La conformité de la mesure de retenue à la Convention européenne des droits de l'homme

Mustapha Afroukh

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/666>

DOI : 10.4000/revdh.666

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Édition imprimée

Date de publication : 1 juin 2014

Référence électronique

Mustapha Afroukh, « La conformité de la mesure de retenue à la Convention européenne des droits de l'homme », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 5 | 2014, mis en ligne le 26 mai 2014, consulté le 08 juillet 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/666> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.666>

Ce document a été généré automatiquement le 8 juillet 2020.

Tous droits réservés

La conformité de la mesure de retenue à la Convention européenne des droits de l'homme

Mustapha Afroukh

- ¹ La mise en place de la mesure de retenue issue de la loi Valls n° 2012-1560 du 31 décembre 2012 relative « à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées »¹ tire les conséquences des arrêts El Dridi et Achughbabian de la Cour de justice de l'Union européenne et de deux arrêts de la chambre civile de la Cour de cassation du 5 juillet 2012². La procédure de retenue prévue à l'article L. 611-1 1° du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile du code se substitue ainsi à la garde à vue jugée contraire à la directive Retour 2008/115/CE. D'une durée maximale de 16 heures, elle a pour objet de vérifier la situation administrative de tout étranger qui, faisant l'objet d'un contrôle de son titre de séjour ou de son identité, n'est pas en mesure de justifier de son droit au séjour en France³. Il s'agit ici d'examiner la conformité de cette mesure de retenue à la Convention européenne telle qu'interprétée par la Cour européenne. Cet exercice de comparaison, de confrontation n'est pas seulement le fait de la doctrine. Depuis quelques temps, le trait est systématique : dès qu'une loi intervient dans le domaine des droits fondamentaux, l'argument de la conventionnalité devient incontournable. Il est notamment invoqué par les acteurs politiques⁴, soit pour justifier l'adoption d'un texte, soit pour justifier des modifications/amendements, soit pour le critiquer, soit même pour dénoncer l'intrusion de la Cour dans un domaine relevant de la souveraineté des Etats. L'adoption de la loi du 31 décembre 2012 en constitue une preuve supplémentaire. Lors de son allocution devant la commission des lois de l'Assemblée nationale le 11 décembre 2012, le Ministre de l'Intérieur a ainsi mis l'accent sur la compatibilité de la mesure de retenue avec les engagements conventionnels. L'argument central est que cette nouvelle procédure se différencie de la garde à vue. Au contraire, lors des débats parlementaires, de nombreuses voix se sont élevées pour affirmer que la compatibilité avec la Convention de la mesure de retenue était fortement sujette à caution sur

certaines points : à propos principalement du sort réservé aux enfants (une député faisant référence à l'arrêt *Popov c. France* de la CJUE qui a, en réalité, été rendu par la CEDH !)⁵ et sur le rôle du Procureur dans la supervision de la mise en œuvre de la procédure⁶. C'est pourquoi le texte initial a d'ailleurs été retoqué par le Sénat dans le sens d'une plus grande protection des droits. Enfin, l'argument de la conventionnalité a subi parfois le feu de critiques sévères : M. G. Larrivé s'est dit choqué que l'on se réfère systématiquement à la Cour européenne des droits de l'homme⁷ et Mme Maréchal le Pen a dénoncé une jurisprudence européenne fondée sur des principes abstraits qui écrit le droit de l'immigration dans un sens toujours plus favorable aux étrangers⁸.

- 2 Compte-tenu de l'apport indéniable de la Convention au droit commun des étrangers, il est logique de s'interroger sur la conformité de la mesure de retenue à celle-ci. L'interrogation semble même couler de source. La Cour a profondément influencé le droit interne dans le domaine du droit des étrangers en développant une jurisprudence dynamique et volontariste. Dans la période récente, l'adoption de la loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile instaurant un recours suspensif en matière d'annulation des décisions d'entrée sur le territoire français au titre de l'asile à la suite de l'arrêt *Gebremedhin c. France* du 26 avril 2007 l'illustre à merveille. La jurisprudence nationale n'échappe pas non plus à cette influence. Ainsi, lorsque la Cour de cassation a eu à connaître en de la question des conditions d'interpellation des étrangers en préfecture⁹, elle s'est positionnée dans la droite ligne de l'arrêt *Conka c. Belgique* du 5 février 2002. Cependant, si l'interrogation paraît légitime, il ne faut pas dissimuler les limites et les difficultés qui l'accompagnent.
- 3 Tout d'abord, en examinant la conformité de la mesure de retenue à la Convention européenne, on en est réduit à formuler des conjectures sur ce que pourrait être l'attitude de la Cour de Strasbourg lorsqu'elle se prononcera sur la mesure de retenue¹⁰. L'exercice de « jurisprudence fiction » n'est jamais chose aisée, surtout dans le cas de la Convention européenne, car, on le sait, la Cour n'interprète pas les dispositions de la Convention de manière abstraite, mais seulement en fonction du cas déterminé qui lui est déféré. Ainsi elle souligne à l'envi que dans une affaire issue d'une requête individuelle, « il lui faut se borner autant que possible à l'examen du cas concret dont on l'a saisie (...). Sa tâche ne consiste donc point à contrôler in abstracto la loi et la pratique susmentionnées, mais à rechercher si la manière dont elles ont été appliquées à (...) ou les ont touchés a enfreint la Convention »¹¹. L'exercice est donc périlleux. Pour ne prendre qu'une illustration, il est difficile de se prononcer sur la conventionnalité, en soi, de la durée de la mesure de retenue. C'est, en effet, au regard des circonstances de l'espèce, des modalités d'exécution de celle-ci, que le juge européen se prononcera. Sa jurisprudence très abondante en matière d'éloignement des étrangers fournit, à cet égard, de très utiles indications. Ensuite, il convient de dissiper un sentiment encore tenace selon lequel la jurisprudence de la Cour garantirait un niveau de protection plus élevé que celui garanti au titre du droit national ou du droit de l'Union européenne. On prendra donc le contre-pied de cette analyse habituelle. En matière de droit des étrangers, la Cour a certes développé des techniques très innovantes pour combler le silence initial du texte conventionnel sur les droits des étrangers¹², mais l'analyse du corpus jurisprudentiel donne également à voir une grande compréhension des préoccupations des Etats dans la gestion des flux migratoires. A cet égard, deux évolutions sont particulièrement notables. D'une part, sur le terrain de l'article 8, la jurisprudence récente laisse aux Etats une plus grande marge d'appréciation depuis la

mise au jour des « critères Boulitif »¹³. D'autre part, sur la question de la protection des étrangers malades sous le coup d'une mesure de renvoi, la jurisprudence européenne a pris une option résolument restrictive¹⁴ alors que le Conseil d'Etat retient, pour sa part, une position plus audacieuse¹⁵. Concrètement, au vu de ces évolutions, il n'est pas exclu que, saisi de la question de la constitutionnalité de la mesure de retenue, le Conseil constitutionnel dépasse le standard européen de protection des droits d'autant que cette plus-value constitutionnelle est loin d'être une hypothèse d'école¹⁶. S'agissant des rapports avec la Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne, la situation est plus complexe. L'article 52 § 3 de la Charte dispose que « dans la mesure où la [...] Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention »¹⁷. En somme, la notion de « droits correspondants » détermine une similarité de sens et de portée des droits protégés par la Charte qui ont leur pendant dans la Convention. Mais rien ne s'oppose à ce que « le droit de l'Union accorde une protection plus étendue ».

- 4 Ce cadre général étant posé, resserrons maintenant le propos. Toute discussion sur la conformité de la mesure de retenue à la Convention ne peut faire, au préalable, l'économie d'une réflexion sur la nature, la qualification de cette mesure. Dans le cadre de la Convention, ce problème n'est pas mineur puisqu'il conditionne l'applicabilité de l'article 6 qui protège le droit à un procès équitable. De prime abord, la mesure de retenue s'apparente à une procédure purement administrative dont l'objet n'est pas de poursuivre une incrimination mais de permettre la vérification de la régularité du séjour. Dans un arrêt du 29 janvier 2013, la Cour d'appel Metz a d'ailleurs pu estimer que « la retenue de l'article L.611-1-1 du CESEDA apparaît distincte d'une procédure de constatation ou de recherche d'un délit pénal. Elle ne peut ainsi être comparée à des procédures étrangères relatives à des infractions au séjour qui recourent à une garde à vue »¹⁸ et rejeté, ce faisant, l'applicabilité de l'article 6. Certes, la juridiction de Strasbourg a ici une démarche fortement empreinte de pragmatisme, « elle ne s'arrête pas aux qualifications du droit interne mais à ce qu'elles recouvrent »¹⁹ et admet qu'une mesure ne relevant pas du droit pénal national puisse faire partie de la matière pénale au sens de l'article 6. Mais même en appliquant les critères énoncés dans l'arrêt *Engel et autres* du 8 juin 1976 pour définir la matière pénale²⁰, il est peu probable que la mesure de retenue entre dans le champ d'application de l'article 6, eu égard notamment à sa finalité même. Faut-il également le rappeler, de jurisprudence constante, l'article 6 est jugé inapplicable aux procédures relatives à la police des étrangers tant dans son volet civil que pénal²¹.
- 5 A partir de là, trois dispositions doivent pouvoir être mobilisées pour examiner la question de la conformité de la mesure de retenue à la Convention : les articles 3, 5 et 8. Aussi, en analysant les exigences posées par la Cour sur ces trois terrains, nous tenterons de montrer, que si le législateur a bien pris en compte les exigences européennes (I), cette prise en compte est insuffisante (II). Certains aspects la mesure de retenue suscitent des interrogations quant à leur conformité avec la Convention.

I. Une prise en compte certaine de la jurisprudence européenne

- 6 Sur trois points, le dispositif mis en place par le législateur prend en compte les exigences européennes et ne devrait, à ce titre, pas donner lieu à des constats de

violation de la Convention : le principe même de la retenue²² (A), la proportionnalité de la retenue (B) et le droit d'être informé des motifs de la retenue (C). Pour l'essentiel, nous nous placerons ici sur le terrain de l'article 5 de la Convention, sauf pour la question de proportionnalité de la retenue qui sera également examinée à la lumière de la jurisprudence européenne relative à l'article 3.

A. Le principe même de la retenue

- 7 La retenue affecte inévitablement le droit de toute personne à la liberté et à la sûreté protégé par l'article 5 de la Convention. Rattaché au principe de prééminence du droit, le droit à la liberté est qualifié de droit fondamental dans une société démocratique²³. Selon la Cour, il vise à protéger « l'individu contre les atteintes arbitraires de l'Etat à sa liberté »²⁴. La jurisprudence enseigne que pour déterminer si un individu se trouve « privé de sa liberté » au sens de l'article 5, il faut partir de sa situation concrète et prendre en compte un ensemble de critères comme le genre, la durée, les effets et les modalités d'exécution de la mesure considérée²⁵. Là encore, le juge européen ne se trouve pas lié à la qualification du droit national. En l'espèce, le caractère privatif de liberté de la mesure de retenue ne souffre aucune discussion²⁶ : l'élément coercitif dans l'exercice des pouvoirs de police est manifeste, le confinement dans un espace restreint également et la durée maximum de la retenue est importante²⁷. Devant la Cour de Strasbourg, cette qualification ne devrait donc pas poser de difficultés particulières. Il en va de même pour l'exigence de respect des « voies légales », c'est-à-dire de l'existence d'une base légale en droit interne suffisamment accessible et prévisible. Les conditions de la retenue sont clairement définies par l'article L. 611-1-1 du CESEDA.
- 8 Ensuite, vient la question centrale qui est de savoir si la privation de retenue est intervenue dans l'un des cas prévus à l'article 5 § 1, étant précisé que « la liste des exceptions que dresse [cette disposition] revêt un caractère exhaustif »²⁸. Plusieurs arrêts donnent à penser que, confrontée à la mesure de retenue, la Cour se placerait sur le terrain de l'article 5 § 1 b) : qui dispose que nul ne peut être privé de sa liberté sauf...« b) s'il a fait l'objet d'une arrestation ou d'une détention régulières pour insoumission à une ordonnance rendue, conformément à la loi, par un tribunal ou en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi ». La Cour européenne a été amenée, à plusieurs reprises, à se prononcer sur des dispositifs comparables à la mesure de retenue et c'est, sous cet angle, qu'elle a examiné ces affaires. Tel est par exemple le cas dans l'affaire *Saragiannis c. Italie* dans lequel les requérants avaient été placés en détention en raison de leur refus de se soumettre à un contrôle d'identité. Elle est d'avis que la « loi italienne prescrit l'obligation de déclarer son identité et prévoit la possibilité de retenir dans les locaux de la police toute personne refusant de s'acquitter de cette obligation »²⁹. Dès lors, la rétention des requérants a été décidée en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi, au sens de l'article 5 § 1 b) de la Convention. Force est également de reconnaître que cette solution vaut « même en l'absence de soupçons d'avoir commis une infraction »³⁰. S'agissant de la mesure de retenue, il s'agit bien de priver une personne de sa liberté pour s'assurer qu'elle respecte une obligation prévue par la loi. Dans ces conditions, il est peu risqué d'affirmer qu'elle devrait relever de cette disposition.
- 9 L'application de l'article 5 § 1 f) ... « s'il s'agit de l'arrestation ou de la détention régulières d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours » semble devoir être écartée³¹. A

l'évidence, la première hypothèse (détention d'une personne pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire) n'est pas en cause ici. Pour ce qui est de la seconde hypothèse envisagée par l'article 5 § 1 f) (détention d'une personne contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours), elle doit aussi être écartée lorsqu'aucune mesure d'éloignement n'est en cours au moment de la retenue. *Quid* de la situation dans laquelle la personne retenue est déjà sous le coup d'une mesure de renvoi ? Il faut bien voir que même dans cette configuration, la retenue n'a pas pour vocation de priver une personne de sa liberté en attente de l'exécution d'une mesure d'éloignement. Dans la majorité des cas, l'article 5 § 1 f) ne trouverait à s'appliquer que si l'étranger est placé en rétention à l'issue de la retenue.

B. La proportionnalité de la retenue

- 10 Conformément à une jurisprudence constante, la privation de liberté est soumise au respect du principe de proportionnalité. Selon la Cour, « *il ne suffit pas que la privation de liberté soit conforme au droit national, encore faut-il qu'elle soit nécessaire dans les circonstances de l'espèce* »³². Cette exigence gouverne l'interprétation de l'article 5. En ce qui a trait à l'hypothèse envisagée précédemment d'une privation de liberté pour garantir l'exécution d'une obligation prévue par la loi, le juge européen va s'attacher à vérifier si un juste équilibre a été respecté entre l'importance d'assurer l'exécution immédiate de l'obligation en question et le droit à la liberté. Or, dans le cadre de cet examen, la durée de la privation de liberté constitue un critère essentiel. Le caractère excessif ou non de la durée s'apprécie au regard des circonstances de l'espèce. Nous en donnerons quelques illustrations :

- Déc. *B c. France*, 13/05/1997 : durée de quatre heures est qualifiée de « courte durée » (à propos de l'article 76 de la loi du 2 février 1981 prévoyant que « les agents de police judiciaire peuvent, en cas de recherches judiciaires ou pour prévenir une atteinte à l'ordre public, inviter toute personne à justifier son identité ; et en cas de nécessité, la conduire dans un local de police à cet effet, toute personne ainsi conduite dans un local de police ne pouvant être retenue plus de six heures »).
- *Vasileva c. Danemark* (préc.) : privation de liberté a duré treize heures et demi (pour vérifier l'identité du requérant). La durée n'est pas jugée excessive en soi. Par contre, la Cour relève qu'aucun effort n'a été entrepris par les autorités pour vérifier son identité de 23h à 6h30 (le gouvernement justifiait cela par la nécessité de préserver le sommeil du requérant !) : en l'espèce, absence d'un juste équilibre.
- *Saragiannis c. Italie* (préc.) : la privation de 2h 30 est qualifiée de courte ; *adde* Déc. *Reyntjens c. Belgique*, 9/09/92, n° 16810/90.

- 11 On le sait, l'article L. 611-1 1 du CESEDA précise que « *l'étranger ne peut être retenu que pour le temps strictement exigé par l'examen de son droit de circulation ou de séjour* » et que la retenue ne peut excéder seize heures. Il y a tout lieu de considérer que la durée maximale de 16h de la mesure de retenue n'est pas excessive en soi. En réalité, ce qui importe, aux yeux de la Cour, c'est le temps consacré par autorités pour effectuer les vérifications nécessaires ainsi qu'en témoigne l'arrêt *Vasileva c. Danemark*. L'argumentaire retenu par la Cour d'appel de Pau dans un arrêt du 29 janvier 2013 rejoint tout à fait cette démarche. Ainsi, elle a estimé qu'en s'abstenant de toute diligence particulière entre 20 heures 30 et 8 heures 10, en transmettant le dossier de l'intéressé à la préfecture à 17 heures 20 et en consacrant seulement 3 heures 40

minutes à l'examen de son droit de séjour, les autorités n'ont pas respecté l'exigence de proportionnalité prévue par la loi³³. Par où l'on voit que le respect de cette exigence est garanti dans l'ordre interne.

- 12 Aussi, soulignons que la durée n'est pas le seul critère pris en compte pour apprécier le respect du principe de proportionnalité. Sont également pris en compte la nature de l'obligation découlant de la législation applicable, y compris son objet et son but sous-jacents, la personne détenue et les circonstances particulières ayant abouti à sa détention. Cette précision est importante car elle permet d'élargir le cadre d'analyse de la privation de liberté à d'autres questions comme l'âge, la santé de la personne retenue, son comportement. Même si sur ces questions, il est préférable de se placer sur le terrain de l'article 3 qui interdit la torture et les peines ou traitements inhumains et dégradants. Il est, en effet, évident que la mesure de retenue est susceptible de porter atteinte au droit protégé à l'article 3. L'article L.611-1 1 du CESEDA n'érige pas ce droit en garantie de la personne retenue. Il se contente de disposer que *« l'étranger ne peut être soumis au port des menottes ou des entraves que s'il est considéré soit comme dangereux pour autrui ou pour lui-même, soit comme susceptible de tenter de prendre la fuite »*. Contrairement à une idée reçue, il est admis dans la jurisprudence européenne *« qu'à l'égard d'une personne privée de sa liberté, tout usage de la force physique qui n'est pas rendu strictement nécessaire par le propre comportement de ladite personne porte atteinte à la dignité humaine et constitue, en principe, une violation du droit garanti par l'article 3 »*³⁴. Pour le dire autrement, *« il importe par exemple de savoir s'il y a lieu de penser que l'intéressé opposera une résistance à l'arrestation, ou tentera de fuir, de provoquer blessure ou dommage »*³⁵. La proportionnalité n'est pas absente de l'article 3, du moins au stade la qualification des mauvais traitements³⁶. S'agissant de la question particulière du port de menottes, la Cour a dit, dans un énoncé synthétique, que *« le port des menottes ne pose normalement pas de problème au regard de l'article 3 de la Convention lorsqu'il est lié à une détention légale et n'entraîne pas l'usage de la force, ni l'exposition publique, au-delà de ce qui est raisonnablement considéré comme nécessaire »*³⁷. Là encore, les circonstances de l'espèce s'avèrent décisives. Une illustration exemplaire nous est livrée par l'arrêt *Henaf c. France* où la Cour a considéré que *« compte tenu de l'âge du requérant, de son état de santé, de l'absence d'antécédents faisant sérieusement craindre un risque pour la sécurité »*, le port de menottes était disproportionné³⁸. Au-delà, l'article L.611-1 1° prévoit que la personne retenue a le droit d'être examiné par un médecin désigné par l'officier de police judiciaire. En revanche, il est frappant de constater que la loi du 31 décembre 2012 ne dit mot de l'alimentation du retenu. Un tel silence est problématique eu égard à la durée de la retenue. On pourra aisément admettre une violation de l'article 3 de la Convention sur ce point compte-tenu du devoir qui pèse sur les autorités de protéger la santé des personnes placées sur leur autorité³⁹. Cette lacune de la loi a déjà été relevée. C'est ainsi que la Cour d'appel de Paris a jugé le 4 février 2013 qu'il résulte de *« l'absence de toute mention à une pièce de la procédure, de la proposition d'aliments qui devait être faite à la personne qui a été privée de liberté, non seulement au moment du déjeuner mais plusieurs heures après, [que] les éléments de l'atteinte à la personne sont réunis »*⁴⁰. Au bout du compte, la compatibilité avec l'article 3 n'est que partielle.

C. Le droit d'être informé

- 13 Aux termes de l'article L. 611-1 1°, *« l'officier de police judiciaire ou, sous le contrôle de celui-ci, un agent de police judiciaire informe aussitôt l'étranger, dans une langue qu'il*

comprend ou dont il est raisonnable de supposer qu'il la comprend, des motifs de son placement en retenue et de la durée maximale de la mesure (...) » (souligné par nous). Telle qu'elle est rédigée, cette phrase semble poser des garanties équivalentes à celles de l'article 5 § 2 de la Convention. Toute personne privée de liberté doit en connaître les raisons. La philosophie qui anime la jurisprudence européenne est la suivante : pour être en mesure d'introduire un recours (art. 5§ 4), l'intéressé doit disposer d'informations suffisantes lui permettant de le faire⁴¹. Les § 2 et 4 de l'article 5 sont indissolublement liés. Trois grandes questions se posent alors :

- A quel moment ? : En précisant que l'agent informe aussitôt l'étranger, l'article L. 611-1 1° rejoint l'exigence européenne d'informer suffisamment tôt la personne des raisons de sa privation de liberté, dans *le plus court délai*. La Cour ajoute même que l'agent peut ne pas les lui fournir en entier sur-le-champ. Dans ce cas, pour déterminer si elle en a reçu assez et suffisamment tôt, il faut avoir égard aux particularités de l'espèce⁴².
- quelles informations ? : Les informations communiquées sont les suivantes pour la Cour : pour l'essentiel, la base légale de la privation de liberté ainsi que les motifs juridiques et factuels de la privation. On ne voit pas en quoi l'article L. 611-1 1° serait ici contraire à la Convention.
- dans quelle langue ? : « *Dans la langue qu'elle comprend* » selon l'article L. 611-1 1° et l'article 5 § 2 de la Convention. La jurisprudence européenne est peu prolifique sur la portée de cette obligation. De la lecture des quelques arrêts rendus, il ressort que la Cour accorde un poids important à ce que l'intéressé soit mis en mesure de comprendre les informations communiquées, ce qui requiert que l'information se fasse dans un langage simple et accessible⁴³. A notre sens, l'ajout par la loi Valls de la possibilité de communiquer lesdites informations dans une langue considérée comme étant raisonnablement comprise par l'intéressé pourrait donner lieu des abus et ainsi justifier un constat de violation de l'article 5 § 2. La formule n'est pas d'une très grande clarté. Comme l'a observé la commission consultative des droits de l'homme, dans son avis du 22 novembre 2012, cette crainte ne doit pas être sous-estimée. On peine à croire que cette formule ait été le fruit du hasard ... On en veut pour preuve le fait que les dispositions relatives à d'autres privations de libertés comme la garde à vue ou la rétention administrative n'y font pas référence.

- ¹⁴ En définitive, sur ces trois points, la mesure de retenue est, à quelques éléments près, à l'unisson de la jurisprudence de la Cour. Les similitudes avec les exigences européennes sont réelles. D'autres aspects du dispositif mis en place suscitent, en revanche, immédiatement des interrogations quant à leur conformité à la Convention.

II. Une prise en compte insuffisante de la jurisprudence européenne

- ¹⁵ Il est des points sur lesquels la prise en compte de la jurisprudence européenne est insuffisante. Ces carences majeures de la mesure de retenue concernent principalement son contrôle, dont il a déjà été beaucoup question, (A), la protection des enfants mineurs (B) et la prise d'empreintes digitales (C). Dans ces conditions, on ne serait pas surpris de voir la loi Valls « épinglée » par la Cour européenne sur ces trois points.

A. Le contrôle de la retenue

- 16 Rappelons tout d'abord les grands traits du dispositif retenu par le législateur. La première chose qu'il faut souligner est que la mesure de retenue est placée sous le contrôle du Procureur de la République, qui est informé de la mesure dès le début du placement, et peut y mettre fin à tout moment⁴⁴. L'intervention du juge des libertés et de la détention n'est pas immédiate. A ce stade, il faut différencier deux situations : si la personne retenue n'est pas placée en rétention administrative, aucun contrôle judiciaire n'est vraiment prévu (hormis celui du Procureur, mais peut-on vraiment parler d'un contrôle ?) ; en revanche, si la personne retenue est placée ensuite en rétention, la régularité de la retenue est susceptible d'être contrôlée par le juge des libertés et de détention lorsque celui-ci sera saisi aux fins de prolongation de la rétention⁴⁵. Dit autrement, le contrôle judiciaire est différé. Cette impossibilité de contester immédiatement la retenue devant une autorité judiciaire nous paraît être le cœur du problème.
- 17 Il a souvent été avancé que le rôle accordé au Procureur heurtait de front la jurisprudence européenne récente lui déniait la qualité d'autorité judiciaire⁴⁶. Sans être erroné, un tel constat doit être précisé. Il est à souligner que le contrôle européen s'opère ici à partir de l'article 5 § 4 qui garantit le droit à ce que qu'un tribunal statue à bref délai sur la légalité de la privation de liberté. Or, la question de l'indépendance du Procureur se pose, à titre principal, sur le terrain de l'article 5 § 3 (droit d'être aussitôt traduit devant un juge), article qui concerne seulement l'hypothèse envisagée à l'article 5 § 1 c), les personnes arrêtées et détenues lorsqu'il y a des motifs plausibles soupçonner qu'elles ont commis une infraction ou qu'il y a motifs raisonnables de croire qu'elles vont commettre une infraction. Il convient dès lors de nous concentrer sur l'article 5 § 4. Selon le juge européen, cette disposition a une portée limitée. Elle est applicable seulement dans les situations où la privation est décidée par l'autorité administrative⁴⁷. Tel est le cas pour la mesure de retenue. S'agissant des garanties impliquées par ce droit d'introduire un recours, la Cour a jugé que « l'article 5 § 4 doit impliquer des garanties substantiellement identiques à celles que consacre le volet pénal de l'article 6 § 1 »⁴⁸ (égalité des armes, contradictoire...). Les chevauchements qui existent entre les garanties de l'article 5 § 4 et l'article 6 § 1 ne sauraient être niés. Ceci nous conduit donc à relativiser l'inapplicabilité de l'article 6 à la mesure de retenue. Surtout, pour apprécier la notion de tribunal, la Cour précise notamment qu'il doit s'agir d'un organe judiciaire indépendant de l'exécutif. Autre exigence, l'article 5 § 4 doit permettre d'obtenir à bref délai une décision judiciaire sur la régularité de la privation de liberté. Toute la dynamique de l'effectivité des droits est donc ici à l'œuvre.
- 18 Or, envisagé sous ces différents angles, le dispositif retenu par le législateur souffre de certaines faiblesses. En ce sens, le moins qu'on puisse dire est que le contrôle du Procureur s'avère problématique. De l'avis de la Cour, le terme de tribunal au sens de l'article 5 § 4 ne correspond pas « nécessairement à une juridiction de type classique, intégrée aux structures judiciaires ordinaires du pays ». Il désigne des « organes présentant non seulement des traits fondamentaux communs, au premier rang desquels se place l'indépendance par rapport à l'exécutif et aux parties »⁴⁹. L'essentiel est dit. Cette qualité faisant défaut au Procureur de la République⁵⁰, il est possible de douter de la conventionnalité de la mesure de retenue sur ce point d'autant que son rôle se contente de mettre fin à la

retenue, et non à statuer sur sa régularité. Ces aspects pourraient être améliorés, voire même corrigés.

- 19 Tout l'enjeu est de déterminer si le contrôle exercé par le juge des libertés et de la détention permet de combler alors cette lacune ? La réponse à cette question exige de vérifier si le recours au JLD respecte l'exigence de célérité. Pour vérifier si le droit à une décision rapide a bien été respecté, la Cour s'attache aux circonstances de l'espèce en prenant en considération différents paramètres. La méthode suggérée est celle du faisceau d'indices. La jurisprudence européenne enseigne que ces paramètres sont comparables à ceux permettant de déterminer le caractère raisonnable d'une procédure sur le terrain de l'article 6⁵¹ : la complexité de l'affaire, le comportement des autorités, le comportement du requérant et l'enjeu de l'affaire pour ce dernier. Du point de vue qui nous intéresse, on ne peut pas dire que la mesure de retenue soulève des questions complexes. Sans que l'on puisse se montrer catégorique à ce sujet, il y a des tendances assez fortes pour considérer que le délai de cinq jours à compter du placement en rétention est excessif. En optant pour une intervention du juge des libertés et de la détention à l'issue de la 48ème heure de rétention, l'écart avec les exigences européennes pourrait être atténué. Enfin, partant de la prémisse que la mesure de retenue est une mesure de police administrative, on serait même tenté de privilégier un contrôle par le juge administratif.

B. Le sort réservé aux enfants mineurs

- 20 Un contraste assez net avec les exigences européennes est également perceptible sur la question de la protection des enfants mineurs. L'article L. 611-1 1° effleure la question de la protection des enfants mineurs. La personne retenue a seulement le « *droit de prévenir à tout moment sa famille et toute personne de son choix et de prendre tout contact utile afin d'assurer l'information et, le cas échéant, la prise en charge des enfants dont il assure normalement la garde, qu'ils l'aient ou non accompagné lors de son placement en retenue* ». Il s'ensuit que la présence de l'enfant lors de la retenue n'est pas exclue. On peut s'interroger sur la prise en compte des évolutions récentes de la jurisprudence européenne sur cette question. La rédaction de l'article L. 611-1 1° prête le flanc à la critique car ces évolutions ont été portées à la connaissance du gouvernement lors de la discussion du texte devant le Parlement. Ce désintérêt jette un voile de suspicion sur la conventionnalité de l'article L. 611-1 1°, à la suite de l'arrêt *Popov c. France* du 19 janvier 2012⁵². Était en cause dans cette affaire la rétention administrative d'une famille (avec deux enfants âgés de cinq mois et trois ans) pendant quinze jours au centre de Rouen-Oissel, dans l'attente de leur expulsion vers le Kazakhstan, du fait de l'annulation de leur vol. La condamnation de la France est sans appel. D'une part, sur le terrain de l'article 3, le juge européen a condamné fermement le placement d'enfants mineurs dans des centres pour adultes inadaptés à leur présence eu égard de leur situation de particulière vulnérabilité⁵³. En se contentant de préciser que « *durant la retenue, lorsque sa participation aux opérations de vérification n'est pas nécessaire, l'étranger ne peut être placé dans une pièce occupée simultanément par une ou plusieurs personnes gardées à vue* », le législateur n'interdit aucunement la présence dans les mêmes locaux d'adultes et d'enfants en bas âge. D'autre part, sur le terrain de l'article 8, l'arrêt retient l'attention en ce qu'il met à la charge des autorités une obligation de rechercher une alternative à la rétention d'enfants en bas-âge. Selon la Cour, « *l'intérêt supérieur de l'enfant ne peut se limiter à maintenir l'unité familiale mais que les autorités doivent mettre en œuvre tous les*

moyens nécessaires afin de limiter autant que faire se peut la détention de familles accompagnées d'enfants et préserver effectivement le droit à une vie familiale »⁵⁴. Semblable posture s'appuie sur une mobilisation désormais classique d'instruments extérieurs (l'article 3 de la Convention internationale des droits de l'enfant et la directive du Conseil n° 2003/9/CE, 27 janv. 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres). Il est facile de démontrer que la solution retenue par le législateur ne répond pas à cette exigence, nonobstant l'affirmation du rapporteur du projet de loi selon laquelle la retenue d'un enfant doit demeurer exceptionnelle. Alors certes, on pourrait très bien nous objecter que dans l'affaire *Popov*, la Cour était confrontée à une rétention administrative ayant duré quinze jours. La prudence impose néanmoins de ne pas rattacher la fermeté de la Cour au seul critère temporel. Elle est très attentive à la vulnérabilité des enfants. Dans le cadre de l'article 3, le bas âge et l'état de santé préoccupant des enfants ont été des arguments déterminants. On ne saurait enfin ignorer les risques de violation de la Convention du fait des imprécisions de l'article L. 611-1 1° à propos de la prise d'empreintes digitales.

C. La prise d'empreintes digitales

- 21 Conformément à l'article L. 611-1 1° du CESEDA « si l'étranger ne fournit pas d'éléments permettant d'apprécier son droit de circulation ou de séjour, les opérations de vérification peuvent donner lieu, après information du procureur de la République, à la prise d'empreintes digitales ou de photographies lorsque celle-ci constitue l'unique moyen d'établir la situation de cette personne » (souligné par nous). S'agissant de l'exigence de proportionnalité, le tribunal de grande instance de Nîmes a déjà eu l'occasion de souligner qu'elle s'opposait à la prise immédiate d'empreintes avant même d'entendre l'intéressé⁵⁵. La principale difficulté concerne ici la question de savoir si le cadre juridique de ces prises d'empreintes digitales prévoit des garanties suffisantes « contre les risques d'abus et d'arbitraire »⁵⁶. On éprouve quelques doutes à ce sujet. L'étude d'impact du Ministère de l'intérieur fournit des indications mais ne permet pas de poser un cadre juridique précis⁵⁷. Or, dans son arrêt *Marper c. Royaume-Uni*, la Cour a tenu à souligner qu'« il est essentiel de fixer des règles claires et détaillées régissant la portée et l'application des mesures et imposant un minimum d'exigences concernant, notamment, la durée, le stockage, l'utilisation, l'accès des tiers, les procédures destinées à préserver l'intégrité et la confidentialité des données et les procédures de destruction »⁵⁸. Quels sont les fichiers accessibles⁵⁹ ? Les OPJ sont-ils habilités à consulter ces fichiers ? Existe-t-il un contrôle indépendant portant sur l'utilisation et la conservation de ces fichiers (CNIL ?) ? Sur une question aussi délicate, il est difficile de s'en remettre aux appréciations portées dans une étude d'impact.
- 22 En conclusion, il est évidemment à souhaiter que toutes ces lacunes, carences qui grèvent la mesure de retenue soient corrigées. Par décret du Premier Ministre en date du 24 décembre 2012, Matthias Fekl, député de Lot-et-Garonne, a été chargé de préparer un rapport sur l'articulation des rôles respectifs du juge administratif et du juge judiciaire dans le contrôle du respect des droits des étrangers. Tout en relevant le caractère hybride de la mesure de retenue, le rapport remis le 14 mai 2013 émet de sérieux doutes sur la conventionnalité de la mesure de retenue. Aussi, est-il indiqué « *qu'il est peu probable qu'une intervention du procureur de la République au cours de la retenue pour vérification des droits au séjour, susceptible (...), puisse être regardée par la Cour européenne des droits de l'Homme comme permettant de satisfaire au droit au recours effectif,*

dans la mesure où la Cour de Strasbourg considère, quoi que l'on pense de cette position, que ce magistrat n'est pas doté des garanties d'indépendance et d'impartialité requises ». La proposition visant à rétablir le contrôle du JLD après 48 heures de rétention doit être approuvée. Le caractère atypique de la mesure de retenue ne doit pas conduire à un abaissement du standard de protection des droits, notamment par rapport à d'autres privations de liberté.

NOTES

1. Pour une présentation, v. V. TCHEN, « Des limites de l'action pénale en droit des étrangers : retour sur la réforme du 31 décembre 2012 », *Dr. adm.* 2013, comm. 23.
2. CJUE, 28 avril 2011, *El Dridi*, aff. 6/61 PPU (*Europe*, 2011, n° 6, étude 7, F. KAUFF-GAZIN) ; CJUE, 6 décembre 2011, *Achughbabian*, aff. C-329/11 (*Dr. adm.* 2012, comm. 17, V. TCHEN) ; arrêts Cass. civ., 5 juillet 2012, n° 11-30.530 et 11-19.250 (*Europe*, 2012, n° 11, chron. n° 3, obs. A. MAITREPIERRE), arrêts jugeant qu'un étranger ne pouvait plus être placé en garde en vue pour le seul motif du séjour irrégulier.
3. La retenue est placée est supervisée par le Procureur de la république. L'étranger dispose de certaines garanties : pour l'essentiel, le droit d'être examiné par un médecin, le droit d'être assisté par un interprète, et par un avocat. En bref, des garanties similaires à celles de la garde à vue.
4. Dans un sens large, cela peut également renvoyer aux associations, mouvements ou organismes qui ont un rôle dans le domaine des droits fondamentaux. L'avis rendu par la Commission consultative des droits de l'homme le 22 novembre 2012 est à cet égard instructif (disponible sur le internet de la commission).
5. Citons parmi d'autres l'intervention de Mme CHAPDELAINE, compte-rendu intégral, 2^{ème} séance du mardi 11 décembre 2012, Assemblée nationale, n° 93, p. 6420.
6. M. CORONADO, compte-rendu intégral, 1^{ère} séance du mardi 11 décembre 2012, Assemblée nationale, n° 93, p. 6409 ; R. SCHWARTZENBERG, compte-rendu intégral, 2^{ème} séance du mardi 11 décembre 2012, Assemblée nationale, n° 93, p. 6436 ; Mme ANGO ELA, compte-rendu intégral, séance du 8 novembre 2012, Sénat, p. 4498.
7. Compte-rendu intégral, 2^{ème} séance du mardi 11 décembre 2012, Assemblée nationale, n° 93, p. 6436.
8. Compte-rendu intégral, 1^{ère} séance du mardi 11 décembre 2012, Assemblée nationale, n° 93, p. 6396.
9. Cass. 11 mars 2009, *Bull.* 2009, I, n° 51, n° 07-21.961 ; n° 52, n° 08-11.252 ; n° 53, n° 08-12.166 ; n° 54, n° 08-11.177 ; n° 55, n° 08-11.796.
10. Voir de manière plus générale l'attitude du juge de la conventionnalité. Le juge interne sera, en effet, sans doute appelé dans les prochaines semaines à se prononcer sur la conventionnalité de la mesure de retenue.
11. CourEDH, 24 mars 1998, *Olsson c. Suède* n° 1, A/130, § 54.
12. On songe tout naturellement à la technique de la protection par ricochet. Consulter F. JULIEN-LAFERRIERE, « L'application par ricochet de l'article 3 CEDH. L'exemple des mesures d'éloignement des étrangers », in C.-A. CHASSIN (dir.), *La portée de l'article 3 de la Convention*

européenne des droits de l'homme, Bruylant, 2006, p. 152-153 ainsi que les actes du colloque sur *Les étrangers et la CEDH*, H. FULCHIRON (dir.), LGDJ, 1999.

13. Voy., sur ce point, F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, coll. « Droit Fondamental », 11^{ème} éd., 2012, n° 374. Pour une illustration récente, v. CEDH, 15 novembre 2012, *Shala c. Suisse*, n° 52873/09, JCP G, 2012, 1343, obs. G. GONZALEZ).

14. Encore tout récemment, la Cour a refusé de reconnaître un constat de violation de l'article 3 en l'absence de considérations humanitaires impérieuses (CEDH, 29 janvier 2013, *S.H.H. c. Royaume-Uni*, n° 60367/10, JCP G, 2013, 243, nos obs.). L'affirmation selon laquelle « l'article 3 ne fait pas obligation à l'État partie de fournir à tous les immigrés en situation irrégulière des soins de santé gratuits et illimités » (§ 75) mérite toute l'attention. La jurisprudence européenne semble moins sévère en matière d'extradition (v. CEDH, 16 avril 2013, *Aswat c. Royaume-Uni*, n° 17299/12).

15. CE, 7 avril 2010, *Ministre d'Etat, Ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire*, n° 301640 et CE, 7 avril 2010, *Ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire*, n° 316625, AJDA, 2010, p. 881, chron. S.J. LIEBER et D. BOTTEGHI. Cette position a d'ailleurs irrité le législateur puisque celui-ci s'est employé à neutraliser certains effets de cette jurisprudence (v. l'article 26 de la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité et la nouvelle rédaction de l'article L.311-11 11° du CESEDA, RFDA, 2011, p. 934, étude H. LABAYLE). Sur ce décalage entre les jurisprudences européenne et administrative, nous nous permettons de renvoyer à notre note, « La condition d'accès aux soins dans le pays d'origine revisitée par le Conseil d'Etat français », RTDH, 2011, p. 325.

16. Voy., pour des illustrations, le dossier publié à la RFDA sur la *Question prioritaire de constitutionnalité et droit européen des droits de l'homme. Entre équivalence et complémentarité*, R. TINIERE (dir.), RFDA, 2012, p. 621.

17. Sur la notion de droits correspondants, M. AFROUKH, « La notion de droits correspondants dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », *Revue des Affaires Européennes / Law & European Affairs*, 2011, vol. 4, p. 765.

18. CA Metz, 29 janvier 2013, n° 13/00015 (où le moyen de l'article 6 CEDH était directement invoqué) ; 4 février 2013, n° 13/00024 : « la procédure de rétention pour vérification de la situation d'un étranger n'est pas une procédure pénale car elle n'a pas pour but de rassembler des éléments en vue de caractériser l'existence d'un délit ou d'un crime ». Selon la Cour d'appel, le droit de se taire – qui n'est pas mentionné par l'article L. 611-1 1° – ne saurait dès lors être appliqué.

19. F. SUDRE, intervention devant la Commission des lois de l'Assemblée nationale (sur le projet de loi relatif à la garde à vue), mercredi 17 novembre 2010, compte-rendu n° 16, p. 5.

20. CEDH, 8 juin 1976, *Engel et autres c. Pays-Bas*, GACEDH, n° 4 qui met au jour trois critères alternatifs : la qualification donnée par le droit interne, la nature même de l'infraction et la gravité de la sanction encourue. Quant à la notion d'accusation, elle signifie « la notification officielle, émanant de l'autorité compétente, du reproche d'avoir accompli une infraction pénale » (17 février 1980, *Deweert c. Belgique*, § 42, A-35).

21. CEDH, GC, 5 octobre 2000, *Maaouia c. France*, n° 39652/98, § 40 : « La Cour conclut que les décisions relatives à l'entrée, au séjour et à l'éloignement des étrangers n'emportent pas contestation sur des droits ou obligations de caractère civil du requérant ni n'ont trait au bien-fondé d'une accusation en matière pénale dirigée contre lui, au sens de l'article 6 § 1 de la Convention ».

22. On relèvera au passage que la Cour de justice ne s'est pas opposée à la mise en place d'une mesure privative de liberté pour déterminer le caractère irrégulier ou non du séjour d'un ressortissant d'un Etat tiers (6 décembre 2011, *Achughbabian*, aff. C-329/11, pt. 29).

23. CEDH, 18 juin 1971, *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, § 65, A/12.

24. CEDH, 18 décembre 1996, *Aksoy c. Turquie*, § 76, Rec. 1996-VI.

25. CEDH, 25 juin 1996, *Amuur c. France*, § 42, Rec. 1996-III.

26. Le Ministre de l'intérieur en convient lui-même (v. en ce sens le discours précité).

27. A ce stade de l'applicabilité, la Cour estime que la durée de la privation importe peu (voy. Déc. 4 novembre 2003, *Novotka c. Slovaquie*, n° 47244/99 : interrogatoire au poste de police pour vérifier l'identité du requérant. Le Gouvernement soutenait en l'espèce que le requérant n'avait pas été privé de liberté au sens de l'article 5 § 1 de la Convention compte-tenu de la courte durée de l'interrogatoire. Le juge européen estime, au contraire, que l'interrogatoire s'analyse bien en une privation de liberté au sens de l'article 5 § 1 de la Convention. La durée relativement courte de l'interrogatoire est jugée sans incidence).
28. CEDH, 22 mars 1995, *Quinn c. France*, § 42, A/311.
29. CEDH, 5 avril 2011, *Sarigiannis c. Italie*, § 42, n° 14569/05. Adde CEDH, 25 septembre 2003, *Vasileva c. Danemark*, n° 52792/99.
30. *Ibid.*, § 44.
31. *Contra*, v. la chronique Droit des étrangers publiée au Recueil *Dalloz*, O. BOSKOVIC, S. CORNELOUP, F. JAULT-SESEKE, N. JOUBERT, K. PARROT, 2013, p. 324.
32. CEDH, 4 avril 2000, *Witold Litwa c. Pologne*, § 78, n° 26629/95.
33. CA Pau, 29 janvier 2013, n° 13/0304 ; TGI BAYONNE, 26 janvier 2013, n°13/00039 ; Cour d'appel de DOUAI, 29 Janvier 2013 n°13/00021 : « « (...) 16 heures constitue un maximum absolu, le juge pouvant considérer comme anormalement longue une retenue d'une durée inférieure en fonction des circonstances de l'espèce ».
34. Citons, parmi d'autres, CEDH, 4 décembre 1995, *Ribitsch c. Autriche*, § 38, A/336.
35. CEDH, 22 juin 2006, *Kazakova c. Bulgarie*, § 51, n° 55061/00.
36. Il y aurait un paradoxe à utiliser la proportionnalité dans le cadre d'un droit absolu. Ce paradoxe n'est en réalité qu'apparent, voy., sur ce point, P. MUZNY, *La technique de la proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme*, PUAM, 2005, p. 265 et D. SYMCZAK, « Le principe de proportionnalité comme technique de conciliation des droits et libertés en droit européen », in L. POTVIN-SOLIS, *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, Bruylant, 2011, p. 445, spéc. p. 455-456.
37. CEDH, 14 novembre 2002, *Mouisel c. France*, §§ 47-48, Rec. 2002-IX.
38. CEDH, 27 novembre 2003, *Hénaf c. France*, § 56, Rec. 2003-XI.
39. Un parallèle peut être utilement dressé avec un arrêt de la Cour imposant aux autorités de nourrir convenablement les détenus (CEDH, 15 juin 2006, *Moisejevs c. Lettonie*, § 78, n° 64846/01).
40. La Cour d'appel, de façon très intéressante, met au jour un principe général du droit impliquant « que soient proposés à la personne privée de liberté les aliments nécessaires à l'homme dont l'absorption s'effectue de façon habituelle à certaines heures de la journée dès lors que la durée totale de la privation de liberté ne permet pas à l'intéressé de s'alimenter volontairement » (13/00384).
41. Voy. l'arrêt de principe, *Van der Leer c. Pays-Bas*, 21 février 1990, série A/170-A.
42. CEDH, 30 août 1990, *Fox, Campbell et Hartley*, § 40, n° 12244/86. En l'espèce, par exemple, il a été jugé que la communication de ces raisons lors d'un interrogatoire ayant eu lieu quelques heures (4h) après l'arrestation n'est pas incompatible avec les contraintes de temps qu'impose la promptitude voulue par l'article 5 § 2. En revanche, la base légale de la privation avait été communiquée immédiatement.
43. Voir CEDH, 5 avril 2011, *Rahimi c. Grèce*, § 120, n° 8687/08 ; CEDH, 14 juin 2007, *Bachir et autres c. Bulgarie*, § 61, n° 65028/01 ; CEDH, 11 juillet 2000, *Dikme c. Turquie*, §§ 53-54, n° 20869/92.
44. Voir Cass. Civ. 1re, 18 déc. 2013, n° 13-50.010 : « L'absence de justification de transmission au procureur de la République du procès-verbal restituant le déroulement de la vérification du droit au séjour et de circulation ne porte pas atteinte, en elle-même, aux droits de l'étranger ».
45. Article 552-1 du CESEDA issu de la loi du 16 juin 2011 : « Quand un délai de cinq jours s'est écoulé depuis la décision de placement en rétention, le juge des libertés et de la détention est saisi aux fins de prolongation de la rétention ».
46. Voir notamment CEDH, GC, 29 mars 2010, *Medvedyev et a. c/ France*, n° 3394/03, JCP G, 2010, 454, note F. SUDRE.

47. CEDH, 18 novembre 1970, *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, § 76, GACEDH n° 20 : lorsqu'une personne est privée de sa liberté à la suite du prononcé d'une condamnation par un tribunal compétent, le contrôle exigé par l'article 5 § 4 se trouve incorporé à la décision rendue à l'issue du procès
48. CEDH, 19 février 2009, *A. c. Royaume-Uni*, § 217, n° 3455/05, GACEDH, n° 8 (la jurisprudence antérieure était plus nuancée, v. CEDH, 12 mai 1992, *Megyeri c. Allemagne*, § 22, A/237-A ; 15 novembre 2005, *Reinprecht c. Austria*, § 31, n° 67175/01).
49. CEDH, 2 mars 1987, *Weeks c. Royaume-Uni*, § 61, n° 9787/82.
50. CEDH, GC, 29 mars 2010, *Medvedyev et a. c/ France*, (préc.). La Cour de cassation partage cette position (Cass., 15 décembre 2010, n° 10-83.674).
51. CEDH, GC, 9 juillet 2009, *Mooren c. Allemagne*, § 106, n° 11364/03.
52. CEDH, 19 janvier 2012, *Popov c. France*, n° 39472/07, JCP G, 2012, 221 obs. F. SUDRE. Adde CEDH, 19 janvier 2010, *Muskhadzhieva et a. c/ Belgique*, n° 41442/07, JCP G, 2010, 194 obs L. MILANO.
53. Tout en admettant l'applicabilité de l'article 3 de la Convention à la rétention administrative, la Cour de cassation juge que les conditions de rétention imposées à des parents accompagnés de leur enfant en bas âge ne constituent pas un traitement inhumain ou dégradant (Cass. 1re civ., 10 décembre 2009, JCP G 2010, 127, N. GUIZEMANES).
54. CEDH, *Popov c. France*, § 147. V. aussi l'affaire *Rahimi* (préc.). La Cour applique les mêmes principes lorsqu'elle examine si la détention d'un mineur est régulière au sens de l'article 5 § 1. En l'espèce, elle reproche aux autorités de ne pas avoir recherché si elles pouvaient substituer à la détention une mesure moins radicale (RDP, 2012, p. 798 obs. L. MILANO).
55. TGI Nîmes, 19 janvier 2013, n°13/00027.
56. La formule est tirée de l'arrêt *Marper* (CEDH, GC, 4 décembre 2008, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, § 99, n° 30562/04 et 30566/04, JCP G, 2009, I 104, n° 10 chron. F. SUDRE).
57. <http://www.senat.fr/leg/etudes-impact/pjl11-789-ei/pjl11-789-ei.html>
58. CEDH, *Marper*, § 99.
59. La liste mentionnée dans l'étude d'impact (FAED : le fichier automatisé des empreintes digitales ; AGDREF2 : l'application de gestion des dossiers des ressortissants étrangers en France ; EURODAC fichier regroupant les empreintes digitales (des 10 doigts) des migrants, empreintes relevées par exemple lors de contrôle dans les pays de l'Union.) est-elle exhaustive ?

RÉSUMÉS

Mise en place par la loi du 31 décembre 2012, la procédure de retenue permet de retenir un étranger qui n'est pas en mesure de justifier de son droit au séjour en France. Son régime est aligné sur celui de la garde à vue mais avec des garanties moindres. Dans la présente étude, l'auteur examine, dans un exercice de « *jurisprudence-fiction* », la conformité de cette mesure à la Convention européenne des droits de l'homme. L'analyse révèle que si le législateur s'est montré soucieux de prendre en compte les exigences européennes, des aspects de la procédure paraissent problématiques. Les difficultés les plus importantes concernent le contrôle de la retenue, plus particulièrement l'intervention du Procureur de la République.

Established by the Law of 31 December 2012, the detention procedure allows to retain a stranger who is not able to justify his right to stay in France. Its system is the same as police custody but with fewer guarantees. In this study, the author investigates, in an exercise of "jurisprudence

fiction", about the accordance of the measure with the European Convention of Human Rights. The analysis reveals that if the legislature has been concerned by taking EU requirements into consideration, aspects of the procedure seem to be problematic. The most significant difficulties refer to the control of the detention and most particularly the intervention of the public prosecutor.

INDEX

Mots-clés : Retenue - Convention européenne - Liberté - Dignité - Proportionnalité - Procureur - Enfants - Empreintes digitales

Keywords : Detention - European Convention - Freedom - Dignity - Proportionality - Prosecutor - Children- Fingerprints

AUTEUR

MUSTAPHA AFROUKH

Monsieur Mustapha AFROUKH est maître de conférences en droit public à l'Université Montpellier I. Il est membre de l'Institut de Droit Européen des Droits de l'Homme (IDEDH EA 3976). Il est l'auteur d'une thèse sur *la hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme* (Bruylant, 2012). Il a publié plusieurs travaux sur la protection des personnes vulnérables (étrangers, détenus, mineurs...) sous l'angle de la thématique du dialogue des juges (« L'article 2 de la CEDH dans la jurisprudence administrative », *RFDA*, 2011, p. 1153 ; « La condition d'accès aux soins dans le pays d'origine revisitée par le Conseil d'Etat », *RTDH*, 2011, p. 325).