dans ses réponses au questionnaire du Défenseur des droits, qu'il était certain, au vu de la pratique habituelle, que cette décision avait été prise par le membre du corps préfectoral de permanence.

Si le commissaire n'a pas non plus été surpris par le raisonnement de la préfecture, il a néanmoins demandé au brigadier-chef de diffuser un « *flash d'information* », au regard de la confusion de la situation, et de la contradiction de la décision de la préfecture avec celle du juge des libertés et de la détention. Ainsi, dans la matinée du dimanche 31 juillet 2011, une note d'information relatant les faits dans leur ensemble a été notamment transmise à l'état-major de la salle d'information et de commandement de la direction centrale de la police aux frontières, à la sous-direction de l'immigration irrégulière et des services territoriaux de la direction centrale de la police aux frontières, au cabinet du préfet de région, ainsi qu'au préfet délégué à la sécurité et à la défense à Bordeaux.

¹ Cass.1^{re} civ., 25 mars 2009, n° 08-13.496.

Cette note d'information n'a donné lieu à aucune réaction de la part des autorités préfectorales, ainsi que l'ont confirmé tous les agents auxquels le Défenseur des droits a envoyé un questionnaire.

Le 31 juillet 2011, à 18h12, soit au terme du délai de vingt-quatre heures prévu pour former appel (non suspensif) contre ladite ordonnance, la préfecture ne s'étant pas manifestée, l'ordonnance de remise en liberté est devenue définitive.

M. X. a néanmoins été retenu jusqu'au lundi 1^{er} août 2011, à 6h55, puis a été reconduit à la frontière italienne. Il ne s'est pas opposé à sa reconduite, souhaitant, de toute façon, rentrer en Italie.

M. X. a déposé plainte pour privation arbitraire de liberté auprès du procureur de la République près le tribunal de grande instance de Bordeaux par l'intermédiaire de son conseil, le 3 août 2011. L'enquête judiciaire, réalisée par l'inspection générale de la police nationale (IGPN), a abouti au classement sans suite de la plainte de M. X. pour absence d'infraction.

* *

*

1° Concernant le maintien de M. X. au centre de rétention administrative

Lors de son audition au cours de l'enquête judiciaire, l'adjoint C. a justifié l'inexécution de la décision du juge des libertés et de la décision par l'article L. 552-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, introduit par la loi du 16 juin 2011 et entré en vigueur le 18 juillet 2011, posant la compétence du juge des libertés et de la détention s'agissant de la prolongation de la rétention administrative, et donc passé le délai initial de cinq jours. Il s'est également référé à un arrêt de Cour de cassation du 25 mars 2009² selon lequel un étranger n'est recevable à demander au juge judiciaire qu'il soit mis fin à sa rétention qu'après que la prolongation de celle-ci a été ordonnée. Il a aussi, dans sa réponse au questionnaire du Défenseur des droits, évoqué une ordonnance de la cour d'appel de Nîmes du 22 juillet 2011 considérant que le juge des libertés et de la détention n'avait pas à intervenir dans le délai des cinq jours précédemment évoqué. Cette décision l'a conforté dans son analyse au moment des faits. M. C. a, dans ses réponses au questionnaire précité, évoqué deux ordonnances de septembre 2011 de la cour d'appel de Bordeaux, dans des affaires similaires dans lesquelles un appel avait été interjeté, qui ont conclu à un excès de pouvoir du juge.

Le secrétaire administratif D., supérieur hiérarchique de l'adjoint C. était en accord avec l'analyse juridique du secrétaire administratif M. D.

Le brigadier-chef B. et le commissaire divisionnaire A., lorsqu'ils ont été informés de la décision, n'en ont pas été surpris et n'ont donc pas estimé être en présence d'un ordre illégal. D'après leurs déclarations à l'IGPN, comme leurs réponses aux questionnaires envoyés par le Défenseur des droits, ils avaient connaissance de la décision précitée de la Cour de cassation du 25 mars 2009.

² Cass.1^{re} civ., 25 mars 2009, n° 08-13.496.

Le commissaire, pour sa part, était également informé des réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel lors de l'examen de la loi de 2011, relativement à l'intervention du juge judiciaire au cours de la période de rétention administrative. Il a considéré que le juge des libertés et de la détention avait commis un excès de pouvoir, en violant les lois des 16 et 24 août 1790, et le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs. Les deux hommes n'ont, de ce fait, pas contesté la décision de l'adjoint C., qu'ils pensaient, de plus, émaner de l'autorité préfectorale de permanence.

La brigadière-chef E. n'a également émis aucun doute sur la régularité de la décision des services préfectoraux, d'après ses réponses au questionnaire adressé par le Défenseur des droits. Elle a ainsi expliqué « *n'avoir aucun rôle à jouer dans la mise en œuvre de la décision de l'agent de la préfecture, si ce n'est que d'exécuter l'ordre de ne pas libérer* ».

Il apparaît en effet que le juge des libertés et de la détention était incompétent pour intervenir avant l'écoulement du délai de cinq jours à compter du placement en rétention, ainsi que l'a confirmé la Cour de cassation, dans un arrêt du 5 décembre 2012³.

Quels que soient le raisonnement juridique, les éléments légaux et jurisprudentiels avancés, l'ordonnance de remise en liberté de M. X., en ce qu'il s'agit d'une décision judiciaire, ne pouvait être contestée que par les voies de recours légalement prévues, à savoir l'appel, ainsi que le rappelle l'article L. 552-9 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. Les arguments juridiques développés pour les différents agents auraient alors pu être valablement invoqués à l'appui de ce recours.

Or le procureur de la République a déclaré ne pas relever appel (suspensif) dès notification de l'ordonnance, et la préfecture de la Gironde ne s'est pas manifestée dans le délai imparti de vingt-quatre heures pour former appel (non suspensif la concernant) à l'encontre de l'ordonnance du juge des libertés et de la détention⁴.

Interrogés par le Défenseur des droits sur la raison pour laquelle l'autorité administrative n'avait pas interjeté appel de l'ordonnance qu'ils estimaient illégale, MM. C. et D. ont précisé n'avoir pas envisagé l'hypothèse d'un appel de la préfecture au motif que le procureur de la République n'ayant pas interjeté appel suspensif, un appel de la préfecture, non suspensif, aurait été inefficace car M. X. aurait été remis en liberté. M. D. précise que cette remise en liberté aurait fait échec à l'éloignement du territoire français. MM. C. et D. considèrent également que former appel de cette décision serait revenu à « donner un caractère légal à une décision manifestement illégale ».

En l'absence d'appel, l'ordonnance du juge des libertés et de la détention aurait dû être exécutée, et M. X. aurait dû être libéré depuis le 30 juillet 2011, à 18h45, heure à laquelle le procureur a déclaré ne pas interjeter appel suspensif de l'ordonnance litigieuse.

Le Défenseur des droits constate donc que M. X., qui a été retenu jusqu'au lundi 1^{er} août 2011, à 6h55, a été privé arbitrairement de liberté, en violation d'une décision judiciaire. Il a ainsi été porté atteinte, non seulement à l'autorité de la chose jugée⁵, mais également à l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958, au terme duquel « *Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi.* »

³ Cass. 1^{re} Civ., 5 déc. 2012, n° 11-30.548.

⁴ Sur les modalités d'appel en la matière, V. l'article L. 552-10 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

⁵ L'autorité de la chose jugée interdit de remettre en cause un jugement, en dehors des voies de recours prévues à cet effet. Elle est évoquée dans le code de procédure civile (V. not. art. 480), ainsi que dans le code civil (art. 1350 et 1351).

Le Défenseur des droits déplore que les impératifs d'exécution d'une mesure d'éloignement aient primé sur le respect du principe constitutionnel de la liberté d'aller et venir et du principe d'ordre public du double degré de juridiction.

Au regard des éléments en possession du Défenseur des droits, il apparaît que les infractions d'atteinte à la liberté individuelle, posées par les articles 432-4 (ordre ou exécution d'une arrestation ou détention arbitraire)⁶ et 432-5 (omission de mettre fin à une privation illicite de liberté et omission de contrôler la régularité d'une privation de liberté taxée d'illicite)⁷ du code pénal, pourraient être constituées.

Ni l'erreur de droit, ni le commandement de l'autorité légitime, ne semblent en effet pouvoir être invoqués dans la présente espèce.

L'erreur de droit est ainsi définie par l'article 122-3 du code pénal : « *N'est pas pénalement responsable la personne qui justifie avoir cru, par une erreur sur le droit qu'elle n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir l'acte* ». La Cour de Cassation avait déjà écarté l'application de cette cause d'irresponsabilité pénale dans une affaire similaire où un fonctionnaire de la préfecture avait maintenu un étranger en rétention, en application d'une circulaire⁸. Dans cet arrêt, la Cour de Cassation expliquait que le défaut d'intention délictueuse ne pouvait se déduire, concernant l'agent de la préfecture, « *ni de la mise de recommandation contenues dans des circulaires, ni d'une méconnaissance de la loi, qu'il lui appartenait au contraire d'appliquer* ». En effet, suivant la jurisprudence constante de la Cour de cassation, l'infraction est constituée, non seulement si le fonctionnaire connaissait l'illégalité de l'acte qu'il accomplissait, mais également s'il devait la connaître⁹.

Or, l'adjoint C., qui avait manifestement de bonnes connaissances juridiques, puisqu'il connaissait des textes et de la jurisprudence sur la compétence du juge des libertés et de la détention, ne pouvait ignorer qu'outrepasser une décision juridictionnelle, au mépris des règles les plus élémentaires de procédure, en refusant délibérément d'utiliser les voies de recours prévues par la loi, à savoir l'appel, constituait clairement un acte illégal. Une telle erreur ne peut être considérée comme inévitable. Il en est ainsi, tant par rapport à l'adjoint C., qu'à son supérieur hiérarchique D. qui, bien que non en service, a pris une part non négligeable dans le processus décisionnel en cause.

Concernant le commandement de l'autorité légitime, qui pourrait être allégué par les fonctionnaires de police ayant appliqué la décision prise par l'adjoint C., l'article 122-4 du code pénal, alinéa 2, dispose que : « *N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal.* ».

⁶ C. pén., art. 432-4 : Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, agissant dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, d'ordonner ou d'accomplir arbitrairement un acte attentatoire à la liberté individuelle est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende.

Lorsque l'acte attentatoire consiste en une détention ou une rétention d'une durée de plus de sept jours, la peine est portée à trente ans de réclusion criminelle et à 450 000 euros d'amende.

⁷ C. pén., art. 432-5 : Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ayant eu connaissance, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, d'une privation de liberté illégale, de s'abstenir volontairement soit d'y mettre fin si elle en a le pouvoir, soit, dans le cas contraire, de provoquer l'intervention d'une autorité compétente, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.

Le fait, par une personne visée à l'alinéa précédent ayant eu connaissance, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, d'une privation de liberté dont l'illégalité est alléguée, de s'abstenir volontairement soit de procéder aux vérifications nécessaires si elle en a le pouvoir, soit, dans le cas contraire, de transmettre la réclamation à une autorité compétente, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende lorsque la privation de liberté, reconnue illégale, s'est poursuivie.

⁸ Cass. crim. 12 oct. 1993, n° 92-81.743, *Bull. crim.* n° 285.

⁹ V. not. Cass. crim., 5 janv. 1973, *D.* 1973.541, note Roujou de Boubée.

La décision pouvait bien sembler avoir été prise par l'autorité légitime, l'adjoint C. n'ayant pas précisé aux fonctionnaires de police que l'autorité préfectorale de permanence n'avait pas été contactée. En revanche, outrepasser une décision juridictionnelle, au mépris des règles les plus élémentaires de procédure, constitue clairement un acte manifestement illégal, ce d'autant plus lorsque la liberté d'aller et venir d'une personne est en jeu. La Cour de Cassation rappelle ainsi fréquemment que le fait de se conformer aux ordres de ses supérieurs hiérarchiques ne constitue pas, pour un prévenu, ni un fait justificatif, ni une excuse lui permettant d'échapper aux conséquences de l'infraction qu'il a commise¹⁰.

Le Défenseur des droits constate également qu'une telle atteinte à la liberté d'aller et venir serait également susceptible d'être constitutive d'une voie de fait de la part de l'administration, engageant sa responsabilité, dans la mesure où l'administration a pris une décision portant gravement atteinte à une liberté individuelle¹¹ et où cette décision a été prise sans titre justificatif, en méconnaissance de la légalité. En outre, cette décision n'a pas fait l'objet d'une opposition des autorités préfectorales qui, informées par le flash d'information diffusé par la direction zonale de la police aux frontières, auraient pu réagir. Le cabinet du préfet de région, autorité de permanence ce week-end-là selon les déclarations du commissaire divisionnaire A., était en effet parmi les destinataires de ce flash d'information.

Au vu de l'illégalité de la décision prise par l'adjoint administratif de première classe C., et de l'absence d'opposition des personnes informées de cette décision, il convient de signifier la présente décision au préfet de région, préfet de département alors en fonction.

Le Défenseur des droits recommande également de rappeler à l'ensemble des fonctionnaires de la police aux frontières intervenus ou consultés les dispositions du code de déontologie de la police nationale et de la gendarmerie nationale relatives à l'obéissance et à l'ordre manifestement illégal (article R. 434-5 du code de la sécurité intérieure)¹², au terme duquel : « *Le policier ou le gendarme exécute loyalement et fidèlement les instructions et obéit de même aux ordres qu'il reçoit de l'autorité investie du pouvoir hiérarchique, sauf dans le cas où l'ordre donné est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public.*

S'il pense être confronté à un tel ordre, il fait part de ses objections à l'autorité qui le lui a donné, ou, à défaut, à la première autorité qu'il a la possibilité de joindre, en mentionnant expressément le caractère d'illégalité manifeste qu'il lui attribue. Si, malgré ses objections, l'ordre est maintenu, il peut en demander la confirmation écrite lorsque les circonstances le permettent. Il a droit à ce qu'il soit pris acte de son opposition. Même si le policier ou le gendarme reçoit la confirmation écrite demandée et s'il exécute l'ordre, l'ordre écrit ne l'exonère pas de sa responsabilité.

L'invocation à tort d'un motif d'illégalité manifeste pour ne pas exécuter un ordre régulièrement donné expose le subordonné à ce que sa responsabilité soit engagée.

Dans l'exécution d'un ordre, la responsabilité du subordonné n'exonère pas l'auteur de l'ordre de sa propre responsabilité ».

2° Concernant l'absence de consultation de l'autorité préfectorale compétente

Il ressort de la procédure judiciaire, comme des réponses de MM. C. et D. au questionnaire du Défenseur des droits, que la décision litigieuse a été prise sans que l'autorité préfectorale de permanence n'ait été contactée.

¹⁰ V. not. Cass. crim., 22 mai 1959, Bull. crim. n° 264 (suppression de correspondances par un agent des Postes).

¹¹ V. ainsi Cass. 1^{er} civ. 23 mars 1971, D. 1971, somm. 159 ; T. Confl., 17 juin 2013, M. B. c/ Sté ERDF Anancy, req. n° 3911.

¹² A l'époque des faits, l'article 17 du code de déontologie de la police nationale, posé par un décret de 1986, était applicable.

L'adjoint C. et le secrétaire administratif D. ont ainsi expliqué que le sous-préfet de permanence n'était, à l'époque des faits sollicité que pour la signature des arrêtés préfectoraux d'éloignement, prises par le permanencier de la section éloignement. M. C. a ajouté qu'en raison de la technicité accrue du droit des étrangers, le sous-préfet de permanence ne pouvait pas apporter, le plus souvent, d'éclairage juridique sur les situations, n'étant pas lui-même spécialisé dans la question.

Comme la situation de M. X. ne devait pas donner lieu à une telle décision, le sous-préfet n'a pas été contacté. L'adjoint C. a néanmoins considéré, lors de son audition devant l'inspection générale de la police nationale, qu'avec du recul, il aurait « *informé le sous-préfet de permanence pour lui demander la conduite à tenir* ».

Incidemment, le commissaire divisionnaire A., a précisé, dans ses réponses au questionnaire du Défenseur des droits, que s'il avait été informé de ce que la décision litigieuse n'avait pas été prise par l'autorité préfectorale de permanence, il aurait demandé à ce que celle-ci soit directement contactée par le commandant de police d'astreinte, une telle décision « ne pouvant être prise que par l'autorité préfectorale de permanence ».

Le Défenseur des droits déplore qu'une décision si grave ait pu être prise par un fonctionnaire de la préfecture de la Gironde, de concert avec son supérieur hiérarchique, qui n'était pas en service, de façon verbale et sans l'aval de l'autorité préfectorale de permanence. Quand bien même la pratique était de ne solliciter l'autorité préfectorale de permanence le week-end que pour les décisions d'éloignement, les conséquences de la décision prise par M. C., à savoir, tout comme une décision d'éloignement, une atteinte à la liberté d'aller et venir mais, en outre, une atteinte à l'autorité de la chose jugée, aurait dû conduire à la saisine de l'autorité préfectorale.

Le Défenseur des droits constate néanmoins que, sous l'impulsion du préfet de région alors en fonction, le dispositif de permanence au service Etrangers de la préfecture a été réorganisé, avec notamment une implication plus importante des sous-préfets de permanence concernant la situation des étrangers en situation irrégulière, et l'obligation de rendre compte au sous-préfet de toute situation similaire à celle de la présente affaire (note du 17 août 2011).

Cette réorganisation devrait être à même de prévenir le renouvellement du dysfonctionnement constaté et reconnu comme telle par la préfecture de région.