

SAF

SYNDICAT DES AVOCATS DE FRANCE

AVRIL 2012

La Lettre

**LA PLACE DE LA VICTIME
DANS LE PROCÈS PÉNAL**



**Samedi 12 &
Dimanche 13 mai 2012**

Maison de l'Avocat
49, rue Grignan
13006 Marseille

ISSN 1157-9323

ET VOS RUBRIQUES HABITUELLES ► DROIT SOCIAL - DROIT PÉNAL - DROIT DES ÉTRANGERS...

→ L'ENGAGEMENT DU SYNDICAT DES AVOCATS DE FRANCE SE POURSUIT SUR LE NET.

www.LESAF.ORG

NOUVEAU SITE
NOUVELLES
RUBRIQUES
NOUVELLES
FONCTIONNALITÉS



L'INFORMATION EN LIGNE DES AVOCATS

Sur le site Internet du **Syndicat des Avocats de France**, vous êtes **directement en prise avec l'information de la profession**. Non seulement vous retrouvez **l'intégralité des articles parus dans la Lettre du SAF**, mais en plus vous accédez immédiatement aux **toutes dernières infos** : les communiqués, les rendez-vous à venir, les motions adoptées, les résumés de congrès, etc.

Le site s'est également enrichi d'**un annuaire national des avocats adhérents** pour faciliter les contacts et **un espace membres est en cours de développement**. Connectez-vous sur www.LeSaf.org et vous comprendrez pourquoi ce site a tout pour devenir **votre espace d'information privilégié**.

SAF

4	←	EDITO
5		
6	←	Ne laissons pas réduire les droits de la défense à une peau de chagrin [<i>Pascale Taelman</i>]
7		
8	←	JUSTICE ET POLITIQUE
9		
10	←	Syndicat des Avocats de France 2012 - 2017
11		
12	←	DROIT SOCIAL
13		
14	←	L'État condamné pour l'indigence des moyens de la justice prud'homale
15		[<i>Maude BECKER, Aline CHANU, Steve DOUDET</i>]
16	←	DÉFENSE PÉNALE
17		
18		Contrôle d'identité au faciès [<i>Maxime CESSIEUX</i>]
19		
20		BRÈVE DE LECTURE
21		La force de l'ordre - Didier Fassin [<i>Martine AZAM</i>]
22		
23		VIE DES SECTIONS
24		Parquet et dépendance(s) [<i>Franck HEURTREY</i>]
25		
26		DROIT DES ÉTRANGERS
27		Que reste-t-il de la directive retour ? [<i>Flor TERCERO</i>]
28		
29		La cour de Strasbourg condamne la rétention des mineurs étrangers [<i>Brigitte JEANNOT</i>]
30	←	DROIT DES PERSONNES HOSPITALISÉES SOUS CONTRAINTE
31		
32		Réforme des soins psychiatriques sans consentement
33		[<i>Aurore BONDUELLE</i>]
34		
35		QUESTIONS PROFESSIONNELLES
36		Cour d'appel de Nîmes [<i>Claude BEGUE</i>]
37		
38	←	RETRAITE
39		À propos du cumul emploi-retraite des avocats
40		[<i>Georges VAUVILLE</i>]
41		
42	←	AVOCABULAIRE
43	←	Foi du Palais, la crise ? [<i>Marianne LAGRUE</i>]
44	←	HOMMAGE
45		
46		Dominique SAPIN [<i>Daniel JOSEPH et Florent MEREAU</i>]
47	←	



AVRIL 2012

LA LETTRE DU SYNDICAT DES AVOCATS DE FRANCE
34 rue Saint-Lazare - 75009 Paris
Tél. : 01 42 82 01 26 - Fax : 01 45 26 01 55
Courriel : contact@LeSaf.org - Web : www.LeSaf.org

DIRECTRICE DE LA PUBLICATION : Pascale Taelman

TIRAGE : 32 000 exemplaires

COMITÉ DE RÉDACTION :
Pascale Taelman - Jean-Louis Borie - Didier Liger

PHOTOGRAPHIES ET ILLUSTRATIONS :
SAF - Fotolia - Istockphoto
Couv. : Pauline Le Lay

CONCEPTION, IMPRESSION ET RÉGIE PUBLICITAIRE :
FIGURES LIBRES
BP 40307 - Allée Charles-Victor Naudin
06906 Sophia Antipolis cedex
Tél. : 04 93 67 54 37 - Fax : 04 89 12 32 07
Courriel : contact@figureslibres.net - Web : www.figureslibres.net

Ne laissons pas réduire les droits de la défense à une peau de chagrin



Article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme

« 1. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice.

2. Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.

3. Tout accusé a droit notamment à :

- a) être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ;
- b) disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ;
- c) se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent ;
- d) interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ;
- e) se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience. »



PAR Pascale Taelman
Présidente du SAF

L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, consacrant le droit à un procès équitable, constitue la colonne vertébrale des « droits de la défense », tant

en matière civile que pénale : droit à un jugement public, par un tribunal indépendant et impartial, dans un délai raisonnable, avec l'assistance d'un avocat de son choix et celle d'un interprète en cas de besoin.

Si, devant les juridictions administratives, cette disposition conventionnelle ne trouve pas d'application directe (sauf devant les juridictions disciplinaires), elle retrouve néanmoins toute sa force par le recours aux principes généraux du droit dégagés en droit interne. Ses exigences ont donc bien une portée générale. Il peut paraître absurde d'avoir à rappeler ces évidences.

Cependant, chaque jour, nous pouvons constater que ces principes, essentiels à l'exercice de tous les droits, dans un état démocratique, ne semblent plus évidents devant certaines juridictions. Le respect le plus élémentaire dû au justiciable et à son avocat devient une entrave à la rentabilité, à la productivité de la juridiction et c'est avec le plus grand des étonnements que nous nous entendons dire qu'il peut être dérogé à la publicité des débats au bon vouloir de la juridiction, que le libre choix de l'avocat ne serait pas un principe fondamental ou que le délai et les facilités nécessaires à la préparation d'une défense ne regardent pas le juge.

Il convient donc de rappeler et de marteler la nécessaire inviolabilité de ces principes fondamentaux par toutes

nos juridictions civiles, pénales et administratives, Cour nationale du droit d'asile comprise.

Le libre choix de l'avocat est un principe à valeur constitutionnelle, qui relève des règles du contrat, de la liberté contractuelle entre un avocat et son client et seulement son client.

Depuis sa décision du 10 juin 1998 n° 98-401 DC, le Conseil Constitutionnel a rappelé que « le législateur ne saurait porter à l'économie des conventions et des contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ». Dans sa décision du 19 décembre 2000, n° 2000-437 DC, il reconnaît explicitement la valeur constitutionnelle de ce principe, en précisant : « La liberté contractuelle découle de l'article 4 de la déclaration de 1789 ».

Ainsi, sauf pour des motifs d'intérêt général impérieux, il ne saurait être porté atteinte au libre choix de l'avocat. À cet égard, le Conseil Constitutionnel et le Conseil d'État rappellent que les limitations frappant la liberté contractuelle ne peuvent résulter que de la loi.

En d'autres termes, une juridiction ne peut contrevenir au principe du libre choix de l'avocat au seul motif de sa volonté de voir s'accélérer la procédure et de la perte de temps qu'occasionnerait l'indisponibilité ponctuelle de l'avocat librement choisi.

Seule la loi peut limiter cette liberté contractuelle et encore faut-il que le législateur en définisse « les conditions et les modalités selon lesquelles une telle atteinte aux conditions d'exercice des droits de la défense peut être mise en œuvre ». Ceci vient tout récemment d'être rappelé par le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 17 février 2012 n° 2012-223, relative au choix de l'avocat en cas de garde à vue en matière de terrorisme, procédure dans laquelle le Syndicat des Avocats de France était partie intervenante.

Sachons rappeler ce principe à nos juges. ■

Syndicat des Avocats de France 2012 - 2017 : Propositions pour une législature

INTRODUCTION L'année 2012 vient marquer le terme de 10 années durant lesquelles les atteintes aux droits fondamentaux, aux droits sociaux et à la défense des individus ont été constantes.

Par ses propositions, ses mobilisations ou encore les jurisprudences obtenues grâce à sa pugnacité, le SAF a toujours tenu son rôle dans la défense des plus démunis, afin de permettre l'avènement de nouveaux droits et de résister aux régressions.

Pourtant, ces engagements ne suffisent pas à construire une société plus juste.

La possibilité d'un changement de majorité politique en est la condition. Mais le changement de majorité espéré n'est pas à lui seul la garantie de sortir de cette spirale de régression. Les réflexes sécuritaires sont bien souvent partagés quelle que soit la couleur politique des gouvernants.

Cette société plus juste est possible si le changement s'accompagne d'engagements fermes tant sur les droits que sur les moyens pour les mettre en œuvre.

1. Cette société ne peut se construire sans un engagement budgétaire des pouvoirs publics permettant au service public de la justice d'assurer pleinement sa mission.

La seule proclamation des droits sans réels moyens pour les appliquer et les faire respecter est un leurre. Quelle utilité de l'intervention de l'avocat en garde à vue sans moyens pour assurer sa mission ? Quelle

avancée d'un droit au logement opposable sans moyens pour l'appliquer ?

L'accès au droit est consubstantiel au droit lui-même et non simplement l'accessoire d'une liberté proclamée : sans effectivité, le droit est nu.

Désengagement de l'État, marchandisation de la société en général et de la justice en particulier, déréglementation de la profession..., le service public de la justice est méthodiquement démantelé, comme en témoigne la déjudiciarisation croissante, au même titre que les autres services publics.

À titre d'exemple, la France consacre au budget de la Justice 0,18 % de son PIB et 58 euros par habitant contre 0,38 % et 106 euros en Allemagne.

Dossiers en souffrance, délais déraisonnables, budget de l'aide juridictionnelle et de l'accès au droit notoirement sous doté : l'absence de moyens ne permet plus aux juges, greffiers et avocats d'assurer la qualité et l'accès à la justice du plus grand nombre.

Les dernières réformes de la justice poursuivent deux objectifs : une politique sécuritaire et une



« rationalisation », sur de seuls critères financiers, au détriment de la qualité.

En cette période électorale, le SAF appelle à un engagement ferme des partis politiques, s'agissant tant de la place de la Justice que de son financement, et rappelle à l'ensemble des candidats :

- ▶ la nécessité de rompre avec une conception sécuritaire de la justice et du droit, notamment par l'abrogation des lois liberticides votées depuis 2001 ;
- ▶ la nécessité de doubler le budget de la Justice ;
- ▶ la nécessité de repenser l'aide juridictionnelle de manière à rendre effectif l'accès au droit et à la justice pour tous.

L'accès au droit pour tous est un droit fondamental qui incombe à l'État, au même titre que l'accès à la santé et à l'éducation.

2. Cette société ne peut se construire non plus sur le repli, la peur et le rejet de l'autre.

Le Syndicat des Avocats France souhaite que nous sortions d'une société dans laquelle le droit pénal constitue le support nécessaire et obligé de tout comportement, dans tout domaine et à tout âge de la vie.

Une société ne peut s'épanouir sur une pénalisation, générale et galopante des comportements, présentée

comme protection contre l'autre et contre soi-même, pour le bonheur de tous.

La réponse pénale ne peut concerner que les comportements gravement attentatoires à nos valeurs communes, socle de notre pacte social, commis par des auteurs responsables, au-delà de toute distinction fondée sur le sexe et la nationalité notamment.

Le Syndicat des Avocats des France souhaite qu'à partir de choix législatifs nouveaux, l'institution judiciaire retrouve sa fonction de régulation sociale en répondant de manière effective aux différends d'ordre privés et aux troubles à l'ordre public.

3. Enfin, cette société ne peut se construire sans l'obtention de droits nouveaux.

Une société plus juste se construit sur le progrès : progrès dans la défense des droits collectifs, le droit au logement, les droits sociaux ou encore une politique familiale repensée.

Progrès aussi en matière de citoyenneté qui ne saurait se réduire à la nationalité française. Dès lors le droit de vote des étrangers apparaît, au même titre que l'apprentissage du droit à l'école comme vecteur d'intégration citoyenne.

Fort de l'expérience de ses membres, avocats du quotidien et de l'exceptionnel, le SAF a soumis aux candidats des propositions dans le domaine de la justice et du droit.

Toutes ces propositions ne pourront être mises en œuvre en un an, l'immédiateté dans les décisions politiques, notamment en matière pénale, a des effets déplorables sur les choix effectués.

Pourtant, en matière de libertés et droits fondamentaux, l'abrogation des mesures liberticides ne pourra pas attendre.

En outre, les choix budgétaires permettant de mettre fin à l'asphyxie des institutions de la justice devront être faits dès le premier collectif budgétaire.

Il est temps de changer de philosophie, d'orientation, de choix de société. L'éducation, la réflexion, l'intégration doivent impérativement primer sur l'émotion et l'exclusion, ou nous reviendrons à la loi du Talion dans le domaine pénal et au XIX^e siècle dans le domaine social. ■

L'État condamné pour l'indigence des moyens de la justice prud'homale

INTRODUCTION « Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime, c'est la loi qui affranchit ».

LACORDAIRE aurait pu compléter sa pensée en ajoutant que seule la loi dite par le juge peut aboutir à la protection de celui qui subit le lien de subordination. La Loi sans Juge pour la rappeler est en effet vaine et l'effectivité du Droit inexistante. C'est ce qu'ont souhaité rappeler les avocats du Syndicat des Avocats de France en initiant un procès d'envergure à l'encontre de l'État le 15 février 2011, dénonçant les délais totalement déraisonnables actuellement en cours devant la juridiction prud'homale.



PAR

Maude BECKERS

SAF Bobigny

Aline CHANU

SAF Paris

Steve DOUDET

SAF Paris

A lors que le procès prud'homal doit en effet permettre aux salariés de défendre leurs droits et de solliciter des créances alimentaires nécessaires au quotidien, l'accès au juge ne leur est plus assuré qu'au terme de longs mois, qui se muent bien souvent en longues années d'attente : deux ans au minimum au conseil de prud'hommes de Nanterre, jusqu'à 38 mois entre l'audience de bureau de jugement et celle de départage à Bobigny.

Plus généralement, il s'écoule au moins 10 à 12 mois entre l'audience de conciliation et l'audience de jugement et, après les plaidoiries, il faut encore patienter des mois pour obtenir le prononcé de la décision, puis la réception du jugement.

Un salarié qui demande la requalification de son contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée

a peu de chance d'obtenir gain de cause avant le terme du contrat : là où le code du travail prévoit que le conseil de prud'hommes doit avoir statué dans le délai d'un mois à compter de sa saisine, très peu de conseils sont en mesure de respecter la loi et le salarié peut attendre jusqu'à 12 mois, ce qui anéantit ses chances de rester dans l'entreprise.

De même, les conseils des prud'hommes ne sont que trop rarement en mesure de trancher les contestations portant sur les licenciements économiques, dans le délai de 7 mois voulu par le législateur.

Devant la cour d'appel, les délais sont souvent de deux années pour qu'une affaire soit entendue, qui plus est devant un juge unique et non en audience collégiale.

Cette lenteur extrême a un effet pervers évident, les employeurs n'ayant aucun intérêt à régler rapidement des conflits dont les délais de traitement leur donnent le temps de provisionner et même parfois le temps d'organiser leur insolvabilité...

Les salariés confrontés aux situations de précarité les plus lourdes se trouvent, de leur côté, souvent contraints de transiger bien en deçà de leurs droits, acceptant même quelquefois, en cours de procédure d'appel, une somme inférieure à celle obtenue devant



le conseil de prud'hommes, ne pouvant attendre deux années de procédure supplémentaire...

Ces délais peuvent également affecter, au-delà des intérêts directs du justiciable, les décisions mêmes prononcées par la juridiction prud'homale.

En effet, notamment face à la menace du départage et à ses délais interminables, les conseillers salariés sont quelquefois incités, dans le cadre du délibéré, à transiger, notamment sur le quantum des dommages et intérêts, pour éviter au salarié d'attendre encore pendant des années qu'il soit statué sur son affaire.

Le jugement n'est alors pas seulement le résultat d'un délibéré fondé sur le droit ou l'équité, mais aussi le résultat d'un délibéré dévoyé, entaché par la carence de l'État incapable, faute de moyens, d'assurer l'accès efficace à un juge. C'est ainsi que l'on constate souvent, devant les conseils de prud'hommes affectés par des délais déraisonnables, de bonnes décisions sur le fond pour les salariés, mais une indemnisation du préjudice à minima.

À l'occasion de leurs rentrées solennelles au mois de janvier 2012, nombre de présidents de conseils ont ainsi souligné dans leurs discours la gravité de la situation, déplorant l'allongement dramatique des délais de procédure et le manque de moyens matériels et humains qui leur sont alloués.

L'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme garantit pourtant que : « *Toute personne à droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un Tribunal indépendant et impartial.* », la Cour Européenne rappelant que les conflits du travail « *portant sur des points qui sont d'une importance capitale pour la situation professionnelle d'une personne doivent être résolus avec une célérité particulière* ».

Ainsi confrontés à ces délais totalement déraisonnables, 18 avocats du Syndicat des Avocats de France ont déposé 71 assignations devant le tribunal de grande instance de Paris pour faire condamner l'État pour déni de justice, le 15 février 2011, date anniversaire de la réforme de la carte judiciaire qui avait abouti il y a quatre ans à la suppression de 61 conseils de prud'hommes.

À leurs côtés, la CGT, Solidaires, la CDFT, l'UNSA, le Syndicat des Avocats de France, le Syndicat de la Magistrature et les conseils de l'ordre de Seine-Saint-Denis, de Nanterre et de Paris se sont constitués intervenants volontaires.

Une partie de ces 71 dossiers a d'ores et déjà été plaidée et les 16 premiers jugements prononcés le 18 janvier 2011, condamnant l'État à déjà plus de 100000 euros, ne peuvent que grandement satisfaire tous ceux qui, depuis plus d'une année, se sont investis dans ce combat syndical et collectif.

Dans ces jugements, tous rendus sur le fondement de l'article 141-1 du code de l'organisation judiciaire et de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, les magistrats jugent en effet à l'unisson que l'État s'est rendu coupable de déni de justice et que sa carence ne trouve pas sa source dans de quelconques responsabilités individuelles, comme se plaisent à le faire entendre certains, mais bien dans l'indigence du budget de l'État et l'évident manque de moyens de la Justice !

Reste à souhaiter que l'État ne se laissera pas condamner sans en tirer les conséquences et que le gouvernement à venir préférera consacrer un budget permettant à la justice prud'homale de fonctionner, plutôt que de réparer le préjudice au cas par cas des justiciables sacrifiés... !

Mais, que l'on se rassure, si un doute existe sur le comportement que pourrait adopter le gouvernement, aucun doute n'existe dans l'esprit de ceux qui ont mené cette action.

Si l'État ne les entend pas, la récidive de l'action s'imposera... ■

Pour télécharger les 16 jugements rendus le 15 février 2012 http://www.lesaf.org/index.php?option=com_flexicontent&view=items&cid=122:documents-du-saf&id=471:tgi-paris-18-janv-2012-16-jugements-cajt&Itemid=157

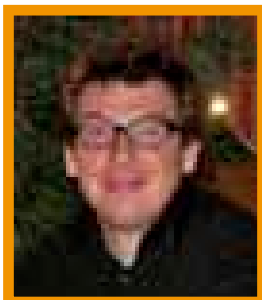
Contrôle d'identité au faciès

Pour en finir avec le symbole infâme d'une politique raciste

INTRODUCTION

« Les Français, à force d'immigration incontrôlée, ont parfois le sentiment de n'être plus chez eux ».

Claude Guéant, Ministre de l'intérieur, adhérent d'honneur et de prestige du Front National.



PAR Maxime GESSIEUX
Président de la Commission Pénale du SAF

Les avocats savent d'expérience que certains de nos concitoyens sont, plus souvent que d'autres, l'objet de contrôles d'identité par les forces de l'ordre. Non

pas pour ce qu'ils font, mais en raison de ce qu'ils sont supposés être ou ce à quoi ils sont réduits : des jeunes, des noirs, des Maghrébins.

En 2007, une étude réalisée par deux chercheurs du CNRS, Fabien Jobard et René Lévy, a confirmé scientifiquement cette intuition en démontrant que les contrôles d'identité visaient davantage les noirs, les Maghrébins, les jeunes.

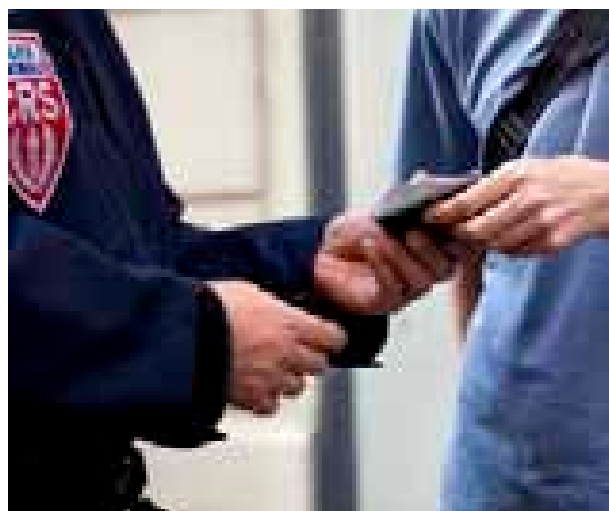
Les contrôles d'identité discriminatoires ne remontent pas à l'élection de Nicolas Sarkozy à la tête de ce pays, loin s'en faut ; ils ne sont pas non plus l'apanage d'une police sous un gouvernement de droite, mais force est de constater que le rappel constant du lien supposé entre immigration et délinquance, la politique du chiffre imposée par l'exécutif aux forces de l'ordre ne peuvent que favoriser voire amplifier la pratique du contrôle au faciès.

Ces contrôles discriminatoires ne sont pas seulement d'inacceptables atteintes à notre pacte républicain ; dans la mesure où ils sont le fait de l'État, ils renvoient ceux qui les subissent à l'idée qu'ils sont des sous-

citoyens, dont la présence n'est pas souhaitée sur le sol d'une France qui est pourtant leur pays d'origine, sinon d'adoption.

Cette discrimination permanente et quotidienne, à l'entrée des boîtes de nuit, lors de la recherche d'un emploi ou d'un logement devient proprement insupportable lorsqu'elle est le fait de ceux qui sont censés faire respecter la loi, donc veiller aux principes de liberté et d'égalité sans lesquels il n'est pas d'État de droit.

Il s'ajoute à cela que les contrôles d'identité sont répétitifs, en ce qu'ils visent de façon récurrente les mêmes personnes contrôlées par les mêmes fonctionnaires de police et que le caractère vexatoire de la répétition ne favorise pas un climat serein entre la population et la police.





Certains pays, dont l'Angleterre, ont choisi de ne pas nier cette réalité et mis en œuvre les moyens d'y faire face. Depuis 2005, les bobbies remettent aux personnes qu'ils contrôlent un : « stop form » (formulaire d'arrêt) qui comporte, outre l'identité de la personne contrôlée, celle du contrôleur, ainsi que les motifs du contrôle. Chaque contrôle est ensuite reporté sur une main courante tenue au commissariat. Il s'en est suivi une diminution du nombre de contrôle de l'ordre d'un tiers et une augmentation concomitante du nombre d'infractions constatées de 15 %. La police contrôle moins, mais plus efficacement.

Le Syndicat des Avocats de France milite auprès des candidats à la succession de Nicolas Sarkozy pour l'adoption d'un tel système qui permettrait notamment d'avoir des données objectives sur cette partie de l'activité des forces de l'ordre.

En attendant, et pour passer le temps, la commission discrimination et la commission pénale du Syndicat des Avocats de France mènent depuis trois ans, aux côtés d'Open Society Justice Initiative (OSJI), une réflexion concertée sur les moyens juridiques de lutter contre ces fameux contrôles au faciès.

Deux difficultés majeures doivent être dépassées : la première tient au fait que de nombreux contrôles -la plupart sans doute- ne laissent aucune trace -judiciaire du moins-. Il est donc pratiquement impossible pour la personne qui en est l'objet d'en prouver l'existence et, le cas échéant, d'en établir le caractère discriminatoire.

La seconde difficulté est que, même en présence d'une procédure judiciaire faisant suite au contrôle en raison de la découverte d'une infraction, le cadre juridique du contrôle, défini par l'article 78-2 du code de procédure pénale, est si large qu'il autorise toutes les dérives.

À l'heure où je rédige ces lignes, des assignations devant le juge judiciaire sont délivrées à l'État français

pour faire reconnaître le caractère discriminatoire de contrôles d'identité n'ayant donné lieu à aucune suite judiciaire.

Concernant les contrôles d'identité ayant donné lieu à des poursuites judiciaires, le Syndicat des Avocats de France a mis en ligne un modèle de Question prioritaire de constitutionnalité ayant pour objet de voir censurer l'article 78-2 du Code de procédure pénale par le Conseil Constitutionnel (www.lesaf.org).

Pour mémoire, le premier alinéa de l'article 78-2 autorise le contrôle si les services de police ont des raisons plausibles de soupçonner que tel ou tel a commis ou tenté de commettre une infraction.

Le deuxième alinéa permet les contrôles sans motif, sur réquisitions écrites du procureur de la République, dans un lieu et pour un temps déterminé.

Le troisième prévoit que le contrôle est possible, quel que soit le comportement de l'intéressé, en cas de trouble à l'ordre public.

Le dernier les autorise sans motif dans les gares et aéroports et à proximité des frontières.

Il est évident que, seul le premier alinéa impose un semblant de motivation aux services de police, encore que cette motivation soit construite a posteriori et qu'il est donc toujours possible de légitimer la mesure.

Le contrôle des juges du siège est donc fort limité et ne peut naturellement que s'appuyer sur un document rédigé de la seule main du contrôleur.

Une pratique massivement discriminatoire s'est donc développée, sans réelle possibilité pour le juge judiciaire, garant des libertés individuelles, d'y faire face.

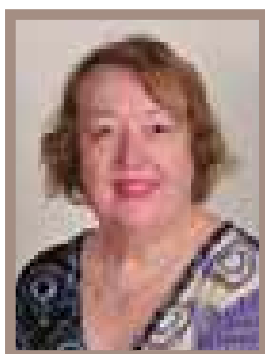
L'inconstitutionnalité des dispositions précitées découle, selon nous, de la rupture d'égalité des citoyens devant la loi, de l'absence de recours effectif et enfin de l'atteinte disproportionnée à la liberté d'aller et venir.

Il importe désormais de déposer ces questions prioritaires de constitutionnalité dans le cadre de procédures ayant pour origine un contrôle d'identité discriminatoire.

La commission discrimination et la commission pénale du Syndicat des Avocats de France se mettent à la disposition de ceux d'entre vous qui souhaitent déposer ces questions prioritaires de constitutionnalité. ■

La force de l'ordre

Didier FASSIN



PAR **Martine AZAM**
SAF Aveyron

Didier FASSIN, sociologue reconnu, commençait un travail sur la discrimination affectant les populations vivant en banlieue.

« Lors de son enquête sur les discriminations, les entretiens faisaient apparaître que, dans l'expérience des habitants de banlieue et des jeunes notamment, l'institution où ce type d'inégalité de traitement se manifestait avec le plus d'acuité était la police. »

Une anecdote concernant la garde à vue de son fils, alors qu'il attendait tranquillement un bus avec deux copains, lui a permis de constater que la mise hors de cause des trois jeunes dans des dégradations de véhicules causés par d'autres n'avait tenu qu'à peu de chose.

C'était suffisant pour inciter le sociologue à mener son enquête en pénétrant pendant près de deux années dans un commissariat et plus encore dans une BAC !

Le milieu de la police n'est pas ou peu étudié en France. Le chercheur indique qu'il a voulu compléter son travail par quelques visites dans d'autres commissariats que celui de son étude, ce qui ne lui a pas été permis, la hiérarchie policière s'y étant poliment opposée.

Le sociologue prévient d'emblée : avoir pu réaliser cette étude sur la période de mai 2005 à février 2006 puis de février à juin 2007 est probablement exceptionnel.

D'où la nécessité d'en rendre compte, tant par honnêteté à l'égard des jeunes que pour transmettre le vécu des forces de police.

La lecture de l'ouvrage démontre que ce que nous racontent les jeunes lors de nos procédures de comparution immédiate n'est que trop souvent vrai : « Les contrôles d'identité étaient permanents, ciblant toujours les mêmes individus, n'affectant nullement les activités illicites, mais faisant monter la tension ».



L'intérêt de l'ouvrage est aussi de démontrer que les forces de police sont « envoyées à la guerre » contre des populations décrites comme hostiles. Ainsi à propos des émeutes de 2005, un membre de la BAC lui a-t-il déclaré : « C'est dommage que vous n'ayez pas vu ça. C'était presque la guerre ! ».

Or, le constat de l'ordinaire est cruel : « Les équipages sont occupés par défaut à tourner à petite vitesse dans les quartiers, à la recherche d'éléments suspects qu'ils ne trouvent que rarement lors de leurs rondes sans but et auxquels ils substituent des contrôles ciblés sur les jeunes des cités et les gens du voyage ».

Loin de la propagande officielle, il n'y a donc pas plus de délinquance dans les quartiers qu'ailleurs.

L'analyse est sans appel : plus que l'ordre public, c'est l'ordre social qu'il faut faire respecter. Le reste de l'ouvrage est la démonstration que les violences policières sont considérées comme un mal nécessaire, que les forces de l'ordre représentent un enjeu politique, que la défiance des policiers à l'égard de la justice est telle qu'ils ont tendance à vouloir la rendre à sa place, sur le terrain.

Ainsi, la ségrégation sociale aboutit à la stigmatisation de populations considérées comme dangereuses. Le sociologue nous interroge sur notre capacité à remettre en cause cet état de fait et surtout ce qui peut être proposé pour éviter d'en arriver là. ■

■ **VENDREDI 11 MAI 2012**

Formation organisée par la Commission Sociale

Maison de l'Avocat - 49, rue Grignan - 13006 Marseille

LE TRAVAIL EN PRISON

Privation de liberté, Privation de droits dans l'emploi ?



« La prison, c'est la privation de la liberté d'aller et venir, et rien d'autre. »

Et pourtant, le droit applicable aux prisonniers de nos jours et en France demeure particulièrement dérogatoire au droit commun :

L'accès à l'emploi, rémunération, conditions de travail, privation de la liberté syndicale, restriction à l'application de certaines règles du code du travail, accès au Juge très difficile...

Les raisons ne manquent pas de constater, de s'alarmer, de réagir, face à l'état du travail en prison aujourd'hui en France.

Le SAF vous propose cette journée de formation pour qu'à partir d'un état des lieux, nous puissions réfléchir ensemble aux voies de la défense du travailleur en prison.

MATIN

09H00 » ACCUEIL DES PARTICIPANTS

09H30 » ACCUEIL

Chantal BOURGLAN, Présidente de la Section SAF de Marseille

» ÉTAT DES LIEUX DU TRAVAIL EN PRISON

Virginie BIANCHI, avocate du Barreau de Paris, anciennement Directrice des Services Pénitentiaires et Marie CRETENOT, juriste et responsable des enquêtes à l'Observatoire Internationale des Prisons (OIP).

» TABLE RONDE

Boris TARGE, Premier Secrétaire National Adjoint du Syndicat National des Directeurs Pénitentiaires (SNDP), Alexandre BOUQUET, Secrétaire National du Syndicat National des Directeurs Pénitentiaires (SNDP) et Paul ADJEDJ, Secrétaire Général du Syndicat CGT Pénitentiaire PACA-Corse.

APRÈS-MIDI

14H00 » PANORAMA COMPARÉ DES SITUATIONS DE TRAVAIL EN PRISON EN EUROPE

Georgia BECHLIVANOU-MOREAU, Docteur en droit, Avocate, Juriste à Ban Public chargée du droit pénitentiaire comparé

» LE CONTRÔLE DE L'ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL SUR LE TRAVAIL DES PRISONNIERS

Pierre LYON-CAEN, avocat général honoraire à la Cour de Cassation et membre de la commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations de l'OIT

» L'ACCÈS AU JUGE POUR FAIRE VALOIR LES DROITS DU DÉTENU AU TRAVAIL

- La voie prud'homale

Elisabeth AUDOUARD,
Avocat du Barreau de Marseille

- La voie administrative

Maître Pierre HURIET,
Avocat du Barreau de Nantes

18H00 » CLÔTURE DU COLLOQUE

Parquet et dépendance(s)

INTRODUCTION Initiative commune des avocats lyonnais du SAF et de la délégation locale du Syndicat de la Magistrature (SM), les conférences-débats publiques et trimestrielles des deux organisations offrent, au sein même du palais de justice de Lyon, un nouveau lieu de dialogue avocat/magistrat. Début février, SAF et SM ont ainsi débattu de l'indépendance du parquet, en présence de Michel Coste, vice-procureur chargé du Service du Traitement Direct à Lyon, et André Vallini, sénateur de l'Isère et responsable du pôle Justice dans l'équipe de François Hollande. Compte rendu d'audience.





PAR Franck HEURTREY
SAF Lyon

La salle C du nouveau palais de justice de Lyon, habituellement réservée aux audiences de la 6^e chambre correctionnelle, ne désemplit pas : plus de 200 participants, avocats et magistrats, sont présents ce vendredi 2 février pour le deuxième rendez-vous organisé conjointement par les sections locales du SAF et du SM.

Une audience supérieure à la première conférence-débat fin 2011, qui s'était déroulée sur le thème de l'intervention de l'avocat en garde-à-vue et à l'instruction sous le titre de « La Question – Où, quand et comment la poser ? », en présence d'Albert Levy, vice-président du TGI et délégué du SM, Sylvain Cormier et Jean-Pierre Mignard, avocats.

Signe des temps, substituts et procureurs sont à l'honneur pour cette deuxième rencontre intitulée « *Parquet et dépendance(s)* ». Si le juge d'instruction se trouvait sous le feu des critiques en début de quinquennat, Thomas Fourrey (SAF) rappelait avec justesse, en introduction des débats, que l'actualité médiatico-juridico-politique de ces dernières années avait déplacé les projecteurs sur les seuls parquetiers.

L'(in)action des procureurs dans les affaires Woerth-Bettencourt, Chirac ou Clearstream, les décisions de la Cour européenne de Strasbourg faisant du procureur français un magistrat « incomplet », l'immixtion toujours plus forte de l'exécutif via des nominations très politiques (ainsi, celle du directeur de cabinet du ministre de la Justice depuis 2009 au poste de procureur de Paris) : autant d'éléments de la crise d'identité et de confiance que traverse actuellement le parquet français et que le récent appel d'une majorité de procureurs à modifier leur statut a contribué à rendre publique, sinon politiser.

En charge du S.T.D. au TGI de Lyon, Michel Coste (SM) a souligné combien cette crise pouvait paraître paradoxale à une époque où le parquet bénéficie de pouvoirs accrus. Décivant un magistrat « rare » et « débordé » (3 parquetiers pour 100 000 habitants en France contre 10 en moyenne en Europe), il a

déploré avant tout l'absence d'homogénéité dans l'application de la justice pénale et l'absence de cohérence des lois promulguées, pour évoquer l'éventuelle création d'un Procureur Général de la nation et d'un Conseil supérieur de la Justice ouvert aux citoyens.

La montée en puissance des procureurs face aux magistrats du siège s'est en effet matérialisée, tant par le renforcement du principe d'opportunité des poursuites que par les nouveaux pouvoirs quasi-juridictionnels octroyés au parquet (médiation et composition pénales, CRPC, etc.). Ainsi, la moitié des décisions de jugement en France sont prises par le parquet.

Si les procureurs sont plus puissants que jamais, ils restent en proie au soupçon de collusion. Fustigeant « *l'instrumentalisation du parquet* » et le « *doute qui ronge* » (rappelant les propos de Rachida Dati prononcés en 2007 qui s'érigeait en « chef des procureurs »), André Vallini s'est engagé à proscrire toute instruction dans les affaires individuelles, à réformer le Conseil supérieur de la magistrature pour en exclure l'exécutif, réintégrer une parité magistrats/non-magistrats dans sa composition et aligner le statut des procureurs sur celui des magistrats du siège (en particulier s'agissant de la gestion de leur carrière). Il a rejeté l'idée d'un Procureur Général de la nation « *déshabillant* » le Garde des sceaux de ses prérogatives, mais prône la création d'un conseil national de la politique pénale.

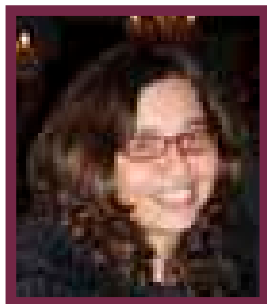
De manière générale, André Vallini a également annoncé « *une remise à plat du système pénal* » compte tenu du caractère « *illisible* » des codes pénal et de procédure pénale, sans pour autant promettre le grand soir des libertés publiques : l'ancien avocat s'est clairement dit opposé à la « *technique de l'essui-glace* ». Il n'y aura pas de retour automatique à 2007 ou 2002. Seule certitude : la loi sur les peines planchers sera abrogée et la justice des mineurs retrouvera toute sa spécificité.

Les moyens budgétaires seront concentrés en priorité sur les personnels SPIP et PJJ. Mais là encore, pas de faux espoirs : les créations de postes seront plafonnées à 5000 pour l'ensemble du monde judiciaire sur la durée du quinquennat.

Insuffisant pour combler le retard accumulé depuis une décennie, mais une première inversion de tendance qu'il importera d'amplifier et qui démontre -si besoin était- que l'action syndicale a encore de beaux jours devant elle. Avant comme après le 6 mai 2012. ■

Que reste-t-il de la directive retour ?

INTRODUCTION La directive du Parlement et du Conseil de l'Union européenne n° 2008/115/CE du 16 décembre 2008, également connue comme la « directive de la honte » parce qu'elle autorise l'enfermement pendant 18 mois des enfants et de leurs parents étrangers en voie d'éloignement du seul fait de leur irrégularité et parce qu'elle introduit la sanction administrative de l'interdiction de retour sur le territoire européen, est devenue opposable aux États membres à compter du 24 décembre 2010.



PAR Flor TERCERO
SAF Toulouse

Le contentieux avant la transposition de la directive en droit français

Décriée à juste titre, il n'en demeure pas moins que la directive retour porte en elle le combat des parlementaires européens qui ont essayé de sauver un noyau dur de droits fondamentaux pour les personnes visées par cette directive. C'est ainsi que Serge SLAMA a attiré l'attention des défenseurs des étrangers sur l'incompatibilité avec la directive retour du droit français de l'éloignement, faute de transposition dans le délai fixé au 24 décembre 2010, dans son fameux article « Le Noël des sans-papiers » : les arrêtés de reconduite à la frontière ne prévoyaient pas la possibilité d'un délai de départ volontaire, pierre angulaire de la logique de l'éloignement européen. Cet article est arrivé à point nommé, lorsque le Printemps Arabe a poussé des milliers de réfugiés sur notre continent et leur a permis un répit temporaire leur évitant l'éloignement immédiat : des centaines, peut-

être même des milliers d'arrêtés de reconduite à la frontière, ont ainsi été annulés par les juridictions administratives françaises. Le Conseil d'État n'a pu que valider le raisonnement juridique qui a conduit à ces annulations dans son avis n° 345978 et 346612 du 21 mars 2011, tout en essayant de « sauver les meubles » en permettant à l'administration de prévoir un délai de départ volontaire de 7 jours tiré directement de la directive retour, allant ainsi à l'encontre de





sa propre jurisprudence (CE 23 juin 1995 SA Lilly n° 149226 155083 et 162001) aux termes de laquelle l'administration ne peut se prévaloir de sa propre turpitude : si la directive n'est pas transposée, l'État membre ne peut utiliser à son profit les dispositions qui servent sa cause... Deux poids, deux mesures...

La deuxième « bombe » provenant de la directive retour, qui a sévèrement enraillé la machine à expulser, a été l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 28 avril 2011 El Dridi n°C-61/11. Cet arrêt est universellement connu par le fait qu'il a jugé que les dispositions de droit interne qui pénalisent le séjour irrégulier d'un étranger sont contraires aux objectifs de la directive retour. En effet, l'emprisonnement est un obstacle pour le retour de l'étranger dans son pays d'origine. Il est intéressant de constater qu'aucun juriste français ne s'était posé la question de la pénalisation du séjour irrégulier par rapport au droit européen. Peut-être parce que la sanction pénale du séjour irrégulier existe en France depuis des éternités (bien avant l'ordonnance de 1945) et que, du coup,

nous nous en étions accommodés, alors qu'en Italie c'est Berlusconi qui avait introduit cette sanction avec l'excuse de la transposition de la directive retour, ce qui avait interpellé nos éminents confrères et professeurs de droit italiens. Saluons donc ici la persévérance de notre confrère Luca MASERA et des professeurs Bruno NASCIMBENE et Francesco VIGANO qui, malgré l'adversité, ont mené le combat pour les droits de Monsieur EL DRIDI jusqu'au bout. Ils ne pouvaient s'imaginer qu'en France, c'est toute la machine à expulser qui s'est arrêtée. Au moins, l'espace d'un instant qui a servi à la confection par la Chancellerie d'une note de service visant à contourner illégalement ce que la Cour de justice avait pourtant jugé pour droit et dont les conséquences pour la machine à expulser étaient désastreuses : si l'emprisonnement est illégal, le placement en garde à vue pour séjour irrégulier l'est tout aussi, par application de l'article 62-2 du Code de procédure pénale qui ne permet la garde à vue que pour les crimes ou délits punis d'emprisonnement. Or, il est connu de tous les praticiens que la garde à vue a été détournée de son but (l'enquête judiciaire) pour

permettre à l'administration de garder à sa disposition les étrangers qu'elle décide d'éloigner. Ainsi, sans garde à vue pas d'éloignement. La Chancellerie a prétendu que cet arrêt ne concernait pas le droit français car il sanctionnait le droit italien et qu'en toute hypothèse, si un étranger avait déjà fait l'objet d'une mesure d'éloignement avant de se faire interpellé par la police, il était loisible à l'État de l'emprisonner sans porter atteinte aux objectifs du droit européen, car les États conservent la prérogative de sanctionner les étrangers qui n'obtempèrent pas aux mesures d'éloignement. La Cour d'appel de Paris a donc été contrainte de poser une nouvelle question préjudicielle à la CJUE sur la conventionnalité du droit pénal français par rapport aux objectifs de la directive retour. Est ainsi intervenu l'arrêt de la CJUE du 6 décembre 2011 Achughbabian n°C-329/11.

Cet arrêt déçoit, car la CJUE autorise les États membres à détourner la procédure de garde à vue dans le but de chasser les étrangers. Toutefois, la CJUE réaffirme que la pénalisation du simple séjour irrégulier d'un étranger, tel que prévue en France par l'article L.621-1 du Code

de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, est contraire aux objectifs de la directive retour, car il faut avoir épuisé la panoplie des mesures coercitives de la directive avant d'envisager l'emprisonnement pour simple séjour irrégulier. Toutefois, et contrairement aux énormités que la Chancellerie a débitées dans sa circulaire « Gloubiboulga » (cf. le blog de Norbert CLEMENT, avocat à Lille), il est nécessaire d'insister sur le fait que, si le principe du détournement de la garde à vue est validé, la CJUE n'a pas non plus imposé aux États membres de placer en garde à vue les étrangers qu'ils envisagent d'éloigner. Ainsi, l'article 62-2 du Code de procédure pénale est toujours opposable à l'administration qui souhaite user et abuser de la garde à vue. Or, cet article exige que l'interpellé soit soupçonné d'un délit puni d'une peine d'emprisonnement pour pouvoir être placé en garde à vue, privation de liberté que la CJUE a confirmée comme étant contraire au droit européen. Tant que le droit français n'aura pas été modifié pour s'adapter à cette décision, les placements en garde à vue pour séjour irrégulier continueront d'être illégaux, par application de l'article 62-2 du code de procédure pénale et de l'arrêt de la CJUE Achughbabian.



Contentieux postérieur à la transposition de la directive retour

Alors, que reste-t-il de la directive retour ? Il convient de s'intéresser au contentieux administratif de l'éloignement et de la rétention. Depuis que la directive a été transposée en droit français par la loi Besson du 16 juin 2011, entrée en vigueur le 8 juillet 2011, les juges administratifs ont tendance à dire « chat perché » : « la transposition de la directive est intervenue, vous ne pouvez plus vous fonder sur la directive pour dire que la décision du préfet est illégale ». Pourtant, la jurisprudence du Conseil d'État est têtue, bien que flexible, selon les cas...

Ainsi, le rapport transmis par le Conseil d'État sur la transposition des directives européennes à l'occasion du XV^e colloque de l'ACA (Association des Conseils d'État et des Juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne) précise qu'il est admis que l'on puisse :

« Contester la conformité aux directives des normes de droit interne par voie d'exception, à l'occasion d'un litige portant sur l'application du texte contesté. Le requérant peut ainsi obtenir que soit écartée l'application des dispositions réglementaires et législatives incompatibles avec les objectifs de la directive (CE 8 juillet 1991, Palazzi). [...] Par la voie

de l'exception d'illégalité encore, le Conseil d'État a été amené, dans un autre domaine, à constater l'incompatibilité d'une loi nationale avec une directive antérieure à celle-ci, par l'arrêt du 28 février 1992, S.A. Rothmans International France, relatif à l'incidence sur la fixation du prix des tabacs manufacturés de la directive du 19 décembre 1972. Le Conseil d'État cite les dispositions de la directive qui autorisent les fabricants et importateurs à fixer librement les prix de leurs produits, sous réserve de "l'application des législations nationales sur le contrôle du niveau des prix ou le respect des prix imposés". Il constate ensuite :

- que ces dispositions, telles qu'elles sont interprétées par la Cour de justice des communautés européennes (arrêts des 21 juin 1983 et 13 juillet 1988), ne réservent que l'application "des législations nationales de caractère général, destinées à enrayer la hausse des prix" ;

► que la loi du 24 mai 1976 confère au Gouvernement un pouvoir spécifique de fixation du prix des tabacs importés, indépendant de la législation générale sur le contrôle des prix ;

► que la loi nationale est donc incompatible avec les objectifs définis par la directive et qu'il faut en écarter l'application ;

► que le décret du 31 décembre 1976 pris sur le fondement de cette loi est donc dépourvu de base légale et que les décisions ministérielles attaquées, elles-mêmes prises sur le fondement du décret, sont illégales et doivent être annulées.

Cet arrêt donne donc son plein effet, à l'égard de décisions individuelles, à une directive imparfaitement transposée. »

Aussi, par application de l'arrêt du Conseil d'État du 28 février 1992 SA Rothmans, si la loi de transposition n'est pas conforme à la directive retour ou à l'interprétation qu'en fait la CJUE, les arrêtés préfectoraux pris en application des dispositions de cette loi et de ses décrets d'application peuvent être déclarés illégaux, puisqu'incompatibles avec la directive retour.

Il est acquis que les articles 7 et 8, ainsi que les articles 15 et 16 de la directive retour sont d'application directe (cf. avis du CE du 21 mars 2011 et arrêt El Dridi du 28 avril 2011). D'autres articles de la directive, parce qu'ils imposent des obligations aux États membres, ne souffrent pas non plus d'interprétation. Il s'agit, notamment, des articles suivants :

Article premier Objet

La présente directive fixe les normes et procédures communes à appliquer dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour

irrégulier, conformément aux droits fondamentaux en tant que principes généraux du droit communautaire ainsi qu'au droit international, y compris aux obligations en matière de protection des réfugiés et de droits de l'homme.

Article 5 Non-refoulement, intérêt supérieur de l'enfant, vie familiale et état de santé

Lorsqu'ils mettent en œuvre la présente directive, les États membres tiennent dûment compte :

- a) de l'intérêt supérieur de l'enfant,
- b) de la vie familiale,
- c) de l'état de santé du ressortissant concerné d'un pays tiers, et respectent le principe de non-refoulement.

Article 12 Forme

1. Les décisions de retour et, le cas échéant, les décisions d'interdiction d'entrée ainsi que les décisions d'éloignement sont rendues par écrit, indiquent leurs motifs de fait et de droit et comportent des informations relatives aux voies de recours disponibles.

Les informations relatives aux motifs de fait peuvent être limitées lorsque le droit national permet de restreindre le droit à l'information, en particulier pour sauvegarder la sécurité nationale, la défense et la sécurité publique, ou à des fins de prévention et de détection des infractions pénales et d'enquêtes et de poursuites en la matière.

Il est également incontestable que les considérants de la directive retour sont un guide d'interprétation pour les juges, le plus important étant le sixième :

« Les États membres devraient veiller à ce que, en mettant fin au séjour irrégulier de ressortissants de pays tiers, ils respectent une procédure équitable et transparente. Conformément aux principes généraux du droit de l'Union européenne, les décisions prises en vertu de la présente directive devraient l'être au cas par cas et tenir compte de critères objectifs, ce qui implique que l'on prenne en considération d'autres facteurs que le simple fait du séjour irrégulier. [...] »

Trois questions d'importance sur l'interprétation de la directive retour restent pourtant en suspens :

- 1) le respect d'une procédure contradictoire préalable à la prise de décision sur les mesures d'éloignement, de rétention et d'interdiction du territoire européen

En effet, les décisions prises pour assurer l'éloignement d'un étranger n'interviennent évidemment pas à sa demande. Or, la Charte des droits fondamentaux de



... le risque de fuite est la principale raison qui peut fonder le refus de délai de départ volontaire.

l'Union européenne, qui est directement applicable, dispose, dans son article 41.2, que le droit à une bonne administration comporte notamment « *Le droit de toute personne d'être entendue avant qu'une mesure individuelle qui l'affecterait défavorablement ne soit prise à son encontre* ». Il sera observé que cet article s'impose, non seulement aux institutions de l'Union européenne, mais également à l'État membre qui applique le droit européen. En effet, l'article 51.1 de la Charte dispose : « *Les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions et organes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. En conséquence, ils respectent les droits, observent les principes et en promeuvent l'application, conformément à leurs compétences respectives* ». Et c'est précisément dans le cadre de la mise en œuvre du droit de l'Union, par application de la directive 2008/115/CE, transposée en droit interne par la loi du 16 juin 2011, que l'étranger peut invoquer le respect de l'article 41.1 de la Charte des droits fondamentaux par le préfet. Pourtant, aucun préfet ne s'entretient avec un étranger avant de lui infliger une mesure d'éloignement, de rétention ou d'interdiction du territoire. Ceci n'est pas conforme au droit européen.

2) la définition du « risque de fuite » - article 3.7 de la directive : « *Le fait qu'il existe des raisons, dans un cas particulier et sur la base de critères objectifs définis par la loi, de penser qu'un ressortissant d'un pays tiers faisant l'objet de procédures de retour peut prendre la fuite* »

En effet, le risque de fuite est la principale raison qui peut fonder le refus de délai de départ volontaire, qui est une exception à l'obligation issue de l'article 7 de la directive d'accorder un délai de départ volontaire à tout étranger qui doit quitter le territoire européen. Or, toute exception doit être strictement encadrée par une définition objective du risque de fuite. Si la définition

des « critères objectifs » du risque de fuite fait l'objet d'un renvoi à la loi des États membres, c'est en raison de l'impasse des négociations entre les institutions européennes.

Le Parlement européen a toutefois insisté pour que les considérants de la directive 2008/115 interdisent aux États membres d'utiliser le seul fait du séjour irrégulier pour considérer que le risque de fuite est établi (cf. « *The Negotiations on The Return Directive* » de Fabian LUTZ, pages 38 et 39, Wolf Legal Publishers). C'est la raison pour laquelle le considérant 6 de la directive a été rédigé de sorte que le simple séjour irrégulier ne puisse être utilisé comme base de définition des critères objectifs du risque de fuite.

La Cour de justice s'est déjà prononcée sur la notion de risque de fuite dans l'arrêt El Dridi du 28 avril 2011, qui décline les principes de gradation, proportionnalité, objectivité et respect des droits fondamentaux que la CJUE impose aux États dans le choix des mesures de coercition visant à garantir l'exécution d'une mesure d'éloignement : le risque de fuite objectif et imminent est le seuil qui permet à l'État d'envisager le refus de délai de départ volontaire, avec placement en rétention administrative comme ultime mesure coercitive.

Voici les considérants pertinents de la décision EL DRIDI :

36 Dans le cadre de cette étape initiale de la procédure de retour, une priorité doit être accordée, sauf exceptions, à l'exécution volontaire de l'obligation résultant de la décision de retour, l'article 7, paragraphe 1, de la directive 2008/115 disposant que cette décision prévoit un délai approprié allant de sept à trente jours pour le départ volontaire.

37 Il résulte de l'article 7, paragraphes 3 et 4, de ladite directive que ce n'est que dans des circonstances particulières, telles que l'existence de risque de fuite, que les États membres peuvent, d'une part, imposer au destinataire d'une décision de retour l'obligation de se présenter régulièrement aux autorités, de déposer une garantie financière adéquate, de remettre des

documents ou de demeurer en un lieu déterminé ou, **d'autre part**, prévoir un délai de départ volontaire inférieur à sept jours, voire **s'abstenir d'accorder un tel délai**.

38 Dans cette dernière hypothèse mais aussi dans une situation dans laquelle l'obligation de retour n'a pas été respectée dans le délai accordé pour le départ volontaire, il ressort de l'article 8, paragraphes 1 et 4, de la directive 2008/115 que, **dans le but d'assurer l'efficacité des procédures de retour, ces dispositions imposent à l'État membre, qui a adopté une décision de retour à l'encontre d'un ressortissant de pays tiers en séjour irrégulier, l'obligation de procéder à l'éloignement, en prenant toutes les mesures nécessaires, y compris, le cas échéant, des mesures coercitives, de manière proportionnée et dans le respect, notamment, des droits fondamentaux.**

39 À cet égard, il découle du seizième considérant de ladite directive ainsi que du libellé de son article 15, paragraphe 1, que les États membres doivent procéder à l'éloignement au moyen des mesures **les moins coercitives possible**. Ce n'est que dans l'hypothèse où l'exécution de la décision de retour sous forme d'éloignement risque, au regard d'une appréciation de **chaque situation spécifique**, d'être compromise par le **comportement de l'intéressé** que ces États peuvent procéder à la privation de liberté de ce dernier au moyen d'une rétention.

Il résulte de ce qui précède que le délai de départ volontaire est le principe et son refus, lié au risque de fuite, l'exception et que la rétention découlant du refus de délai de départ volontaire ne saurait être prononcée qu'en raison du comportement de l'étranger qui compromet l'exécution de la mesure de retour. La notion de risque de fuite est ainsi intimement liée au seuil de proportionnalité que le juge européen a fixé pour justifier le placement en rétention, ultime mesure envisageable dont le recours n'est justifié que parce que le comportement de l'étranger permet de douter de la possibilité d'exécuter la mesure d'éloignement et rend nécessaire le refus de délai de départ volontaire et l'éloignement immédiat avec privation de liberté.

Au regard de cette jurisprudence, la définition adoptée par le législateur français du "risque de fuite", parce qu'elle est beaucoup trop imprécise, subjective et large pour obéir aux principes de proportionnalité et gradation des mesures coercitives du droit européen de l'éloignement, est donc contraire à l'article 1er de la directive retour et à son interprétation par la CJUE. En effet, le législateur permet à l'autorité administrative de

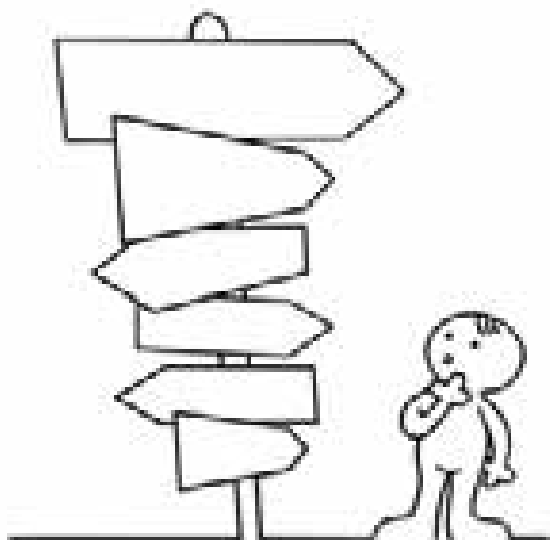
considérer qu'il y a un risque de fuite par le seul séjour irrégulier, ce qui ne peut être admis comme étant un critère objectif au regard du sixième considérant de la directive retour.

La lecture du livre « The Negotiations on the Return Directive » de Fabian LUTZ, fonctionnaire européen ayant participé aux négociations houleuses de la directive retour, permet de déterminer l'esprit dans lequel la directive a été adoptée. Le compromis entre les institutions européennes, qui n'arrivaient pas à se mettre d'accord sur le risque de fuite, a conduit à l'abandon d'une liste de critères qui avaient d'abord été proposée par la Commission et approuvés par le Conseil, mais fermement contestés par le Parlement, auquel finalement la Commission s'est ralliée. Les critères qui ont ainsi été abandonnés étaient les suivants :

- ▶ Si la personne est entrée illégalement dans le territoire d'un État membre et n'a pas obtenu l'autorisation d'y séjourner ;
- ▶ Si la personne a été interceptée à la frontière, ou aux abords de la frontière externe de l'Union européenne en essayant d'entrer illégalement dans le territoire d'un État membre ;
- ▶ Si, pendant la période de départ volontaire, la personne a changé d'adresse sans en informer l'autorité administrative ;
- ▶ Si la personne n'a pas respecté les mesures visant à éviter le risque de fuite ;
- ▶ Si la personne s'est soustraite à l'exécution d'une mesure d'éloignement par le passé ou y a fait obstruction.

Monsieur LUTZ indique, en page 39 : « Les conséquences des présomptions très larges de cette proposition (particulièrement les deux premiers critères) auraient conduit à ce que tout étranger en situation irrégulière aurait pu être quasi-automatiquement arrêté et privé de la possibilité d'obtenir un délai de départ volontaire. Ce qui s'opposait à l'approche du Parlement qui avait expressément proposé dans un amendement du Comité parlementaire des libertés, de la justice et des affaires intérieures que « *le risque de fuite ne pourra pas être automatiquement déduit du simple fait qu'un ressortissant d'un État tiers séjourne irrégulièrement sur le territoire d'un État membre* ».

La Commission a soutenu le Parlement dans son insistance sur le besoin d'une approche individualisée et dans le rejet des présomptions légales. Le Conseil a dû s'y résoudre, le catalogue démonstratif a été abandonné et la définition suivante a été retenue : « *risque de fuite : le fait qu'il existe des raisons, dans un cas particulier et sur la base de critères objectifs définis par la loi, de penser qu'un ressortissant d'un*



pays tiers faisant l'objet de procédures de retour peut prendre la fuite ». Le « pont en or » qui a permis aux États membres d'accepter cette rédaction semble avoir été la notion de « critères objectifs définis par la loi ». Ceci ouvre la porte aux États membres pour prévoir dans leur législation de transposition des listes de critères objectifs (y compris des critères liés à l'entrée irrégulière) qui doivent être considérés lors de la prise des décisions afférentes. Pour éviter que la présomption légale quasi-automatique « séjour irrégulier = risque de fuite » puisse être réintroduite par les États membres par cette chausse-trappe, une déclaration horizontale a été ajoutée au considérant 6 : « Conformément aux principes généraux du droit de l'Union européenne, les décisions prises en vertu de la présente directive devraient l'être au cas par cas et tenir compte de critères objectifs, ce qui implique que l'on prenne en considération d'autres facteurs que le simple fait du séjour irrégulier. »

Il est donc très clair que les « critères objectifs » de la loi de transposition française sont en contradiction avec la directive 2008/115. Le législateur français a tout simplement repris, dans l'article L 511-1-II-3° du CESEDA, la liste des présomptions de risque de fuite que le Parlement européen avait rejetée :

- a) Si l'étranger, qui ne peut justifier être entré régulièrement sur le territoire français, n'a pas sollicité la délivrance d'un titre de séjour ;
- b) Si l'étranger s'est maintenu sur le territoire français au-delà de la durée de validité de son visa ou, s'il n'est pas soumis à l'obligation du visa, à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de son entrée en France, sans avoir sollicité la délivrance d'un titre de séjour ;

- c) Si l'étranger s'est maintenu sur le territoire français plus d'un mois après l'expiration de son titre de séjour, de son récépissé de demande de carte de séjour ou de son autorisation provisoire de séjour, sans en avoir demandé le renouvellement ;
- d) Si l'étranger s'est soustrait à l'exécution d'une précédente mesure d'éloignement ;
- e) Si l'étranger a contrefait, falsifié ou établi sous un autre nom que le sien un titre de séjour ou un document d'identité ou de voyage ;
- f) Si l'étranger ne présente pas de garanties de représentation suffisantes, notamment parce qu'il ne peut justifier de la possession de documents d'identité ou de voyage en cours de validité, ou qu'il a dissimulé des éléments de son identité, ou qu'il n'a pas déclaré le lieu de sa résidence effective ou permanente, ou qu'il s'est précédemment soustrait aux obligations prévues par les articles L. 513 4, L. 552 4, L. 561 1 et L. 561 2.

Cette liste de présomptions va directement à l'encontre de l'esprit dans lequel le législateur européen a souhaité que les « critères objectifs » du risque de fuite soient établis. Il est donc légitime de solliciter l'interprétation de la CJUE sur la compatibilité de la loi française de transposition avec la directive retour.

3) la notion de recours effectif sur la légalité de la mesure de rétention – article 15.2

Cet article dispose :

La rétention est ordonnée par les autorités administratives ou judiciaires.

La rétention est ordonnée par écrit, en indiquant les motifs de fait et de droit.

Si la rétention a été ordonnée par des autorités administratives, les États membres :

a) soit prévoient qu'un contrôle juridictionnel accéléré de la légalité de la rétention doit avoir lieu le plus rapidement possible à compter du début de la rétention,

b) soit accordent au ressortissant concerné d'un pays tiers le droit d'engager une procédure par laquelle la légalité de la rétention fait l'objet d'un contrôle juridictionnel accéléré qui doit avoir lieu le plus rapidement possible à compter du lancement de la procédure en question.

Dans ce cas, les États membres informent immédiatement le ressortissant concerné d'un pays tiers de la possibilité d'engager cette procédure.

Le ressortissant concerné d'un pays tiers est immédiatement remis en liberté si la rétention n'est pas légale.

Colloque organisé par la Commission Pénale

Colloque

DU SYNDICAT DES AVOCATS DE FRANCE

LA PLACE DE LA VICTIME DANS LE PROCÈS PÉNAL



Samedi 12 &
Dimanche 13 mai 2012

Maison de l'Avocat
49, rue Grignan
13006 Marseille

SAF

Renseignements et inscriptions

SAF COMMUNICATION, 34, rue Saint-Lazare - 75009 Paris
Tél. 01 42 82 01 26 ■ Fax 01 45 26 01 55
contact@lesaf.org ■ www.lesaf.org

Colloque organisé par la Commission Pénale

Programme

SAMEDI 12 & DIMANCHE 13 MAI 2012

SAMEDI 12 MAI 2012

08h30 » ACCUEIL DES PARTICIPANTS

09h00 » ALLOCUTIONS

M. le Bâtonnier de Marseille,
Chantal BOURGLAN, Présidente
de la Section SAF de Marseille,
Pascale TAELEMAN, Présidente
du SAF

09h45 » PRÉSENTATION

Maxime CESSIEUX,
Président de la Commission
Pénale du SAF

10h00 » INTRODUCTION

» L'évolution de la prise en
compte de la victime dans
la procédure pénale

Bruno REBSTOCK,
SAF Aix-en-Provence

» Plaignant/victime/
partie civile, distinction entre
les trois notions

» DÉBAT

12h30 » DÉJEUNER SUR PLACE

14h00 » QU'EST-CE QUE LE PROCÈS PÉNAL ?

Philippe CHAUDON, SAF Marseille,
Président de la Commission Liberté et
Droits de l'Homme du CNB

14h45 » LA VICTIME AU CENTRE DU PROCÈS PÉNAL

Jacques CALMETTES, Président de
la Cours d'assise des Bouches-du-
Rhône, ancien président de l'INAVEM
(Fédération Nationale d'Aide aux
Victimes et de Médiation)

» DÉBAT

17h30 » CLÔTURE DES TRAVAUX DU JOUR

DIMANCHE 13 MAI 2012

09h30 » LA VERTU THÉRAPEUTIQUE DU PROCÈS PÉNAL OU LA GRANDE ILLUSION

Un psychologue

10h30 » LE NÉCESSAIRE RETOUR À L'ÉQUILIBRE

Odile BELINGA, SAF Lyon

11h30 » DÉBAT

12h30 » CLÔTURE DU COLLOQUE

Hôtels proposés

**À RÉSERVER DIRECTEMENT
PAR LES PARTICIPANTS**

>> HÔTEL DU SUD

18, rue Beauvau - 13001 Marseille
Tél. : 04 91 54 38 50 - Fax : 04 91 54 75 62

>> SOFITEL VIEUX PORT

36, Bd Charles Livon - 13007 Marseille
Tél. : 04 91 15 59 00

>> MERCURE BEAUVAU

4, rue Beauvau - 13001 Marseille
Tél. : 04 91 54 91 00 - Fax : 04 91 54 15 76

>> HÔTEL ALIZÉ

35, Quai des Belges - 13001 Marseille
Tél. : 04 91 33 66 97 - Fax : 04 91 54 80 06

>> TONIC HÔTEL

43, Quai des Belges - 13001 Marseille
Tél. : 04 91 55 67 46 - Fax : 04 91 55 67 56

>> IBIS CENTRE BOURSE

62 rue Puvis Chavannes - 13002 Marseille
Tél. 04 91 91 17 63

>> KYRIAD VIEUX PORT**

6 rue beauvau - 13001 Marseille
Tél. 04 91 33 02 33

>> EUROPE HÔTEL**

12 rue Beauvau - 13001 Marseille
Tél. 04 91 33 65 64

>> HÔTEL DU PALAIS***

26 rue Breteuil - 13006 Marseille
Tél. 04 91 37 78 86



SYNDICAT DES AVOCATS DE FRANCE

Samedi 12 et dimanche 13 mai 2012

à retourner avant le vendredi 4 mai 2012 à SAF COMMUNICATION
34, rue Saint-Lazare - 75009 PARIS - Tél. 01 42 82 01 26 - Fax : 01 45 26 01 55

Nom : Prénom :
Adresse :
Code Postal : Ville :
Tél. : Fax : E-mail :
Barreau ou activité professionnelle :

- Participera au Colloque de Droit Pénal du SAF samedi 12 et dimanche 13 mai 2012
- Avocat adhérent SAF = 120 € TTC
 - Avocat non adhérent SAF et autre Public = 160 € TTC
 - Elève avocat, étudiant : Entrée libre dans la limite des places disponibles inscription préalable auprès de SAF COMMUNICATION

Les frais d'inscription ne comprennent pas le prix du repas :

- Participera au déjeuner (en sus) : 20 € TTC

Règle la somme de..... € TTC par chèque à l'ordre de SAF COMMUNICATION

**COLLOQUE
DE DROIT PÉNAL**

SAF

Formation continue

Cette session de formation satisfait à l'obligation de formation continue des avocats (article 85 du décret N° 91-1197 du 27 novembre 1991) et aux critères de la décision du CNB n° 2011-004 du 25 novembre 2011.

Durée de la formation : dix heures

Pour valider la formation

N'oubliez pas de demander la prise en charge de votre inscription auprès du FIF PL
104 rue de Miromesnil 75384 PARIS CEDEX 08 Tél. : 01 55 80 50 00 Fax. 01 55 80 50 29
Consulter le site : <http://www.fifpl.fr>
(critères de prise en charge, imprimé de demande...)

Pour valider la formation et la prise en charge FIF PL,
Il sera **INDISPENSABLE** d'émarger la feuille de présence
à votre arrivée à la journée de formation

Une facture et une attestation de présence vous seront adressées après le colloque

SAF COMMUNICATION organisme de formation n° 11 75 26 108 75



AFFRANCHIR
AU TARIF
EN VIGUEUR

SAF COMMUNICATION

34, rue Saint-Lazare
75009 Paris

Monsieur LUTZ (cf. pages 29 et 67) indique que la définition des conditions du recours effectif à l'encontre de la décision de placement en rétention a également été laissée à l'appréciation de la Cour de justice de l'Union européenne par le législateur européen :

« Dans les cas où le désaccord en substance ne pouvait pas être réglé, un compromis a été parfois trouvé en choisissant une formulation vague qui pouvait être interprétée à la fois par le Conseil et le Parlement selon leurs désirs respectifs. L'exemple le plus frappant de cette technique peut être trouvé dans l'article 15 (2) (b) selon lequel la légalité de la rétention doit être soumise à un « contrôle juridictionnel accéléré qui doit avoir lieu le plus rapidement possible... ». Les États membres étaient habitués à cette technique qui a été fréquemment appliquée pour trouver l'unanimité sous la procédure de consultation, mais le Parlement ne l'aimait pas du tout et ne l'acceptait qu'exceptionnellement et comme dernière mesure possible. Une spécificité de cette approche est qu'elle donne à la Cour de justice de l'Union européenne – ayant à juger un cas particulier – une marge d'interprétation significative, qui devra être utilisée pour remplir les vides juridiques laissés par le législateur ».

Plus particulièrement, si le Conseil et le Parlement ne sont pas arrivés à se mettre d'accord, c'est pour la raison suivante (cf. page 67) :

« La Commission avait proposé un contrôle juridictionnel dans les trois jours du placement en rétention, le Conseil proposait d'assouplir cette exigence et de prévoir un recours juridictionnel défini par le législateur national, tandis que le Parlement européen a requis de renforcer la disposition et demandait un contrôle juridictionnel dans les 48 heures. Le trilogue de janvier 2008 a prévu que le contrôle juridictionnel devait avoir lieu dans les 72 heures. Cependant, la Présidence n'a pas pu convaincre les États membres d'accepter ce texte et a dû revenir vers le Parlement avec la requête d'effacer la limite des 72 heures et de la remplacer par un « contrôle juridictionnel accéléré ». Après des négociations intenses, la Présidence est arrivée finalement à convaincre le Parlement d'accepter ce texte, en se fondant sur le raisonnement qui est totalement en accord avec l'article 5 (4) de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui exige un « recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai ». Pendant toutes les négociations, la Commission a clairement entendu que la limite absolue que l'on ne pouvait pas dépasser était l'article 5 (4) de la CESDH. »

Il faut à cet égard rappeler que la Cour européenne des droits de l'Homme estime, sur le fondement combiné de l'article 5 § 3 et 5 § 4, qu'une garde à

vue supérieure à quatre jours sans présentation à une autorité judiciaire est excessive (CEDH, 26 avril 2010, n° 57653/00, Alici et Omak c/ Turquie) :

34 Or, la Cour rappelle que toute période de garde à vue dépassant quatre jours est *prima facie* trop longue, même dans un contexte de lutte contre le terrorisme (*Brogan et autres c. Royaume-Uni*, 29 novembre 1988, § 62, série A n° 145-B). Elle rappelle en outre avoir conclu à la violation de l'article 5 § 3 de la Convention même pour des périodes de garde à vue moins longues lorsqu'il s'agit des mineurs (*Ipek et autres c. Turquie*, n° 17019/02 et 30070/02, § 36, 3 février 2009) et de certains délits non violents (*Kandjov c. Bulgarie*, n° 68294/01, § 66, 6 novembre 2008 [où la Cour a conclu à la violation de l'article 5 § 3 pour un délai de trois jours et vingt-trois heures]).

Force est donc de constater que la loi de transposition française, qui ne prévoit l'intervention du juge judiciaire qu'au bout de 5 jours de rétention sans que l'étranger ne soit présenté à aucun juge qui contrôle les conditions de son interpellation et de sa privation de liberté par la police et par l'administration, est en parfaite contradiction avec la directive retour telle qu'elle a été négociée par le Parlement et le Conseil de l'Union européenne. En effet, le juge administratif se refuse obstinément à contrôler la légalité de la privation de liberté d'un étranger dans la phase judiciaire, alléguant le principe de la séparation des pouvoirs.

Pourtant, la liberté est un droit trop précieux pour que le juge administratif s'interdise de contrôler son respect. Par analogie, le juge pénal est autorisé à examiner la légalité d'une décision administrative par application de l'article 111-5 du Code pénal. Les juridictions pénales sont ainsi compétentes pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels et pour en apprécier la légalité lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis. La séparation des pouvoirs est sauvegardée par le fait que le juge pénal n'a pas le pouvoir d'annuler l'acte administratif mais seulement d'en constater l'illégalité pour préserver les droits du prévenu qui risque d'être condamné sur le fondement d'un acte illégal. Il faut également souligner que le Juge des libertés et de la détention qui obéit aux règles de procédure civile n'est pas non plus autorisé à prononcer l'annulation d'un acte de procédure pénale, annulation qui est la seule compétence du juge pénal. Mais encore une fois, dans l'intérêt supérieur de la sauvegarde de la liberté, le JLD constatant l'irrégularité d'un acte de procédure pénale ne peut que refuser la prolongation d'une mesure privative de liberté teintée et salie irrémédiablement par une illégalité sans laquelle il



n'existerait pas. La Cour de cassation, dans un arrêt du 17 novembre 2010 n° 09-70413, a approuvé le Premier président d'une Cour d'appel qui avait refusé de prolonger une rétention fondée sur une décision administrative d'éloignement illégale. Il n'est donc pas question pour le juge judiciaire d'annuler un acte administratif. Mais au nom du respect de la liberté, il doit pouvoir constater son illégalité afin de refuser de valider la procédure ayant conduit à la privation de liberté d'un étranger.

Il n'existe donc aucun obstacle qui puisse justifier que le juge administratif, « *qui lui aussi a la double charge de garantir les libertés individuelles et d'assurer le respect de la légalité* » (cf. B. ROTTIER, AJDA 2010, 241), ne puisse pas constater l'illégalité d'une interpellation pour considérer que la mesure d'éloignement qui est née et s'appuie sur cette illégalité en soit irrémédiablement « tachée ». « Un travers qui doit être dénoncé consiste à justifier, a posteriori, la mesure coercitive par le constat qu'elle s'est avérée fructueuse, à défaut d'avoir été régulière. » Et la jurisprudence administrative reconnaît elle-même comme moyen d'annulation l'inexistence juridique de l'acte fondant la décision, cf. CE 28 juillet 1999 n° 195572. Comme le souligne Monsieur ROTTIER : "*La connaissance illégalement acquise est donc le fondement de l'annulation d'un acte administratif individuel motivé en fait sur un élément que l'administration n'a découvert que par l'exercice irrégulier des prérogatives de puissance publique*", ce qui devrait conduire le juge administratif à préserver la liberté d'un étranger dont les conditions d'interpellation sont illégales.

Compte tenu du changement législatif intervenu par la loi « Besson », si la décision de retour est validée et si les autres motifs d'illégalité de la rétention ne sont pas accueillis, l'éloignement de l'étranger peut avoir lieu sans que la violation flagrante de sa liberté d'aller et de venir soit examinée par un juge, quel qu'il soit. Ceci constitue une porte ouverte à l'arbitraire le plus total contre les étrangers, arbitraire dont un état de droit ne saurait s'accommoder. Sans qu'il y ait atteinte au principe de séparation des pouvoirs, le juge administratif qui n'annule pas les actes de procédure

pénale doit constater leur illégalité pour estimer que tout acte administratif corrompu par la violation d'une norme internationale fondamentale, et en particulier la privation administrative de liberté, pouvoir exorbitant s'il en est que le législateur a accordé à l'autorité administrative, doit être annulé.

Qui plus est, la légalité de toute privation de liberté conduisant à un placement en rétention par l'administration doit pouvoir être examinée à bref délai, à la demande de l'étranger retenu, par application de l'article 15.2.a de la directive retour. Or, le juge judiciaire n'étant plus en mesure d'exercer ce contrôle depuis la loi « Besson » du 16 juin 2011, il appartient donc au juge administratif de l'exercer, par respect de la directive retour et de l'article 55 de la Constitution qui dispose que « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.* » Le juge administratif ne saurait laisser subsister les effets de violations des droits fondamentaux, en validant des actes administratifs qui n'existent que parce que ces droits fondamentaux ont été violés.

Il reste beaucoup de la directive retour. Il nous appartient donc de faire « remonter » le contentieux jusqu'à la Cour de justice de l'Union européenne ou la Cour européenne des droits de l'Homme. En ce qui concerne la CJUE, il ne faut pas oublier que, si la question préjudicielle est facultative pour les juridictions de premier et second degré, les juridictions suprêmes sont, elles, tenues de saisir la CJUE lorsque l'interprétation du droit européen est nécessaire. Or, ainsi que l'a très clairement indiqué Monsieur LUTZ, la définition du « risque de fuite » et la notion de « recours effectif sur la légalité de la rétention » sont des questions qui n'ont pas été tranchées par le législateur européen qui a laissé à la CJUE le soin d'en fixer l'interprétation. Le Conseil d'État ne peut donc pas se retrancher sur une disposition « claire » de la directive qui ne souffrirait pas d'interprétation, alors qu'à l'évidence ces questions doivent nécessairement être tranchées par la CJUE. ■

Agenda ²⁰¹²

PROGRAMMES ET BULLETINS D'INSCRIPTION À TÉLÉCHARGER SUR NOTRE SITE :
LESAF.ORG RUBRIQUE ÉVÉNEMENTS À VENIR

VENDREDI 11 MAI 2012

Formation Sociale

PRIVATION DE LIBERTÉ, PRIVATION DE DROITS DANS L'EMPLOI ?

Maison de l'Avocat - 49 rue Grignan 13006 Marseille

SAMEDI 12 ET DIMANCHE 13 MAI 2012

Colloque Pénal

LA PLACE DE LA VICTIME DANS LE PROCÈS PÉNAL

Maison de l'Avocat - 49 rue Grignan 13006 Marseille

VENDREDI 25 ET SAMEDI 26 MAI

Colloque Pénal AED - Bruxelles

LE DROIT PÉNAL DE L'ENNEMI

SAMEDI 6 OCTOBRE 2012

Colloque Famille - Versailles

SAMEDI 20 OCTOBRE 2012

Formation - Créteil

HOSPITALISATION SOUS CONTRAINTE

VENDREDI 9, SAMEDI 10 ET DIMANCHE 11 NOVEMBRE 2012

39^e Congrès du SAF - Caen

SAMEDI 8 DÉCEMBRE 2012

Colloque Social - Paris Dauphine

La Cour de Strasbourg condamne la rétention des mineurs étrangers

INTRODUCTION À compter de 2003, la rétention administrative est passée de 12 à 32 jours, puis à 45 jours en 2011. Avec la mise en place des quotas d'expulsion imposés aux préfetures en janvier 2004, la nature de la rétention administrative a changé : elle est utilisée comme un outil de pression sur les étrangers.

Les mots d'ordre sont clairement devenus : expulser toujours plus (de 9 000 reconduites à la frontière en 2002 à 32 000 en 2011 – le gouvernement actuel a cru pouvoir annoncer 35 000 pour 2012), enfermer toujours plus (plus de 33 000 mesures de rétentions en 2010 pour la métropole, 60 000 avec l'outre-mer) et intimider toujours plus (au-delà de 17 jours, la rétention a une fonction punitive, la mesure d'éloignement n'ayant plus de « chance » d'aboutir ; pourtant les personnes sont maintenues jusqu'au terme légal). Le nombre de places en centre a augmenté de plus de 80 % entre 2005 et 2011.

Les enfants étrangers, victimes directes de « cette machine à expulser et à enfermer »

Les mineurs enfermés peuvent être dans des situations juridiques différentes :

Les mineurs isolés (plusieurs centaines par an)

Il convient de distinguer leur situation à l'entrée ou à l'intérieur du territoire.

Dans le premier cas, les mineurs étrangers, qui se présentent seuls aux frontières, peuvent être enfermés dans les zones d'attente des ports et aéroports. Leur demande d'asile est déclarée « manifestement infondée » ou il leur manque un document pour entrer sur le territoire national (même s'ils ont de la famille en France) ; ils subissent alors le même sort que les adultes : jusqu'à vingt jours d'enfermement pour préparer leur renvoi. Ils sont assistés d'un



PAR **BRIGITTE JEANNOT**
SAF Nancy

administrateur ad hoc qui intervient, en pratique, dans des conditions très difficiles. Les associations ont dénoncé cette protection comme fictive. Les conditions et le principe même de cette mesure de privation de liberté, souvent suivie d'une mesure d'éloignement, violent les droits les plus élémentaires de l'enfant.

Dans le deuxième cas, les autorités françaises remettent en cause la minorité des jeunes étrangers,

sans leur fournir l'assistance d'un représentant légal, en se basant sur des tests osseux qui ne sont pas **scientifiquement** fiables. Ils sont placés dans des centres de rétention, dans l'attente de leur éloignement, alors que les reconduites à la frontière d'enfants sont strictement interdites en France. Grâce à l'acharnement de certaines associations, les plus chanceux obtiennent d'être placés par le juge des enfants et arrivent, après un parcours du combattant, à apporter la preuve de leur minorité. Le Comité des droits de l'enfant de l'ONU, le Conseil de l'Europe, la Défenseure des enfants, l'Unicef ont réclamé en vain une véritable protection pour ces mineurs isolés.

Dans un arrêt du 30 décembre 2011 (n° 350458), le Conseil d'État a déclaré irrecevable la requête d'un mineur isolé qui saisissait le tribunal administratif de Paris, en référé liberté, pour obtenir la protection de l'aide sociale à l'enfance, au motif qu'il n'avait pas de capacité à agir faute de représentant légal, ce qu'il cherchait précisément à obtenir par cette procédure... Il y a manifestement du chemin à parcourir pour arriver à une protection effective des mineurs isolés !

Les mineurs accompagnant leurs parents

Dans les années quatre-vingt-dix, ils étaient quelques dizaines à subir la rétention. Depuis 2004, leur nombre augmente chaque année pour atteindre 318 en 2009 et 356 en 2010. Ce chiffre est particulièrement inquiétant en ce qu'il s'inscrit dans une hausse constante (parmi les enfants placés en centre de rétention en 2010, 57 étaient des nourrissons et 210 avaient moins de 6 ans).

Ces chiffres reflètent a minima la réalité, dans la mesure où des migrants peuvent être placés dans des locaux de rétention où les associations n'interviennent pas et le gouvernement français refuse de communiquer les chiffres réels, malgré plusieurs demandes effectuées en ce sens. Il est également important de souligner que 10 centres sur 25 sont « habilités » à recevoir des familles et que ces lieux sont les seuls de France où des mineurs de moins de 13 ans peuvent être privés de liberté.

Le constat est accablant : le nombre des familles et des enfants en centre de rétention est en constante augmentation

Il existe un principe fondamental selon lequel un enfant ne doit pas se trouver dans un lieu de privation de liberté s'il n'a commis aucune infraction. Il s'agit de l'application du principe du droit à la liberté et à la sûreté, tel que protégé par l'article 7 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, l'article 5 de la convention européenne des droits de l'homme et l'article 37 de la convention internationale des droits de l'enfant. Nul ne peut être privé de liberté, sauf dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites.

Or, un mineur n'a pas à disposer d'un titre de séjour. En conséquence, il n'est jamais en situation irrégulière et ne commet pas d'infraction à ce titre. Il ne relève d'aucune des hypothèses dans lesquelles il peut être arrêté ou détenu légalement.



Il est pourtant arrêté, emmené, transporté, retenu et soumis au même régime de détention que ses parents.

L'enfant, accompagnant ses parents en rétention, subit une situation sans aucun cadre légal. Il n'est pas considéré comme un sujet de droit. Les avancées en termes de droit des mineurs, qui ont permis l'élaboration de la convention internationale des droits de l'enfant en 1989, sont niées. On en arrive à des paradoxes incroyables : un enfant, personne vulnérable qui doit faire l'objet d'une protection particulière, peut subir la mesure la plus grave, la privation de sa liberté d'aller et venir, sans avoir accès à un juge, sans avoir aucune information au sujet de la durée et des modalités de cette détention, sans pouvoir en discuter, ni la légalité, ni la proportionnalité, ni les modalités d'exécution, alors pourtant qu'il ne cesse d'aller à des audiences avec ses parents, tout en restant muet, tout en étant transparent...

Cette situation est anxiogène pour un enfant qui, traité comme un objet, la perçoit nécessairement avec un sentiment d'arbitraire, d'infériorité et même d'angoisse ; comment vivre et se construire après avoir subi une telle humiliation ? peut-on avoir de nouveau confiance dans les adultes et l'autorité ? Sans parler, bien entendu, de la souffrance liée à l'enfermement brutal dans des centres au régime carcéral totalement inadaptés pour recevoir des enfants.

Les autorités de l'État affichent des discours prétendument humanistes selon lesquels il ne faut pas séparer les familles, en invoquant au besoin l'article 9 de la Convention internationale des droits de l'enfant. Si cette politique était juridiquement fondée, les enfants feraient l'objet d'une décision écrite et accéderaient normalement à la justice. Or, ce n'est pas possible. En effet, si une décision de placement en rétention d'un enfant était rédigée par un préfet quelque peu imprudent, elle serait immédiatement annulée comme étant contraire à l'article L 511-4 du CESEDA qui pose une interdiction absolue de toute mesure de reconduite à la frontière contre les mineurs (les mesures d'expulsion ne sont pas davantage possibles en vertu de l'article L 521-4 du CESEDA et les peines d'interdiction du territoire français ne peuvent non plus être prononcées à l'encontre des mineurs).

Puisque la rétention administrative constitue une modalité d'exécution d'une mesure d'éloignement, *s'il n'y a pas d'éloignement possible, il n'y a pas de rétention possible.*

Les préfetures qui placent les enfants en rétention administrative avec leurs parents connaissent le

caractère illégal de cette situation, mais présupposent l'accord des parents, sans jamais le leur demander. L'administration sort les mineurs du champ du droit et de l'accès à la justice. Les préfetures ne demandent pas au juge judiciaire de prolonger la rétention des enfants, dont le nom n'apparaît même pas dans la procédure, en faisant porter implicitement le poids de la responsabilité de cette situation sur les parents. La présence des enfants relève du « non-dit » sauf si un avocat ou un intervenant la dénonce. Nous sommes dans une véritable fiction juridique que nous devons condamner avec force. Ces pratiques qui perdurent depuis plusieurs années constituent une violation inacceptable des droits fondamentaux.

Devant le tribunal d'opinion qui s'est tenu le 14 mai 2011 à Paris, sous l'égide de plusieurs associations (ANAFE, DEI France, GISTI, LDH...), des experts (médecins, psychiatres, psychologues...) et des témoins sont venus à la barre décrire l'inhumanité et la souffrance vécue par les enfants dans les centres de rétention conçus pour des adultes. L'enfermement des mineurs a été dénoncé en raison des effets dévastateurs sur leur psychisme, les traumatismes pouvant probablement être ressentis sur plusieurs générations. Le tribunal a conclu que l'enfermement était une violence imposée aux enfants, contraire à « l'intérêt supérieur » de l'enfant et à l'article 19 de la convention internationale des droits de l'enfant qui prohibe toute forme de violence, tout en rappelant que certaines pratiques peuvent entraîner des traitements inhumains.

Jusqu'à l'arrêt POPOV rendu le 19 janvier 2012 par la Cour européenne des droits de l'homme, diverses décisions ont été prises par des juges des libertés et de la détention et, plus récemment, depuis la loi « Besson », par les tribunaux administratifs.

La jurisprudence en France avant l'arrêt POPOV

La jurisprudence judiciaire

Les juridictions judiciaires ont principalement ordonné des remises en liberté de familles en s'appuyant sur l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, acceptant ainsi de tenir compte de la présence des enfants aux côtés de leurs parents. Par une ordonnance du 23 octobre 2007 (no 87/2007), le premier président de la Cour d'appel de Rennes a estimé : « *Même s'il disposait d'un espace réservé à « l'accueil » des familles, le centre de rétention reste un lieu où sont détenus les étrangers, en vue*

de leur éloignement du territoire français, pour une durée pouvant atteindre trente-deux jours ; que dans le cas particulier de l'espèce, le fait de maintenir, dans un tel lieu, une jeune mère de famille, son mari et leur bébé âgé de trois semaines, constitue un traitement inhumain au sens de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme en raison d'une part, des conditions de vie anormales imposées à ce très jeune enfant, quasiment dès sa naissance, et, d'autre part, de la grande souffrance, morale et psychique, infligée à la mère et au père par cet enfermement avec le nourrisson, souffrance qui, par sa nature et sa durée (...), dépasse le seuil de gravité requis par le texte précité, et qui, en outre, est manifestement disproportionnée au but poursuivi, c'est-à-dire la reconduite à la frontière des époux (...) ». Cette jurisprudence a été suivie d'autres décisions (cf. en ce sens JLD Toulouse 18 février 2008, JLD Lille 31 octobre 2009...).

Dans deux arrêts rendus le 10 décembre 2009, la Cour de Cassation a remis en cause ces jurisprudences, en cassant deux ordonnances de remise en liberté des Cours d'appel de Rennes du 29 septembre 2008 (Bulletin 2009, I, no 250) et de Toulouse du 21 février

2008 (Bulletin 2009, I, no 249), en jugeant : « Ne constitue pas un traitement inhumain ou dégradant le maintien provisoire en rétention administrative d'une famille composée d'un homme, une femme et leur enfant âgé de quelques mois, dans l'attente d'une reconduite d'office à la frontière légalement prévue, dès lors que cette mesure privative de liberté est régulièrement ordonnée par l'autorité judiciaire sous son contrôle et qu'elle s'exécute dans un espace du centre de rétention spécialement réservé aux familles dont il n'est pas démontré que l'aménagement soit incompatible avec les besoins de la vie d'une famille et de la dignité humaine ». L'avocat général CHEVALLIER avait pourtant proposé la solution inverse dans des conclusions très remarquables et bien documentées. De manière courageuse, certaines juridictions judiciaires ont continué à censurer des placements en rétention de familles sur le fondement de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, caractérisant le traitement inhumain et/ou dégradant en relevant, en général, le caractère disproportionné du traitement subi au regard du but poursuivi. Ces remises en liberté ont également été motivées par « l'intérêt supérieur » de l'enfant en vertu de l'article 3-1



de la Convention internationale des droits de l'enfant (cf. en ce sens ordonnance du JLD Lille 9 décembre 2010, JLD Lyon 21 septembre 2011, JLD Nîmes 24 septembre 2011...).

Dans d'autres affaires, les juridictions judiciaires ont annulé le placement en rétention au visa de la directive « retour ». Dans une ordonnance du 15 février 2011, le JLD de Nîmes a annulé le placement en rétention d'une mère et de ses quatre enfants comme étant contraire à l'article 15-1 de la directive « retour », la rétention ne pouvant intervenir qu'en « dernier ressort ». Aux termes de deux ordonnances de la Cour d'appel de Rouen, la remise en liberté de la famille est justifiée par les principes de proportionnalité et d'efficacité concernant les moyens utilisés et les objectifs poursuivis (ordonnance du 28 avril 2010) et par référence également aux articles 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant et 17 de la directive « retour » (ordonnance du 16 mai 2011).

Il en est de même en cas d'éclatement de la famille : dans une ordonnance du 24 janvier 2010, le juge des libertés et de la détention de Nîmes a annulé le placement en rétention d'une famille, en raison de l'éclatement de la cellule familiale, comme étant contraire à l'article 3-1 de la convention internationale relative aux droits de l'enfant (deux des trois enfants n'étaient pas présents lors de l'interpellation).

Dans une ordonnance du 21 août 2011, le juge des libertés et de la détention de Lille a annulé le placement en rétention d'une famille au visa des articles 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant par une motivation intéressante (le centre de rétention administrative de Lesquin, même s'il dispose d'un espace réservé à l'accueil des familles, constitue un lieu d'enfermement ; le transport de 10 heures imposé à une femme enceinte qui a déjà perdu un bébé à 19 semaines d'aménorrhée quelque temps plus tôt et le fait que les enfants aient été brutalement soustraits de leur cadre et mode de vie habituel, dans « des conditions de vie hors normes », constituent un traitement inhumain). Soulignons enfin que la maman a donné naissance, le 18 septembre 2011, à son cinquième mois de maternité, à une petite fille qui n'a survécu que quelques heures ; le traitement infligé à cette famille, sans aucune considération humaine, n'a certainement pas été étranger à ce triste dénouement.

La Cour européenne des droits de l'homme vient de donner raison de manière éclatante à ces jurisprudences rendues par des juges du fond. Lors

du procès de l'enfermement qui s'est tenu le 14 mai 2011, M. PORTELLI, qui tenait le rôle de procureur, nous prévenait : « *Le droit est en train de changer¹, ce qui peut permettre aux enfants d'espérer... Un des exemples actuels est un progrès décisif du droit qui nous vient des juges. Harcelés par les avocats, les « petits juges » ont permis de donner une impulsion en matière de garde à vue, mettant désormais le gouvernement l'épée dans le dos. La Cour européenne des droits de l'Homme a statué à plusieurs reprises, jusqu'à ce que le gouvernement admette que cela ne concernait pas la Turquie ou la Russie, mais aussi la France. Le Conseil constitutionnel a également fini par critiquer la garde à vue, et puis, dans son courage exemplaire, la Cour de cassation, en dernier. Il ne faut donc jamais désespérer de cette haute juridiction française.* » En outre, l'intéressé a dénoncé l'hypocrisie qui consiste à exiger un prétendu contrôle in concreto pour apprécier le traitement inhumain imposé aux enfants, alors qu'aucun juge ne se déplace jamais sur place pour vérifier comment les choses se passent.

La jurisprudence administrative

Depuis la loi du 16 juin 2011, avec l'inversion du calendrier de procédure, les juridictions administratives sont désormais en première ligne pour statuer sur la légalité du placement en rétention des parents accompagnés de leurs enfants. C'est dans ces conditions que quelques décisions intéressantes sont venues de l'ordre administratif.

Le tribunal administratif de Melun a annulé, le 24 octobre 2011 le placement en rétention d'un couple et d'un de leurs enfants, au visa de l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant, dans la mesure où ce placement en rétention avait entraîné l'éclatement de la cellule familiale (les deux aînés n'ayant pas été interpellés avec les parents et le plus jeune des enfants). Dans un autre jugement du 4 novembre 2011, cette même juridiction a annulé, pour erreur manifeste d'appréciation, le placement en rétention d'un couple accompagné de leurs enfants, au motif qu'ayant une adresse connue de l'administration, des enfants scolarisés et une bonne intégration locale attestée par le maire, le préfet devait privilégier l'assignation à résidence sur la mesure la plus coercitive.

Le tribunal administratif de Melun a annulé, le 29 octobre 2011, le placement en rétention d'un père accompagné de ses quatre enfants, au motif que cette décision n'était pas nécessaire au regard de ses garanties de représentation, notamment liées

¹ - M. PORTELLI a évoqué à cet égard le caractère « flou du droit » et l'ouvrage de J. CARBONNIER, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, broché, 18 juin 2001

à la scolarisation des enfants, ce qui constitue une application du principe de proportionnalité de la directive 2008/115/CE dite directive « retour ». Le tribunal a annulé également le placement en rétention des enfants, qui avaient personnellement contesté la mesure dont ils étaient l'objet. Le tribunal a déclaré recevable le recours des enfants, représentés par leur père, en qualité de représentant légal, et les décisions non formalisées prises à l'encontre des enfants pour défaut de base légale.

Le tribunal rappelle que, si la création de centres de rétention avec un espace famille, en vertu de l'article R 553-1 du CESEDA, permet que des étrangers placés en rétention décident d'emmener avec eux leur famille, ces dispositions « ne sauraient avoir légalement pour effet de permettre aux autorités préfectorales de prendre des mesures privatives de liberté à l'encontre des membres mineurs de leur famille ». ² Pour le tribunal, ce texte réglementaire ne peut servir de support légal à la décision de placement en rétention des mineurs.

Dans un deuxième temps, il est procédé à une analyse des conditions dans lesquelles les enfants ont été emmenés avec leur père au centre de rétention du Mesnil-Amelot, sans que l'accord du père n'ait été à aucun moment recueilli. Les enfants ont été incontestablement privés de liberté pendant plusieurs jours, en vertu d'une décision administrative et non d'une hypothétique décision du père. Le tribunal constate qu'aucune disposition législative ou réglementaire du CESEDA n'autorise le placement en rétention d'un mineur étranger, de sorte que cette décision n'a pas de base légale. Et elle ne pourra pas en avoir en l'état actuel de la législation !

La question de l'accord des parents doit être abordée de manière ferme. À notre sens, les parents ne peuvent valablement donner un accord pour priver de liberté leurs propres enfants. La volonté parentale ne peut en aucun cas servir de cadre légal à une telle mesure (cela reviendrait à accepter les gardes à vue ou les détentions familiales...). En tout état de cause, l'accord des parents peut être rétracté à tout moment

2 - Saisi par le GISTI et la Cimade qui demandaient l'annulation du décret du 30 mai 2005 « en tant qu'il organise le placement en rétention administrative de familles, y compris de mineurs », le Conseil d'État rejeta le 12 juin 2006 (no 282275) les requêtes des deux associations au motif que l'article 14 du décret en cause n'avait pas pour objet ni pour effet de permettre aux autorités préfectorales de prendre des mesures privatives de liberté à l'encontre des familles des personnes placées en rétention mais qu'il visait seulement à organiser l'accueil de ces familles. Le jugement du TA de MELUN reprend mot pour mot le raisonnement, quelque Byzantin, qui avait permis au Conseil d'État de valider la création de ces centres...

parce qu'obtenu dans des conditions contestables (comment une personne privée de liberté peut donner un accord plein et entier / libre et éclairé ?) et émanant de personnes qui, certes, ont l'autorité parentale à l'égard de leurs enfants, mais ne détiennent aucun pouvoir légitime, en vertu de la loi, pour les priver de la liberté essentielle d'aller et venir. En outre, il est difficile d'accepter humainement de faire peser sur les parents une telle responsabilité.

En tout état de cause, le mineur migrant ne peut plus être traité comme un simple « accompagnant » qui n'a aucun statut juridique. Il doit être traité pour ce qu'il est : un sujet de droit.

De nombreuses voix s'élèvent depuis des années contre l'enfermement des enfants accompagnant leurs parents et l'avancée essentielle vient, une fois de plus, de la Cour de Strasbourg qui donne ainsi raison à certaines juridictions françaises.

L'arrêt POPOV contre France (19 janvier 2012 n° 39472/07 et 39474/07) non définitif - 5^e section

L'affaire concerne une situation assez banale, un parcours du combattant comme nous en connaissons tous, sauf que le dénouement est exceptionnel. Une famille kazakhe (avec deux enfants de six mois et trois ans) est placée en rétention pendant quinze jours en 2007. Déboutés de leurs demandes d'asiles, ils sont interpellés à leur domicile, placés en garde à vue, puis en rétention dans un hôtel. Après l'annulation de leur vol de Roissy, ils sont transférés au centre de rétention de Rouen-Oissel, habilité à recevoir des familles. Le juge des libertés et de la détention ordonne la prolongation de la rétention pour une durée de quinze jours. Le statut de réfugié leur sera accordé en 2009, au motif qu'ils avaient été mis en danger par l'enquête menée par la préfecture des Ardennes auprès des autorités kazakhes, au mépris de la confidentialité des demandes d'asile.

La Cour européenne des droits de l'homme juge à l'unanimité que la rétention de ce couple accompagné de ses deux enfants en bas âge emporte violation de la convention européenne sur quatre fondements différents. C'est la première affaire concernant la rétention des enfants en France (d'autres condamnations sont précédemment intervenues concernant la Belgique ou la Grèce : CEDH Mubilanzila contre Belgique, 12 octobre 2006 n° 13178/03 ; Muskhadszhijeva et autres contre Belgique 19 janv. 2010, n° 41442/07 ; Kanagaratnam contre Belgique 13 décembre 2011 n° 15297/09 ; Rahimi contre Grèce 5 avril 2011 n° 8687/08).



Violation de l'article 3 de la Convention européenne (interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants) concernant la rétention administrative des enfants

La Cour rappelle que les mineurs étrangers, accompagnés ou non, comptent parmi les populations vulnérables nécessitant une attention particulière des autorités. La Cour s'appuie sur la Convention internationale des droits de l'enfant en faisant référence à « l'intérêt supérieur » de l'enfant et souligne que les États doivent prendre les mesures appropriées pour qu'un enfant qui cherche à obtenir le statut de réfugié politique bénéficie de la protection et de l'assistance humanitaire adéquates. Si le centre de Rouen-Oissel compte parmi ceux « habilités » à recevoir des familles, il ressort de différents rapports de visite que les infrastructures disponibles dans la zone « familles » ne sont pas adaptées à la présence d'enfants (pas de lits pour enfants, lits adultes avec des angles en fer pointus, cour intérieure bétonnée...). La Cour s'appuie également sur des décisions juridictionnelles françaises pour juger que les conditions dans lesquelles les enfants ont été retenus n'étaient pas adaptées à leur âge. La Cour prend en considération le « bas âge des enfants », en écartant fort heureusement l'argument du gouvernement français (que les préfetures n'hésitent d'ailleurs pas à avancer) selon lequel les très jeunes enfants ne pourraient se rendre compte de leur environnement. En l'absence de certificats médicaux établissant le traumatisme des enfants, la Cour ne doute pas que cette situation ait été « facteur

d'angoisse, de perturbation psychologique et de dégradation de l'image parentale pour les enfants ». Selon la Cour, les autorités n'ont pas assuré aux enfants un traitement compatible avec les dispositions de la Convention et la privation de liberté a dépassé le seuil de gravité exigé par l'article 3, en raison de la durée de la rétention (15 jours), de l'inadéquation des locaux, de la forte présence policière, sans activité destinée à les occuper, ajoutées à la détresse des parents. S'agissant des parents, même si la rétention avec leurs enfants dans un centre collectif a pu créer un sentiment d'impuissance et causer angoisse et frustration, la Cour conclut, à la majorité, à l'absence de violation en raison de l'absence de séparation de leurs enfants.

Violation de l'article 5 § 1f (droit à la liberté) et 5 § 4 (droit à la sûreté) de la Convention européenne concernant la rétention administrative des enfants

La Cour conclut à la violation, pour les enfants, de l'article 5 de la Convention protégeant le droit à la liberté et à la sûreté. Elle rappelle que toute privation de liberté doit relever d'une des exceptions prévues à l'article 5 et être « régulière ». Or, en l'espèce, aucune décision formelle n'est prise à l'égard des enfants. Le système français de rétention ne garantit pas le droit à la liberté, dans la mesure où la situation particulière des enfants n'a pas été examinée. À défaut d'examen de la situation des enfants, les autorités françaises n'ont pas cherché si une mesure alternative était possible, d'où une violation de l'article 5 § 1f de la Convention.

Par ailleurs, la Cour rappelle que toute personne détenue a le droit de faire contrôler sa détention sous l'angle du droit interne et international. Si les parents ont pu contester la légalité de leur privation de liberté, tel n'a pas été le cas de leurs enfants. La loi ne prévoit pas que les mineurs puissent faire l'objet d'une mesure de placement en rétention, de sorte que les enfants accompagnant leurs parents « tombent dans un vide juridique ne leur permettant pas d'exercer le recours garanti à leurs parents ». Il en résulte une violation de l'article 5 § 4 de la Convention qui garantit le droit à voir statuer à bref délai sur la légalité de la détention.

Violation de l'article 8 (droit à une vie privée et familiale normale) de la Convention européenne concernant la rétention administrative des parents et des enfants

La Cour observe que la France compte parmi les 3 seuls États européens (avec la Belgique et le Royaume-Uni) à recourir systématiquement à la rétention des mineurs migrants accompagnés, malgré plusieurs mises en garde en vue de privilégier d'autres modalités d'éloignement.

La Cour rappelle que « l'intérêt supérieur » de l'enfant ne peut se limiter à maintenir l'unité familiale et que les autorités doivent mettre en œuvre tous les moyens nécessaires afin de limiter la détention de familles accompagnées d'enfants, qui n'ont commis aucune infraction, et préserver effectivement le droit à une vie familiale. Ainsi, en l'absence de tout élément permettant de soupçonner qu'une famille allait se soustraire aux autorités, la détention durant quinze jours, dans un centre fermé, apparaît disproportionnée par rapport au but poursuivi et viole l'article 8 de la Convention.

Si le fait, pour les parents et les enfants, de ne pas être séparés est un élément fondamental garantissant l'effectivité de la vie familiale, il ne saurait en être déduit que le seul fait que la cellule familiale soit maintenue garantisse le respect du droit à une vie familiale et ce, particulièrement lorsque la famille est détenue. Le fait d'enfermer des personnes dans un centre, pendant quinze jours, peut s'analyser comme « une ingérence dans l'exercice effectif de leur vie familiale ». La Cour examine si le placement en rétention de cette famille, pendant cette durée, est justifié « par un besoin social impérieux et, notamment, proportionné au but légitime poursuivi », à savoir l'éloignement. Dans la mesure où les requérants ne présentaient pas de risque particulier de fuite nécessitant leur détention, leur enfermement dans un centre fermé n'apparaissait pas justifié par un besoin social impérieux. Aucune alternative à la

détention n'a été envisagée, aucun réexamen de leur situation n'est intervenu. La Cour conclut à l'unanimité à la violation de l'article 8 de la Convention.

Il convient de souligner l'avancée importante de cette jurisprudence également sur ce point. Dans une précédente affaire rappelée plus haut (CEDH 19 janv. 2010, n° 41442/07), la Cour avait déclaré irrecevable ce moyen pour une mère placée en rétention avec ses quatre enfants pendant un mois, alors qu'aucune alternative à la détention n'avait été envisagée. La Cour rejetait le grief en n'apercevant pas en quoi « le défaut pour les autorités de rechercher des solutions alternatives à l'enfermement » avait méconnu le droit au respect de la vie privée des requérants. La Cour modifie donc son analyse, en tenant compte des éléments rappelés et des développements jurisprudentiels concernant « l'intérêt supérieur » de l'enfant dans le contexte de la rétention de mineurs migrants (CEDH 5 avr. 2011, *Rahimi c. Grèce*, no 8687/08).

Même s'il ne s'agit pas d'un refus de principe de la rétention des mineurs, cette décision a une portée décisive : en l'état actuel de la situation en France, la rétention des enfants, dans les locaux ou dans les centres, ne devrait plus être possible au regard des standards posés par la Cour européenne des droits de l'homme.

La Cour a posé des exigences élevées quant aux conditions de la rétention. Il importe peu qu'un centre ait reçu une habilitation pour empêcher un traitement inhumain. Tous les centres de rétention français sont actuellement des centres pour adultes, à l'univers carcéral, avec un encadrement de policiers ou de gendarmes, sans espace de jeu ni de loisirs, sans personnel adapté, sans séparation véritable avec les autres retenus, de sorte que les enfants vivent dans un milieu totalement inadapté à leurs besoins.

En l'état de la législation, la rétention des enfants n'est pas possible juridiquement, en raison de l'absence de dispositions légales internes prévoyant que les enfants doivent disposer d'un titre de séjour et peuvent faire l'objet d'une mesure de reconduite et de rétention tout en ayant accès à des recours juridictionnels adéquats. Il convient d'ajouter que les traités internationaux signés par la France, notamment la Convention internationale des droits de l'enfant, interdisent de modifier la législation actuelle.

Enfin, le respect de la vie familiale normale devrait empêcher de très nombreux cas de placement en rétention de familles qui n'ont jamais tenté de prendre la fuite, avec des enfants scolarisés, dont le domicile est connu des autorités.

Cet arrêt essentiel doit désormais empêcher la France d'être l'un des trois seuls pays européens à recourir systématiquement à la rétention des mineurs. ■

Réforme des soins psychiatriques sans consentement : une avancée considérable... en attendant les moyens !



INTRODUCTION Le régime juridique des hospitalisations sous contrainte est un domaine dans lequel l'intervention du législateur est rare.

La loi du 30 juin 1838 « sur les aliénés » a résisté au temps et à l'évolution des découvertes d'ordre psychiatrique, jusqu'à ce qu'elle soit réformée par la loi Evin du 27 juin 1990.

Prudence ou protection ? Le législateur français est frileux en cette matière.

La Cour européenne des droits de l'homme l'est moins. Elle est ainsi entrée à plusieurs reprises en voie de condamnation contre la France.¹

Le Conseil constitutionnel a, à son tour, déclaré contraire à la Constitution le dispositif français de l'hospitalisation qui ne soumettait pas à une juridiction judiciaire le maintien de l'hospitalisation d'une personne sans son consentement au-delà de 15 jours.² La prise d'effet de ces déclarations d'inconstitutionnalité a été fixée au 1^{er} août 2011.

C'est donc sous la pression de ces jurisprudences que la loi du 5 juillet 2011, entrée en vigueur le 1^{er} août 2011, a réformé le droit des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques sans consentement.³

1 - Condamnation par la CEDH en raison des délais excessifs dans lesquels les tribunaux ont statué (notamment CEDH 14 avril 2011 PATOUX / FRANCE) et en raison des difficultés d'articulation en cette matière entre la compétence du juge administratif et celle du juge judiciaire (CEDH 18 novembre 2010 BAUDOUIN / FRANCE).

2 - Les décisions du Conseil Constitutionnel ont successivement jugés contraires à l'article 66 de la Constitution le régime de l'hospitalisation sur demande d'un tiers et celui de l'hospitalisation d'office (Décisions du Conseil constitutionnel QPC 2010-71 du 26 novembre 2010, QPC 2011-135 du 9 juin 2011).

3 - Loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge. Décret n° 2011-846 du 18 juillet 2011 relatif à la procédure judiciaire de mainlevée ou de contrôle des mesures de soins psychiatriques.



PAR **Aurore BONDUELLE**

SAF Lille

Cette loi a indiscutablement bouleversé le monde de la psychiatrie et celui du contentieux de l'hospitalisation sans consentement.

Les modifications essentielles touchent les intervenants médicaux comme les acteurs du système judiciaire.

Sur le plan médical, la loi nouvelle intègre l'évolution des pathologies, soins psychiatriques et des thérapeutiques nouvelles, en permettant que les soins sans consentement soient dispensés en ambulatoire. L'hospitalisation complète ne s'impose plus comme l'unique moyen de soigner les personnes atteintes de troubles mentaux.¹

Les termes « hospitalisation » sur demande d'un tiers et d'office sont abandonnés au profit de celui

1 - L'alternative à l'hospitalisation est légalement prévue sous la forme de soins ambulatoires pouvant comporter des soins à domicile et soins dispensés par un établissement psychiatrique.

d'admission en « soins psychiatriques », à la demande d'un tiers ou du représentant de l'État.

L'instauration d'une période d'observation maximale de 72 heures permet l'adaptation à la pathologie du patient de la mesure de soins et de la forme de la prise en charge.

Ainsi, l'hospitalisation complète, attentatoire à la liberté individuelle, ne s'impose que dans le cas où la mesure de soins ambulatoires se révèle insuffisante.

La modification est louable. Mais suffira-t-elle à faire évoluer la pratique ? Quelle frontière les intervenants médicaux et judiciaires dresseront-ils entre hospitalisation complète et soins ambulatoires ? Et sauront-ils échapper à la tentation sécuritaire et rassurante de l'hospitalisation complète ?

L'évolution de la législation ne remplira l'objectif poursuivi que si elle s'accompagne d'un changement des mentalités des acteurs de notre système de soins psychiatriques.

Mais l'efficacité du dispositif impose surtout une mise à la disposition des établissements de santé mentale



de moyens permettant d'assurer une effective prise en charge ambulatoire. Il en est de même sur le plan judiciaire.

La loi prévoit désormais qu'une hospitalisation complète d'un patient ne peut se poursuivre au-delà de 15 jours, puis de 6 mois, sans que le juge des libertés et de la détention (JLD) n'ait contrôlé cette mesure.² Le contrôle est dit systématique.

Ce dispositif bouleverse le contentieux de l'hospitalisation sans consentement.

Le contentieux jusqu'à présent résiduel des mainlevées a fait place à une importante vague de procédures de contrôle systématique, contraignant les soignants, établissements, magistrats et avocats à s'organiser.

Les parties³ sont entendues, par principe, en audience publique. Le procureur fait connaître son avis par conclusions orales ou écrites.

Au terme de la procédure, le JLD peut ordonner la mainlevée immédiate de l'hospitalisation complète, la mainlevée différée dans un délai maximal de 24 heures pour permettre l'établissement d'un programme de soins, ou le maintien de la mesure.

Cette évolution impose à l'ensemble des intervenants une organisation nouvelle.

2 - La procédure de mainlevée de la mesure de soins subsiste à côté de la procédure nouvelle de contrôle systématique.

3 - Le tiers à l'origine de la mesure est entendu, s'il souhaite s'exprimer.

L'organisation des soignants

Le patient est entendu à l'audience, à moins qu'un avis médical n'atteste que des motifs médicaux font obstacle, dans son intérêt, à son audition.

Sous cette réserve, le personnel soignant des établissements accompagne le patient à l'audience.

Le déplacement implique une réorganisation du planning des soins, de la prise en charge psychiatrique et de l'emploi du temps des équipes de soignants.

Pour autant, le législateur n'a pas doté les établissements de moyens supplémentaires. Les établissements pourront être tentés d'obtenir du psychiatre un avis contre-indiquant l'audition du patient par le juge, compromettant ainsi l'effectivité de ce droit nouveau.

L'organisation des juridictions

Les JLD ont vu augmenter le contentieux de leur pôle civil. Ils ont dû, dans l'urgence, s'adapter à la législation nouvelle⁴. Ils ont dû se former et se familiariser avec

4 - Les juges judiciaires devront également s'adapter à l'extension de leur compétence, à compter du 1^{er} janvier 2013, à l'appréciation de la régularité des décisions administratives prises en matière de soins psychiatriques.



Être présent sur le web
ce n'est pas forcément
**se marier avec une
web agency...**

www.hikeUp.fr

BUSINESS VISIBILITÉ

Votre site internet
Hébergement et Nom de domaine compris
à partir de 29.90€ sans engagement

les notions de psychiatrie et à l'appréhension d'un justiciable souvent désorienté par sa comparution. L'imposition de délais impératifs pour statuer ajoute à la complexité de la tâche.

Au tribunal de grande instance de Lille, trois audiences hebdomadaires sont consacrées à ce contentieux. Le maintien de la mesure d'hospitalisation complète est la mesure la plus souvent ordonnée.

Les ordonnances prononçant la mainlevée de la mesure de soins sont souvent fondées sur des motifs formels. Les ordonnances de mainlevée sur le fond sont plus rares.

Les mesures d'expertise sont rarement ordonnées. Coût de la mesure ou indisponibilité des experts ? Quoi qu'il en soit, les moyens à la disposition des magistrats apparaissent insuffisants. Pourtant, seul un contrôle judiciaire du contenu des avis psychiatriques garantira la stricte nécessité de la mesure et l'effectivité de ce droit nouveau.

L'organisation des avocats

Dès l'entrée en vigueur de la loi, les barreaux se sont organisés pour permettre au patient hospitalisé de bénéficier d'une assistance ou d'une représentation. Il sera rappelé que le patient est entendu, le cas échéant, assisté de son avocat.

La représentation par avocat devient obligatoire, si, au vu d'un avis médical, des motifs médicaux font obstacle, dans l'intérêt du patient, à son audition.

À Lille, les avocats et le barreau se sont considérablement mobilisés. Des formations spécifiques ont été organisées par l'ordre sous forme de modules juridique, déontologique, et de modules destinés à l'approche de la psychiatrie.

Dans le même temps, le conseil de l'ordre a constitué un groupe de travail chargé de réfléchir aux questions déontologiques. *Qui donne mandat à l'avocat ? Conseil, défense ou intérêt du client : quel est le rôle de l'avocat ?*

En pratique, les avocats lillois rencontrent les patients avant l'audience au sein des établissements de soins psychiatriques : l'entretien confidentiel et préalable avec le patient est apparu indispensable à la définition du mandat.

Plongés eux aussi dans ce dispositif, de nombreux patients sont effrayés à l'idée de comparaître devant



un juge. En rassurant le patient, l'avocat noue une relation de confiance qui sera la base de son mandat. À l'issue de l'entretien, les dossiers sont préparés et plaidés avec, pour objectif, celui de porter la parole du patient et de lui donner les moyens de droit de prospérer. Le strict intérêt du patient reste l'affaire du juge. Mais, le contentieux est chronophage et l'indemnisation dérisoire...

L'insuffisance de la loi dans les moyens mis à la disposition de l'avocat est manifeste (4 unités de valeur pour l'assistance devant le JLD).

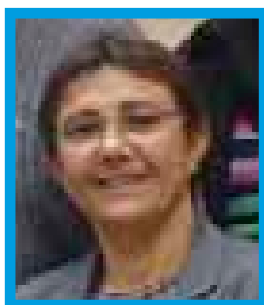
Les principales victimes de cette insuffisance restent les titulaires de ce droit nouveau dont l'effectivité n'est pas garantie : les patients hospitalisés sans leur consentement.

Le législateur français a créé un dispositif favorisant leur accès au droit, sans l'assortir des moyens indispensables à sa mise en œuvre.

C'est sur ce terrain que doivent porter et prospérer les revendications des intervenants judiciaires et médicaux, pour que cette avancée législative ne reste pas théorique. ■

Cour d'appel de Nîmes : Avocats en grève devant la chambre correctionnelle

INTRODUCTION Empêchés d'assurer la défense de leurs clients devant la chambre correctionnelle de la Cour d'appel de Nîmes, les avocats des barreaux d'Alès, de l'Ardèche, d'Avignon, de Carpentras, de la Lozère et de Nîmes, réunis en assemblée générale extraordinaire, ont décidé, le 17 janvier 2012, de suspendre leurs activités plaidantes devant cette chambre.

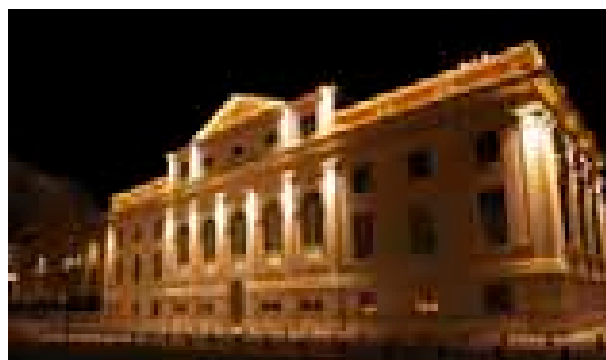


PAR Claude BEGUE
SAF Nîmes

En effet, au-delà d'une aggravation quasi systématique des peines prononcées en première instance dans des proportions extrêmes, ce qui prive de fait les justiciables du deuxième degré de juridiction, il est constaté depuis plusieurs mois des atteintes répétées et inadmissibles :

- ▶ au respect et à la dignité des personnes par des commentaires ou des manifestations d'impatience lors des interrogatoires,
- ▶ à la présomption d'innocence par des rapports incomplets ou orientés de l'affaire,
- ▶ aux droits de la défense, les avocats étant fréquemment invités à écourter leurs explications, voire empêchés de parfaire leurs démonstrations par la lecture de pièces à l'audience.

Depuis le 17 janvier 2012, les avocats du ressort de la Cour d'appel de Nîmes sont en grève d'audience et sollicitent systématiquement le renvoi de l'examen de leurs affaires.



Ils sont soutenus dans leur mouvement par la Conférence régionale des bâtonniers du Sud-Est et de la Corse (14 barreaux et 5700 avocats) qui a voté une motion de solidarité le 21 janvier 2012, par des syndicats d'avocats dont le SAF et par des barreaux limitrophes, dont celui de Montpellier qui a renouvelé son soutien le 28 février 2012.

Le président du CNB a été saisi et a demandé au Garde des Sceaux, dès le 25 janvier 2012, une inspection générale des services judiciaires qui s'est heurtée récemment à une fin de non-recevoir.

Après plusieurs semaines de grève et malgré la remise des doléances des avocats aux chefs de cour, les tentatives de concertation ont échoué et les barreaux ont décidé de maintenir leur mouvement jusqu'au 24 mars 2012, date à laquelle tous les avocats sont convoqués à une nouvelle AG extraordinaire qui se tiendra à Nîmes, en même temps que la conférence régionale des bâtonniers du sud-est et de la Corse. ■

À propos du cumul emploi-retraite des avocats

INTRODUCTION Depuis la loi 2008-1330 du 17 décembre 2008, le cumul d'une retraite d'avocat versée par la CNBF et la poursuite d'une activité professionnelle est possible. S'il a toujours été admis qu'une démission du barreau ouvrait la poursuite d'une activité professionnelle ultérieure (commerçant, industriel, salarié), le cumul du versement de la retraite CNBF était impossible avec les revenus de la nouvelle activité. La demande de liquidation de retraite d'avocat mettait fin à toute activité professionnelle. La nouvelle loi rend compatible la perception de revenus professionnels avec une retraite. L'avocat ne démissionne pas du barreau, et le cumul emploi-retraite est prévu à l'article L 723-11 du code de la sécurité sociale.



PAR Georges VAUVILLE
*Vice-Président de la CNBF,
élu sur la liste SAF à la CNBF*

Les conditions d'octroi du cumul emploi-retraite

- ▶ Avoir entre 60 et 67 ans selon l'année de naissance ;
- ▶ Avoir cotisé entre 160 et 166 trimestres (tous régimes confondus CNBF et autres) ;
- ▶ Justifier d'avoir liquidé toutes ses pensions auprès de la totalité des régimes d'assurance vieillesse français et/ou étrangers.

L'avocat qui remplit ces conditions peut donc désormais poursuivre son activité professionnelle tout en percevant ses pensions de retraite.

Il reste soumis à cotisations de retraite vis-à-vis de la CNBF, sur ses revenus d'avocat déclarés, mais il cotise à fonds perdus. Puisque sa retraite est déjà liquidée, les nouvelles cotisations réglées n'ouvrent pas de nouveaux droits à pension, la liquidation étant définitive sur toutes les retraites CNBF (retraite de base, retraite complémentaire obligatoire, retraite complémentaire optionnelle C1, C2 ou C3).

La CNBF retiendra classiquement sur la pension de retraite les cotisations sociales obligatoires, CSG (6,60 % dont 4,20 % pour la cotisation maladie) + CRDS 0,50 %, soit 7,10 % au total.

Les retraités ayant choisi le cumul emploi-retraite à la CNBF

Au 30 août 2011, 1272 avocats sont retraités-actifs (346 depuis moins d'un an, 573 entre 1 an et moins de 2 ans et 353 depuis plus de 2 ans) et ont perçu un revenu moyen de 90256 euros en 2010.

En 2011, la CNBF leur a versé 46639306 euros de pensions de retraite, alors qu'ils ont eux-mêmes versé à la CNBF 10067490 euros de cotisations.

La CNBF récupère environ un euro de cotisation pour cinq euros de pension versée.

La charge est donc lourde pour la CNBF qui, sans ces nouvelles dispositions autorisant le cumul, n'aurait pas versé si tôt ces pensions aux avocats qui, pour beaucoup d'entre eux, ne prenaient pas leur retraite à l'âge minimum pour la percevoir et sont désormais tentés par un effet d'aubaine.

Par ailleurs, le cumul emploi-retraite entraîne un vieillissement de la population des avocats qui vont avoir tendance à se maintenir dans un statut privilégié d'avocats actifs-retraités.

Il retarde considérablement le transfert de la clientèle et du capital aux jeunes générations.

Il retarde aussi l'accès des collaborateurs aux fonctions d'associés porteurs de parts au sein des structures professionnelles et provoque la stagnation de la rémunération des jeunes avocats actifs, puisqu'ils ne pourront accéder aux rémunérations des associés porteurs de parts.

Le SAF ouvre donc le débat sur l'opportunité de maintenir ou non une disposition qui semble défavorable à la CNBF et aux jeunes générations. ■

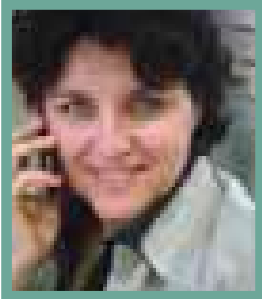


Foi du Palais ? la crise ?

INTRODUCTION Avocat défenseur, plaideur, conseil, nous sommes auxiliaires de justice. Nous l'avons vu dans la Lettre du SAF du mois d'avril 2011, cette qualité impose des responsabilités et des devoirs, mais aussi des droits et des privilèges. La foi du Palais en est un.

Nous assistons, pourtant, en ce moment à une grave crise de foi du Palais, règle évacuée par les magistrats et oubliée par les avocats.

L'oubli va jusqu'à faire douter de son existence et de sa définition.



PAR **Marianne LAGRUE**

SAF Paris, Étue SAF au CNB

Avocat défenseur, plaideur, conseil, nous sommes auxiliaires de justice. Nous l'avons vu dans la *Lettre du SAF* du mois d'avril 2011¹, cette qualité impose des

responsabilités et des devoirs, mais aussi des droits et des privilèges. La foi du Palais en est un.

Nous assistons, pourtant, en ce moment à une grave crise de foi du Palais, règle évacuée par les magistrats et oubliée par les avocats.

L'oubli va jusqu'à faire douter de son existence et de sa définition.

Il est vrai que l'étude sémantique nous aide peu. Les dictionnaires *Littre* ou *Grand Larousse Universel* ne mentionnent même pas l'expression sous l'entrée « *foi* ».

Serait-ce que le *charbonnier* est plus *digne de foi* que l'avocat qui pourrait, lui, être de *mauvaise... foi* ?

Les recueils de vocabulaire juridique ne l'ont pas, non plus, intégrée dans leur nomenclature².

La notion de foi du Palais n'est pas beaucoup plus développée dans les manuels de déontologie.

Souvent mentionnée au côté du principe essentiel, le secret professionnel, elle lui est parfois même opposée.

Pour André Damien, « *la notion de « foi du Palais » concerne non pas directement le secret professionnel mais les relations entre avocats et entre magistrats et avocats* »³.

Si le secret professionnel -garantie et condition de la profession d'avocat- permet la confiance nécessaire du justiciable dans son avocat, la foi du Palais va au-delà, en ce qu'elle permet à l'avocat d'une partie de *dire* sans que l'avocat adverse -ici le confrère- ou le magistrat, mis dans la confiance, puisse utiliser ce *dire* à l'encontre de la partie, sujet-objet de la confiance.

La foi du Palais est donc une notion syncrétique. Elle nécessite la loyauté des magistrats et des confrères auxquels une information est donnée expressément « *sous la foi du Palais* » et le respect de la confiance dans laquelle ils sont mis, c'est-à-dire de la non-utilisation de ce renseignement au cours du procès. Car la foi du palais est frappée du sceau du secret, entre eux.

« *Cette belle expression scelle la valeur de la parole donnée entre serviteurs de la justice* »⁴.

Bref, la foi unit.

Parce que loyauté, confidentialité, confraternité composent la foi du Palais, elle est l'un des éléments *mythiques* de notre déontologie.

Mythique, la foi du Palais ne doit pas s'inscrire au Panthéon des Mythologies de notre Profession, qui se regarderaient tout comme celles de Roland Barthes, avec un sourire nostalgique aux lèvres.

Ayons la Foi, Confrères.

Car le risque est grand que les magistrats perdent aussi leur foi dont ils ne mentionnent pas même l'existence dans leur bréviaire.⁵

Elle existe pourtant : je l'ai rencontrée.

« *Dès lors qu'une personne poursuivie est représentée par un professionnel du droit inscrit à un barreau qui, sous la foi du palais, affirme se présenter pour elle, dès lors que cet auxiliaire de justice ne se cantonne pas à solliciter le renvoi de l'affaire, dès lors qu'un prévenu peut faire valoir, par sa voix, tous les arguments de sa défense et qu'il est mis en mesure d'être pleinement informé de la nature de la décision dès son prononcé, il doit être tenu pour présent par le tribunal correctionnel, comme il l'est par le tribunal de police. En d'autres termes, la décision ne peut être que contradictoire à son endroit, avec ou sans mandat exprès, car il n'y a pas de demi-mandat ou de représentation au rabais.*

Le seul risque encouru, en réalité, se situe au niveau des relations contractuelles entre l'avocat et son client. Un auxiliaire de justice qui plaiderait le fond sans avoir auparavant appelé l'attention du prévenu sur les conséquences d'une décision juridictionnelle rendue sans que ce dernier n'ait pu personnellement répondre, dans le cadre de son audition à l'audience,

1 - Auxiliaire de justice, Marianne Lagrue, La Lettre du SAF, avril 2011

2 - Vocabulaire juridique, Collection Que sais-je ?, PUF

3 - André Damien : La foi du Palais in Marie-Anne Frison-Roche : Secrets professionnels (11 études de divers auteurs sur les secrets de leur profession, Éditions Autrement, Paris 1999) repris dans Les règles de la profession d'avocat, Jacques Hamelin, André Damien, 9^e édition Dalloz

4 - Droit et déontologie de la profession d'avocat, B. Beignier, B. Blanchard, J. Villacèque chez L.G.D.J., 2008, p. 205

5 - Recueil des obligations déontologiques des magistrats, Conseil supérieur de la magistrature, Dalloz, 2010, (prévu par l'article 20 de la loi organique n° 94-100 du 5 février 1994)

aux charges développées par l'accusation, commettrait incontestablement un manquement à son devoir d'information. Mais ce risque n'a pas à être analysé et pris en considération par le juge pénal. Il relève du seul examen de la responsabilité professionnelle de l'avocat. »⁶

Notre statut d'auxiliaire donne donc foi à la foi du Palais, notamment auprès des magistrats.

Dans le même sens, « *les observations orales sont présentées par les avocats au Conseil d'État après la lecture du rapport par le rapporteur et avant les conclusions du commissaire du gouvernement qui n'ont pas à faire l'objet d'une communication préalable aux parties (en pratique, il est habituel que le commissaire fasse connaître avant l'audience à l'avocat aux Conseils qui l'interroge le sens des conclusions qu'il s'apprête à prononcer, mais ce, dans la plus stricte confidentialité – la « foi du Palais ») et auxquelles il ne peut être répliqué (CJA, art. R. 731-4 ; CE 29 juill. 1998, Esclatine, Rec. CE, p. 320, concl. D. Chauvaux)* ».⁷

Trop souvent, la foi du Palais n'est pas reconnue, voire connue. Il suffit de se reporter à l'affaire de la Cour d'appel de Nîmes et aux incidents récurrents devant la Cour nationale du droit d'asile.

Christian Charrière-Bournazel, Président du CNB, le rappelle : « *Par-delà le parti pris d'une aggravation des peines en appel, c'est la relation entre la justice et la défense qui est en cause à Nîmes. Et c'est le devoir des Ordres comme du Conseil national des barreaux de rappeler la considération que l'on doit aux femmes et aux hommes de la défense, héritiers des Tribuns de la plèbe auxquels Rome avait conféré un caractère sacré. Cette estime est indissociable du respect légitimement revendiqué par les hommes et les femmes chargés d'incarner la seule institution humaine qui porte le nom d'une valeur : la Justice.* »⁸

L'étymologie nous informe : le mot foi vient du nom commun grec « *pistis* » emprunté au verbe grec « *peitho* » qui signifie *persuader* ou *être persuadé*, puis du mot latin « *fides* » qui signifie *confiance, promesse*.

Nous l'avons compris : soyons persuadés que la foi n'existe que si l'on s'en sert et si l'on se fait confiance.

6 - La défense du prévenu absent, Dominique Noëlle Commaret, Avocat général à la Cour de cassation, Revue de science criminelle 2003 p. 809

7 - Représentation des parties devant les juridictions administratives, § 215, Jean BARTHÉLEMY - avril 2006 (dernière mise à jour : mars 2011), Répertoire Dalloz

8 - À propos de la Cour d'appel de Nîmes : lettre de Christian Charrière-Bournazel en réponse à l'article publié dans la Gazette du Palais, édité du Président, 27 fév. 2012

La foi du Palais n'est pas qu'un principe, elle est un mot-acte. La linguistique, qui n'est pas seulement outil d'analyse de la phrase, mais aussi instrument d'étude du discours, permet de distinguer les énoncés descriptifs et performatifs.

Lorsque j'écris : « *L'avocat pour exercer sa fonction prête serment* », j'use d'un énoncé purement descriptif, constatant un fait.

Lorsque, candidate présentée par mon bâtonnier à la cour d'appel, je déclare : « *je jure, comme avocat, d'exercer mes fonctions avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité* », je réalise l'acte de prêter serment et je deviens avocat en disant ce serment même. Ma déclaration est performative. (Outre que, devenir avocat constitue déjà une performance).

Il en va de même pour la foi du Palais, pour l'utiliser et en bénéficier : le dire.

Au-delà de « *c'est celui qui dit qui fait* », c'est en le disant que nous nous l'imposons. Si je donne une information à mon confrère, c'est en lui signifiant expressément qu'elle est divulguée sous « *la foi du Palais* », que le caractère confidentiel et le partage du secret se réalisent. Chacun s'oblige à la respecter.

« *Est-il besoin de rappeler, en effet, que la lettre officielle ne saurait en aucun cas faire la preuve de ce qui, échangé sous « la foi du Palais », avait vocation à demeurer secret ?* »

À l'heure où la politique de la Justice incline vers la déjudiciarisation de certains litiges avec des réformes telles que la procédure participative, la médiation¹⁰, les règlements alternatifs du litige, le règlement transactionnel obligatoire entre avocats, les avocats se doivent d'en appeler plus que jamais au respect des règles déontologiques.

Dans toute étape de négociation, le respect du serment, de la parole, de la *foi du Palais* s'imposent. Nous le savons, « *cet avocat, quel drôle de zèbre !, nest pas un mauvais cheval.* » Alors, c'est juré, *foi d'animal*¹¹, y a intérêt c'est capital ! je fais profession de foi du palais. ■

9 - Ce que l'on ne peut dire, faut-il le taire ? Le secret professionnel, Dominique Piwnica, Avocat au barreau de Paris, AMCO, membre du CNB

10 - Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, JORF n° 0266 du 17 novembre 2011 page 19283, texte n° 9

11 - « Je vous paierai, lui dit-elle, avant l'août, foi d'animal, intérêt et principal », La Cigale et la Fourmi de Jean de La Fontaine

Dominique SAPIN



Le SAF et le Barreau de Lille sont orphelins. Dominique SAPIN est partie le 28 mars 2012, après trois ans de combat contre le cancer, entourée de ses bien-aimés mari, enfants et petits-enfants.

Originnaire d'Hirson (Aisne), Dominique a étudié les lettres

classiques à Henri IV, puis obtenu sa licence en droit à Lille. Sa première vie professionnelle accomplie dans l'enseignement des lettres, la publicité et l'événementiel, elle a repris courageusement, à 40 ans, sa maîtrise de droit, réussi le CAPA pour prêter serment et s'inscrire au Barreau de Lille en décembre 1994.

Après un temps de collaboration, Dominique a créé son cabinet, d'abord seule puis avec Florent MEREAU et Amélie MACHEZ. Elle a pu se consacrer particulièrement à la défense pénale dont elle ne se lassait jamais tant sa relation aux êtres était personnelle et profonde.

PAR Daniel JOSEPH et Florent MEREAU

Lille le 2 avril 2012

Immédiatement, Dominique a rejoint le SAF et a participé régulièrement aux congrès et colloques de droit pénal et de droit de la famille.

Dominique était de la famille du SAF qu'elle défendait aussi sans réserve. Elle disait avoir été impressionnée par la qualité du travail collectif lorsqu'elle fut élue au conseil syndical et ne se privait pas de le faire savoir.

Femme de lettres passionnée de littérature, ayant le sens du bon mot, attachée à la défense et au Barreau, Dominique avait le culte des amis et avait besoin de les rassembler. Notre « Sapinette » était aussi très attachée à ses amis du SAF qu'elle aura vus jusqu'au bout.

Décidée à ne pas se laisser faire par la maladie qu'elle affrontait avec beaucoup de force et d'humour, elle nous a fait le cadeau de son énergie, de sa joie de vivre, jusqu'à ses derniers moments qu'elle a offerts à Bernard, son mari et à ses quatre filles.

Elle repose à Dieulefit (Drôme), comme elle l'avait souhaité. ■

Bulletin d'adhésion au SYNDICAT DES AVOCATS DE FRANCE

À découper et à retourner au SAF,
34 rue Saint-Lazare - 75009 Paris
Tél. : 01 42 82 01 26 - Fax : 01 45 26 01 55
contact@lesaf.org

Nom : Prénom :

Adresse :

.....

Code postal : Ville :

Tél. : Fax :

E-mail :

Barreau :

N° de toque :

Spécialités obtenues :

J'adhère au SAF pour l'année 2012

Ci-joint un chèque d'un montant de :

à l'ordre du SAF.

Je désire figurer dans l'annuaire : oui non

Cotisations

Élève Avocat :	15 €
1 ^{re} et 2 ^e années d'inscription :	50 €
3 ^e année et jusqu'à 15 000 € de bénéfice annuel :	100 €
De 15 000 à 20 000 € de bénéfice annuel :	150 €
De 20 000 à 30 000 € de bénéfice annuel :	200 €
De 30 000 à 40 000 € de bénéfice annuel :	350 €
De 40 000 à 50 000 € de bénéfice annuel :	450 €
Au-delà :	1 % du bénéfice annuel
Avocat honoraire :	200 €

Rappel : les cotisations syndicales sont déductibles fiscalement

Certains vous diront que vous êtes moderne...



Pas nous.

ANAAFATECH.FR 2012
LE 1^{er} WORKSHOP DES TECHNOLOGIES NOUVELLES DU CABINET D'AVOCATS
EUROSITES GEORGES V - PARIS 8 - VENDREDI 19 OCTOBRE

ANAAFA

TE

