

---

## Décision du Défenseur des droits n°2018-087

---

### RÉSUMÉ ANONYMISE DE LA DÉCISION

**Décision relative au délai de recours contre une obligation de quitter le territoire français notifiée en détention (observations au soutien de la transmission au Conseil constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité).**

**Domaines de compétence de l'Institution :** Droits des usagers des services publics

**Thèmes :** DROIT DES ETRANGERS/OBLIGATION DE QUITTER LE TERRITOIRE FRANÇAIS/DELAJ DE RECOURS

**Synthèse :**

Le Défenseur des droits a été saisi par une association d'une réclamation relative au délai de recours prévu pour la contestation des obligations de quitter le territoire français (OQTF) notifiées aux étrangers incarcérés. Aux termes de l'article L.512-1 IV du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), il est statué sur ces recours selon la procédure et dans les délais prévus au III du même article, c'est-à-dire selon la procédure prévue pour la rétention administrative. Il résulte ainsi de ces dispositions que les OQTF notifiées en détention se contestent dans un délai de 48 heures. L'association réclamante estime que, compte tenu des contraintes propres à la situation d'incarcération, ce délai ne permet pas de garantir l'effectivité de la voie de recours afférente.

C'est au soutien du caractère sérieux de la question soulevée que le Défenseur des droits entend présenter ses observations. En effet, par la voie de ses délégués, le Défenseur des droits contribue à l'accès au droit en détention. Dans ce cadre, il constate que l'accès au juge des détenus n'est pas uniformément garanti sur le territoire et qu'ainsi, le délai de recours de 48 heures consacré par le législateur en 2016 sans tenir compte de cette circonstance soulève une question sérieuse de constitutionnalité au regard du droit au recours effectif tel que garanti sur le fondement de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen.

Paris, le 7 mars 2018

---

## **Décision du Défenseur des droits n° 2018-087**

---

### **Le Défenseur des droits,**

Vu la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, notamment l'article 16 ;

Vu la Constitution du 4 octobre 1958, notamment les articles 61-1 et 71-1 ;

Vu l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel modifiée par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009, notamment les articles 23-1 à 23-7 ;

Vu la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, notamment les articles 4, 33 et 37 ;

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

Vu le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, notamment l'article L.512-1 IV ;

Vu le code de justice administrative, notamment les articles R.776-29 à R.776-32

---

Saisi par une association d'une réclamation relative à l'atteinte au droit au recours effectif telle qu'elle est susceptible de résulter du délai de 48 heures prévu pour la contestation des obligations de quitter le territoire français notifiées en détention ;

Décide, conformément aux dispositions de l'article 33 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, de formuler devant le Conseil d'Etat les observations suivantes au soutien de la transmission au Conseil constitutionnel de la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par l'association réclamante.

Jacques TOUBON

---

**Observations devant le Conseil d'Etat au soutien de la transmission au Conseil constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité dans le cadre de l'article 33 de la loi organique n°2011-333 du 29 mai 2011**

---

Le Défenseur des droits a été saisi par une association d'une réclamation relative au délai de recours prévu pour la contestation des obligations de quitter le territoire français (OQTF) notifiées aux étrangers incarcérés. Aux termes de l'article L.512-1 IV du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), il est statué sur ces recours selon la procédure et dans les délais prévus au III du même article, c'est-à-dire selon la procédure prévue pour la rétention administrative. Il résulte ainsi de ces dispositions que les OQTF notifiées en détention se contestent dans un délai de 48 heures. L'association réclamante estime que, compte tenu des contraintes propres à la situation d'incarcération, ce délai ne permet pas de garantir l'effectivité de la voie de recours afférente.

### **1. Rappel des faits et de la procédure**

Le 9 octobre 2017, trois associations ont saisi le Premier ministre d'une demande d'abrogation des dispositions des articles R.776-29 à R.776-32 du code de justice administrative, lesquelles ont été prises en application des dispositions de l'article L.512-1 IV du CESEDA pour préciser le régime contentieux applicable aux OQTF notifiées en détention.

Le 9 novembre 2017, une décision implicite de rejet est née du silence gardé par l'administration sur cette demande.

Le 21 décembre 2017, les associations ont saisi le Conseil d'Etat d'une requête tendant à l'annulation de cette décision implicite de rejet. Les associations requérantes ont soulevé dans ce cadre une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) tendant à ce que soit transmise au Conseil constitutionnel la question suivante :

*« En édictant les dispositions de l'article L. 512-1 IV du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile – lesquelles prévoient que les obligations de quitter le territoire français (OQTF) prononcées à l'encontre de ressortissants étrangers incarcérés ne peuvent être contestées par ces derniers que dans le délai de quarante-huit heures suivant leur notification –, le législateur a-t-il méconnu le droit à un recours effectif garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ? »*

L'association demande au Défenseur des droits d'intervenir au soutien de la demande de transmission de cette QPC.

### **2. Discussion**

Aux termes de l'article 23-4 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel telle que modifiée par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009, le Conseil d'Etat renvoie la QPC dès lors que les dispositions contestées sont applicables au litige ou à la procédure, qu'elles n'ont pas déjà été déclarées conformes à la Constitution et que la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux.

En l'espèce, les deux premières conditions ne semblent pas soulever de difficultés particulières.

En effet, les dispositions réglementaires dont le refus d'abrogation est contesté ont été prises en application des dispositions législatives faisant l'objet de la présente QPC. Aussi, l'abrogation de ces dispositions législatives priverait nécessairement de fondement légal les dispositions réglementaires contestées. Dès lors, les dispositions de l'article L.512-1 IV du CESEDA semblent bien applicables au litige.

Par ailleurs, les dispositions législatives en cause n'ont pas été déclarées conformes à la Constitution, ni dans les motifs ni dans le dispositif d'une précédente décision du Conseil constitutionnel. En effet, si la loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 dont elles sont issues a été soumise au Conseil constitutionnel en application de l'article 61 de la Constitution, les dispositions litigieuses elles-mêmes n'ont fait l'objet d'aucun contrôle de constitutionnalité dans la décision n° 2016-728 DC du 3 mars 2016. Dès lors, la condition d'absence de déclaration préalable de conformité semble bien remplie.

Aussi, c'est au soutien du caractère sérieux de la question soulevée que le Défenseur des droits entend présenter les observations qui suivent. En effet, par la voie de ses délégués, le Défenseur des droits contribue à l'accès au droit en détention (a). Dans ce cadre, il constate que l'accès au juge des détenus n'est pas uniformément garanti sur le territoire (b) et qu'ainsi, le délai de recours de 48 heures consacré par le législateur en 2016 sans tenir compte de cette circonstance soulève une question sérieuse de constitutionnalité au regard du droit au recours effectif tel que garanti sur le fondement de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (c).

#### **a. Rappels liminaires sur les missions du Défenseur des droits et le cadre de son intervention en détention**

Aux termes de l'article 4 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011, le Défenseur des droits est chargé de :

- Défendre les droits et libertés dans le cadre des relations avec les administrations de l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements publics et les organismes investis d'une mission de service public ;
- Défendre et de promouvoir l'intérêt supérieur et les droits de l'enfant ;
- Lutter contre les discriminations et promouvoir l'égalité ;
- Veiller au respect de la déontologie par les personnes exerçant des activités de sécurité sur le territoire de la République.

Pour l'exercice de ces missions, il dispose, conformément à l'article 37 de la loi organique précitée, « *de services placés sous son autorité* » et « *peut désigner, sur l'ensemble du territoire ainsi que pour les Français de l'étranger, des délégués, placés sous son autorité, qui peuvent, dans leur ressort géographique, instruire des réclamations et participer au règlement des difficultés signalées [...].* » A cet égard, il est prévu que, pour permettre aux personnes détenues de bénéficier des dispositions de la loi organique du 29 mars 2011, le Défenseur des droits « *désigne un ou plusieurs délégués pour chaque établissement pénitentiaire* ».

Ainsi, par l'intermédiaire de ses délégués, le Défenseur des droits se trouve présent dans la quasi-totalité des établissements pénitentiaires français, en métropole comme en Outre-mer.

Les modalités d'intervention des délégués présents en détention ont été précisées par voie de circulaire du ministre de la Justice (circulaire NOR : JUSK1532554C du 28 décembre 2015). Celle-ci précise que les délégués du Défenseur des droits sont compétents pour intervenir au titre des trois premières missions prévues par la loi organique, à savoir la lutte contre les discriminations, la défense et la promotion des droits de l'enfant et enfin la défense des droits et libertés des administrés dans le cadre de leurs relations avec l'administration et les organismes investis d'une mission de service public. Les délégués intervenant en détention ne sont en revanche pas compétents pour intervenir en matière de déontologie de la sécurité.

Conformément à l'article D.262 du code de procédure pénale, les délégués du Défenseur des droits sont saisis par courrier interne, sous pli fermé, sans timbre. A cette fin, un dépliant contenant un formulaire de saisine est remis à tout détenu arrivant. Une fois saisi, le délégué peut recevoir la personne détenue soit lors des permanences qu'il tient régulièrement à l'établissement pénitentiaire, soit à la suite d'une demande écrite de la personne détenue, sur rendez-vous.

A cet égard, la circulaire du 28 décembre 2015 précise que :

*« Sauf exceptions fixées au cas par cas par le Défenseur des droits, les délégués assurent des permanences régulières dans les établissements pénitentiaires, à des fréquences qui varient en fonction de la taille de l'établissement. Ils tiennent au moins :*

- *une permanence mensuelle dans les établissements de moins de 600 personnes,*
- *une permanence hebdomadaire dans les établissements de plus de 600 personnes ».*

Dans ce cadre, les délégués informent le détenu sur les compétences du Défenseur des droits et vérifient la recevabilité de la réclamation. Lorsque celle-ci est recevable, le délégué peut proposer et mettre en œuvre une procédure de résolution amiable de la situation. En cas d'échec, ou lorsque la réclamation ne relève pas de la compétence du délégué, la réclamation peut être transmise au siège du Défenseur des droits.

Les observations qui suivent s'appuient sur une enquête menée auprès de l'ensemble des délégués du Défenseur des droits intervenant en détention afin de recueillir leur retour d'expérience relatif au délai de 48 heures prévu pour la contestation des OQTF notifiées en détention.

#### **b. Le constat d'un accès au juge inégalement garanti sur l'ensemble du territoire**

A titre liminaire, il convient de relever que si les délégués du Défenseur des droits intervenant en établissements pénitentiaires sont fréquemment saisis par des détenus étrangers de réclamations en lien avec leur droit au séjour, les réclamations ayant directement pour objet des difficultés liées la contestation d'une OQTF sont en revanche rares. Ainsi, sur l'ensemble des délégués ayant répondu au questionnaire qui leur était soumis, plus de la moitié indiquent n'avoir jamais eu à connaître de réclamations relatives à des difficultés rencontrées par des détenus étrangers pour contester une OQTF.

Plusieurs éléments sont susceptibles d'expliquer cette absence de saisine.

En premier lieu, la grande majorité des réclamations dont les détenus étrangers saisissent les délégués portent sur des questions de délivrance ou renouvellement de titre de séjour. Le Défenseur des droits constate en effet que, bien souvent, les préfectures refusent d'instruire ces demandes lorsque la fin de peine prévisible est trop éloignée dans le temps. Les saisines des détenus visent aussi majoritairement à dénoncer les effets d'une telle pratique. L'absence de droit au séjour emporte en effet des répercussions sur de nombreux aspects de la vie du détenu (accès aux droits sociaux ou à des aménagements de peine, engagement dans un projet professionnel de réinsertion, etc.) tandis que l'absence de décision faisant grief affecte l'accès au juge des détenus étrangers. Dans ce cadre, l'intervention du Défenseur des droits consiste dès lors à intervenir auprès du préfet en cause pour solliciter la prise d'une décision.

En second lieu, il résulte de la pratique évoquée ci-dessus que les OQTF sont très majoritairement notifiées en fin de peine, juste avant la libération des intéressés. Dans ce contexte, l'absence de saisines des délégués du Défenseur des droits portant directement sur la question du délai de recours contre les OQTF notifiées en détention s'explique également par le fait que, comme il sera développé ci-après, les modalités d'intervention du délégué sont telles qu'elles ne lui permettent pas d'intervenir dans l'urgence.

Nonobstant ces circonstances d'ores et déjà porteuses d'informations significatives relatives à l'accès au juge des détenus étrangers, les délégués du Défenseur des droits ont pu, au vu de leur expérience et des modalités de fonctionnement propres à l'établissement au sein duquel ils interviennent, se prononcer sur le caractère suffisant du délai de recours de 48 heures prévu pour la contestation des OQTF notifiées en détention. Les constats qu'ils ont pu formuler sur ce point révèlent qu'il existe, d'un établissement à l'autre, d'importantes disparités en matière d'accès au juge.

Ainsi, sur les cinquante-six délégués ayant répondu à l'enquête, six constatent que le délai de 48 heures est suffisant pour assurer l'effectivité du recours contre une OQTF. Plusieurs d'entre eux précisent toutefois que le caractère suffisant de ce délai est lié aux particularités de l'établissement pénitentiaire dans lequel ils interviennent. Un délégué intervenant en maison d'arrêt en A estime ainsi que si le délai de 48 heures est suffisant pour permettre à un détenu de saisir la juridiction compétente, c'est notamment en raison de la « *taille modeste (environ 500 détenus)* » de la maison d'arrêt concernée et du fonctionnement singulier du greffe, lequel « *peut procéder aux notifications des OQTF émises par la Préfecture sans délai (ou presque), y compris le week-end* ».

En revanche, la majeure partie des délégués considère que les délais propres au fonctionnement de leur établissement pénitentiaire sont tels qu'un délai de 48 heures peut ne pas suffire à permettre la saisine d'une juridiction quelle qu'elle soit. Certains estiment ainsi à 72 heures le délai nécessaire au dépôt d'une requête, ce délai devant tenir compte des délais d'enregistrement du courrier, de signature de la direction et enfin d'acheminement du courrier de la détention vers le greffe du tribunal compétent. Un délégué intervenant en maison d'arrêt de B constate quant à lui que « *pour que la moindre demande remonte au greffe, il faut souvent vingt-quatre heures, même si la direction essaie de rendre possibles les recours de dernière minute* ». De ce fait, le dépôt de tout recours nécessiterait selon elle « *au moins quatre jours ouvrables* ». De même, un délégué intervenant dans un établissement pénitentiaire de C observe que « *toute opération en détention suppose des*

*délais beaucoup plus longs pour communiquer, c'est le cas pour toute procédure d'appel dans le délai de 48 heures ».*

Selon les délégués interrogés, les directions des établissements pénitentiaires, avec lesquelles les délégués entretiennent un dialogue régulier, reconnaissent parfois elles-mêmes l'impossibilité de transmettre, dans le délai imparti, le recours formulé par le détenu.

En outre, il ressort des constats des délégués que les dispositifs d'accès au droit en milieu carcéral répondent également à des contraintes spécifiques, rendant difficile pour les détenus l'obtention d'un soutien juridique adéquat à bref délai.

A cet égard, les délégués rappellent que leur présence elle-même est limitée à des permanences ponctuelles tandis que dans de nombreux cas, les points d'accès au droit ne sont ouverts qu'un à deux jours par semaine. Le délégué intervenant dans une maison d'arrêt de D rapporte ainsi que si le secrétariat de direction de l'établissement pénitentiaire le prévient effectivement de toute demande d'entretien formulée par un détenu, il ne peut toutefois y répondre dans un délai inférieur à 7 jours. En outre, le secrétariat refuse parfois que le délégué, prévenu de la demande d'entretien d'un détenu, se rende en urgence au établissement pénitentiaire. Le rendez-vous est en général fixé dans un délai d'une semaine. Le délégué intervenant un autre établissement pénitentiaire précise également qu'alors même que le surveillant lui transmet régulièrement les demandes d'entretien des détenus, il est toutefois peu probable que celles-ci lui parviennent dans les 48 heures.

De la même manière, l'accès au service pénitentiaire d'insertion et de probation (SPIP), interlocuteur privilégié des détenus, se révèle parfois difficile. Le délégué intervenant dans une maison d'arrêt en région observe par exemple que l'accès au SPIP « *dans un délai de 48 heures est absolument impossible* » d'autant plus que ce service « *est en restructuration et que les agents ne seraient plus sur place tous les jours, une permanence étant assurée par un ou deux agents* ». De même, un délégué présent au sein d'un établissement de détention de F rapporte que, pour les cas où les détenus concernés n'ont matériellement pas pu former un recours dans le délai imparti, l'impossibilité a résulté d'une difficulté d'accès au SPIP.

Ainsi, si certains délégués observent que l'accès au droit dans l'établissement pénitentiaire où ils interviennent peut s'opérer dans des délais assez brefs et est de nature à garantir le droit à un recours effectif, plus de la moitié d'entre eux constate que peu d'acteurs sont susceptibles d'être contactés par les détenus aux fins d'obtenir un conseil juridique dans un délai de 48 heures.

A ces obstacles résultant des conditions générales s'ajoutent ensuite des difficultés propres à la qualité d'étranger des détenus concernés. En effet, plusieurs délégués du Défenseur des droits constatent que les détenus étrangers rencontrent des difficultés de compréhension des OQTF qui leur sont notifiées, lesquelles sont de nature à affecter l'effectivité de leur droit au recours. A cet égard, il y a lieu de relever que si une partie des délégués observe que, dans les établissements au sein desquels ils interviennent, les OQTF sont notifiées en présence d'un interprète, ils sont en revanche nombreux à estimer que ces notifications se déroulent sans interprète dans plus de 50% des cas.

De même, les délégués intervenant au sein de sept établissements pénitentiaires estiment que moins d'un quart des OQTF notifiées dans l'établissement où ils interviennent, le sont en présence d'un interprète. La déléguée intervenant au sein du centre de détention du Sud de la France déclare quant à elle que les OQTF délivrées dans cet établissement ne sont, à sa connaissance, jamais notifiées en présence d'un interprète. Pourtant, elle estime que, dans les cas où les détenus n'ont pu contester l'OQTF qui leur était notifiée dans le délai imparti, cela a souvent pu résulter d'une incompréhension des voies et délais de recours imputable à une maîtrise insuffisante de la langue française.

Enfin, parmi les délégués constatant que la notification se déroule toujours en présence d'un interprète, certains précisent que l'interprétariat n'est opéré qu'en anglais ou dans une langue qualifiée de courante, à savoir l'italien, l'espagnol ou l'arabe. En dehors de ces cas, l'interprétariat est assuré par un officier ou un agent du personnel bilingue, des associations contactées au cours de la notification par téléphone, voire par un autre détenu.

A ces obstacles linguistiques peuvent enfin s'ajouter des difficultés liées à certaines pratiques préfectorales. Ainsi, les observations des délégués révèlent que les services préfectoraux procèdent souvent à la notification des OQTF en fin de semaine. A cet égard, les délégués présents dans sept autres établissements pénitentiaires région en font état de notifications le vendredi ou la veille de week-end prolongés. Si ces pratiques ne sont pas en elles-mêmes contraires à la loi, elles empêchent toutefois souvent l'exercice du recours dans le délai de 48 heures imparti, les services des greffes étant pour la plupart indisponibles les samedi et dimanche.

Dès lors, au vu de l'ensemble des constats formulés par ses délégués, le Défenseur des droits considère que le délai de recours de 48 heures prévu pour la contestation des OQTF notifiées en détention est de nature à soulever une question sérieuse au regard du droit au recours effectif tel qu'il est constitutionnellement garanti.

### **c. La question de constitutionnalité soulevée par la légalisation d'un délai de recours manifestement insuffisant au regard des conditions propres à la détention**

Afin d'envisager les questions de constitutionnalité que soulève le délai de recours de 48 heures prévu par les dispositions de l'article L.512-1 IV du CESEDA, il y a lieu de revenir sur l'origine et les objectifs poursuivis par ces dispositions.

En effet, jusqu'à la loi du 7 mars 2016, il n'existait pas de régime spécifiquement applicable aux détenus s'agissant de la contestation des OQTF. Le régime appliqué était ainsi celui des OQTF notifiées sans délai de départ volontaire, lesquelles se contestent également dans un délai de 48 heures.

L'application des dispositions de droit commun à la situation spécifique des détenus pouvait dès lors soulever la question de l'incompétence négative du législateur. En effet, du fait des contraintes inhérentes à la situation carcérale – telles qu'évoquées ci-dessus notamment – le délai de 48 heures prévu par le droit commun n'apparaissait déjà pas suffisant à garantir un accès effectif au juge à l'ensemble des détenus étrangers destinataires d'une OQTF.



Dans ces circonstances, la loi du 7 mars 2016 aurait pu être l'occasion de prévoir, pour les détenus, un délai de recours adapté, tenant compte de ces contraintes. Tel n'était toutefois pas l'objectif premier poursuivi par le législateur lorsqu'il a prévu, par l'ajout des dispositions de l'article L.512-1 IV du CESEDA, un régime contentieux spécifique aux OQTF notifiées en détention. En effet, si l'on s'en réfère au rapport de la Commission des lois de l'Assemblée nationale enregistré à la présidence le 2 juillet 2015, cet ajout visait en premier lieu à éviter le placement en rétention des étrangers ayant vocation à être éloignés au terme de leur peine d'incarcération. Or, si l'objectif ainsi poursuivi par le législateur apparaît légitime, les moyens retenus pour y parvenir appellent en revanche plusieurs remarques.

D'abord, il y a lieu de relever que, pour atteindre l'objectif annoncé, le législateur n'a pas fait le choix de créer une procédure *ad hoc* applicable en détention mais a décidé de renvoyer aux délais applicables dans le cadre de la rétention administrative. Il en résulte que, depuis la loi du 7 mars 2016, les OQTF notifiées en détention se contestent comme auparavant en 48 heures. En revanche, le juge ne statue plus dans les délais de droit commun mais dans un délai de 72 heures.

Or, si ces délais réduits se justifient dans le contexte de la rétention administrative – dont la durée doit être la plus courte possible - leur reprise à l'identique dans le contexte de la détention apparaît plus difficilement compréhensible dès lors que celui-ci répond à des enjeux et considérations sensiblement différents. En effet, dans le contexte de la rétention administrative, la privation de liberté résulte de la seule nécessité de mettre en œuvre une mesure d'éloignement immédiatement exécutable. Aussi l'on comprend qu'il importe, dans ce contexte, de prévoir des délais de recours et de jugement aussi brefs que possible. En revanche, dans le contexte de la détention, la privation de liberté ne résulte plus directement de la mesure d'éloignement à mettre en œuvre mais de la peine pénale prononcée à l'encontre de l'étranger. Aussi, puisque la mesure d'éloignement ne pourra pas, en tout état de cause, être exécutée avant la libération de l'intéressé, le choix d'un délai de recours réduit ne peut plus se justifier par la nécessité de réduire au maximum la durée de la mesure privative de liberté.

Ensuite, il ressort du rapport de la Commission des lois précité que, si le détenu étranger se trouvant sous le coup d'une OQTF ne peut être directement éloigné à sa libération, cela ne tient pas tant à la durée du délai de recours prévu pour contester l'OQTF qu'à celle du délai octroyé au juge pour statuer sur le recours. La Commission relève ainsi que :

*« [...] le cadre juridique actuel ne favorise pas le règlement de ces situations avant l'élargissement, en dépit de la volonté des préfetures d'engager la procédure suffisamment tôt. Une OQTF ne peut être exécutée d'office avant que le juge ait statué sur sa légalité ; or, en l'absence d'assignation à résidence ou de rétention (ce qui est bien le cas dans une détention), le tribunal administratif statue dans le délai de droit commun de trois mois. Le moindre retard peut conduire l'autorité administrative à faire succéder une rétention à une détention, ce qui n'est satisfaisant ni pour l'étranger ni pour l'efficacité de l'action publique. »*

Il résulte de ces considérations que le législateur aurait pu, tout en poursuivant l'objectif d'éviter un placement en rétention administrative du détenu étranger à l'issue de sa période d'incarcération, prévoir un délai de recours contentieux suffisant pour garantir de façon certaine l'effectivité de la voie de recours en cause. Un tel délai, éventuellement combiné à

une obligation pour le juge de statuer dans un délai plus restreint, aurait tout aussi bien permis d'atteindre l'objectif recherché. En outre, en incitant les préfetures à notifier les obligations de quitter le territoire un peu plus tôt, il aurait certainement permis aux détenus étrangers de mieux préparer leur défense.

En effet, il y a lieu de constater que les préfetures adaptent leurs pratiques aux délais fixés par le législateur. L'un des délégués du Défenseur des droits intervenant en détention fournit ainsi, à titre d'exemple, un courrier préalable à la notification d'une OQTF : ce courrier, adressé à un détenu 5 jours avant sa date de libération prévisible, lui donne un délai de 3 heures pour présenter ses observations avant que ne lui soit notifiée l'OQTF en question. Outre le caractère manifestement insuffisant de ce délai de 3 heures, il y a lieu de relever que la date retenue par le préfet pour solliciter ces observations tient compte de la procédure contentieuse applicable, les 5 jours correspondant précisément aux délais additionnés de 48 heures et 72 heures actuellement prévus par le législateur pour la procédure applicable aux OQTF notifiées en détention. Dès lors, il y a tout lieu de croire que si le délai de recours laissé aux détenus étrangers était allongé, les préfetures adapteraient leurs pratiques à ce nouveau délai et notifieraient les obligations de quitter le territoire un peu plus en amont, ce qui laisserait aux détenus un temps plus raisonnable pour préparer leur défense.

A cet égard, le Défenseur des droits relève que ce temps de préparation supplémentaire s'avère d'autant plus nécessaire qu'il se trouve régulièrement saisi de réclamations relatives à des mesures d'éloignement prises à l'encontre de détenus ou d'anciens détenus étrangers qui, en raison de l'importance de leurs liens avec la France, pourraient relever de protections légales contre l'éloignement.

Dans ces circonstances, le Défenseur des droits considère que le délai de recours de 48 heures prévu par les dispositions de l'article L.512-2 IV soulève des questions sérieuses de constitutionnalité.

En effet, il résulte d'une jurisprudence constante du Conseil constitutionnel que si le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur puisse « *prévoir des règles de procédure différentes selon les faits, les situations et les personnes auxquelles elles s'appliquent, c'est à la condition que ces différences ne procèdent pas de distinctions injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales, notamment quant au respect du principe des droits de la défense, qui implique en particulier l'existence d'une procédure juste et équitable* » (Décision n° 2009-590 DC du 22 octobre 2009).

Dès lors, rien ne s'opposait à ce que le législateur prévoit un régime contentieux spécifique aux OQTF notifiées en détention, à la condition toutefois que cela ne prive pas les détenus étrangers de la jouissance égale de droits constitutionnellement garantis.

Au titre de ces droits figure le droit à un recours effectif. Le Conseil constitutionnel considère en effet de jurisprudence constante que l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, lequel dispose que « *Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* », implique qu'« *il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction* » (Décision n° 96-373 DC du 9 avril 1996).

Par sa décision n° 2010-15/23 QPC du 23 juillet 2010, le Conseil constitutionnel a admis que ce droit au recours effectif faisait partie des droits et libertés que la Constitution garantit et pouvait donc être invoqué à l'appui d'une QPC.

De jurisprudence constante, le juge constitutionnel sanctionne sur ce fondement le législateur lorsqu'il manque à son obligation de prévoir des voies de recours ou n'entoure pas l'exercice de ces recours des garanties légales nécessaires à assurer leur effectivité.

Ce droit doit, sous certaines réserves, bénéficier de la même manière aux détenus. En effet, le juge constitutionnel considère qu'il incombe au législateur de « *garantir les droits et libertés dont ces personnes continuent de bénéficier dans les limites inhérentes aux contraintes de la détention* » (Décision n°2009-593 DC du 19 novembre 2009 ; n° 2015-485 QPC du 25 septembre 2015).

En l'occurrence, l'ensemble des constats formulés ci-dessus fait apparaître que le délai de 48 heures prévu pour la contestation des OQTF notifiées en détention ne suffit pas à garantir, sur l'ensemble du territoire, l'effectivité du recours en cause. Le droit au recours effectif des détenus étrangers apparaît ainsi substantiellement affecté par la brièveté de ce délai sans qu'aucune contrainte inhérente à la détention ne puisse justifier une telle atteinte.

Le Défenseur des droits considère que la question de constitutionnalité soulevée par les associations requérantes n'est pas dénuée de caractère sérieux et mériterait d'être soumise au Conseil constitutionnel.

Telles sont observations que le Défenseur des droits entend porter à la connaissance et souhaite soumettre à l'appréciation du Conseil d'Etat.

Jacques TOUBON