Le contentieux judiciaire des étrangers

---

maintenus en rétention ou en zone d'attente(*)

par Serge TRASSOUDAINE
Conseiller référendaire
à la Cour de cassation

Edition à jour de la jurisprudence au 30 octobre 2006

Une version antérieure de cette étude sur support papier
est disponible au service de la communication de
l'Ecole nationale de la magistrature (Bordeaux)

(*) Les développements spécifiques au maintien en zone d'attente figurent en bleu.

LISTE DES ABRÉVIATIONS

a.	et autres (parties)
Adde	Ajouter
AJDA	Actualité juridique de Droit administratif
al.	Alinéa
art.	Article
ass.	Assemblée
Bull.	Bulletin
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
Bull. inf. C. cass.	Bulletin d'information de la Cour de cassation
Bull. T. C.	Bulletin civil de la Cour de cassation, décisions du Tribunal des conflits
CE	Arrêt du Conseil d'Etat
CEDH	Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme
Ch.	Chambre
Ch. mixte	Arrêt d'une chambre mixte de la Cour de cassation
Chron.	Chronique
Circ.	Circulaire
Civ.	Arrêt d'une chambre civile de la Cour de cassation

col.	Colonne
Comm.	Commentaire
comm. gouv.	Commissaire du Gouvernement
Comp.	Comparer
concl.	Conclusions
Cons. const.	Décision du Conseil constitutionnel
Conv. EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
CPP	Code de procédure pénale
Crim.	Arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation
D.	Recueil Dalloz
Décis.	Décision
Décr.	Décret
Doctr.	Doctrine
Dr.	Droit
éd.	Edition(s)
ép.	Epouse
esp.	Espèce
ex.	Exemple
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Gde. ch.	Grande Chambre
ibid.	*Ibidem* (au même endroit)
infra	Ci-dessous
IR	Informations rapides du Recueil Dalloz
JCP	Juris-classeur périodique (la Semaine juridique)
JO	Journal officiel de la République française

JO Ass. Nat.	Journal des débats de l'Assemblée nationale
jurisp. cit.	Jurisprudence citée
L.	Loi
Leb.	Recueil Lebon (Recueil des arrêts du Conseil d'Etat)
moy.	Moyen de cassation
n°	Numéro
NCPC	Nouveau Code de procédure civile
not.	Notamment
obs.	Observations
obs. crit.	Observations critiques
OFPRA	Office française de protection des réfugiés et apatrides
Ord.	Ordonnance
p.	Page (s)
Panor.	Panorama
préc.	Précité(s)
Pt.	Président
QE	Questions écrites
rapp.	Rapport
rapp. C. Cass.	Rapport annuel de la Cour de cassation
Rappr.	A rapprocher
Rec.	Recueil des arrêts du Conseil d'Etat (Recueil Lebon)
réf.	Ordonnance de référé
Req.	Requête

Rev. crit. dr. internat. privé	Revue critique de droit international privé
RFDA	Revue française de Droit administratif
RJPF	Revue juridique Personnes et famille
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
s.	Suivants
spéc.	Spécialement
Soc.	Arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation
sol. implic.	Solution implicite
Somm.	Sommaires
supra	Ci-dessus
T. confl.	Décision du Tribunal des conflits
TGI	Jugement d'un tribunal de grande instance
V.	Voir
v°, v^{is}	*Verbo*, *verbis* (mot, mots)

SOMMAIRE

Une table des matières détaillée figure en fin d'ouvrage

Numéros des paragraphes

TITRE PRÉLIMINAIRE :
LE CONTRÔLE DE LA RÉGULARITÉ DE LA SAISINE DU JUGE

CHAPITRE I : LE DÉLAI 10 à 19

CHAPITRE II : LA FORME 20 à 36.1

CHAPITRE III : LES PIÈCES JUSTIFICATIVES UTILES 37 à 47

CHAPITRE IV : L'ENREGISTREMENT DE LA REQUÊTE ET DES PIÈCES JUSTIFICATIVES UTILES 48 à 50

TITRE I :
L'APPRÉCIATION DE LA RÉGULARITÉ DES ACTES ANTÉRIEURS AU MAINTIEN JUDICIAIRE EN RÉTENTION OU EN ZONE D'ATTENTE

SOUS-TITRE I :
LE DOMAINE DE COMPÉTENCE DU JUGE JUDICIAIRE 51 à 162.1

CHAPITRE I : Le contrôle portant sur L'INTERPELLATION 53 à 82

CHAPITRE II : Le contrôle portant sur LA GARDE À VUE précédant immédiatement le maintien en rétention ou en zone d'attente 83 à 117

CHAPITRE III : Le contrôle portant sur LA DÉTENTION au moment où la décision de maintien est notifiée 118 à 128

CHAPITRE IV : Le contrôle portant sur LES MODALITÉS DU MAINTIEN en rétention ou en zone d'attente 129 à 162.1

SOUS-TITRE II :
LES LIMITES DU CONTRÔLE PAR LE JUGE JUDICIAIRE 163 à 221

CHAPITRE I : Dans les procédures de maintien en rétention 175 à 207

CHAPITRE II : Dans les procédures de maintien en zone d'attente 208 à 221

TITRE II :
LE CHOIX DE LA MESURE PAR LE JUGE

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE : L'OBLIGATION DU JUGE DE STATUER 224 à 235.1

CHAPITRE I : LA PROLONGATION DU MAINTIEN EN RÉTENTION 236 à 260.3

CHAPITRE II : L'ASSIGNATION À RÉSIDENCE 261 à 295.2

CHAPITRE III :
LA PROROGATION DU DÉLAI DE MAINTIEN EN RÉTENTION 296 à 314

CHAPITRE IV :
LA "PROLONGATION" DU MAINTIEN EN ZONE D'ATTENTE 314.1 à 323

CHAPITRE V :
LE RENOUVELLEMENT DU MAINTIEN EN ZONE D'ATTENTE 324 à 327

CHAPITRE VI :
L'INTERRUPTION DE LA PROLONGATION DU MAINTIEN 327.1 à 327.7

TITRE III : LA PROCÉDURE D'AUDIENCE et LES VOIES DE RECOURS

CHAPITRE I : LA PROCÉDURE D'AUDIENCE 331 à 352

CHAPITRE II : L'APPEL 353 à 415 *ter*

CHAPITRE III : LE POURVOI EN CASSATION 416 à 446

CONCLUSION 447 - 448

1. La Cour européenne des Droits de l'Homme, par une décision de principe rendue en Grande Chambre le 5 octobre 2000, a confirmé, de manière solennelle, la jurisprudence de la Commission des Droits de l'Homme, au terme de laquelle le contentieux des mesures d'éloignement des étrangers échappe au champ d'application de l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, puisque ces décisions n'emportent pas contestation sur des droits ou obligations de caractère civil ni n'ont trait au bien-fondé d'une accusation en matière pénale au sens de ce texte[(1)], consacrant ainsi la légitimité de la notion de mesure de police, à laquelle la jurisprudence des juridictions internes, tant administratives que judiciaires, se réfère avec constance.

2. L'Etat s'est, en effet, de tout temps reconnu des prérogatives de haute police de mettre fin au séjour d'un étranger sur le territoire national, notamment pour des raisons d'ordre public, mais également de retenir ou détenir cet étranger, quelques jours, le temps de préparer matériellement son départ.

3. Le fondement juridique de cette rétention ou détention a pendant longtemps été déduit de l'article 120 du Code pénal relatif à la responsabilité des gardiens de prison en cas de détention arbitraire qui exonérait ces fonctionnaires de toute responsabilité lorsque la détention était fondée sur "un ordre provisoire du gouvernement". Le Conseil d'Etat et la Cour de cassation avaient en effet jugé qu'il résultait de l'article 120 du Code pénal qu'un étranger sous le coup d'une expulsion pouvait être retenu sur "ordre provisoire du gouvernement".

4. Les engagements internationaux de la France, la nécessité de réformer le droit de l'expulsion et les polémiques sur ce fondement ont conduit le législateur à intervenir. La loi du 29 octobre 1981 sur les conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France a ainsi créé, dans l'ordonnance du 2 novembre 1945, un article 35 *bis*. Ce texte, plusieurs fois modifié, régit désormais la rétention administrative des étrangers.

Il tente de concilier d'une part, **l'efficacité administrative** qui doit conduire à l'éloignement le plus rapide possible de l'étranger en situation irrégulière et d'autre part, **l'idée de droits**, de cet étranger, à protéger. En effet, si les étrangers ne bénéficient pas des prérogatives attachées à la citoyenneté française, ils jouissent cependant de droits ainsi que le rappellent constamment tant le Conseil constitutionnel que les juridictions administratives et judiciaires.

5. **L'efficacité** découle du fait que c'est l'autorité administrative qui porte atteinte à la liberté individuelle, c'est-à-dire que c'est elle qui est autorisée à prendre la décision de mise en rétention.

L'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 autorise, en effet, le représentant de l'Etat dans le département et, à Paris, le préfet de police, à maintenir, s'il y a nécessité, dans des

---

(1) CEDH, Gde. Ch., 5 oct. 2000, Maaouia c/ France, Bull. inf. C. cass. 2000, n° 1256 ; J.-P. COSTA, "*Convention européenne des droits de l'homme et contentieux administratif*", *Rép. cont. adm. Dalloz*, oct. 2002, p. 5, § 19 ; P. LAMBERT et C. PETTITI, "*Les mesures relatives aux étrangers à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*", Actes du séminaire du 21 mars 2003 organisé par les Instituts des droits de l'homme du barreau de Bruxelles et du barreau de Paris, coll. Droit & Justice, n° 46, éd. Bruylant, spéc. p. 30 et 88.

locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire, pendant le temps strictement nécessaire à leur départ, les étrangers faisant l'objet de l'une des mesures d'éloignement expressément mentionnées, c'est-à-dire :

- la remise à un Etat membre de la Communauté européenne (convention de Schengen),

- un arrêté d'expulsion,

- ou la reconduite à la frontière qui résulte soit d'un arrêté préfectoral de reconduite (article 22 de l'ordonnance du 2 novembre 1945), soit, de plein droit, d'une mesure judiciaire d'interdiction du territoire [(2)].

La loi du 24 avril 1997 a prévu un quatrième cas de mise en rétention. Il concerne l'étranger qui ayant été l'objet d'une décision de maintien en rétention au titre de l'un des trois cas précédents, n'a pas déféré dans un certain délai à la mesure d'éloignement.

6. **La protection des droits** de l'étranger apparaît dans le fait que le procureur de la République, qui constitue également, selon le Conseil constitutionnel, l'autorité judiciaire au sens de l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958 est immédiatement informé de la mesure, mais surtout dans l'intervention du juge judiciaire dans un bref délai.

L'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 prévoit, en effet, que lorsque 48 heures [(3)] se sont écoulées depuis la décision (administrative) de maintien en rétention - ou le prononcé, à titre de peine principale et avec exécution provisoire, de la peine (judiciaire) d'interdiction du territoire [(4)] -, le juge des libertés et de la détention est saisi et il lui appartient, énonce le texte, de statuer par ordonnance sur l'une des mesures suivantes : la prolongation du maintien ou, à titre exceptionnel, l'assignation à résidence.

7. Mais il ne suffit pas de prévoir l'intervention d'un juge judiciaire pour que les droits de l'étranger soient protégés.

Encore faut-il que ce juge, gardien de la liberté individuelle, dispose des pouvoirs nécessaires pour vérifier que les conditions prévues par la loi pour porter atteinte à la liberté

[(2)] V. art. 19, 27, 33 de l'ord. du 2 nov. 1945 et 131-30 du Code pénal : *L'interdiction du territoire emporte (entraîne) de plein droit la reconduite du condamné à la frontière* ; *adde* art. 729-2 du CPP. Rappr. § 227 *bis* et jurisp. cit.

[(3)] Le Conseil Constitutionnel a décidé que la disposition de la loi n° 97-396 du 24 avril 1997 (dite loi Debré) prolongeant de 24 heures le délai au terme duquel le juge judiciaire doit être saisi en cas de prolongation de maintien en rétention était conforme à la Constitution.

[(4)] V. art. 35 *bis*, dernier alinéa, de l'ord. du 2 nov. 1945, ajouté par la loi n° 98-349 du 11 mai 1998 : *L'interdiction du territoire prononcée à titre de peine principale et assortie de l'exécution provisoire entraîne de plein droit le maintien de l'étranger, dans les locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire, dans les conditions définies au présent article, pendant le temps strictement nécessaire à son départ (...)*. Rappr. § 227 bis et jurisp. cit.

individuelle, en l'espèce pour décider de la rétention, sont, dans le cas particulier, remplies.

La jurisprudence de la Cour de cassation a donné au juge, saisi sur le fondement de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, de tels pouvoirs, qui ne résultaient pas de manière évidente de la lettre du texte et qui lui permettent de s'assurer que toutes les règles de protection des droits et libertés fondamentales de l'étranger, au demeurant peu nombreuses, ont été strictement observées.

8. Ces avancées prétoriennes se retrouvent également dans la jurisprudence de la Cour de cassation relative aux **procédures de maintien en zone d'attente prévues par l'article 35 *quater* de l'ordonnance du 2 novembre 1945**.

Il sera ici rappelé que l'article 35 *quater* **I** de l'ordonnance du 2 novembre 1945 dispose que l'*étranger qui arrive en France par la voie ferroviaire, maritime ou aérienne et qui soit n'est pas autorisé à entrer sur le territoire français, soit demande son admission au titre de l'asile, peut être maintenu dans une zone d'attente située dans une gare ferroviaire ouverte au trafic international et désignée par arrêté, un port ou un aéroport pendant le temps strictement nécessaire à son départ et, s'il est demandeur d'asile, à un examen tendant à déterminer si sa demande n'est pas manifestement infondée.*

L'article 35 *quater* **II** de l'ordonnance du 2 novembre 1945 indique notamment que *le maintien en zone d'attente est prononcé pour une durée qui ne peut excéder 48 heures par une décision écrite et motivée du chef du service de contrôle aux frontières ou d'un fonctionnaire désigné par lui, titulaire au moins du grade d'inspecteur. Cette décision peut être renouvelée dans les mêmes conditions et pour la même durée. L'étranger est libre de quitter à tout moment la zone d'attente pour toute destination située hors de France.*

Préalablement au choix de l'une des mesures prévues par les articles 35 *bis* et 35 *quater* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 ***(*Titre II*)***, le juge judiciaire doit non seulement contrôler la régularité de sa saisine **(Titre préliminaire)**, mais également s'assurer de celle des actes qui sont antérieurs au maintien judiciaire en rétention ou en zone d'attente **(Titre I)**. Il doit, par ailleurs, respecter les règles de procédure relatives à la tenue de l'audience et à l'exercice des voies de recours prévues **(Titre IV).**

TITRE PRÉLIMINAIRE :

LE CONTRÔLE DE LA RÉGULARITÉ DE LA SAISINE DU JUGE

9. Un arrêt du 28 juin 1995 [(5)] a, au visa des articles **35 *bis*** de l'ordonnance du 2 novembre 1945 et 2 du décret du 12 novembre 1991, cassé l'ordonnance rendue par le premier président d'une cour d'appel qui énonçait que le juge judiciaire n'avait pas compétence pour apprécier la **légalité de la requête** le saisissant d'une demande de prolongation du maintien en rétention.

La Cour de cassation a retenu que cette requête, fût-elle l'œuvre d'une autorité administrative, constituait **l'acte de saisine du juge judiciaire** et que celui-ci devait vérifier la régularité de sa saisine [(6)].

Il ne faut toutefois pas se méprendre sur la portée de cette décision. Il ne s'agit pas pour le juge judiciaire de se substituer au juge administratif pour apprécier la légalité d'un acte émanant d'une autorité administrative [(7)]. Il s'agit seulement, pour le juge saisi en application de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, de vérifier, comme tout autre juge judiciaire, qu'il est régulièrement saisi.

Il en va de même en ce qui concerne la saisine du juge sur le fondement de l'article **35** *quater* de cette ordonnance.

[(5)] 2e Civ., 28 juin 1995, Bull., II, n° 216, p. 124, M. Abed-Bahtsou c/ préfet du Calvados.

[(6)] *Adde*, 2e Civ., 25 juin 1997, Bull., II, n° 204, p. 120, Préfet de l'Isère c/ Boutaghane.

[(7)] Rappr. 2e Civ., 11 janv. 2001, Bull., II, n° 4, p. 3, M. Gerib c/ préfet du Pas-de-Calais ; Civ. 1ère, 6 déc. 2005, Bull., I, n° 474, p. 399, Préfet du Bas-Rhin c/ Mme Iordanova, alias Miechkova.

CHAPITRE I : LE DÉLAI

Le juge doit, en premier lieu, vérifier s'il a été saisi dans le délai légal.

SECTION I - Dans les procédures de maintien en rétention

10. L'article 2 du décret du 12 novembre 1991 prévoit que la requête doit être déposée au greffe du tribunal avant l'expiration du délai de 48 heures dont la décision de maintien constitue le point de départ.

11. L'inobservation de ce délai doit entraîner le refus, par le juge, de prolonger la rétention et la mise en liberté de l'étranger.

12. Mais ce délai ne s'applique qu'au dépôt de la requête et non à la présentation de l'étranger. Plusieurs arrêts ont en effet jugé que les articles 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, 2 et 3 du décret du 12 novembre 1991 ne prévoient pas que la **présentation de l'étranger** devant le juge des libertés et de la détention ait lieu dans les 48 heures de la décision de maintien en rétention [(8)].

13. Un autre arrêt du 22 mai 1996 a jugé qu'aucun texte n'interdisait au préfet de présenter à l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, la requête 22 heures **avant** l'expiration du délai (alors applicable) de 24 heures [(9)]. A l'appui de son pourvoi, l'étranger soutenait que le préfet ne pouvait réclamer une prolongation du maintien en rétention qu'après avoir tout mis en œuvre pour tenter d'organiser le départ dans les 24 heures.

14. S'agissant de la demande de **prorogation du délai**, un arrêt du 4 mai 2000 a décidé, de manière semblable, qu'aucun texte n'interdit au préfet de présenter à l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, une requête tendant à la prolongation (au-delà du délai de 5 jours) du maintien en rétention d'un étranger **avant** le délai de 24 heures, prévu par l'article 2, alinéa 3, du décret du 12 novembre 1991, précédant l'expiration du (premier) délai de prolongation de cette rétention [(10)].

15. En revanche, alors qu'un préfet avait pris une décision de maintien en rétention à l'encontre d'un ressortissant étranger, condamné à une interdiction temporaire du territoire français, avec effet 5 jours après, à la date de libération du centre de détention où celui-ci purgeait une peine d'emprisonnement, et que ce préfet avait, de manière tout aussi anticipée, saisi le président du

---

(8) 2e Civ., 31 janvier 1996, Bull., II, n° 21, p. 14, Préfet de Police de Paris c/ Mme Cabomba ; 8 avr. 2004, Bull., II, n° 176, p. 148, M. Nassour c/ Préfet de police de Paris ; 3 juin 2004, pourvoi n° 03-50.008, Préfet des Hauts-de-Seine c/ M. Kitenge (inédit). V. *infra*, § 333.

(9) 2e Civ., 22 mai 1996, Bull., II, n° 104, p. 65, M. Taty c/ préfet du Calvados.

(10) 2e Civ., 4 mai 2000, pourvoi n° 99-50.018, Préfet de Police de Paris c/ M. Huang (inédit).

tribunal de grande instance d'une demande de prolongation de la mesure à compter de cette date, un arrêt du 10 juin 1999 a censuré l'ordonnance du premier président qui, pour déclarer cette procédure régulière, avait retenu que la **présentation anticipée de la demande de prolongation du maintien en rétention** n'avait pas porté atteinte aux droits de l'intéressé ; cet arrêt décide, en effet, que la prolongation du maintien en rétention **ne peut être demandée qu'au cours de l'exécution de la mesure de rétention** [(11)]**.**

16. Par ailleurs, un arrêt du 22 mars 1995 a décidé qu'une ordonnance avait retenu à bon droit qu'aux termes de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, le juge pouvait, après avoir prolongé la rétention d'une durée (alors applicable) de 6 jours, la proroger d'une durée (alors applicable) de 72 heures, et qu'il en résultait que la prolongation initiale devait être limitée à 6 jours. Cette décision interdit donc à l'autorité administrative de **solliciter, dès la demande initiale de prolongation du maintien, la prorogation du délai de rétention** [(12)]**.**

Un arrêt du 31 janvier 1996 a, du reste, clairement précisé que pour proroger d'une durée maximale de 72 heures (alors applicable) la rétention de l'étranger, le juge doit être saisi par une requête déposée dans les 24 heures précédant l'expiration du délai de 6 jours (alors en vigueur) [(13)].

SECTION II - Dans les procédures de maintien en zone d'attente

17. Lorsqu'il est saisi **sur le fondement de l'article 35** *quater* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, le juge doit, de la même façon, vérifier qu'il est saisi dans le délai légal.

18. Selon l'article 35 *quater* **III** de l'ordonnance du 2 novembre 1945, *le maintien en zone d'attente* ***au-delà de 4 jours à compter de la décision initiale*** *peut être autorisé, par le président du tribunal de grande instance ou un magistrat du siège délégué par lui, pour une durée qui ne peut être supérieure à 8 jours. L'autorité administrative expose dans sa* ***saisine*** *les raisons pour lesquelles l'étranger n'a pu être rapatrié ou, s'il a demandé l'asile, admis, et le délai nécessaire pour assurer son départ de la zone d'attente (...).*

19. Rappelant qu'en vertu des articles 66 de la Constitution du 4 octobre 1958 et 135 du Code de procédure pénale, il appartient au juge judiciaire, saisi par l'autorité administrative en application de l'article 35 *quater* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, de se prononcer, comme gardien de la liberté individuelle, sur les irrégularités attentatoires à cette liberté, la deuxième chambre civile avait, par une série de sept arrêts (inédits) rendus le 15 mars 2001, approuvé un premier président disant n'y avoir lieu à prolongation de la mesure de maintien en zone d'attente, en retenant que l'étranger avait été interpellé par les autorités de police aéroportuaire et privé de

---

[(11)] 2e Civ., 10 juin 1999, Bull., II, n° 115, p. 84, M. Khalfi c/ préfet de la Corrèze et procureur général près la cour d'appel de Limoges

[(12)] 2e Civ., 22 mars 1995, Bull., II, n° 97, p. 56, Préfet de la Seine-et-Marne c/ M. Martins ; *adde, infra*, § 296 et s.

[(13)] 2e Civ., 31 janv. 1996, Bull., II, n° 23, p. 15, Préfet de Police de Paris c/ M. Kherrab.

sa liberté d'aller et de venir au moment où il avait été contrôlé à sa descente d'un avion en provenance d'un pays étranger et avait été "retenu" par un agent de police judiciaire, et que le maintien en zone d'attente avait donc pris effet dès ce moment, bien que la décision administrative de maintien en zone d'attente ait été notifiée le même jour, environ 4 heures plus tard, en sorte que le délai légal de 96 heures était dépassé[(14)].

Infléchissant cette jurisprudence, la Cour de cassation a cependant décidé, par un arrêt **publié** du 5 juillet 2001, ensuite confirmé par un arrêt du 21 février 2002, que **le délai de maintien en zone d'attente court à compter de la décision administrative de placement dans cette zone**[(15)].

Dès lors, comme l'a clairement jugé un arrêt du 24 avril 2003, le délai de 4 jours, avant l'expiration duquel, selon l'article 2 du décret du 15 décembre 1992, le président du tribunal de grande instance doit être saisi d'une requête en prolongation du maintien en zone d'attente, court à compter de la décision administrative de placement dans cette zone[(15)*bis*].

---

(14) 2e Civ., 15 mars 2001, pourvoi n° 99-50.097, Ministre de l'Intérieur c/ M. Maloumby ; pourvoi n° 99-50.098, Ministre de l'Intérieur c/ M. Conteh ; pourvoi n° 99-50.099, Ministre de l'Intérieur c/ M. Tshicay Taty ; pourvoi n° 99-50.100, Ministre de l'Intérieur c/ M. Kikwata Mubiala ; pourvoi n° 99-50.101, Ministre de l'Intérieur c/ M. Ebuka ; pourvoi n° 99-50.102, Ministre de l'Intérieur c/ M. Malele ; pourvoi n° 99-50.103, Ministre de l'Intérieur c/ Mme Barro (inédits). *V. infra*, § 125 à 128.

(15) 2e Civ., 5 juill. 2001, Bull., II, n° 131, p. 87, M. Ekpo c/ Ministre de l'Intérieur ; *adde,* 21 févr. 2002, pourvoi n° 00-50.091, Mlle Johnson c/ Ministre de l'Intérieur (inédit).

(15)*bis)* 2e Civ., 24 avr. 2003, Bull., II, n° 106, p. 91, M. Chen c/ Ministre de l'Intérieur.

CHAPITRE II : LA FORME

Le juge doit vérifier que la requête a été présentée selon la forme prévue.

SECTION I - Dans les procédures de maintien en rétention

20. L'article 2 du décret du 12 novembre 1991 indique, en son alinéa 3, que la requête *est transmise **par tous moyens** au greffe du tribunal*.

21. Un arrêt du 4 mars 1999 énonce qu'il résulte de l'article 2 du décret du 12 novembre 1991 que la requête du préfet prévue par ce texte peut être adressée par **télécopie**[(16)].

A - La requête en prolongation du maintien en rétention

22. L'alinéa 2 du décret du 12 novembre 1991 indique que la requête doit être motivée, datée et signée **par le préfet** (à Paris, par le Préfet de Police) qui a pris la décision de maintien[(17)].

23. Un arrêt du 28 juin 1995 a jugé qu'a méconnu l'étendue de ses pouvoirs, le juge qui s'est déclaré incompétent alors qu'était invoqué devant lui le **défaut de qualité du signataire de cette requête**[(18)].

24. Un arrêt du 12 novembre 1997 a cassé pour manque de base légale l'ordonnance rendue par un premier président retenant que l'allégation de l'étranger selon laquelle la requête saisissant le juge délégué d'une demande de prolongation n'avait pas été signée par une personne délégataire du préfet était contredite par la seule teneur de l'acte qui a été signé par un sous-préfet, sans constater qu'était produite une **délégation de signature** du préfet au sous-préfet à l'effet de

---

(16) 2e Civ., 4 mars 1999, Bull., II, n° 45, p. 32, M. Matanu c/ préfet de la Haute-Savoie. -

En matière de maintien en zone d'attente, sur le fondement de l'art. 2 du décret n° 93-1333 du 15 déc. 1992, v., par ex., 1re Civ., 30 oct. 2006, à paraître au Bull., I, n° ?, p. ?, pourvoi n° 04-50.162, Mme Sidibé, ép. Diarra c/ Ministre de l'Intérieur.

(17) Sur la sanction de l'inobservation de ce formalisme par le refus de la prolongation de la rétention et la remise en liberté immédiate de l'étranger : v. Jacques Normand, *"Le juge judiciaire, gardien non exclusif des libertés. Le cas des étrangers"*, RTD civ. 1996, p. 235 (spéc. § B, c, 1°, p. 244) ; J.-E. Malabre, *"L'étranger à la recherche de son juge ou essai de reconstitution du parcours judiciaire d'un demandeur d'asile à la lumière des arrêts de la Cour de cassation du 28 juin 1995"*, Gaz. Pal. 14 déc. 1995, Doctr. p. 1361, § 2, et jurisp. cit.

(18) 2e Civ., 28 juin 1995, Bull., II, n° 216, p. 124, M. Abed-Bahtsou c/ préfet du Calvados, préc.

saisir le président du tribunal [19].

De même, ne donne pas de base légale à sa décision un premier président statuant sur la **prorogation** du délai de maintien en rétention d'un étranger, qui, en présence d'une contestation portant sur la régularité de la requête saisissant le juge, déduit la régularité de la délégation de signature, de **l'en-tête et du cachet (timbre) de la préfecture** portés sur cette requête, sans constater qu'était produite une délégation de signature du préfet au signataire de la requête à l'effet de saisir le président du tribunal de grande instance [20].

25. En revanche, plusieurs arrêts du 12 novembre 1997 ont jugé qu'en l'état d'un **arrêté du préfet de Police donnant délégation** au directeur général de la préfecture de police **pour signer les décisions écrites motivées prévues par l'article 35 *bis*** de l'ordonnance du 2 novembre 1945, un premier président avait pu déduire, hors de toute violation de l'article 2 du décret du 12 novembre 1991, que ce fonctionnaire avait reçu délégation du Préfet de Police pour saisir le président d'une requête tendant à la prolongation du maintien en rétention d'un étranger en situation irrégulière [21]. Ce fonctionnaire disposait donc de la délégation et du pouvoir nécessaires à l'introduction de la requête.

25.1. Lorsqu'il statue sur la **contestation** d'un étranger portant sur l'absence de preuve de la délégation de signature du signataire de la requête en prolongation du maintien en rétention, le premier président, qui est **saisi de l'entier litige par l'effet dévolutif de l'appel**, **doit** vérifier, **au vu des pièces produites en cause d'appel** par le préfet, l'existence de l'arrêté préfectoral donnant délégation de signature au signataire de la requête en prolongation du maintien en rétention de l'étranger.

Rendu au visa de l'article 35 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945, devenu les articles L. 551-1 et suivants du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, ensemble l'article 2 du décret du 12 novembre 1991, alors applicable, et l'article 561 du nouveau Code de procédure civile, un arrêt du 4 octobre 2005 a, en conséquence, **cassé** l'ordonnance d'un premier président qui se bornait à énoncer que **seule l'annexion à la requête elle-même** d'une copie de l'arrêté de délégation de signature et d'une justification de sa publication pouvait rendre cet arrêté et cette publication opposables à la personne dont la prolongation de la rétention était demandée et était de nature à établir que la délégation accordée par un arrêté antérieur était encore en

---

[19] 2e Civ., 12 nov. 1997, Bull., II, n° 270, p. 159, M. Adghar c/ préfet du Val-de-Marne.

[20] 2e Civ., 29 mars 2001, Bull., II, n° 64, p. 42, M. Amani c/ préfet des Yvelines ; *adde*, 2e Civ., 28 mars 2002, pourvoi n° 00-50.078, M. Cai c/ préfet des Yvelines (inédit).

[21] 2e Civ., 12 nov. 1997, Bull., II, n° 269, p. 158, M. Mamadou Niakaté c/ préfet de Police de Paris ; *adde*, 12 nov. 1997, pourvoi n° 96-50.084, M. Sadio Niakaté c/ préfet de Police de Paris ; 12 nov. 1997, pourvoi n° 96-50.081, M. Camara c/ préfet de Police de Paris ; 12 nov. 1997, pourvoi n° 96-50.082, M. Da Silva c/ préfet de Police de Paris ; 12 nov. 1997, pourvoi n° 96-50.083, M. Diakité c/ préfet de Police de Paris ; 12 nov. 1997, pourvoi n° 96-50.085, M. Tounkara c/ préfet de Police de Paris (inédits).

vigueur à la date de la requête[21)bis)].

26. Saisi d'une contestation portant sur la régularité de sa saisine, un premier président, qui ne saurait fonder sa décision sur une présomption de délégation de signature, **peut** aussi, en observant le **principe de la contradiction**, rechercher et prendre en considération un arrêté préfectoral donnant délégation de signature, **publié au Recueil des actes administratifs** de la préfecture.

Ainsi, pour rejeter le pourvoi d'un ressortissant étranger, un arrêt du 16 novembre 2000 a considéré qu'il ressortait de l'ordonnance du juge délégué, qui devait vérifier la régularité de sa saisine, que, lors de l'audience, le conseil de l'étranger avait eu communication des arrêtés de délégation de signatures et avait constaté que le nom du signataire de la requête y figurait, et que par ces motifs adoptés, l'ordonnance confirmative du premier président est légalement justifiée, abstraction faite du motif erroné mais surabondant relatif à la présomption de délégation de signature[22].

27. Un arrêt du 4 mars 1999 a cependant posé **une limite au contrôle** par le juge de la régularité de sa saisine, en décidant que ne donne pas de base légale à sa décision un premier président qui, pour confirmer une ordonnance ayant prolongé le maintien en rétention d'une personne de nationalité étrangère et remettre celle-ci en liberté, retient que la requête du préfet saisissant le président **ne figure pas au dossier** et qu'en l'état il ne lui est pas possible d'apprécier la régularité de la saisine du juge délégué, alors que celle-ci n'avait **pas été contestée** devant ce juge et qu'elle ne l'était pas non plus en cause d'appel[23].

28. Par ailleurs, alors qu'un étranger soutenait que, conformément aux principes régissant les actes administratifs, si la requête est signée par un délégataire du préfet, l'administration doit justifier de la régularité de la délégation de signature et de sa **publication**, et qu'en l'espèce, l'arrêté portant délégation de compétence étant irrégulier, il appartenait au juge judiciaire de constater l'irrégularité de sa propre saisine, la nature administrative de l'acte ne le privant pas de son pouvoir de contrôle sur la légalité de la requête, la deuxième chambre, par un arrêt du 11 janvier 2001, a rejeté son pourvoi, en décidant que le juge judiciaire n'avait pas à apprécier la **légalité de l'arrêté préfectoral**, figurant au dossier de la juridiction d'appel, **donnant délégation de signature** à un fonctionnaire "à l'effet de signer les requêtes aux tribunaux de grande instance pour prolongation de rétention administrative"[24].

Par un arrêt du 6 décembre 2005, rendu au visa du **principe de la séparation des pouvoirs**, ensemble l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, devenu les articles L. 551-1 et suivants du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, la première

---

[21)bis)] Civ. 1ère, 4 oct. 2005, pourvoi n° 04-50.096, Préfet de la Gironde c/ Mme Olomu ; pourvoi n° 04-50.097, Préfet de la Gironde c/ Mme Mesu (inédits).

[22] 2e Civ., 16 nov. 2000, pourvoi n° 99-50.077, M. Naméla c/ préfet des Yvelines (inédit).

[23] 2e Civ., 4 mars 1999, Bull., II, n° 45, p. 32, Préfet du Val-de-Marne c/ M. Wu.

[24] 2e Civ., 11 janv. 2001, Bull., II, n° 4, p. 3, M. Gerib c/ préfet du Pas-de-Calais, préc.

chambre civile de la Cour de cassation a réaffirmé que **le juge judiciaire ne peut apprécier la légalité de l'arrêté d'un préfet**, figurant au dossier de la juridiction d'appel, donnant **délégation de signature à un adjoint administratif** "à l'effet de signer les requêtes au juge judiciaire en vue d'obtenir la prolongation du maintien en rétention des étrangers en instance d'éloignement"[(24)*bis*].

Le juge ne peut donc, à peine d'**excéder ses pouvoirs**, franchir cette limite qui est une conséquence du principe de la séparation des pouvoirs, et son office doit, en cas de contestation, se borner à vérifier **l'existence** de l'arrêté préfectoral donnant délégation de signature.

28 *bis*. Enfin, lorsqu'il est établi que le signataire de la requête a reçu **délégation de signature "en cas d'empêchement"** du préfet ou d'un autre fonctionnaire délégué par celui-ci, la Cour de cassation - s'inspirant de la jurisprudence du Conseil d'Etat[(24)*ter*] - institue, **sans** même que sur la requête il y ait lieu au **visa exprès de l'empêchement**, une **présomption d'indisponibilité**, **sauf** preuve ou **élément contraire** du dossier**.**

Ainsi, selon un arrêt de la deuxième chambre civile du 7 octobre 2004, viole l'article 2 du décret du 12 novembre 1991, le premier président qui, pour constater l'irrégularité de la saisine du juge des libertés et de la détention, retient que le signataire de la requête n'avait reçu délégation de signature qu'en cas d'empêchement du fonctionnaire désigné, que les articles 3 et 11 de l'arrêté préfectoral portant **délégation de signature** prévoient que ces dispositions sont applicables en cas d'**empêchement des premiers délégataires**, que l'habilitation du signataire est par conséquent subordonnée à l'empêchement du chef du bureau des étrangers, que sans avoir à justifier des motifs de cet empêchement, l'administration doit viser celui-ci et qu'à **défaut d'un tel visa**, l'habilitation est irrégulière et ne peut avoir aucun effet, alors que **la signature** du signataire **impliquait nécessairement l'indisponibilité du délégant** et qu'il **ne résultait pas des pièces du dossier** que ce dernier n'ait pas été absent ou empêché à la date de la requête en prolongation de la rétention administrative[(24)*quater*].

B - La requête en prorogation du délai de maintien en rétention

29. La requête préfectorale tendant à **la prorogation du délai** de maintien en rétention d'un étranger exige, en outre, le respect de conditions spécifiques, à la fois de forme et de fond.

Ainsi, le 2e alinéa de l'article 2 du décret n° 91-1164 du 12 novembre 1991, tel qu'il a été modifié par le décret n° 98-511 du 24 juin 1998 (article 1er), précise que la **requête du préfet**, *"lorsqu'elle tend à la prorogation du délai de 5 jours prévu à l'article 35 bis de l'ordonnance*

[(24)*bis*] Civ. 1ère, 6 déc. 2005, à paraître au Bull., I, n° ?, p. ?, pourvoi n° 04-50.117, Préfet du Bas-Rhin c/ Mme Iordanova, alias Miechkova, préc.

[(24)*ter*] V., par ex., CE 16 déc. 1998, n° 189672 ; 16 juin 2000, n° 208631 ; 17 mars 2004, n° 257627 ; 7 mai 2004, n° 256989 (inédits au Rec. Lebon).

[(24)*quater*] 2e Civ., 7 oct. 2004, Bull., II, n° 444, p. 378, Préfet du Rhône c/ M. Slimani ; *adde*, 7 oct. 2004 (4e moy.), Bull., II, n° 443, p. 376, M. Pit c/ préfet de la Seine-Saint-Denis.

du 2 novembre 1945, contient ***à peine d'irrecevabilité*** *l'****exposé des éléments de fait*** *qui, ou bien caractérisent l'urgence absolue et la menace d'une particulière gravité pour l'ordre public, ou bien font apparaître que, à la date à laquelle elle est déposée, il est impossible de mettre à exécution la mesure d'éloignement, en raison de la perte ou de la destruction des documents de voyage de l'intéressé, de la dissimulation par celui-ci de son identité, ou de l'obstruction volontaire faite à son éloignement".*

30. Il résulte de ce texte réglementaire que, lorsqu'elle n'est pas fondée sur l'urgence absolue ou la menace d'une particulière gravité, la requête doit contenir un **exposé d'éléments de fait** faisant ressortir qu'**à la date de son dépôt**, sont **cumulativement remplies 2 conditions** :

1. l'existence d'une **impossibilité de mettre à exécution la mesure d'éloignement** ;

2. le fait que cette impossibilité **résulte de l'un des cas légaux** de prorogation limitativement énumérés par ce texte, lequel reprend, sur ce point, les dispositions législatives insérées dans l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 modifiée (perte ou destruction des documents de voyage de l'intéressé, dissimulation par celui-ci de son identité, ou obstruction volontaire faite à son éloignement).

31. La deuxième chambre civile exerce un **contrôle** sur le respect de cette **double exigence** réglementaire, du moins lorsqu'une **exception d'irrecevabilité de la requête préfectorale** est soulevée devant le juge du fond.

La difficulté de l'action administrative, qui résulte spécialement de la brièveté des délais impartis, conduit néanmoins la Cour de cassation à se satisfaire d'**indications minimales** et à admettre, dans certains cas, la suffisance de **simples mentions** portées sur la requête préfectorale.

32. Ainsi, en présence d'une requête constituée d'un document prérédigé où était cochée la formule *"impossibilité d'exécuter la mesure résultant de la perte ou destruction des documents de voyage"* et d'une ordonnance se bornant à retenir que la perte du passeport, visée par la requête, sous-entendait la difficulté éprouvée par l'administration à mettre en œuvre la mesure d'éloignement de l'étranger, un arrêt du 28 mars 2002 a rejeté le pourvoi en cassation pris du non-respect **de la première des conditions** susvisées, étant donné qu'il résultait, en outre, du dossier que la requête du préfet de police mentionnait que *"M. X., se disant B... M..."*, retenu en raison de l'impossibilité de son rapatriement immédiat, pouvait *"en principe être reconduit le 3 décembre 2000 à 12 heures 15, à destination d'Alger, par le vol AH 1004"*. La deuxième chambre civile a jugé qu'il avait ainsi été satisfait aux prescriptions de l'article 2 du décret du 12 novembre 1991, modifié, par l'**exposé d'éléments de fait** faisant apparaître qu'à la date du dépôt de la requête, il était **impossible de mettre à exécution la mesure d'éloignement**, de sorte que le premier président avait pu considérer que la requête du préfet **n'avait pas à être mieux motivée** et rejeter la fin de non-recevoir soulevée par l'étranger [(25)].

33. S'agissant de la seconde des conditions susvisées, la deuxième chambre civile a, par une

---

[(25)] 2e Civ., 28 mars 2002, Bull., II, n° 65, p. 53, M. Bessebaa c/ préfet de police de Paris.

série de 4 arrêts rendus le 13 décembre 2001, jugé qu'avait violé les articles 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 et 2 du décret du 12 novembre 1991 un premier président qui, pour déclarer recevable la requête du préfet tendant à la prorogation du délai de maintien en rétention, retenait qu'elle exposait les éléments de fait montrant que le délai supplémentaire sollicité était de nature à permettre l'obtention du document de voyage de l'étranger, alors que de tels **éléments de fait** ne faisaient pas apparaître qu'à la date du dépôt de la requête, il était impossible de mettre à exécution la mesure d'éloignement **en raison de la perte ou de la destruction des documents de voyage de l'intéressé, de la dissimulation par celui-ci de son identité ou de l'obstruction volontaire faite à son éloignement**, et que la requête du préfet se bornait, par ailleurs, à mentionner que la veille, l'intéressé avait été entendu par les autorités consulaires qui avaient indiqué qu'elles ne pouvaient délivrer dans l'immédiat le laissez-passer sollicité, mais qu'elles diligentaient une enquête[(26)].

34. Mais un arrêt du 7 juin 2001 avait, en revanche, décidé qu'ayant retenu, par motifs adoptés, qu'en **visant l'usage** par un étranger **de plusieurs alias**, le préfet de police avait **exposé les éléments de fait** qui pouvaient laisser apparaître que l'intéressé dissimulait son identité et faisait volontairement obstacle à son éloignement, un premier président, pour rejeter la **fin de non-recevoir** soulevée, en avait exactement déduit qu'il avait ainsi été satisfait aux prescriptions de l'article 2 du décret du 12 novembre 1991 modifié[(27)].

De même, alors que la demande de prorogation du délai de rétention administrative avait été établie au nom de M. S... *"s'étant dit"* A... M..., un arrêt du 29 novembre 2001 avait jugé qu'ayant ainsi exactement retenu, par motifs adoptés, que la requête déposée par le Préfet de Police avait précisé que l'étranger avait utilisé un **alias**, et ayant ainsi caractérisé l'exposé d'éléments de fait faisant apparaître l'impossibilité de mise à exécution de la mesure d'éloignement **en raison de** la dissimulation par l'étranger de son identité ou de l'obstruction volontaire faite à son éloignement, le premier président en avait exactement déduit que la fin de non-recevoir soulevée par l'intéressé manquait en fait et devait être rejetée[(28)].

Pour rejeter le moyen d'un pourvoi soutenant que la requête du préfet de police en prorogation du délai de rétention était irrecevable faute de contenir un exposé des éléments justifiant la demande, un arrêt du 6 juin 2001 a également jugé qu'ayant relevé que la requête préfectorale était fondée sur l'impossibilité d'exécuter la mesure de reconduite en raison de la dissimulation de son identité par l'étranger et de son obstruction volontaire à l'éloignement, que ces motifs indiquaient suffisamment les raisons qui conduisaient à solliciter la prorogation de la rétention et que d'ailleurs les **débats à l'audience confirmaient les changements d'identité de l'intéressé et son refus de regagner l'Algérie**, un premier président **avait pu** en déduire la

---

(26) 2e Civ., 13 déc. 2001, Bull., II, n° 190, p. 133, M. Herreg c/ préfet de la Haute-Vienne ; pourvoi n° 00-50062, M. Essayed c/ préfet de la Haute-Vienne ; pourvoi n° 00-50.063, M. Zoghba, alias El Manzalawi c/ préfet de la Haute-Vienne ; pourvoi n° 00-50.064, M. Achour c/ préfet de la Haute-Vienne (inédits).

(27) 2e Civ., 7 juin 2001, pourvoi n° 00-50.054, M. Mazouz c/ préfet de Police de Paris (inédit).

(28) 2e Civ., 29 nov. 2001, pourvoi n° 00-50.095, M. Salmi c/ préfet de Police de Paris (inédit).

recevabilité de la requête [29].

SECTION II - Dans les procédures de maintien en zone d'attente

35. La jurisprudence précitée n'est pas totalement transposable à la **requête** adressée au juge des libertés et de la détention **aux fins d'autorisation d'un maintien en zone d'attente**, au-delà de 4 jours à compter de la décision initiale, fondée sur l'article **35** *quater* de l'ordonnance du 2 novembre 1945.

Il convient, en effet, d'observer que ce texte, ainsi que l'article 2 du décret du 15 décembre 1992 donnent le pouvoir de maintenir en zone d'attente, de renouveler cette mesure et de saisir le juge des libertés et de la détention d'une demande d'autorisation de maintien **au chef du service de contrôle aux frontières ou d'un fonctionnaire** désigné par lui, titulaire au moins du grade d'inspecteur.

36. Aussi, rappelant ces textes et retenant que la requête ayant été signée par un lieutenant de police, le ministre de l'Intérieur n'avait pas à justifier de l'existence d'une délégation, la deuxième chambre civile, par un arrêt du 11 janvier 2001, a rejeté le pourvoi d'un étranger qui soutenait qu'il appartenait au ministre de l'Intérieur de lui produire, dans le respect du principe du contradictoire, la preuve de la délégation de signature donnée au signataire de la requête saisissant le juge et de sa **publication** [30].

Il se déduit néanmoins de cet arrêt que, lorsque le chef de service de contrôle aux frontières désigne un fonctionnaire pour saisir le juge des libertés et de la détention d'une demande d'autorisation de maintien en zone d'attente, le **contrôle** du juge judiciaire porte sur le **grade du fonctionnaire désigné**.

36.1. **La nullité** pour vice de forme tenant à **l'absence de signature de la requête**, adressée au greffe par télécopie, saisissant le juge des libertés et de la détention aux fins d'autorisation du maintien en zone d'attente d'un étranger peut être **couverte par la régularisation**, **dans le délai de présentation de la requête, découlant de la production, avant que le juge ne statue**, de l'acte de saisine original **dûment signé** par un fonctionnaire habilité, dont il est donné connaissance à l'audience au conseil de l'intéressé.

Justifie ainsi légalement sa décision déclarant une **requête recevable**, le premier président d'une cour d'appel qui retient que le premier juge a pu vérifier à l'audience que **la requête originale** aux fins de prolongation du maintien en zone d'attente **comporte la signature d'un commissaire de la Police aux frontières**, qu'il a été donné connaissance de cette requête signée au conseil de l'étranger et qu'aucun grief n'a été fait à l'intéressé, dès lors qu'il résulte de ces constatations et énonciations que la **nullité avait été couverte** dans le délai légal de présentation

---

[29] 2e Civ., 6 juin 2002 (1er moy.), pourvoi n° 00-50.083, M. Marzak c/ préfet de police de Paris (inédit).

[30] 2e Civ., 11 janv. 2001 (1er moy.), Bull., II, n° 2, p. 1, M. Gbangou-Dienne-Dongobanda c/ Ministre de l'Intérieur.

de la requête par la régularisation découlant, non pas de la présence à l'audience d'un représentant de l'administration, mais de la **production**, avant que le juge des libertés et de la détention ne statue, de **l'acte de saisine dûment signé** par un fonctionnaire habilité [30]*bis*.

CHAPITRE III : LES PIÈCES JUSTIFICATIVES UTILES

37. Dans les procédures de maintien en rétention, la requête saisissant le juge doit aussi être accompagnée de toutes pièces justificatives utiles et, pour assurer le respect du principe de la contradiction et des droits de la défense, le dossier doit **pouvoir être consulté au greffe par l'étranger et par son avocat.**

38. Deux arrêts du 28 juin 1995 ont approuvé un premier président d'avoir ordonné la mise en liberté immédiate en conséquence de son refus légitime de prolonger la durée de la rétention d'un étranger, en raison de **l'absence de production par le préfet des pièces justificatives** exigées par l'article 2 du décret du 12 novembre 1991 [31].

39. Une autre décision du même jour a approuvé un premier président qui n'avait déclaré nulle que la seule mise en rétention de l'étranger (et non, comme le soutenait le pourvoi, l'arrêté de reconduite à la frontière), en raison de **l'absence de production** par le préfet de la pièce justificative, au sens de ce texte, que constitue **l'arrêté de reconduite à la frontière** [32].

40. Un arrêt du 11 juin 1997 a jugé qu'un premier président, constatant que le **rapport de police** sur la base duquel avait été faite **l'interpellation** n'était pas produit, a pu en déduire l'irrégularité de l'interpellation [33].

De même, alors qu'un étranger avait été l'objet d'une interpellation, un arrêt du 17 juin 1998 et un arrêt du 23 septembre 1998 ont décidé que c'est par une exacte application des dispositions de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 et de l'article 2 du décret du 11 novembre 1991, qu'un premier président a retenu que la requête du préfet devait être accompagnée du

---

[30]*bis* 1re Civ., 30 oct. 2006, à paraître au Bull., I, n° ?, p. ?, pourvoi n° 04-50.162, Mme Sidibé, ép. Diarra c/ Ministre de l'Intérieur, préc.

[31] 2e Civ., 28 juin 1995, Bull., II, n° 215, p. 124, Préfet de la Seine-Saint-Denis c/ M. Li ; 28 juin 1995, Bull. civ. II, n° 215, p. 124, Préfet de la Seine-Saint-Denis c/ M. Chen ; JCP 1995.II.22505 ; D. 1995. IR. 175. Rappr., en cas d'absence du procès-verbal d'interpellation et d'insuffisance des énonciations du ***"procès-verbal de synthèse"*** de la Gendarmerie produit, rendant impossible les vérifications nécessaires : 2e Civ., 29 mars 2001, pourvoi n° 00-50.069, Préfet de la Seine-Saint-Denis c/ M. Huang Ping, et pourvoi n° 00-50.067, Préfet de la Seine-Saint-Denis c/ Mlle Qi, alias Hai Yin Zhu (inédits).

[32] 2e Civ., 28 juin 1995, Bull., II, n° 218, p. 125, Préfet de la Seine-Saint-Denis c/ M. Xiao.

[33] 2e Civ., 11 juin 1997, Bull., II, n° 180, p. 106, Préfet d'Eure-et-Loir c/ Mme Landa Almeda-Nsimba.

procès-verbal d'interpellation [34].

41. Un arrêt du 29 mars 2001 a, en revanche, jugé qu'en l'absence d'établissement d'un procès-verbal ("*d'interpellation*") par les fonctionnaires de police ayant procédé à l'interpellation de l'étranger, un premier président a pu apprécier la régularité de celle-ci et de la saisine du juge judiciaire au vu du **procès-verbal ("*de saisine*")** établi par l'officier de police judiciaire à qui l'intéressé avait ensuite été présenté sans délai, et auquel était jointe une copie de la **feuille de patrouille** rapportant l'intervention de la compagnie départementale ("*d'intervention*") [35].

42. Lorsque le maintien en rétention administrative d'un étranger a été immédiatement précédé d'une mesure de **garde à vue prolongée**, conformément à l'article 63, alinéa 2, du Code de procédure pénale, pour un nouveau délai de vingt-quatre heures au plus, **sur autorisation écrite du procureur de la République**, il n'est pas nécessaire que cette autorisation figure parmi les pièces jointes à la requête préfectorale aux fins de prolongation de la mesure de rétention.

La deuxième chambre civile a en effet jugé, par un arrêt du 6 juin 2002, qu'avait justifié sa décision prolongeant la rétention d'un étranger, un premier président qui avait relevé que la prolongation de la garde à vue avait été notifiée à l'étranger par un procès-verbal **visant l'autorisation écrite du procureur** de la République et signé par l'intéressé après s'être entretenu avec son conseil, et qui avait aussi retenu que **ce procès-verbal faisait foi de l'existence de l'autorisation qui pouvait être jointe ultérieurement au dossier**, ce dont il résultait que la prolongation de la garde à vue était régulière [36].

43. Deux arrêts du 12 novembre 1997 ont également décidé qu'un premier président a retenu à bon droit que l'absence de production au dossier de **l'invitation à quitter le territoire** ne constitue pas un vice entachant la validité de la procédure de rétention [37].

43.1. N'a pas lieu, non plus, d'être accueillie l'exception de nullité prise de **l'absence de production d'une fiche "Schengen" de non-admission**, dès lors qu'en retenant que l'officier de police judiciaire s'était assuré que l'intéressé, qui avait été **interpellé lors d'un contrôle routier** puis placé en garde à vue pour infraction à la législation sur les étrangers en raison du **signalement** Schengen de non-admission, faisait l'objet d'une **interdiction dans l'espace Schengen** émanant des autorités allemandes, le premier président d'une cour d'appel a ainsi vérifié la régularité de la privation de liberté de l'intéressé pendant la période ayant précédé la notification de la décision de maintien en rétention administrative et s'est prononcé comme gardien de la liberté individuelle

---

[34] 2e Civ., 17 juin 1998, Bull., II, n° 197, p. 116, Préfet des Vosges c/ M. Ahmadou Yero ; 23 sept. 1998, pourvoi n° 97-50.023, Préfet des Vosges c/ M. Ba (inédit).

[35] 2e Civ., 29 mars 2001, pourvoi n° 99-50.091, M. Amani c/ préfet des Yvelines (inédit).

[36] 2e Civ., 6 juin 2002, Bull., II, n° 118, p. 94, M. Mbouni Ambomo c/ préfet de la Savoie.

[37] 2e Civ., 12 nov. 1997, pourvoi n° 96-50.083, M. Sadio Diakité c/ préfet de Police de Paris ; 12 nov. 1997, pourvoi n° 96-50.084, M. Niakaté c/ préfet de Police de Paris, préc. (inédits).

[37]*bis* Civ. 1ère, 4 juill. 2006, pourvoi n° 04-50.152, M. Preda c/ préfet de la Gironde (inédit).

[(37)*bis*].

43.2. Et alors qu'il résulte de l'ordonnance et des pièces de la procédure que la requête du préfet était motivée, datée, signée et accompagnée des pièces justificatives, un arrêt du 21 octobre 2004 approuve le premier président d'une cour d'appel d'avoir exactement retenu que si la **lettre adressée au consulat** de Turquie aux fins d'obtenir la délivrance d'un laissez-passer consulaire a été **produite** postérieurement, **lors des débats devant le premier juge**, ce fait **ne peut entacher la régularité de la saisine** [(37)*ter*].

44. La communication du **registre** prévu par l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 au juge saisi d'une demande de prolongation du maintien en rétention d'un étranger n'est **pas nécessaire**, dès lors que les pièces de la procédure lui permettent de s'assurer que la personne retenue a été, au moment de la notification de la décision de maintien, pleinement informée de ses droits et placée en mesure de les faire valoir. La communication du registre et les mentions devant y figurer ne sont donc pas des conditions substantielles.

Ainsi, alors qu'il ressortait du procès-verbal de police qu'un ressortissant chinois avait été informé de ses droits dès son placement en rétention et avec le concours d'un interprète en langue chinoise, la deuxième chambre civile a, par un arrêt du 10 novembre 1999, censuré pour violation de la loi l'ordonnance d'un premier président qui, pour déclarer irrégulière la saisine du juge délégué et remettre l'étranger en liberté, s'était déterminé en relevant que le registre prévu par l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 n'avait pas été versé aux débats, et en énonçant que, bien qu'aucune disposition n'impose expressément la production de cette pièce et que l'existence de celle-ci ne soit pas prévue à peine de nullité, la communication était en l'espèce nécessaire pour permettre de vérifier, au vu des contestations soulevées devant lui, l'heure de la notification de ses droits à la personne retenue et leur communication dans sa propre langue [(38)].

De même, pour rejeter le moyen d'un ressortissant chinois qui soutenait que le magistrat saisi d'une demande de prolongation du maintien en rétention d'un étranger devait statuer au vu des mentions du registre dont la tenue, devenue obligatoire, constituait une condition substantielle de la légalité de la rétention, indépendamment de la notification des droits, et que la procédure ne pouvait être déclarée régulière par référence aux seules pièces du dossier constitué pour l'audience par le représentant du préfet, un arrêt du 24 février 2000, confirmant la solution déjà donnée par le précédent arrêt susvisé, a décidé qu'ayant retenu que divers documents revêtus de la signature de l'étranger, qui en avait reçu copie et n'en contestait ni le contenu ni la concordance avec les mentions du registre de rétention, établissaient que l'intéressé avait été pleinement informé de ses droits et mis en mesure de les faire valoir après notification, en présence d'un interprète en langue chinoise, de la décision de maintien en rétention, le premier président avait pu décider que la

---

[(37)*ter*] 2e Civ., 21 oct. 2004 (3e moy.), Bull., II, n° 467, p. 397, M. Colak c/ préfet de la Gironde, préc. ; *adde*, pourvois n° 03-50.082, M. Ozturk c/ préfet de la Gironde et n°s 03-50.084 à 03-50.086, préc. (inédits).

[(38)] 2e Civ., 10 nov. 1999, Bull., II, n° 167, p. 115, Préfet de Police de Paris c/ M. Xu ; D. 2000, IR. 5.

procédure était régulière au regard de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 [39].

45. Précisant l'étendue du **contrôle de la Cour de cassation**, un arrêt du 23 mars 2000 a décidé que ne donne pas de base légale à sa décision un premier président qui, pour dire n'y avoir lieu à maintien en rétention d'un étranger, relève que la requête du préfet n'est pas accompagnée de toutes les pièces justificatives utiles, alors que la demande de prolongation de la mesure porte un **timbre apposé par le greffier** du tribunal de grande instance attestant de sa réception au greffe de cette juridiction le jour même de la demande, et que cette pièce et plusieurs autres documents relatifs à la procédure suivie contre l'intéressé, dont l'arrêté le maintenant en rétention, ont été transmis en télécopie au greffe de la cour d'appel, où ils ont été réceptionnés la veille de l'audience [40].

46. Par ailleurs, au visa de l'article 16 du nouveau Code de procédure civile, un arrêt du 12 mars 1997 indique que viole le **principe de la contradiction**, un premier président qui remet en liberté l'étranger en énonçant qu'aucune pièce n'est fournie **ni sur la condamnation, ni sur la fin de peine**, ni en conséquence sur la régularité de la mise à disposition de l'intéressé au service de la préfecture de Police, alors qu'il ne résulte ni des mentions de l'ordonnance ni du dossier, que le moyen ait été soulevé par l'étranger et que le préfet ait été mis en mesure de répondre à ce **moyen soulevé d'office** [41].

47. De manière incidente, un arrêt du 24 juin 1998 a encore indiqué que, répondant au grief pris de l'absence de **production de la plainte** pour agression sexuelle imputée à un ressortissant roumain et de la procédure principale à l'origine du contrôle d'identité litigieux, un premier président n'était pas tenu d'ordonner **d'office** la production de cette plainte et des actes de procédure accomplis en suite de celle-ci [42].

CHAPITRE IV : L'ENREGISTREMENT DE LA REQUÊTE ET DES PIÈCES JUSTIFICATIVES UTILES

48. L'article 2, dernier alinéa, du décret du 12 novembre 1991 dispose que *le greffier enregistre la requête et y appose, ainsi que sur les pièces jointes, un **timbre** indiquant la date et l'heure de la réception*.

49. Au visa de ce texte, un arrêt du 30 novembre 2000 censure un premier président qui, pour refuser de maintenir une personne étrangère en rétention, constate que sur les **pièces jointes** à la

---

[39] 2e Civ., 24 févr. 2000, Bull., II, n° 34, p. 22, M. Wu c/ préfet de Police de Paris ; *Rev. crit. dr. internat. privé* 2000, p. 697, note N. Guimezanes.

[40] 2e Civ., 23 mars 2000, Bull., II, n° 51 , p. 35, Préfet du Val-de-Marne c/ M. Ganeshan, D. 2000. IR. 137.

[41] 2e Civ., 12 mars 1997, pourvois n°s 95-50087 et 95-50097, Préfet de Police de Paris c/ M. Belgacem, alias Meki (inédit).

[42] 2e Civ., 24 juin 1998, Bull., II, n° 215, p. 126, M. Calica c/ préfet de la Seine-Maritime.

requête du préfet “ne figure pas **l’apposition du timbre**" et relève **d’office** l’irrégularité de la procédure dès lors qu’aucune pièce justificative ne s’y trouve valablement jointe, alors que la requête du préfet avait été enregistrée avec apposition par le greffier du timbre mentionnant la date et l’heure de la réception, et qu’aucune contestation n’avait été émise quant à la consistance ou au moment du dépôt des pièces jointes à la requête [43].

50. S’agissant de **l’enregistrement de la requête** elle-même, un arrêt du 25 janvier 2001 a cassé pour méconnaissance des articles 35 *bis* de l’ordonnance du 2 novembre 1945 et 2 du décret du 12 novembre 1991, l’ordonnance rendue par un premier président qui, pour confirmer la nullité de la procédure en prolongation de la rétention administrative d’un étranger, avait retenu que la requête du préfet saisissant à cette fin le président d’un tribunal de grande instance ne comportait aucune mention de son enregistrement par le greffe et que cette omission affectait la validité de la saisine du juge, alors qu’il résultait des pièces de la procédure, d’une part que la rétention administrative de l’étranger avait débuté à une certaine date, et d’autre part que l’ordonnance du président du tribunal de grande instance avait été rendue le lendemain, ce dont il ressortait que, malgré l’absence d’enregistrement de la requête, ce magistrat avait été saisi avant l’expiration du délai de 48 heures suivant le maintien en rétention [44].

Une fois la régularité de sa saisine constatée, le juge doit s'interroger, du moins lorsqu'elle est contestée, sur la régularité de certains des actes antérieurs à la rétention dont celle-ci n'est que la conséquence, sans toutefois pouvoir excéder ses pouvoirs au regard de la règle de la séparation des pouvoirs.

---

[43] 2e Civ., 30 nov. 2000, pourvoi n° 99-50.049, préfet du Val-de-Marne c/ Mme Zhu (inédit).

[44] 2e Civ., 25 janv. 2001, Bull., II, n° 19, p. 14, Préfet du Val-de-Marne c/ M. Trabelsi.

TITRE I :

L'APPRÉCIATION DE LA RÉGULARITÉ DES ACTES ANTÉRIEURS AU MAINTIEN JUDICIAIRE EN RÉTENTION OU EN ZONE D'ATTENTE

La Cour de cassation a donné au juge judiciaire le pouvoir de s'assurer de la régularité de ces actes **(Sous-titre I)**, mais cette compétence ne s'exerce que dans certaines limites **(Sous-titre II)** [45].

SOUS-TITRE I :

LE DOMAINE DE COMPÉTENCE DU JUGE JUDICIAIRE

51. Par trois arrêts de principe - connus sous le nom d'arrêts Bechta [46], Mpinga [47] et Massamba [48] - rendus le 28 juin 1995 au triple visa des articles 66 de la Constitution du 4 octobre 1958, qui fait de l'autorité judiciaire la gardienne de la liberté individuelle, 136 du Code de procédure pénale, qui énonce notamment que dans tous les cas d'atteinte à la liberté individuelle, le conflit ne peut jamais être élevé par l'autorité administrative et que les tribunaux de l'ordre judiciaire sont toujours exclusivement compétents, et 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, la Cour de cassation énonce qu'il appartient au juge, saisi par le préfet en application de l'article

---

[45] V. Roger Errera, *"Les limites d'une contrainte - l'exécution d'office dans le droit des étrangers"*, AJDA 20 juill.-20 août 1999, p. 49.

[46] 2e Civ., 28 juin 1995, Bull., II, n° 221, p. 127, Préfet de la Haute-Garonne c/ M. Bechta et Gisti, préc. ; JCP 1995.II.22504, concl. J. Sainte-Rose ; D. 1996. Somm. p. 102, obs. F. Julien-Laferrière ; *Rev. crit. dr. internat. privé* 1996, p. 299.

[47] 2e Civ., 28 juin 1995, Bull., II, n° 212, p. 122, Mme Mpinga Mesu c/ préfet du Calvados ; JCP 1995.II.22505 ; D. 1996. Somm. p. 102, obs. F. Julien-Laferrière ; *Rev. crit. dr. internat. privé* 1996, p. 301.

[48] 2e Civ., 28 juin 1995, Bull., II, n° 211, p. 122 , M. Massamba c/ préfet de Police de Paris.

35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, de se prononcer, comme gardien de la liberté individuelle, et sans que sa décision préjuge la validité de l'arrêté de reconduite à la frontière, sur l'irrégularité, invoquée par l'étranger, de **l'interpellation (CHAPITRE I)**, ou sur les irrégularités attentatoires à cette liberté d'une **mesure de garde à vue**, lorsque cette mesure précède immédiatement un maintien en rétention administrative **(CHAPITRE II)**, ou encore sur l'irrégularité de sa **détention** au moment où la décision de rétention ou de maintien en zone d'attente lui est notifiée **(CHAPITRE III)**[(49)].

52. De manière plus récente, la Cour de cassation a progressivement élargi ce domaine de compétence pour faire porter le **contrôle du juge judiciaire** sur **les modalités du maintien en rétention ou en zone d'attente (CHAPITRE IV)** ; il en est notamment ainsi de l'information du procureur de la République quant à la décision de maintien, de l'information de l'étranger quant aux droits attachés à son maintien en rétention administrative ou en zone d'attente ou encore de l'effectivité de l'exercice de ces droits, et spécialement de ceux relatifs à l'assistance d'un interprète ou d'un conseil.

CHAPITRE I : LE CONTRÔLE PORTANT SUR L'INTERPELLATION

53. Suivant l'arrêt Bechta précité[(50)], selon lequel il appartient au juge, saisi par le préfet en application de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, de se prononcer, comme gardien de la liberté individuelle, et sans que sa décision préjuge la validité de l'arrêté de reconduite à la frontière, sur l'irrégularité, invoquée par l'étranger, de l'interpellation, un arrêt du 22 mai 1996 a censuré, pour violation des articles 66 de la Constitution du 4 octobre 1958, 136 du Code de procédure pénale et 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, l'ordonnance d'un premier président assignant à résidence un ressortissant étranger, **sans se prononcer sur l'irrégularité**, invoquée par lui, **du contrôle d'identité** dont il avait été l'objet[(51)].

De même, une cassation est intervenue pour violation de la loi dans un arrêt du 10 avril 1996, un premier président s'étant déterminé **sans répondre au moyen** soulevé par l'étranger qui

---

[(49)] V. J.-E. Malabre, *"L'étranger à la recherche de son juge ou essai de reconstitution du parcours judiciaire d'un demandeur d'asile à la lumière des arrêts de la Cour de cassation du 28 juin 1995"*, Gaz. Pal. 14 déc. 1995, Doctr. p. 6 ; Jacques Normand, *"Le juge judiciaire, gardien non exclusif des libertés. Le cas des étrangers"*, RTD civ. 1996, p.235.

Comp., en matière pénale, s'agissant des délits d'entrée et de séjour irréguliers et de soustraction à la reconduite à la frontière : Crim. 4 sept. 2001, Bull. crim. n° 171, p. 566, M. Ayari.

[(50)] 2e Civ., 28 juin 1995, Bull., II, n° 221, p. 127, Préfet de la Haute-Garonne c/ M. Bechta et Gisti, préc. ; JCP 1995.II.22504, concl. J. Sainte-Rose ; D. 1996. Somm. p. 102, obs. Julien-Laferrière ; *Rev. crit. dr. internat. privé* 1996, p. 299.

[(51)] 2e Civ., 22 mai 1996, Bull., II, n° 101, p. 64, M. Onder c/ préfet de Police de Paris ; JCP 1996.IV.1544.

soutenait qu'il avait été interpellé irrégulièrement puisque la **mendicité**, à laquelle il se livrait auprès d'automobilistes arrêtés à un feu rouge, n'était plus une infraction, et que les conditions du contrôle d'identité n'étaient pas réunies [52].

54. Il a, par ailleurs, été jugé que le vice affectant le contrôle d'identité retentit sur **l'ensemble des actes subséquents** [53].

C'est ainsi que par un arrêt du 11 juin 1997, la deuxième chambre a jugé qu'après avoir retenu, par des motifs non critiqués, que le procès-verbal d'interpellation était irrégulier, c'est à bon droit qu'un premier président a décidé, dans le dispositif de son ordonnance et sans préjuger de la régularité de décisions administratives, qu'il y avait lieu d'infirmer l'ordonnance du premier juge ayant prolongé la rétention [54].

55. L'interpellation intervient généralement dans le cadre d'un **contrôle ou d'une vérification d'identité**, dont les conditions sont posées par les articles 78-1 et suivants du Code de procédure pénale, modifiés en dernier lieu par les lois n°s 2001-1062 du 15 novembre 2001 et 2003-239 du 18 mars 2003.

L'appréciation par le juge judiciaire, saisi en application de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, de la régularité de l'interpellation d'un étranger, s'exerce alors dans **chacune des hypothèses de contrôle d'identité prévues par l'article 78-2** de ce code.

Dès lors, ne met pas la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle, le premier président d'une cour d'appel qui, pour rejeter le moyen pris de l'irrégularité du contrôle d'identité d'un étranger, retient qu'il a été interpellé aux fins de mise à exécution de l'arrêté d'expulsion, après notification de cette mesure, **sans rechercher si le contrôle de l'identité** de l'intéressé, intervenu **avant** toute vérification au fichier des personnes recherchées et **avant** la notification de l'arrêté d'expulsion le concernant, avait été effectué dans **l'un ou l'autre des cas prévus par l'article 78-2 du Code de procédure pénale** [54bis].

55.1. Toutefois, il n'appartient au juge, statuant sur le fondement des articles L. 552-1 et suivants du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, de se prononcer sur les éventuelles irrégularités du contrôle d'identité, **que si ce contrôle précède immédiatement une mesure de garde à vue ou de placement en rétention** administrative de l'étranger.

---

[52] 2e Civ., 10 avril 1996, pourvoi n° 95-50.060, Kovacs c/ préfet de la Seine-Maritime (inédit).

[53] Crim. 4 octobre 1984, Bull. crim. n° 287, p. 54. Le Conseil d'Etat, en revanche, a jugé, dans un arrêt Sioui du 23 février 1990, qu'un moyen tiré de l'illégalité du contrôle d'identité, et par suite de la rétention administrative, était inopérant à l'encontre de l'arrêté litigieux de reconduite à la frontière.

[54] 2e Civ., 11 juin 1997, Bull., II, n° 175, p. 104, Préfet de Police de Paris c/ M. Sabeur ; D. 1997. IR. 162.

[54bis] 2e Civ., 3 févr. 2005, pourvoi n° 03-50.047, M. Aouri c/ préfet des Bouches-du-Rhône (inédit).

Dès lors, viole l'article 78-2 du Code de procédure pénale, ensemble les articles L. 551-1 et suivants du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, le premier président d'une cour d'appel qui, en présence d'une ressortissante étrangère qui, contrôlée et verbalisée dans un train par un gardien de la paix en mission de sécurisation pour avoir posé un pied sur la banquette, avait été **invitée à se présenter le lendemain au commissariat** pour justifier de son identité et qui, s'y étant **présentée quelques jours plus tard**, avait été placée en garde à vue pour séjour irrégulier, retient, pour ordonner la mise en liberté de l'intéressée, que son contrôle d'identité n'était pas justifié et que la procédure subséquente est nulle, alors que ce **contrôle n'avait pas immédiatement précédé le maintien en rétention**[(54)*ter)*].

55.2. Il convient, en outre, de noter que **les garanties prévues par l'article 78-3 du Code de procédure pénale** ne s'appliquent que dans le cas où la personne contrôlée ne peut ou ne veut justifier de son identité et fait l'objet d'une rétention pour **vérification.**

Il n'en est pas ainsi d'un étranger qui, **présentant un passeport** démontrant l'irrégularité de son séjour sur le territoire national, est placé en garde à vue dans le cadre de l'enquête de **flagrant délit** aussitôt diligentée [(54)*quater)*].

55.3. Il sera encore rappelé, comme l'a jugé un arrêt de la deuxième chambre civile du 10 avril 1996, que l'intéressé qui se **présente volontairement** au service des étrangers de la **préfecture**, par exemple pour obtenir la **régularisation** de sa situation, ne fait **pas** l'objet d'une **interpellation** [(54)*quinquies)*].

55.4. Par ailleurs, les agents de l'autorité sont également autorisés par l'alinéa 2 de l'article 8 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, modifié par la loi n° 93-1027 du 24 août 1993, à requérir la présentation des documents sous le couvert desquels les étrangers sont autorisés à séjourner en France, sans qu'il soit préalablement procédé à un contrôle d'identité, l'alinéa 3 de ce texte, modifié par la loi n° 97-396 du 24 avril 1997 (article 2), étant venu préciser, dans un souci de **coordination des textes**, qu'*"à la suite d'un contrôle d'identité effectué en application des articles 78-1, 78-2 et 78-2-1 du Code de procédure pénale, les personnes de nationalité étrangère peuvent être* ***également*** *tenues de présenter les pièces et documents visés à l'alinéa précédent"*.

Section I - Le contrôle d'identité faisant suite à un indice (ou *à une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner*)

56. L'article 78-2, alinéa 1er, du Code de procédure pénale disposait : *"Les officiers de police judiciaire et, sur l'ordre et sous la responsabilité de ceux-ci, les agents de police judiciaire et*

[(54)*ter)*] Civ. 1ère, 14 févr. 2006, Bull., I, n° ?, p. ?, pourvoi n° 05-12.641, Procureur général près la cour d'appel de Montpellier c/ Mlle Naamouch et préfet de l'Aude.

[(54)*quater)*] Crim., 13 janv. 1986, Bull. crim., n° 19, p. 44, Venathathan Nadesse.

[(54)*quinquies)*] 2e Civ., 10 avr. 1996, pourvoi n° 95-50.072, M. Gouja / Préfet de la Seine-Saint-Denis (inédit).

agents de police judiciaire adjoints mentionnés aux articles 20 et 21-1° peuvent inviter à justifier, par tout moyen, de son identité toute personne à l'égard de laquelle existe un ***indice faisant présumer*** *:*

- qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction ;
- ou qu'elle se prépare à commettre un crime ou un délit ;
- ou qu'elle est susceptible de fournir des renseignements utiles à l'enquête en cas de crime ou de délit ;
- ou qu'elle fait l'objet de recherches ordonnées par une autorité judiciaire".

L'article 10 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure a remplacé les mots "*indices faisant présumer*" par "***une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner***" [(54)*quater)*].

57. Par une série de six arrêts rendus le 12 novembre 1997, la deuxième chambre civile a approuvé un premier président décidant que le contrôle d'identité et l'interpellation de ressortissants étrangers sont réguliers, dès lors qu'il relève que l'arrêté du Préfet de Police ordonnant l'**évacuation de l'église** Saint-Bernard est fondé sur l'urgence et que les services de police ont constaté que cette église était occupée par plusieurs dizaines d'étrangers **ayant déclaré publiquement** appartenir au groupe d'étrangers en situation irrégulière, évacués les 22 et 24 mars 1996 de l'église Saint-Ambroise et du gymnase Japy[(55)].

Dans un contexte similaire, un arrêt du 25 novembre 1999 a jugé qu'un premier président ayant relevé que les policiers étaient intervenus à la demande du maire, dans une **église occupée** par plusieurs étrangers **revendiquant leur situation irrégulière**, avait exactement décidé que le contrôle d'identité et l'interpellation, effectués selon la procédure de flagrance, étaient réguliers [(56)].

58. Est justifié au regard des prescriptions de l'article 78-2 du Code de procédure pénale, le

---

(54)*quater)* JO 19 mars 2003, p. 4761.

(55) 2e Civ., 12 nov. 1997, Bull., II, n° 269, p. 158, M. Mamadou Niakaté c/ préfet de Police de Paris ; *adde*, 12 nov. 1997, pourvoi n° 96-50.084, M. Sadio Niakaté c/ préfet de Police de Paris ; 12 nov. 1997, pourvoi n° 96-50.081, M. Camara c/ préfet de Police de Paris ; 12 nov. 1997, pourvoi n° 96-50.082, M. Da Silva c/ préfet de Police de Paris ; 12 nov. 1997, pourvoi n° 96-50.083, M. Diakité c/ préfet de Police de Paris ; 12 nov. 1997, pourvoi n° 96-50.085, M. Tounkara c/ préfet de Police de Paris, préc. (inédits). V. Michel LEVINE, note sous CEDH, 9 avr. 2002, Cisse c/ France, Rev. Dr. publ., p. 712 ; Sébastien DEPRÉ, "*L'évacuation des sans-papiers occupant un lieu public : l'arrêt Cisse c/ La France*", *in* "Les mesures relatives aux étrangers à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme", par Pierre LAMBERT et Christophe PETTITI, Acte du séminaire du 21 mars 2003 organisé par les Instituts des droits de l'homme du barreau de Bruxelles et du barreau de Paris, coll. Droit & Justice, n° 46, éd. Bruylant, p. 53.

(56) 2e Civ., 25 nov. 1999, pourvoi n° 98-50.016, M. Kantié c/ préfet de Police de Paris (inédit) ; *Rev. crit. dr. internat. privé* 2000, p. 697, note N. Guimezanes.

contrôle d'identité d'une personne opéré, sur leur initiative, par des gardiens de la paix en patrouille de service, dès lors que leur attention est attirée par **le comportement** de cette personne qui, avec d'autres, stationne à la nuit tombante pendant plus d'une demi-heure sans raison apparente à proximité d'un parking où sont garés des véhicules automobiles, l'une d'elles s'approchant même des voitures en stationnement, éléments constituant à l'égard de l'intéressée **un indice faisant présumer** qu'elle se prépare à commettre un vol de voiture ou des vols dans les voitures [(56)*bis)*].

De même, ayant retenu, d'une part, que l'interpellation d'un étranger avait été effectuée par un agent de police qui avait avisé l'officier de police judiciaire, ainsi qu'en faisait foi le procès-verbal d'interpellation, et, d'autre part, qu'en **tentant de se dissimuler à la vue d'un véhicule de police**, l'individu avait eu un **comportement laissant légitimement croire qu'il était sur le point de commettre ou venait de commettre une infraction**, le premier président d'une cour d'appel a pu en déduire que les exigences de l'article 78-2 du Code de procédure pénale avaient été respectées [(56)*ter)*].

58.1. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a, en revanche, jugé que le fait pour un étranger, interpellé par une patrouille de police, d'avoir **tenté de faire demi-tour en accélérant le pas, à la vue du véhicule de police**, ne permet pas d'effectuer un contrôle judiciaire d'identité prévu par l'article 78-2, alinéa 1er, du Code de procédure pénale [(57)*quater)*].

Un arrêt de la deuxième chambre civile, rendu le 18 mars 1998, a pareillement jugé que viole les articles 66 de la Constitution du 4 octobre 1958, 78-2 et 136 du Code de procédure pénale et 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, un premier président qui rejette l'exception de nullité de la procédure d'interpellation d'un ressortissant étranger en retenant qu'il résulte du procès-verbal d'interpellation que le comportement de la personne à l'intérieur et aux abords de la gare permettait aux agents de police judiciaire en patrouille anti-criminalité en un lieu particulièrement sensible de présumer que l'intéressé venait de commettre un délit ou allait commettre une infraction, alors que le procès-verbal de police indiquait que les policiers, effectuant une patrouille anti-criminalité à la gare SNCF, avaient constaté que trois individus, descendus d'un véhicule venant de se garer sur le parking de la gare, se dirigeaient vers l'entrée de celle-ci et qu'à leur vue l'un d'eux, à savoir l'intéressé, s'était ravisé et **avait fait demi-tour** pour remonter dans le véhicule, et alors qu'il ne résultait pas de ces énonciations un **indice de nature à faire présumer** de la part de cette personne qu'elle avait commis ou allait tenter de commettre une infraction [(57)*quinquies)*].

Les ordonnances par lesquelles un premier président avait rejeté l'exception de nullité de la procédure d'interpellation de deux ressortissants étrangers et prolongé leur rétention en retenant qu'à la vue de policiers en mission de "sécurisation" dans une gare, ils **avaient fait un brusque**

[(56)*bis)*] Crim., 13 janv. 1986, Bull. crim., n° 19, p. 44, Venathathan Nadesse, préc.

[(56)*ter)*] Civ. 1ère, 17 janv. 2006, Bull. 2006, I, n° 21, p. 20, M. Sajid c/ préfet de la Savoie.

[(57)*quater)*] Crim., 23 mai 1995, Bull. crim., n° 187, p. 510, Procureur général près la cour d'appel de Bordeaux c/ M. Drif, alias Mohamed Hamroune.

[(57)*quinquies)*] 2e Civ., 18 mars 1998, Bull., II, n° 93, p. 56, M. Ghouli c/ préfet des Yvelines.

demi-tour dans le but de se soustraire à un éventuel contrôle et que cette attitude caractérisait **un indice** laissant présumer qu'ils avaient commis une infraction, ont, de même, été cassées pour défaut de base légale au regard des articles 78-2, alinéa 1er, du Code de procédure pénale et 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, **faute d'avoir dit en quoi le seul demi-tour effectué dans une gare à la vue de policiers constituait un tel indice** [58].

De même encore, l'ordonnance par laquelle le premier président d'une cour d'appel avait rejeté l'exception de nullité de la procédure d'interpellation et prolongé la rétention administrative d'un étranger en retenant qu'il résultait du procès-verbal d'interpellation que les policiers en patrouille avaient constaté que lors du contrôle d'individus se livrant à la vente de cigarettes de contrebande, un individu de sexe masculin avait effectué à leur vue **un demi-tour et s'était dirigé précipitamment** vers la Canebière, et que cette **attitude anormale** de l'intéressé, à la vue des policiers, constituait une raison plausible de soupçonner qu'il avait commis une infraction, que celle-ci soit ou non de revente illicite de cigarettes, a été cassée pour défaut de base légale au regard des articles 78-2, alinéa 1er, du Code de procédure pénale et 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, devenu les articles L. 551-1 et suivants du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, **faute d'avoir dit en quoi le seul demi-tour effectué sur un marché à la vue de policiers constituait une telle raison plausible** [58*bis*].

58.2. D'autre part, par un arrêt du 13 juillet 2000, la deuxième chambre civile a estimé qu'un premier président, en retenant que le fait de porter un téléviseur à une intersection de rues et non loin d'un dépôt d'objets encombrants destinés à la décharge ne caractérise **pas un indice** faisant présumer que l'individu a commis ou tenté de commettre une infraction permettant son interpellation dans le cadre de l'article 78-2 du Code de procédure pénale, avait, par ce seul motif, justifié sa décision de considérer comme irrégulière la procédure d'interpellation d'un ressortissant étranger sur la voie publique [59].

59. Mais l'ordonnance d'un premier président considérant, pour dire n'y avoir lieu à mesure de surveillance et de contrôle d'un étranger, que les conditions d'interpellation de l'article 78-2 du Code de procédure pénale, après que l'intéressé eut **jeté sous un banc deux sacs** en plastique, qui s'avérèrent contenir du matériel de peinture, et pris la fuite, concernant l'existence d'indice faisant présumer la commission ou la tentative de commission d'une infraction n'étaient pas réunies, a, au contraire, été cassée par un arrêt du 26 avril 2001 pour violation de l'alinéa 1er de ce texte et de l'article R. 632-1 du Code pénal, alors que la constatation du **jet, en un lieu public, d'objets**, de quelque nature qu'ils fussent, permettait aux agents de police judiciaire d'inviter à justifier de son identité le ressortissant étranger à l'égard duquel existaient des indices faisant présumer qu'il avait

---

[58] 2e Civ., 26 avril 2001, pourvois n°s 00-50.012, Mme Chen c/ préfet des Yvelines et 00-50.013, M. Chen c/ préfet des Yvelines (inédits).

[58*bis*] Civ. 1ère, 10 mai 2006, à paraître au Bull., I, n° ?, p. ?, pourvoi n° 04-50.145, M. Cherid c/ préfet des Bouches-du-Rhône.

[59] 2e Civ., 13 juill. 2000, pourvoi n° 99-50.031, Préfet du Val-de-Marne c/ M. Chaibi (inédit).

commis la contravention prévue par l'article R. 632-1 du Code pénal[60].

Au regard du premier alinéa de l'article 78-2 du Code de procédure pénale, un contrôle d'identité peut donc être justifié par la commission d'une **infraction de nature contraventionnelle**, voire d'une contravention de la première classe à un arrêté de police, comme l'illustre incidemment l'exemple suivant.

60. Un arrêt du 10 novembre 1999 a censuré, au visa de l'article 537 du Code de procédure pénale, l'ordonnance d'un premier président qui, pour déclarer la procédure irrégulière, a relevé que le procès-verbal d'interpellation contenait des énonciations contradictoires, les policiers indiquant avoir aperçu le ressortissant étranger en un lieu prohibé et quitté leur véhicule pour le contrôler, puis l'avoir interpellé sur une route, où la présence de piétons n'est pas interdite, alors que le procès-verbal, faisant foi jusqu'à preuve du contraire, **constatait sans contradiction l'existence d'une infraction à un arrêté justifiant un contrôle d'identité** sur le fondement de l'article 78-2 du Code de procédure pénale, peu important que celui-ci ait été effectué en un lieu voisin non soumis aux prescriptions du texte réglementaire[61].

Au visa de l'article 537 du Code de procédure pénale, un arrêt du 14 décembre 2000 a également censuré un premier président qui, pour dire n'y avoir lieu à maintien en rétention, a relevé qu'il résultait des débats que, contrairement aux mentions du procès-verbal de police, une ressortissante étrangère avait été laissée libre après avoir été contrôlée à la station de métro et qu'elle avait été interpellée à nouveau alors qu'elle s'était rendue dans les services de police pour prouver ses liens avec son ami qui se trouvait sur place, alors que le procès-verbal, qui relevait que l'intéressée avait été l'objet d'une interpellation et d'un contrôle d'identité sur la voie publique après avoir pris la fuite, avec son ami, à la vue des policiers dans une station de métro, **faisait foi jusqu'à preuve contraire** ne pouvant être rapportée que par écrit ou par témoins[62].

60.1. Rejetant le moyen de cassation, pris d'un défaut de réponse sur le **caractère discriminatoire de l'interpellation**, par lequel un étranger faisait valoir que le juge d'appel n'avait pas recherché si le choix des personnes appréhendées était fondé ou non sur des critères illégitimes liés à la couleur de leur peau et à leur race, la première chambre civile a, par un arrêt du 14 juin 2005, jugé que, dès lors que l'ordonnance attaquée avait retenu qu'en précisant, dans leur procès-verbal d'interpellation, que 150 à 200 personnes sans papiers **occupaient l'espace Séverine où elles s'étaient enfermées, cadenassant les entrées**, et avaient apposé sur les grilles de **nombreuses banderoles**, les policiers ont justifié des contrôles d'identité effectués à l'intérieur du square, et qu'ayant constaté que l'intéressé s'était présenté à la grille du square Séverine **pour rejoindre la manifestation des sans-papiers**, ces fonctionnaires de police ont pu légitimement estimer qu'il y avait une ou plusieurs **raisons plausibles de le soupçonner d'avoir commis une infraction en matière de législation sur les étrangers**, le premier président, qui n'avaient pas à

---

[60] 2e Civ., 26 avril 2001, pourvoi n° 00-50.020, Préfet de police de Paris c/ M. Portugal (inédit).

[61] 2e Civ., 10 nov. 1999, pourvoi n° 98-50.040, Préfet de Police de Paris c/ M. Contreras (inédit).

[62] 2e Civ., 14 déc. 2000, pourvoi n° 99-50.052, Préfet de Police de Paris c/ Mlle Chen (inédit).

procéder à une recherche sur le caractère prétendument discriminatoire de l'interpellation qui ne lui était pas demandée et que ces éléments rendaient en outre **inopérante**, avait pu déduire que la procédure d'interpellation était régulière sur le fondement tant de l'article 78-2, alinéa 1er, du Code de procédure pénale que de l'article 8 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, visés par le procès-verbal de police ;

et pour rejeter le moyen par lequel l'intéressé soutenait avoir été interpellé à la grille du parc, c'est-à-dire à l'extérieur de celui-ci, et que, sur ce point, le procès-verbal d'interpellation pris en considération par le juge des libertés et de la détention ne relatait pas la réalité des faits, cet arrêt a, en outre, énoncé que l'étranger, bien qu'ayant déclaré, lors de l'enquête de police, que depuis la veille, il se trouvait avec des associations d'aide aux sans-papiers au square Séverine, où avec environ 500 personnes il était installé pour demander des papiers et éventuellement faire pression en organisant une grève de la faim, se bornait, **sans fournir aucun élément qui l'infirmerait, ni aucune preuve contraire**, à contester devant la Cour de cassation les **mentions du procès-verbal d'interpellation, faisant foi jusqu'à preuve contraire**, qui constate que le contrôle de son identité a été effectué par un agent de police judiciaire à l'intérieur du square [(62)*bis*].

60.2. Encourt en revanche la cassation, l'ordonnance rendue par un premier président qui rejette l'exception d'irrégularité de la mesure de **contrôle d'identité** d'un étranger qui s'était présenté à deux reprises dans un **poste de secours tenu par des policiers** tout en refusant d'être conduit à l'hôpital malgré l'importance apparente de sa blessure à un pied, en retenant l'existence d'indices de séjour irrégulier résultant du **caractère anormal du refus de soins, sollicités**, après l'intervention d'un tiers l'ayant dissuadé de se laisser transporter à l'hôpital par les sapeurs-pompiers, alors que ces motifs étaient insusceptibles de caractériser, selon l'article 78-2, alinéa 1er, du Code de procédure pénale, une ou plusieurs **raisons plausibles de soupçonner une infraction de séjour irrégulier** [(62)*ter*].

61. Par ailleurs, un arrêt de la deuxième chambre civile du 25 novembre 1999 a jugé qu'après avoir relevé que les policiers, **destinataires d'une copie de la décision préfectorale** invitant un ressortissant étranger à quitter le territoire national, à laquelle était **annexée une photographie** de celui-ci, **connaissaient l'intéressé** comme étant susceptible d'être **en infraction au regard de la législation sur l'entrée et le séjour des étrangers** sur le territoire national, l'ordonnance d'un premier président a pu déduire de ces seuls éléments que la procédure d'interpellation (sur la voie publique) était **régulière** sur le fondement tant de l'article 78-2, alinéa 1er, du Code de procédure pénale que de l'article 8, alinéa 3, de l'ordonnance du 2 novembre 1945 modifiée (le pourvoi soutenait, entre autres griefs, que le contrôle d'identité était irrégulier au regard de ce dernier texte, en l'absence d'éléments objectifs qui auraient pu permettre de présumer que l'intéressé était de nationalité étrangère) [(63)].

[(62)*bis*] Civ. 1ère, 14 juin 2005, Bull., I, n° 248, p. 209, M. Tayeb c/ préfet de Police de Paris.

[(62)*ter*] Civ. 1ère, 25 oct. 2005, Bull., I, n° 384, p. 319, M. Botrys c/ préfet du Calvados.

[(63)] 2e Civ., 25 novembre 1999, pourvoi n° 98-50.045, M. Demingha c/ préfet de la Moselle (inédit).

La première chambre civile a de même jugé, par un arrêt du 6 juillet 2005, qu'ayant retenu, d'une part, qu'il résultait de la procédure que **les services préfectoraux avaient avisé les services de police** qu'une ressortissante étrangère était en situation irrégulière sur le territoire français du fait de l'arrêté de reconduite à la frontière pris à son encontre, le tribunal administratif ayant rejeté par une décision qui venait de lui être notifiée en personne, sa requête tendant à l'annulation de l'arrêté et, d'autre part, que cette situation était connue des agents de police qui, **disposant de sa photographie**, avaient procédé au contrôle d'identité et **précisé dans le procès-verbal** d'interpellation que **ces informations leur avaient été transmises**, l'ordonnance d'un premier président a pu déduire de ces seuls éléments, dont il résulte qu'il **existait une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner** que l'intéressée avait commis une **infraction à la législation sur les étrangers**, que la procédure était régulière au regard des dispositions de l'article 78-2, alinéa 1er, du Code de procédure pénale visé à la procédure [(63)*bis*].

62. Ces arrêts seront utilement rapprochés de deux décisions rendues par la chambre criminelle :

● la première, du 7 février 1996 [(64)], décidant que n'encourait pas les griefs pris de la violation des articles 78-1, 78-2 et 593 du Code de procédure pénale, un arrêt qui, pour rejeter l'exception d'illégalité du contrôle d'identité soulevée par le prévenu, énonçait que les fonctionnaires de police avaient constaté la présence de l'intéressé **qu'ils connaissaient** pour avoir diligenté à son encontre, antérieurement, une procédure pour **infraction à la législation sur les étrangers** ayant abouti à une reconduite à la frontière, les juges en déduisant qu'il existait une forte probabilité que le prévenu était en situation irrégulière et qu'ainsi, les dispositions de l'article 78-2 du Code de procédure pénale - autorisant l'interpellation de toute personne en raison de l'existence d'un indice faisant présumer qu'elle a commis une infraction - ont été respectées ;

● la seconde, du 16 juillet 1996 [(65)], cassant au visa des articles 8 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, 78-2, alinéa 1er, 591 et 593 du Code de procédure pénale, un arrêt qui avait prononcé la nullité du procès-verbal d'interpellation et de toute la procédure subséquente, alors que les agents de police judiciaire ayant procédé au contrôle d'identité de l'intéressé -défavorablement connu de leurs services, faisant l'objet d'une fiche de recherches et dont ils avaient constaté, à l'occasion de cette vérification, que, de nationalité italienne, il était recherché en exécution d'un arrêté d'expulsion du ministre de l'Intérieur- **connaissaient celui-ci** et pouvaient présumer qu'il commettait une **infraction à la législation relative aux étrangers**.

63. Il arrive aussi qu'un contrôle d'identité, suivi d'une interpellation en raison de la situation irrégulière de l'étranger, ait lieu à l'occasion de la **constitution du dossier en vue de la célébration de son mariage.**

[(63)*bis*] Civ. 1ère, 6 juill. 2005, Bull., I, n° 310, p. 259, Mme Bahi c/ préfet des Pyrénées-Atlantiques.

[(64)] Crim. 7 févr. 1996, pourvoi n° 95-84884, M. Arfaoui (inédit).

[(65)] Crim. 16 juill. 1996, Bull. crim. n° 298, p. 905, Procureur général près la cour d'appel de Grenoble c/ M. Pagano., et jurisp. cit.

Ainsi, alors qu'une ordonnance retenait que l'officier d'état civil avait constaté qu'il se trouvait face à une personne de nationalité étrangère dont le passeport ne comportait pas de visa d'entrée sur le territoire national, que cette simple **constatation par le fonctionnaire de l'état civil, effectuée dans l'exercice de ses fonctions**, de ce que le passeport présenté spontanément par l'intéressé ne comportait pas de visa, lui permettait de penser qu'il se trouvait dans une situation susceptible d'être qualifiée crime ou délit et d'en faire régulièrement rapport, un arrêt du 10 mai 2001 a jugé qu'un premier président avait pu déduire de ces constatations et énonciations, abstraction faite du visa surabondant de l'article 40 du Code de procédure pénale dont la violation était invoquée par le moyen du pourvoi, que l'interpellation était régulière au regard des articles 41, alinéa 2, 54, alinéa 1er, 78-2, alinéa 1er, du code précité, et 8, alinéa 3, de l'ordonnance du 2 novembre 1945 [(66)].

Cet arrêt a, par ailleurs, jugé que la dénonciation effectuée par l'officier d'état civil, qui **ne faisait pas obstacle au mariage envisagé** par l'étranger, n'a pas contrevenu aux dispositions des articles 12 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [(66)*bis*].

Cet arrêt peut utilement être rapproché d'un autre, précédemment rendu le 14 décembre 2000 au visa de l'article 78-2, alinéa 1er, du Code de procédure pénale, par lequel, rappelant que les officiers de police judiciaire peuvent inviter à justifier, par tout moyen, de son identité toute personne à l'égard de laquelle existe un indice faisant présumer qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction ou qu'elle fait l'objet de recherches ordonnées par une autorité judiciaire, la deuxième chambre de la Cour de cassation a censuré un premier président qui a dit n'y avoir lieu à mesure de surveillance et de contrôle, l'interpellation étant irrégulière et la procédure nulle, alors que l'officier de police judiciaire qui a contrôlé l'identité de l'étranger lorsque celui-ci s'est présenté, sur **convocation, au commissariat de police**, agissait pour faire **suite aux instructions du procureur de la République** à qui avait été **dénoncée, en application de l'article 40 du Code de procédure pénale,** l'absence de visa sur le passeport présenté par l'intéressé pour la constitution du dossier relatif à son mariage, et que cette vérification a confirmé sa situation irrégulière au regard de la législation sur les étrangers, ce qui justifiait l'interpellation, puis le placement en garde à vue dans le cadre d'une procédure de flagrant délit [(67)].

63.1. Par ailleurs, un arrêt du 24 juin 1998 a jugé qu'ayant relevé que le procès-verbal d'interpellation mentionnait qu'à la suite d'une **plainte** pour agression sexuelle imputée à un Roumain, les services de police avaient enquêté dans un hôtel susceptible d'être fréquenté par des Roumains et avaient interpellé, sur le parking de cet établissement, trois personnes, dont la personne concernée, qui se trouvaient à proximité d'une voiture immatriculée à l'étranger, un premier président a pu retenir que ces éléments révélaient des indices faisant présumer que

---

[(66)] 2e Civ., 10 mai 2001, pourvoi n° 99-50.071, M. Souli c/ préfet de la Seine Maritime (inédit).

[(66)*bis*)] Rappr., **sur l'absence d'obstacle au mariage**, CE, 28 avr. 2004, req. n° 259995, M. Merilis c/ préfet de Guadeloupe ; CE, 3 déc. 2004, req. n° 261108, M. Lili c/ préfet de la Sarthe.

[(67)] 2e Civ., 14 déc. 2000, Bull., II, n° 170, p. 121, Préfet de Police de Paris c/ M. Han. V. *infra*, § 93. Rappr. Civ. 2, 10 nov. 1999, Bull., II, n°168, p. 116, Préfet des Hauts-de-Seine c/ Mlle Aomari.

l'intéressé était susceptible de **fournir des renseignements utiles à l'enquête** en cours à la suite de la plainte, et que le contrôle d'identité était régulier au regard de l'article 78-2 du Code de procédure pénale [(68)].

De même, justifie légalement sa décision, le premier président qui retient que les policiers, avisés de ce qu'un individu circulant au volant d'un véhicule, à bord duquel se trouvaient trois autres personnes, venait d'occasionner des dégradations volontaires sur un autre véhicule, pouvaient, en application de l'article 78-2 du Code de procédure pénale, inviter l'intéressé, qui paraissait **susceptible de fournir des renseignements utiles à l'enquête** sur le délit dénoncé puisqu'il **se trouvait dans le véhicule ayant occasionné les dégradations**, à justifier de son identité [(68)*bis*].

Et, dans une affaire où des agents de police judiciaire, avisés qu'une bagarre au couteau avait lieu devant un bar, s'étaient rendus sur place et, après avoir constaté que la rixe avait pris fin, avaient pénétré dans l'établissement, qui était ouvert, en contravention avec la réglementation, et qu'à l'intérieur de celui-ci, ils avaient procédé au contrôle d'identité d'un individu, de nationalité étrangère, qui s'était **dissimulé derrière une armoire** métallique à leur vue, l'ordonnance du premier président d'une cour d'appel qui, pour refuser d'ordonner la prolongation du maintien en rétention d'un étranger et annuler l'ensemble de la procédure, avait retenu que si les agents de police judiciaire s'étaient rendus sur les lieux de la rixe en exécution des instructions d'un officier de police judiciaire, ils avaient, **sans qu'existe un lien direct avec cette rixe,** pénétré, **hors nouvelles instructions de leur hiérarchie**, dans le débit de boisson pour y procéder à un contrôle d'identité, alors que, **sortant de la mission impartie à l'origine**, ils devaient rendre compte à leur chef de leur volonté de prendre une nouvelle initiative, a été cassée au visa de l'article 78-2 du Code de procédure pénale par un arrêt du 9 décembre 2004, la deuxième chambre civile jugeant que **l'opération de contrôle, par les agents de police judiciaire, des identités des personnes présentes dans le débit de boisson, susceptibles de fournir des renseignements utiles à l'enquête, résultait nécessairement de l'ordre qui leur avait été donné par un officier de police judiciaire, d'intervenir dans le cadre d'une enquête de flagrance** [(68)*ter*].

Rappelant qu'en cas de délit flagrant, l'officier de police judiciaire qui en est avisé, se transporte sans délai sur le lieu de l'infraction et procède à toutes constatations utiles, qu'il peut inviter à justifier, par tout moyen, de son identité toute personne à l'égard de laquelle existe un indice faisant présumer qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction ou qu'elle est susceptible de fournir des renseignements utiles à l'enquête en cas de délit, la deuxième chambre civile, par 4 arrêts du 29 mars 2001, rendus au visa des articles 53, 54, 63-2, alinéa 1er, 67 du Code de procédure pénale et de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, ensemble l'article L. 324-12 du Code du travail, avait également cassé les ordonnances infirmatives d'un premier président qui avait accueilli les exceptions de nullité de la procédure soulevées, par suite

---

(68) 2e Civ., 24 juin 1998, Bull., II, n° 215, p. 126, M. Calica c/ préfet de la Seine-Maritime, préc.

(68)*bis* 2e Civ., 4 nov. 2004 (3e moy.), pourvoi n° 03-50.005, M. Kherez c/ préfet de la Seine-Saint-Denis (inédit).

(68)*ter* 2e Civ., 9 déc. 2004, pourvoi n°s 03-50.057 et 03-50.074, Procureure générale près la cour d'appel d'Orléans et préfet du Loir-et-Cher c/ M. Rezgui (inédit).

d'irrégularités affectant le contrôle d'identité et le placement en garde à vue, et avait dit n'y avoir lieu à mesure de contrôle et de surveillance de l'étranger, alors que, valablement avisé (par un **agent assermenté de l'Urssaf** contrôlant un atelier de confection) du **délit de travail dissimulé** qui se commettait ou venait de se commettre, l'officier de police judiciaire s'était transporté sans délai sur les lieux, avait procédé aux constatations utiles et avait régulièrement invité à justifier de son identité l'intéressé à l'encontre duquel existait un indice faisant présumer qu'il avait **commis une infraction ou qu'il était susceptible de fournir des renseignements utiles à l'enquête**, avant de décider son placement en garde à vue dans le cadre d'une procédure incidente d'infraction à la législation sur les étrangers [(69)].

63.2. Le contrôle d'identité d'un ressortissant étranger, révélant qu'il est en situation de séjour irrégulier, est valablement effectué par les services de police, s'il résulte du procès-verbal, qui fait foi jusqu'à preuve contraire, qu'il a été opéré par un officier de police judiciaire agissant en **exécution d'une commission rogatoire délivrée par un juge d'instruction** prescrivant de procéder au contrôle de la totalité des résidents du foyer où demeurait l'intéressé, et l'interpellation n'est pas irrégulière dès lors que, lorsque des officiers de police judiciaire découvrent au cours de l'exécution d'une commission rogatoire des **faits délictueux étrangers à la saisine du juge d'instruction**, il ne leur est pas interdit de procéder à **des investigations sur ces faits** [(69)*bis*].

63.3. A la suite du remplacement terminologique, par l'article 10 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003, des mots "*indices faisant présumer*" par l'expression "*une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner*", la première chambre civile de la Cour de cassation a, en revanche, jugé, par un arrêt de principe du 31 mai 2005, jugé qu'une **dénonciation anonyme non corroborée** par d'autres éléments d'information **ni confortée** par des vérifications apportant des éléments précis et concordants **ne constitue pas une raison plausible de soupçonner qu'une personne a commis ou tenté de commettre une infraction**, permettant à des officiers de police judiciaire ou, sur l'ordre et sous la responsabilité de ceux-ci, à des agents de police judiciaire, de procéder à son contrôle d'identité sur le fondement de l'article 78-2, alinéa 1er, du Code de procédure pénale [(69)*ter*].

---

(69) 2e Civ., 29 mars 2001, pourvoi n° 00-50.019, Préfet de Police de Paris c/ M. Xia ; pourvoi n° 00-50.021, Préfet de Police de Paris c/ M. Sun ; pourvoi n° 00-50.022, Préfet de Police de Paris c/ M. Zhang ; pourvoi n° 00-50.023, Préfet de Police de Paris c/ M. Ren (inédits).

(69)*bis)* 2e Civ., 21 oct. 2004, pourvoi n° 03-50.040, M. Sassi c/ préfet des Alpes-Maritimes (inédit).

(69)*ter)* Civ. 1ère, 31 mai 2005, Bull., I, n° 234, p. ?, Procureur général près la cour d'appel de Montpellier c/ Mlle Seidou et préfet des Pyrénées-Orientales ; rapp. C. Cass. 2005, p. 403.

Rappr., Crim., 14 sept. 2000, pourvoi n° 04-83.793, MM. Abou et Louski (inédit) : cet arrêt avait décidé que dans une affaire où, à la suite d'un **appel téléphonique anonyme**, les services de gendarmerie avaient mis en place d'un dispositif de surveillance leur ayant permis de **vérifier l'exactitude** des éléments et de mettre en évidence le comportement suspect des individus **corroboré par le renseignement anonyme**, il existait des **raisons plausibles de soupçonner** que les personnes surveillées avaient commis ou se préparaient à commettre un crime ou un délit autorisant les gendarmes à procéder aux vérifications d'identité.

Adde, sur les conditions de prise en compte d'un courrier anonyme ou d'une dénonciation

C'est, en conséquence, à bon droit, que, pour prononcer la **nullité du contrôle d'identité** d'une ressortissante étrangère, l'ordonnance d'un premier président retient que sur une **dénonciation (téléphonique) anonyme** de sa présence à l'adresse indiquée, les fonctionnaires de police (des gardiens de la paix diligentant une enquête préliminaire pour séjour irrégulier de l'intéressée, qui se sont rendus à son domicile), ont effectué un contrôle d'identité sur la personne qui leur a ouvert la porte, sans procéder à la recherche préalable de renseignements administratifs concernant l'identité de la personne dénoncée et que dans ces conditions, il n'existait pas, en l'état de la **seule dénonciation anonyme** et les premières vérifications administratives étant seulement postérieures au contrôle d'identité, des raisons plausibles de soupçonner que l'intéressée commettait le délit de séjour irrégulier en France.

Section II - Le contrôle d'identité sur réquisition du procureur de la République

64. **L'article 78-2**, alinéa 2, du Code de procédure pénale dispose : *"Sur réquisitions écrites du procureur de la République aux fins de recherche et de poursuite d'infractions qu'il précise, l'identité de toute personne peut être également contrôlée, selon les mêmes modalités, dans les lieux et pour une période de temps déterminés par ce magistrat. Le fait que le contrôle d'identité révèle des* ***infractions autres*** *que celles visées dans les réquisitions du procureur de la République ne constitue pas une cause de nullité des procédures incidentes".*

65. Par un arrêt du 4 février 1998, la deuxième chambre civile a jugé qu'après avoir relevé que les réquisitions du procureur de la République ne mentionnaient pas expressément que le contrôle pourrait être effectué dans le métro, sous le **périmètre délimité** par les axes de circulations cités, en l'espèce des allées, boulevards, avenues et ponts, un premier président, qui n'a porté aucune appréciation sur la régularité des réquisitions, a pu retenir que l'interpellation d'une personne de nationalité étrangère, qui a eu lieu **dans une station de métro**, était irrégulière [(70)]. Alors que n'était visé dans les réquisitions du procureur de la République qu'un périmètre situé en surface, l'interpellation effectuée dans une station de métro, sur le fondement de ces réquisitions, a donc été jugée irrégulière.

65.1. Rejetant le moyen de cassation pris de la violation de l'article 78-2 du Code de procédure pénale, la deuxième chambre civile, par une série d'arrêts rendus le 21 octobre 2004, a jugé que, dès lors qu'il résulte de l'ordonnance et des pièces de la procédure que les **réquisitions** signées par le procureur de la République, qui indiquent le motif, la date et le lieu du contrôle, sont **expressément visées par les procès-verbaux** dressés lors du contrôle, celles-ci, bien qu'elles ne fussent **pas datées**, étaient (nécessairement) **antérieures au contrôle** qu'elles ordonnaient [(70)*bis*].

---

téléphonique anonyme : Crim., 10 oct. 2001, pourvois n°s 00-30.076 à 00-30.079 et Crim., 8 oct. 2003, pourvois n°s 02-86.351 et 01-86.667.

[(70)] 2e Civ., 4 févr. 1998, Bull., II, n° 43, p. 27, Procureur général près la cour d'appel de Toulouse c/ Mlle Aggad.

[(70)*bis*] 2e Civ., 21 oct. 2004 (1er moy.), Bull., II, n° 467, p. 397, M. Colak c/ préfet de la Gironde, préc. ; *adde*, pourvois n° 03-50.082, M. Ozturk c/ préfet de la Gironde et n°s 03-50.084 à 03-

65.2. **L'article 78-2-2** du Code de procédure pénale dispose en outre, en son alinéa 1er : *"Sur **réquisitions** écrites du procureur de la République **aux fins de recherche et de poursuite** des actes de terrorisme visés par les articles 421-1 à 421-5 du Code pénal, des infractions en matière d'armes et d'explosifs visées par l'article 3 de la loi du 19 juin 1871 qui abroge le décret du 4 septembre 1870 sur la fabrication des armes de guerre et par les articles 20, 31 et 32 du décret du 18 avril 1939 fixant le régime des matériels de guerre, armes et munitions, des infractions de vol visées par les articles 311-3 à 311-11 du Code pénal, de recel visées par les articles 321-1 et 321-2 du même code ou des faits de trafic de stupéfiants visés par les articles 222-34 à 222-38 dudit code, les officiers de police judiciaire, assistés, le cas échéant, des agents de police judiciaire et des agents de police judiciaire adjoints mentionnés aux 1°, 1° bis et 1° ter de l'article 21 peuvent, **dans les lieux et pour la période de temps** que ce magistrat détermine et qui ne peut excéder vingt-quatre heures, renouvelables sur décision expresse et motivée selon la même procédure, procéder non seulement aux **contrôles d'identité** prévus au sixième alinéa de l'article 78-2 **mais aussi** à la **visite des véhicules** circulant, arrêtés ou stationnant sur la voie publique ou dans des lieux accessibles au public".*

65.3. Mentionnant qu'après avoir relevé que les forces de police avaient procédé, aux lieux et temps désignés dans la réquisition du procureur de la République, au contrôle de l'identité de l'étranger et constaté incidemment qu'il était en infraction de séjour irrégulier, l'ordonnance du premier président énonçait exactement que le dernier alinéa de l'article 78-2-2 du Code de procédure pénale précise que le fait que ces opérations révèlent des **infractions autres** que celles (en matière d'armes et explosifs et de trafic de stupéfiants) visées dans les réquisitions du procureur de la République, ne constitue **pas une cause de nullité des procédures incidentes**, la deuxième chambre civile, par une série d'arrêts du 19 février 2004, est venue préciser que l'article 78-2-2 du Code de procédure pénale **n'exige pas** que, pour prendre ses réquisitions, le procureur de la République démontre **l'existence d'indices de commission, ou de risque de commission, des infractions visées** par ledit article **ou d'un risque d'atteinte à l'ordre public** [(70)*ter)*].

65.4. Viole **l'article 78-2-2** du Code de procédure pénale, l'ordonnance d'un premier président qui, pour infirmer la prolongation du maintien en rétention d'un étranger, retient que les réquisitions du procureur de la République désignaient un secteur par une appellation du langage courant ("*quartier sensible de la Bastide*"), sans préciser qu'il correspondait à une zone administrativement définie, de sorte que le **périmètre d'exécution des réquisitions** était imprécis, alors que la **zone urbaine sensible** figurant dans les réquisitions, constitue un **ensemble immobilier administrativement reconnu, au périmètre délimité par décret** n° 96-1156 du 26 décembre 1996 fixant la liste des zones urbaines sensibles [(70)*quater)*].

50.086, préc. (inédits).

[(70)*ter)*] 2e Civ., 19 févr. 2004, Bull., II, n° 70, p. 58, M. Ghouzli c/ préfet du Nord ; *adde*, 19 févr. 2004, pourvois n°s 03-50.026 à 03-50.034, MM. Ben Charif, Edjekouane, Bouferkas, Nami, Meszrag, Mandi, Benssaad, Hadji et Bouzidi c/ procureur général près la cour d'appel de Douai (inédits).

[(70)*quater)*] Civ. 1ère, 14 févr. 2006, Bull., I, n° ?, p. ?, pourvoi n° 05-12.194, Procureur général près la cour d'appel de Limoges c/ M. Arnaut et préfet de la Haute-Vienne.

Section III - Le contrôle d'identité préventif

66. L'article 78-2, alinéa 3, du Code de procédure pénale dispose : *"L'identité de toute personne, quel que soit son comportement, peut également être contrôlée, selon les modalités prévues au premier alinéa, pour prévenir une* ***atteinte à l'ordre public****, notamment à la sécurité des personnes ou des biens".*

67. Par sa décision n° 93-323 DC du 5 août 1993, le **Conseil constitutionnel,** appréciant la conformité à la Constitution de la loi relative aux contrôles et vérifications d'identité, qui avait ajouté la précision nouvelle selon laquelle peut être contrôlée l'identité de toute personne "quel que soit son comportement", a considéré que la prévention d'atteintes à l'ordre public, notamment d'atteintes à la sécurité des personnes ou des biens, est nécessaire à la sauvegarde de principes et de droits ayant valeur constitutionnelle ; que toutefois la pratique de contrôles d'identité généralisés et discrétionnaires serait incompatible avec le respect de la liberté individuelle ; que s'il est loisible au législateur de prévoir que le contrôle d'identité d'une personne peut ne pas être lié à son comportement, il demeure que l'autorité concernée doit justifier, dans tous les cas, des circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public qui a motivé le contrôle ; que ce n'est que sous cette **réserve d'interprétation** que le législateur peut être regardé comme n'ayant pas privé de garanties légales l'existence de libertés constitutionnellement garanties.

Cette décision indique, en outre, qu'il appartient aux autorités administratives et judiciaires de veiller au respect intégral de l'ensemble des conditions de forme et de fond posées par le législateur ; qu'en particulier, il incombe aux tribunaux compétents de censurer et de réprimer les illégalités qui seraient commises et de pourvoir éventuellement à la réparation de leurs conséquences dommageables ; qu'ainsi il revient à l'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle de contrôler en particulier les conditions relatives à la légalité, à la réalité et à la pertinence des raisons ayant motivé les opérations de contrôle et de vérification d'identité ; qu'à cette fin il lui appartient d'apprécier, s'il y a lieu, le **comportement des personnes** concernées[(71)].

68. Selon cette jurisprudence du Conseil constitutionnel, comme celle de la chambre criminelle de la Cour de cassation, il revient au juge judiciaire, gardien de la liberté individuelle, d'apprécier la régularité du contrôle d'identité préventif, et l'autorité administrative doit préciser les **éléments objectifs de nature à faire apparaître une menace pour l'ordre public**.

69. Dans l'arrêt Bechta du 28 juin 1995, la deuxième chambre civile a fait application, en matière de rétention, des principes ainsi dégagés par le Conseil Constitutionnel et la chambre criminelle, en exigeant notamment que le contrôle préventif soit motivé par des éléments objectifs permettant de présumer l'atteinte à l'ordre public, et elle a approuvé le premier président d'une cour d'appel d'avoir estimé irrégulière l'interpellation de M. Bechta qui n'était intervenue le 6 décembre 1993 que par le seul effet d'un "**procès-verbal de sécurisation**" pris par le directeur départemental de la sécurité publique, suite à neuf infractions commises courant novembre 1993", les deux dernières étant du 29 novembre, soit une semaine auparavant. Ce document a donc été jugé insuffisant pour caractériser une menace à l'ordre public et justifier, en conséquence, un contrôle

---

[(71)] Décis. n° 93-323 DC du 5 août 1993, Rec. p. 213.

préventif d'identité [72].

Un arrêt du 18 mars 1998 a censuré l'ordonnance d'un premier président qui a rejeté l'exception d'irrégularité du contrôle préventif d'identité en se déterminant par la seule référence à la décision du ministre de l'Intérieur concernant la mise en place du **plan *Vigipirate***, sans relever aucune des circonstances exigées par l'article 78-2 du Code de procédure pénale pour procéder à un contrôle d'identité [73].

Un arrêt du 4 mars 1999 a jugé que viole les articles 78-2 du Code de procédure pénale et 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, un premier président qui rejette l'exception de nullité de la procédure d'interpellation d'un ressortissant étranger en retenant que les indications des policiers dans le procès-verbal de police suffisaient à justifier le contrôle d'identité d'une personne au comportement étrange lors de l'exercice d'une **mission de surveillance** sur une ligne de transports en commun où les attentats et agressions sont fréquents de jour et de nuit, alors que le procès-verbal de police indiquait seulement que les policiers effectuaient une **mission de sécurisation** sur une ligne d'autobus, qu'ils recherchaient des objets suspects et qu'à leur vue, la personne avait tenté de descendre de l'autobus, et alors qu'il ne résultait pas de ces énonciations des éléments suffisants pour caractériser une menace à l'ordre public et justifier, en conséquence, un contrôle d'identité [74].

70. En revanche, répondant au moyen soutenant que l'interpellation d'un ressortissant étranger intervenue par le seul effet d'un **procès-verbal de sécurisation** visant un attentat commis plus d'un mois auparavant ne permet pas de considérer que ce contrôle devait prévenir une atteinte à l'ordre public, un arrêt du même jour approuve un premier président dont l'ordonnance retient, à bon droit, que l'**attentat** du 3 décembre 1996, visé par le procès-verbal d'interpellation du 17 janvier 1997, constituait l'élément objectif permettant le contrôle d'identité [75].

71. Mais un arrêt du 1er mars 2001 a approuvé l'ordonnance rendue par un premier président d'avoir exactement relevé que la seule mention de trois infractions figurant dans le procès-verbal d'interpellation, commises deux jours avant celle-ci, dans un **périmètre étendu**, ne suffisait pas pour caractériser le risque d'atteinte à l'ordre public aux date et lieu où l'identité de l'étranger a été contrôlée, d'où il suit que le premier président en a déduit à bon droit que les conditions requises par l'article 78-2, alinéa 3, du Code de procédure pénale n'étaient pas satisfaites, que leur méconnaissance affectait la validité de la garde à vue et du maintien en rétention de l'intéressé et qu'il n'y avait donc pas lieu de maintenir cette mesure [76]. De même, la deuxième chambre civile,

---

[72] 2e Civ., 28 juin 1995, Bull., II, n° 221, p. 127, Préfet de la Haute-Garonne c/ M. Bechta et Gisti, préc. ; JCP 1995.II.22504, concl. J. Sainte-Rose ; D. 1996. Somm. p. 102, obs. F. Julien-Laferrière ; *Rev. crit. dr. internat. privé* 1996, p. 299.

[73] 2e Civ., 18 mars 1998, Bull., II, n° 94, p. 57, M. Zhou c/ préfet de Police de Paris.

[74] 2e Civ., 4 mars 1999, Bull., II, n° 39, p. 29, M. Nzembélé c/ préfet du Val-d'Oise.

[75] 2e Civ., 4 mars 1999, Bull., II, n° 40, p. 29, M. Koné c/ préfet de Police de Paris.

[76] 2e Civ., 1er mars 2001, pourvoi n° 00-50.010, Préfet de Police de Paris c/ M. Amira (inédit).

par un autre arrêt du même jour, a jugé que l'ordonnance confirmative rendue par un premier président ayant accueilli l'exception de nullité de la procédure d'interpellation et dit n'y avoir lieu à mesure de surveillance et de contrôle était légalement justifiée, dès lors qu'elle avait retenu que le fait que trois infractions aient été commises sur un boulevard, à grande distance les unes des autres, dans la soirée du 26 septembre, ne suffisait **pas** à caractériser le risque d'atteinte à l'ordre public justifiant le contrôle d'identité pratiqué le matin du 28 septembre [(77)].

Alors qu'un procès-verbal d'interpellation, après avoir fait état d'un **climat d'insécurité** constant dans le secteur, récemment dénoncé par des associations d'habitants du quartier, et de l'enregistrement de nombreux appels téléphoniques signalant divers méfaits, s'est borné à mentionner la commission, la veille, dans le périmètre du contrôle d'identité, de deux vols à la roulotte et d'un vol à la tire, un arrêt du 16 novembre 2000 -ainsi que, dans des circonstances absolument identiques, un arrêt du 15 mars 2001- ont jugé que c'était à bon droit que le premier président en avait déduit que ce procès-verbal **ne justifiait pas un contrôle d'identité** au regard des dispositions de l'article 78-2, alinéa 3, du Code de procédure pénale et que l'interpellation de l'étranger était irrégulière [(78)].

72. En revanche, alors qu'un procès-verbal d'interpellation, après avoir fait état de nombreuses pétitions et de lettres adressées par les maires de deux arrondissements, ainsi que de nombreux appels téléphoniques aux standards des centraux de ces arrondissements, mentionnait la commission, dans le **périmètre restreint** considéré, de deux vols avec effraction, d'un vol à la roulotte et de dégradations volontaires l'avant-veille du contrôle d'identité, d'un vol simple et de dégradations volontaires de biens privés la veille, un arrêt également rendu le 15 mars 2001 a jugé qu'en l'état de ces constatations, un premier président avait pu décider qu'était **caractérisé le risque d'atteinte à l'ordre public** et que le contrôle d'identité était donc régulier [(79)].

De même, la commission, la veille, de deux vols avec **violences** et en réunion, ainsi que, le jour même, d'un vol par effraction, dans le **périmètre restreint** où le contrôle d'identité a été effectué, ne permet pas de considérer que les conditions d'interpellation d'un étranger sur la voie publique sont irrégulières, et dans de telles circonstances, un arrêt du 7 juin 2001 a censuré l'ordonnance rendue par un premier président qui avait annulé la procédure et infirmé la décision de prolongation du maintien en rétention en qualifiant ces faits précis de "délinquance relativement banale qui ne paraît pas de nature à caractériser le risque d'atteinte à l'ordre public visé par l'article 78-2, alinéa 3, du Code de procédure pénale" [(80)].

73. L'indication, dans un procès-verbal de police, de considérations d'ordre général, qui ne permettent pas au juge d'exercer son contrôle, ne peut donc suffire. L'atteinte à l'ordre public, notamment à la sécurité des personnes et des biens, doit être spécialement caractérisée par la

---

[(77)] 2e Civ., 1er mars 2001, pourvoi n° 99-50.064, Préfet de Police de Paris c/ M. Cherifa (inédit).

[(78)] 2e Civ., 16 nov. 2000, pourvoi n° 99-50.088, Préfet de Police de Paris c/ M. Diallo ; 15 mars 2001, pourvoi n° 99-50.087, Préfet de Police de Paris c/ M. Dosso (inédits).

[(79)] 2e Civ., 15 mars 2001, pourvoi n° 00-50.005, M. Sylla c/ préfet de Police de Paris (inédit).

[(80)] 2e Civ., 7 juin 2001, pourvoi n° 00-50.031, Préfet de Police de Paris c/ M. Zheng (inédit).

mention précise d'éléments concrets et **récents**, suffisamment **graves ou nombreux**, recensés dans le **périmètre restreint** où s'exerce le contrôle.

74. Le juge du fond ne saurait, non plus, se déterminer par des motifs généraux qui ne permettent pas à la **Cour de cassation** d'exercer son **contrôle** sur l'application de l'article 78-2, alinéa 3, du Code de procédure pénale.

Ainsi, par un arrêt du 23 septembre 1999, a été cassée pour manque de base légale l'ordonnance d'un premier président qui avait ordonné la remise en liberté d'un étranger en retenant que le contrôle d'identité de l'intéressé, du seul fait de sa présence sur les lieux où la police exerçait une **surveillance**, en raison d'une recrudescence de la délinquance dans le secteur au cours des jours précédents, ne répondait pas aux conditions exigées par l'article 78-2 du Code de procédure pénale [(81)].

75. En revanche, par un arrêt du 26 avril 2001, la deuxième chambre civile a précisé que l'identité de toute personne peut être contrôlée pour prévenir une atteinte à la sécurité des personnes et des biens, quel que soit le **comportement de la personne contrôlée**, même si celui-ci n'a **aucun lien avec des infractions précédemment relevées** dans le secteur du contrôle [(82)].

Dès lors, viole le texte l'article 78-2, alinéa 3, du Code de procédure pénale en y ajoutant une condition qu'il ne comporte pas, le premier président qui rejette une demande de prolongation du maintien en rétention d'un étranger, en retenant qu'aucun lien n'étant démontré entre l'interpellation et les délits commis la veille mentionnés dans le procès-verbal d'interpellation, cette dernière ne reposait pas sur des motifs suffisants d'atteinte à l'ordre public ou à la sécurité des personnes ou des biens.

Section IV - Le contrôle d'identité dans les zones transfrontalières ou ouvertes au trafic international

76. Les alinéas 4 et 5 de l'article 78-2 du Code de procédure pénale disposent :

"Dans une zone comprise entre la frontière terrestre de la France avec les États parties à la convention signée à Schengen le 19 juin 1990 et une ligne tracée à 20 kilomètres en deçà, ainsi que dans les zones accessibles au public des ports, aéroports et gares ferroviaires ou routières ouverts au trafic international et désignés par arrêté[(83)], l'identité de toute personne peut également être contrôlée, selon les modalités prévues au premier alinéa, en vue de vérifier le

---

[(81)] 2e Civ., .23 sept. 1999, pourvoi n° 97-50.059, Préfet de Police de Paris c/ M. Ba et procureur général près la cour d'appel de Paris.

[(82)] 2e Civ., 26 avril 2001, Bull., II, n° 79, p. 52, Préfet de police de Paris c/ M. Hamdi.

[(83)] Arrêté du 23 mars 1995 *désignant les ports, aéroports et gares ferroviaires et routières ouverts au trafic international dont les zones accessibles au public donneront lieu à l'application du dernier alinéa* [avant-dernier alinéa] *de l'article 78-2 du Code de procédure pénale et de l'article 67 quater du Code des douanes*.

respect des obligations de détention, de port et de présentation des titres et documents prévues par la loi. Le fait que le contrôle d'identité révèle une infraction autre que celle de non-respect des obligations susvisées ne constitue pas une cause de nullité des procédures incidentes.

"Dans une zone comprise entre les frontières terrestres ou le littoral du département de la Guyane et une ligne tracée à vingt kilomètres en deçà, et sur une ligne tracée à cinq kilomètres de part et d'autre, ainsi que sur la route nationale 2 sur le territoire de la commune de Régina, l'identité de toute personne peut être contrôlée, selon les modalités prévues au premier alinéa, en vue de vérifier le respect des obligations de détention, de port et de présentation des titres et documents prévus par la loi" (alinéa créé par la loi n° 97-396 du 24 avril 1997, article 18, et modifié par la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, article 143).

77. Dans sa décision précitée du 5 août 1993, le **Conseil constitutionnel** considère notamment que les stipulations de la Convention signée à Schengen le 19 juin 1990 suppriment les contrôles "aux frontières intérieures" concernant les personnes ; que le législateur a estimé que, par les dispositions susvisées, il prenait dans le cadre de l'application de ces stipulations des mesures nécessaires à la recherche des auteurs d'infractions et à la prévention d'atteintes à l'ordre public et qu'il avait, dès lors que certains contrôles aux frontières seraient supprimés, autorisé des contrôles d'identité ; que ceux-ci doivent être conformes aux conditions de forme et de fond auxquelles de telles opérations sont de manière générale soumises ; que des contrôles sont effectués en vue d'assurer le respect des obligations, prévues par la loi, de détention, de port et de présentation de titres et documents ; que les zones concernées, précisément définies dans leur nature et leur étendue, présentent des **risques particuliers d'infractions et d'atteintes à l'ordre public liés à la circulation internationale des personnes** ; que, dès lors, la suppression de certains contrôles aux frontières qui découlerait de la mise en vigueur des accords de Schengen pouvait conduire le législateur à prendre les dispositions susmentionnées sans rompre l'équilibre que le respect de la Constitution impose d'assurer entre les nécessités de l'ordre public et la sauvegarde de la liberté individuelle [(84)].

78. Par deux arrêts du 23 mai et du 25 octobre 2001, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation en a tiré la conséquence que viole l'article 78-2, alinéa 4, du Code de procédure pénale, en ajoutant à la loi une condition qu'elle ne prévoit pas, un premier président qui dit n'y avoir lieu à mesure de surveillance et de contrôle d'un ressortissant étranger du fait de l'irrégularité de la procédure d'interpellation, en subordonnant la **régularité du contrôle d'identité** dans une gare ferroviaire ouverte au trafic international à la justification par l'autorité administrative de circonstances particulières établissant un **risque d'atteinte à l'ordre public** [(85)].

78.1 Par ailleurs, il résulte de l'article 78-2, alinéa 8, du Code de procédure pénale, aux termes duquel, dans les zones accessibles au public des **ports désignés par arrêté**, l'identité de toute personne peut être contrôlée en vue de vérifier le respect des obligations de détention, de port et de présentation des titres et documents prévus par la loi, que le **contrôle** d'identité et les contrôles

---

[(84)] Décis. n° 93-323 DC du 5 août 1993, Rec. p. 213, préc.

[(85)] 2e Civ., 23 mai 2001, Bull., II, n° 105, p. 70, Préfet de Police de Paris c/ M. Ranchez ; 25 oct. 2001, pourvoi n° 00-50.044, Préfet de Police de Paris c/ Mme Laxa (inédit).

de titre peuvent être effectués **sur la totalité de l'emprise portuaire définie par l'autorité administrative compétente**[(85)bis].

Justifie, dès lors, légalement sa décision de rejeter l'exception de nullité de la procédure, le premier président d'une cour d'appel qui constate que le contrôle d'identité d'un étranger a été opéré dans le **secteur d'un quai d'un port, mentionné à** l'article 1er de **l'arrêté du 23 avril 2003**, se trouvant **à proximité du lieu de débarquement situé dans la zone de trafic des passager**[(85)ter].

78.2. De même, il résulte de l'article 78-2, alinéa 4, du Code de procédure pénale, aux termes duquel, dans les zones accessibles au public des **gares ferroviaires ou routières ouvertes au trafic international et désignés par arrêté**, l'identité de toute personne peut être contrôlée en vue de vérifier le respect des obligations de détention, de port et de présentation des titres et documents prévus par la loi, que le **contrôle** d'identité et les contrôles de titre peuvent être effectués **sur la totalité de l'emprise ferroviaire, dans les lieux dans lesquels le public est autorisé à pénétrer, circuler ou stationner**[(85)quater].

Viole, en conséquence, ce texte le premier président d'une cour d'appel qui, pour infirmer la prolongation du maintien en rétention d'un étranger qui avait été contrôlé, **descendant d'un train**, par des policiers en patrouille dans le hall d'une gare, puis **interpellé sur le quai**, retient que les conditions d'interpellation étaient confuses, le procès-verbal d'interpellation évoquant le hall de la gare et un quai, et que cette confusion est de nature à jeter un trouble sur les circonstances de l'interpellation, alors que cette gare a été **désignée à l'arrêté du 23 avril 2003** comme gare ferroviaire ouverte au trafic international et dont les zones accessibles au public

---

[(85)bis] Rappr., art. 1.2.2 du II de la circulaire du 11 décembre 1995 *relative aux contrôles d'identité définis à l'article 78-2, quatrième alinéa, du Code de procédure pénale et contrôle de titre définis à l'article 67* quater *du Code des douanes* : *"(...) S'agissant des ports, le contrôle d'identité et les contrôles de titre peuvent être effectués* ***sur la totalité de l'emprise portuaire définie*** *par le préfet pour les ports maritimes relevant du domaine de l'Etat, par le président du conseil général pour les ports relevant de la compétence des départements et par le maire pour les ports relevant de la compétence des communes conformément aux articles R. 151-1, R. 613-1 et R. 614-1 du code des ports maritimes.- Les contrôles ne peuvent avoir lieu dans les surfaces encloses dont l'accès est réglementé. Il convient, là encore, d'observer que la pénétration dans ce lieu, sans autorisation, est l'indice d'un comportement suspect qui justifierait un contrôle d'identité opéré sur le fondement de l'article 78-2, alinéa 1, du code de procédure pénale*".

[(85)ter] Civ. 1ère, 18 mai 2005, Bull., I, n° 214, p 181, M. Ouaklies c/ préfet d'Ille-et-Vilaine.

[(85)quater] Rappr., art. 1.2.2 du II de la circulaire du 11 décembre 1995 *relative aux contrôles d'identité définis à l'article 78-2, quatrième alinéa, du Code de procédure pénale et contrôle de titre définis à l'article 67* quater *du Code des douanes* : *"(...) S'agissant des* ***gares ferroviaires****, les contrôles d'identité et les contrôles de titre peuvent être effectués* ***sur la totalité de l'emprise ferroviaire, dans les lieux dans lesquels le public est autorisé à pénétrer, circuler ou stationner : cours, parkings, salles des pas perdus, passages, salles d'attente, quais et trains.****- L'emprise ferroviaire est définie, pour chaque gare, par arrêté préfectoral selon l'arrêté type en date du 29 juin 1977. Il convient, en conséquence, de s'y reporter pour en connaître précisément à chaque fois l'étendue*".

peuvent donner lieu à l'application de l'article 78-2 du code de procédure pénale [(85)*quinquies*] ;

et viole l'article 78-2, alinéa 4, du Code de procédure pénale, l'ordonnance d'un premier président qui, approuvant le juge des libertés et de la détention d'avoir jugé irrégulier le procès-verbal d'interpellation d'un étranger, par des policiers en patrouille, qui ne définissait pas précisément le lieu d'interpellation et ne faisait pas mention de l'arrêté préfectoral définissant l'emprise ferroviaire de la gare, en sorte que le premier juge n'était pas à même d'exercer l'intégralité de son contrôle sur les conditions de l'interpellation, a dit n'y avoir lieu à prolongation de la mesure de maintien en rétention, alors que le **procès-verbal d'interpellation mentionne** que l'étranger, ainsi que plusieurs individus arrivant d'un train en provenance de Paris, a fait l'objet d'un contrôle d'identité **dans le hall d'une gare** désignée comme ouverte au trafic international par l'arrêté du 23 avril 2003, ce qui **constitue une zone de l'emprise ferroviaire** accessible au public pouvant donner lieu à l'application du texte précité [(85)*sexies*].

Section V - La présentation des documents, en dehors de tout contrôle d'identité, par les personnes de nationalité étrangère

79. L'article 8 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, modifié par la loi n° 93-1027 du 24 août 1993, dispose, en son alinéa 2, qu'*"en dehors de tout contrôle d'identité, les personnes de nationalité étrangère doivent être en mesure de présenter les pièces ou documents sous le couvert desquels elles sont autorisées à circuler ou à séjourner en France à toute réquisition des officiers de police judiciaire et, sur l'ordre et sous la responsabilité de ceux-ci, des agents de police judiciaire et agents de police judiciaire adjoints mentionnés aux articles 20 et 21 (1°) du Code de procédure pénale"*.

L'alinéa 3 de ce texte, modifié par la loi n° 97-396 du 24 avril 1997 est venu préciser, dans un souci de coordination des textes, qu'*"à la suite d'un contrôle d'identité effectué en application des articles 78-1, 78-2 et 78-2-1 du Code de procédure pénale, les personnes de nationalité étrangère peuvent être **également** tenues de présenter les pièces et documents visés à l'alinéa précédent"*.

80. La Cour de cassation avait déjà eu l'occasion, sous l'empire de l'article 1er, alinéa 1, du décret n° 46-448 du 18 mars 1946 et de l'article 2 du décret n° 46-1574 du 30 juin 1946, actuellement abrogés, de préciser les conditions d'application de ces dispositions propres aux étrangers, pour que celles-ci se combinent du mieux possible avec les textes relatifs aux contrôles d'identité de tout individu, français ou étranger.

Ainsi, par deux arrêts du 25 avril 1985, la chambre criminelle a, de manière prétorienne, posé le principe que *"lorsque des **éléments objectifs déduits de circonstances extérieures à la***

[(85)*quinquies*] Civ. 1ère, 14 févr. 2006, à paraître au Bull., I, n° ?, p. ?, pourvoi n° 05.16.189, Procureur général près la cour d'appel de Poitiers c/ M. Diaby.

[(85)*sexies*] Civ. 1ère, 20 juin 2006, à paraître au Bull., I, n° ?, p. ?, pourvoi n° 05.16.190, Procureur général près la cour d'appel de Poitiers c/ M. Diakaby.

personne même de l'intéressé *sont de nature à faire apparaître celui-ci comme étranger, les agents de l'autorité ont la faculté, sans qu'il soit préalablement procédé à un contrôle d'identité dans les conditions déterminées par les articles 78-1 et suivants du Code de procédure pénale, de requérir la présentation des documents à raison desquels le séjour en France est régulier"*[(86)].

Ce principe a été réaffirmé, notamment par un arrêt du 8 novembre 1989[(87)].

81. Par un arrêt rendu le 25 novembre 1999, la deuxième chambre civile a jugé qu'après avoir relevé que les policiers, destinataires d'une copie de la décision préfectorale invitant un ressortissant étranger à quitter le territoire national, à laquelle était annexée une **photographie** de celui-ci, **connaissaient l'intéressé** comme étant susceptible d'être en infraction au regard de la législation sur l'entrée et le séjour des étrangers sur le territoire national, l'ordonnance d'un premier président a pu déduire de ces seuls éléments que la procédure d'interpellation (sur la voie publique) était régulière sur le fondement tant de l'article 78-2, alinéa 1er, du Code de procédure pénale que de l'article 8, **alinéa 3**, de l'ordonnance du 2 novembre 1945 modifiée (le pourvoi soutenait, entre autres griefs, que le contrôle d'identité était irrégulier au regard de ce dernier texte, en l'absence d'éléments objectifs qui auraient pu permettre de présumer que l'intéressé était de nationalité étrangère)[(88)].

82. En revanche, à l'occasion d'une espèce où un ressortissant albanais avait été interpellé par des policiers en patrouille dont l'attention avait été attirée par un **groupe d'individus ne s'exprimant pas en français**, et alors que le pourvoi formé par le préfet soutenait que le fait de converser en groupe permettait d'effectuer régulièrement, en application de l'article 8 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, conformément aux principes et règles de valeur constitutionnelle et sans qu'il y ait discrimination, la vérification des documents détenus par l'étranger, la deuxième chambre civile a rendu le 14 décembre 2000 un arrêt approuvant un premier président d'avoir annulé le contrôle et ordonné la mainlevée de la mesure de rétention, l'ordonnance attaquée retenant, à bon droit, que pour que les agents de l'autorité aient la faculté de requérir la présentation des documents sous le couvert desquels les étrangers sont autorisés à séjourner en France, sans qu'il soit préalablement procédé à un contrôle d'identité dans les conditions déterminées par les articles 78-1 et suivants du Code de procédure pénale, il faut que des éléments objectifs déduits de circonstances extérieures à la personne même de l'intéressé soient de nature à faire apparaître sa qualité d'étranger, et que le fait de s'exprimer dans une **langue étrangère** ne constitue pas un élément objectif déduit des circonstances extérieures à la

---

(86) Crim. 25 avril 1985, Bull. crim. n° 159, p. 406, Bogdan et Vuckovic ; D. 20 juin 1985, n° 24, p. 329, concl. de M. l'avocat général Dontenwille ; D. 31 juill. 1985, n° 28, p.181, chron. D. Thomas ; D. 12 juin 1986, n° 23, p. 169, chron. L. Favoreu ; JCP 1985.20465, note W. Jeandidier ; Gaz. Pal. 29 juin 1985, n°s 179-180.

(87) Crim. 8 nov. 1989, Bull. crim. n° 406, p. 979, Soltani Ali (passager d'un véhicule immatriculé dans un pays étranger).

(88) 2e Civ., 25 nov. 1999, pourvoi n° 98-50.045, M. Demigha c/ préfet de la Moselle, préc. (inédit).

personne susceptible de présumer la qualité d'étranger[89].

CHAPITRE II : Le contrôle portant sur la GARDE À VUE précédant immédiatement un maintien en rétention ou en zone d'attente

83. Il peut arriver que le maintien en rétention administrative, ou en zone d'attente, soit décidé alors que l'étranger est placé en garde à vue, et qu'il prenne immédiatement effet au terme de cette mesure.

Cela se produit, par exemple, lorsque, à l'occasion d'un contrôle d'identité, il est constaté qu'un ressortissant étranger est en situation irrégulière sur le territoire national, et qu'après avis donné au procureur de la République, une mesure d'éloignement est préférée à des poursuites pénales, ou encore lorsque, à sa descente d'avion, un étranger est trouvé, lors du contrôle des visas de transit aéroportuaires, en possession de documents falsifiés ou usurpés.

84. La garde à vue est, par sa durée et ses modalités, plus restrictive de la liberté individuelle que le contrôle d'identité.

Par un arrêt Mpinga du 28 juin 1995 - rendu le même jour que l'arrêt Bechta, précité - la position jurisprudentielle prise pour le contrôle de l'interpellation faisant suite à un contrôle d'identité a donc logiquement été étendue au contrôle de la garde à vue[90]. Tout en rejetant le pourvoi formé par Mme Mpinga Mesu, qui invoquait notamment l'irrégularité de la garde à vue prise à son encontre, au cours de laquelle elle avait été l'objet d'un arrêté de reconduite à la frontière puis d'un arrêté de maintien en rétention, au motif que la garde à vue était justifiée par la situation irrégulière de l'intéressée sur le territoire français, la deuxième chambre civile a pris le soin d'énoncer "qu'il appartient au juge, saisi par le préfet en application de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, de se prononcer comme gardien de la liberté individuelle, sur les **irrégularités attentatoires** à cette liberté, invoquées par l'étranger, d'une mesure de garde à vue, lorsque cette mesure **précède** immédiatement un maintien en rétention administrative".

85. Deux arrêts rendus le 24 février 2000 ont transposé cette règle en matière de **maintien en zone d'attente**, en décidant qu'il appartient au juge, saisi par l'autorité administrative en application de l'article 35 *quater* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, de se prononcer, comme gardien de la liberté individuelle, sur les **irrégularités attentatoires** à cette liberté, invoquées par l'étranger[91].

---

[89] 2e Civ., 14 déc. 2000, Bull., II, n° 171, p. 122, Préfet de la Moselle c/ M. Daka.

[90] 2e Civ., 28 juin 1995, Bull., II, n° 212, p. 122, Mme Mpinga Mesu c/ préfet du Calvados, préc. ; JCP 1995.II.22505 ; D. 1996. Somm. p. 102, obs. F. Julien-Laferrière ; *Rev. crit. dr. internat. privé* 1996, p. 301.

[91] 2e Civ., 24 févr. 2000, pourvoi n° 99-50.002, M. Kamyntankeu Peteiam c/ Ministre de l'Intérieur ; 24 févr. 2000, pourvoi n° 99-50.001, Mlle Akueson c/ Ministre de l'Intérieur (inédits).

Ces arrêts ont censuré, pour violation des articles 66 de la Constitution du 4 octobre 1958 et 136 du Code de procédure pénale, l'ordonnance d'un premier président qui, pour rejeter l'exception de nullité soulevée par l'étranger qui soutenait que la procédure de flagrance suivie contre lui (pour usage d'une carte de séjour temporaire falsifiée) avant son placement en zone d'attente, aurait dû être accompagnée d'un placement en garde à vue et de la notification des droits relatifs à celle-ci, a énoncé que le retard, même injustifié, voire l'absence de notification de garde à vue, n'ont pas nécessairement et irrévocablement vicié la procédure administrative, menée de façon autonome par rapport à l'interpellation de l'intéressé.

86. De même, un arrêt du 12 octobre 2000 affirme que méconnaît l'étendue de ses **pouvoirs** et viole les articles 63-1 du Code de procédure pénale, selon lequel toute personne gardée à vue est immédiatement informée de ses droits, et 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, un premier président qui, pour rejeter l'exception d'irrégularité de la procédure, énonce qu'il appartiendra à la **juridiction pénale** d'apprécier les conditions d'exécution de la mesure de garde à vue [92].

87. Le juge judiciaire civil saisi en application des articles 35 *bis* ou 35 *quater* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, sans qu'il méconnaisse le principe de la séparation des pouvoirs ou commette d'excès de pouvoir[93], doit donc s'assurer que les prescriptions du Code de procédure pénale ont bien été respectées.

88. Mais une fois posé le devoir de contrôle du juge, reste à déterminer l'étendue de ce contrôle portant sur la garde à vue précédant immédiatement le maintien en rétention ou en zone d'attente d'un étranger, dont les vices éventuels entraîneront non seulement la nullité de la mesure elle-même, mais retentiront également sur l'ensemble des **actes subséquents**, conduisant à un refus de prolongation du maintien en rétention ou en zone d'attente.

A ce jour, la deuxième chambre civile a eu l'occasion de préciser que le contrôle porte sur la décision de placement en garde à vue **(Sect. I)**, sur l'information du procureur de la République dès le début de la garde à vue **(Sect. II),** sur l'information immédiate de l'étranger quant aux droits attachés à la garde à vue **(Sect. III)**, sur la compréhension linguistique et l'assistance d'un interprète lors de la garde à vue **(Sect. IV)** et sur l'effectivité de l'exercice des droits attachés à la garde à vue **(Sect. V)**, ainsi que, le cas échéant, sur l'autorisation écrite de prolongation de la garde à vue **(Sect. VI))**.

---

[92] 2e Civ., 12 oct. 2000, pourvoi n° 99-50.037, M. Cucicea c/ préfet de la Haute-Garonne (inédit).

[93] Cf. 2e Civ., 11 juin 1997, Bull., II, n° 174, p. 103, Préfet des Hauts-de-Seine c/ M. Dembélé.

Section I - La décision de placement en garde à vue

89. **Le placement** en garde à vue est une **prérogative de l'officier de police judiciaire**.

La chambre criminelle décide ainsi, qu'une personne qui se présente **sans contrainte** aux services de police **peut**, conformément aux dispositions des articles 77 et 78 du Code de procédure pénale, au cours d'une **enquête préliminaire**, être entendue sur les faits qui lui sont imputés avant d'être - au terme de cette audition - placée en garde à vue, et que, selon l'article 77, alinéa 1er, du Code de procédure pénale, même lorsqu'il existe des indices de participation à l'infraction sur laquelle porte l'enquête, l'officier de police judiciaire **apprécie,** lors de chaque audition, la nécessité de placer en garde à vue la personne qu'il entend[(94)].

La chambre criminelle décide, en revanche qu'il résulte des articles 63 et 63-1 du Code de procédure pénale que la personne qui, pour les nécessités de l'enquête, est, **sous la contrainte**, **tenue à la disposition** d'un officier de police judiciaire, **doit** être immédiatement placée en garde à vue et recevoir notification des droits attachés à cette mesure, **tout retard** dans la mise en œuvre de cette obligation, non justifié par des circonstances insurmontables, portant nécessairement atteinte aux intérêts de la personne concernée [(95)]. De même, par un arrêt du 6 mai 2003, la chambre criminelle a jugé qu'il résultait de l'article 63 du Code de procédure pénale, dans sa rédaction issue de la **loi du 15 juin 2000**, que, lorsqu'elle est **mise sous la contrainte à la disposition** de l'officier de police judiciaire pour les nécessités de l'enquête, la personne à l'encontre de laquelle il existe des indices faisant présumer qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction **doit** être placée en garde à vue et recevoir notification de ses droits[(95)*bis*].

90. Statuant **dans le cadre de** l'application de **l'article 35 *bis*** de l'ordonnance du 2 novembre 1945, la deuxième chambre civile a, par un arrêt du 29 mars 2001, approuvé un premier président d'avoir retenu que l'officier de police judiciaire n'avait **pas l'obligation** de placer l'intéressé en garde à vue, ni de suivre la procédure prévue à l'article 78-2 du Code de

---

(94) V. not. Crim., 14 oct. 1998, Bull. crim., n° 260, p. 750, M. Decaix ; Crim., 28 juin 2000, Bull. crim., n° 251, p. 741, Procureur général près la cour d'appel de Besançon.

(95) Crim. 6 déc. 2000, Bull. crim. n° 367, p.1109, Procureur général près la cour d'appel de Versailles c/ M. Nehal, et M. Dadda c/ M. Lakhmaiss et Mme Bakhouch (2 arrêts), et jurisp. cit. : cas d'un individu qui, interpellé en flagrant délit à 2 heures, a été sur-le-champ ramené au commissariat et à qui les droits n'ont été notifiés qu'à 3 heures 55, alors que, dès son arrivée au commissariat, il a été "gardé dans les locaux" sur ordre de l'officier de police judiciaire de permanence et que, se trouvant, aux termes de l'article 63 du Code de procédure pénale, gardé à la disposition d'un officier de police judiciaire pour les nécessités d'une enquête, il devait, dès cet instant, recevoir notification de ses droits **(1ère esp.)** ; et cas d'un individu qui, dès son interpellation à 6 heures à son domicile, a été immédiatement menotté et tenu, sous la contrainte, à la disposition de gendarmes, officiers de police judiciaire, qui l'ont privé de sa liberté d'aller et de venir, et qui n'a reçu notification qu'à 7 heures 30 de son placement en garde à vue, prenant effet à 6 heures, et des droits attachés à cette mesure **(2de esp.)**.

(95)*bis)* Crim., 6 mai 2003, Bull. crim., n° 93, Procureur général près la cour d'appel de Paris c/ Mme Maurice, et jurisp. cit. ; *Procédures*, juill. 2003, n° 7, p. 20, note J. Buisson : justifie, dès lors, sa décision la cour d'appel qui énonce qu'une personne, interpellée à 10 heures 15 pour un flagrant délit d'outrage puis conduite pour audition dans les locaux du commissariat de police où elle est retenue jusqu'à 12 heures 10, aurait dû être placée en garde à vue.

procédure pénale **dès lors que l'étranger n'avait pas refusé de décliner son identité et avait remis un passeport et une carte d'identité**, et a décidé que le procès-verbal de police mentionnant qu'une enquête en flagrant délit avait été ouverte sur le fondement des articles 53 et suivants du Code de procédure pénale pour infraction à la législation sur les étrangers, l'officier de police judiciaire avait pu, au regard des dispositions de **l'article 62** de ce code, **retenir l'étranger**, lequel n'avait, dès lors, **pas été arbitrairement détenu** de 11 heures 30, date de sa présentation au commissariat de police, jusqu'à 11 heures 50, date de sa remise en liberté [(96)].

De même, alors qu'il résultait des pièces de la procédure qu'un ressortissant étranger n'avait **pas refusé de décliner son identité et avait présenté son passeport** aux agents de police ayant procédé au contrôle de son identité, la première chambre civile a, par un arrêt du 14 juin 2005, jugé que c'est à bon droit, dès lors que ce n'est **que pour les nécessités d'une enquête** que l'article 63 du Code de procédure pénale prévoit qu'un officier de police judiciaire peut placer une personne en garde à vue, que le premier président a retenu que les policiers n'ayant procédé à **aucune enquête** du chef de vente à la sauvette (infraction qui avait justifié le contrôle d'identité sur le fondement de l'article 78-2, alinéa 1er du Code précité) ou de séjour irrégulier à l'encontre de l'intéressé qu'ils se sont bornés à mettre à la disposition des autorités administratives compétentes pour examiner sa situation d'étranger, ceux-ci n'étaient **pas dans l'obligation de le placer en garde à vue** [(96)*bis)*].

Et c'est à bon droit, selon un arrêt de la deuxième chambre civile du 25 janvier 2001, qu'une ordonnance avait retenu que l'officier de police judiciaire pouvait décider seul, au vu des **nécessités de l'enquête** (en flagrant délit), d'une mesure de garde à vue, justifiée par l'existence d'un délit [(97)].

90.1. Tout comme la chambre criminelle, la deuxième chambre civile énonce, en revanche, qu'il résulte de l'article 63 du Code de procédure pénale que, lorsqu'elle est mise **sous la contrainte** à la disposition de l'officier de police judiciaire pour les nécessités de l'enquête, la personne à l'encontre de laquelle il existe des indices faisant présumer qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction **doit** être placée en garde à vue et recevoir notification de ses droits. Ainsi, alors que des fonctionnaires de police, agissant sur instruction du procureur de la République informé par le préfet, en application de l'article 40 du Code de procédure pénale, de la situation irrégulière d'un ressortissant étranger, s'étaient présentés au domicile de ce dernier et l'avaient invité à les accompagner au commissariat de police afin de vérifier sa situation, la deuxième chambre civile a-t-elle, par un arrêt du 9 décembre 2004, approuvé le premier président d'une cour d'appel qui, ayant retenu que l'étranger ne s'était pas présenté spontanément au commissariat de police, que pas davantage il n'avait répondu volontairement à une convocation, qu'il avait obéi aux injonctions de l'autorité publique et s'était soumis à un contrôle d'identité et

---

[(96)] 2e Civ., 29 mars 2001, pourvoi n° 99-50.091, M. Amani c/ préfet des Yvelines, préc. (inédit).

[(96)*bis)*] Civ. 1ère, 14 juin 2005, Bull., I, n° 249, p. 210, M. Boti c/ préfet de Police de Paris.

[(97)] 2e Civ., 25 janv. 2001, pourvoi n° 99-50.105, Mme Zellat c/ préfet de la Haute-Garonne (inédit).

à une audition portant sur des faits de nature pénale, ce dont il résulte que l'intéressé **s'est rendu au commissariat de police et a été maintenu à la disposition** de l'officier de police judiciaire **sous la contrainte**, en a exactement déduit que l'étranger **devait être placé en garde à vue** et se voir notifier les droits attachés à cette mesure [(97)*bis)*].

91. En somme, alors qu'aux termes des articles 63 (enquête de flagrance), 77 (enquête préliminaire) ou 154 (exécution d'une commission rogatoire d'un juge d'instruction) du Code de procédure pénale [(98)], dans leur rédaction actuellement applicable, issue de la **loi n° 2002-307 du 4 mars 2002**, l'officier de police judiciaire ***peut***, pour les nécessités de l'enquête, placer en garde à vue - ou garder à sa disposition - toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle commis ou tenté de commettre une infraction, la **décision de placer cette personne en garde à vue** relève d'une **faculté que l'officier de police judiciaire tient de la loi** et **qu'il exerce, dans les conditions qu'elle définit, sous le seul contrôle du procureur de la République** ou, le cas échéant, du juge d'instruction [(98)*bis)*], cette faculté ne devenant une obligation qu'en cas d'usage de la contrainte.

92. Par trois arrêts rendus en chambre mixte le 7 juillet 2000, alors que la **durée de la garde à vue**, décidée sur le fondement de l'article 63, alinéa 1er, du Code de procédure pénale (dans la rédaction alors applicable), n'avait pas dépassé le délai légal de 24 heures, la Cour de cassation a considéré qu'avait violé ce texte un premier président qui, pour faire droit à l'exception de nullité de la procédure présentée par un étranger, fondée sur l'irrégularité de la garde à vue, avait retenu que cette mesure avait été d'une durée excessive, aucun acte n'ayant été diligenté par la police entre l'audition de l'intéressé, quelques heures après le placement en garde à vue, et la levée de cette mesure, effectuée le lendemain, juste avant l'expiration du délai légal de 24 heures et

---

[(97)*bis)*] 2e Civ., 9 déc. 2004, Bull., II, n° 518, p. 442, Préfet des Deux-Sèvres c/ M. Chabane Hattat.

[(98)] V. loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 *renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes* (JO 16 juin 2000, p. 9038), qui a notamment modifié les articles 62 et 63 du Code de procédure pénale et supprimé en enquête de flagrance la garde à vue des simples témoins ; *adde*, loi n° 2002-307 du 4 mars 2002 *complétant la loi* précitée (JO 5 mars 2002, p. 4169), qui, alignant en cela le droit français sur les termes mêmes de l'article 5 de la Conv. EDH, a notamment remplacé, dans les articles 62, 63, 77 et 78 du Code pénal, les mots *"indices faisant présumer"* par ceux de ***"raison(s) plausible(s) de soupçonner"***. V., sur ce point, François TAQUET, *"Les règles en matière de garde à vue issues de la loi n° 2002-[307] du 4 mars 2002 ou l'art de réformer une réforme"*, Gaz. Pal. 2002. Chron. 1205, spéc. § B.

[(98)*bis)*] Crim., 4 janv. 2005, à paraître au Bull. crim., pourvoi n° 04-84.876, Procureur général près la cour d'appel de Poitiers c/ Edith X. : excède dès lors ses pouvoirs, la cour d'appel qui, après avoir constaté qu'il ressort des procès-verbaux de police que la prévenue peut être **soupçonnée d'avoir commis l'infraction** d'outrage envers des personnel dépositaires de l'autorité publique, énonce que sa garde à vue ne répond pas aux nécessités de l'enquête et que son audition aurait dû être réalisée après convocation au commissariat. Rappr., Crim., 9 juill. 2003, pourvoi n° 03-82.161, M. Mansouri c/ société Valiance Fiduciaire : le placement en garde à vue a été jugé justifié, dès lors que l'intéressé était mis en cause dans un procès-verbal de renseignement faisant état de ce que, selon une "*source confidentielle mais digne de foi*", il avait participé à la commission des infractions, objet de l'information, et que l'article 154 du Code procédure pénale, dans sa rédaction issue de la loi du 15 juin 2000, n'exigeait pas qu'un **indice de participation à l'infraction** revête une **gravité particulière** pour autoriser le placement en garde à vue.

immédiatement après la notification de l'arrêté de reconduite à la frontière et de placement en rétention administrative [99].

La durée légale de la garde à vue se trouve donc à la **disposition de l'officier de police judiciaire**, son utilisation étant cependant soumise, conformément au Code de procédure pénale, au contrôle du procureur de la République.

93. Des étrangers invoquent parfois à titre d'irrégularité de la procédure leur **"interpellation" et leur placement en garde à vue dans un commissariat de police** où ils se sont d'eux-mêmes rendus pour répondre à une **convocation de la police** (par exemple, dans le cadre d'enquêtes diligentées à l'occasion de la célébration de leur mariage, ou en raison de leur situation administrative au regard de la législation sur les étrangers).

Un arrêt du 10 novembre 1999 a cassé pour violation des articles 77 et 78 du Code de procédure pénale, l'ordonnance d'un premier président qui, pour déclarer irrégulière "l'interpellation" d'une personne de nationalité étrangère et dire n'y avoir lieu à prolongation de son maintien en rétention, a relevé que les enquêteurs l'ont interpellée au commissariat de police, où elle avait été invitée à se présenter en raison de sa situation administrative irrégulière, sans respecter la procédure de flagrance, alors que les actes effectués par les services de police avaient été accomplis en **enquête préliminaire** et que cette procédure autorisait l'officier de police judiciaire à placer en garde à vue, pour les nécessités de l'enquête, une personne qui se présentait sur convocation au commissariat de police pour y être entendue, dès lors qu'il existait des indices faisant présumer qu'elle avait commis une infraction [100].

Rejetant le pourvoi formé par une ressortissante étrangère, contre l'ordonnance infirmative d'un premier président ordonnant son placement en rétention, qui soutenait que sa convocation au commissariat de police faisait uniquement référence à une **"enquête mariage"**, correspondant à une démarche d'enquête administrative aux fins de vérification de l'absence de caractère frauduleux de son mariage célébré près d'un mois auparavant, démarche s'inscrivant dans le cadre d'un contrôle *a posteriori* en vue d'une éventuelle annulation de ce mariage, mais ne pouvant justifier le déclenchement d'une procédure pénale, un arrêt du 25 janvier 2001 a jugé que l'intéressée n'avait été ni irrégulièrement interpellée, ni arbitrairement retenue, dès lors que, répondant à une convocation motivée par une enquête sur son mariage et mentionnant l'utilité de se munir de son passeport, elle s'était présentée volontairement au commissariat de police où elle avait été entendue durant une demi-heure sur sa situation personnelle et matrimoniale, par un

---

[99] Ch. mixte, 7 juill. 2000, Bull.,, ch. mixte, n° 3, p. 3, et Bull. crim., n° 257, p. 757, pourvoi n° 98-50.007, Préfet de Police de Paris c/ M. Huang ; pourvoi n° 98-50.008, Préfet de Police de Paris c/ M. Wang (arrêt n° 2) ; pourvoi n° 98-50.009, Préfet de police c/ M. Peda (arrêt n° 1) ; concl. de M. l'avocat général Guérin, rapport et note de Mme le conseiller Benas, *in* Bull. inf. C. cass. n° 521 du 1er oct. 2000, p. 3 ; D. 2000. IR. 108 ; JCP. 2000.II.2033, obs. O. Guérin. *Adde*, 2e Civ., 7 juin 2001, pourvoi n° 00-50.071, Procureur général près la cour d'appel de Montpellier c/ préfet de l'Hérault et M. Meddiki (inédit).

[100] 2e Civ., 10 nov. 1999, Bull., II, n°168, p. 116, Préfet des Hauts-de-Seine c/ Mlle Aomari, préc. *Adde, supra,* § 63. Rappr. 2e Civ., 14 déc. 2000, Bull., II, n° 170, p. 121, Préfet de Police de Paris c/ M. Han.

officier de police judiciaire agissant pour l'exécution d'**instructions émanant du procureur de la République**, et que ce n'était qu'après cette audition, que l'officier de police judiciaire avait décidé, un quart d'heure plus tard, de son placement en garde à vue en raison des nécessités d'une **enquête en flagrant délit relative à une infraction à la législation sur les étrangers** [(101)].

De même, rejetant le pourvoi d'un étranger qui faisait grief à une ordonnance infirmative d'avoir dit régulières les conditions de son interpellation dans les locaux de police où il se trouvait en qualité de victime pour déposer une plainte et ordonné son maintien en rétention, un arrêt du 23 mai 2001 a jugé que le premier président avait légalement justifié sa décision en retenant qu'à l'occasion du **dépôt de plainte** effectué au commissariat, la police a constaté que l'intéressé était en **infraction à un arrêté de reconduite à la frontière** et qu'elle a ouvert une procédure judiciaire de **flagrant délit d'infraction à la législation sur les étrangers** qui justifiait le placement en garde à vue, alors qu'il résultait des procès-verbaux que la veille, des agents de police judiciaire avaient régulièrement procédé au contrôle d'identité de l'étranger, à l'égard duquel, conformément à l'article 78-2, alinéa 1er, du Code de procédure pénale, existaient des indices faisant présumer qu'il avait commis une **infraction de rixe,** puis à son interpellation et son audition au cours de laquelle il avait **déclaré être en situation irrégulière** au regard de la législation sur les étrangers, et que l'article 63 du code susvisé dispose que l'officier de police judiciaire peut, pour les nécessités de l'enquête, placer en garde à vue toute personne à l'encontre de laquelle il existe des indices faisant présumer qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction [(102)].

Le rôle du juge ne se limite pas à vérifier la régularité du placement en garde à vue. Son contrôle s'étend aussi aux **autres obligations légales**, telle celle qui est faite à l'officier de police judiciaire d'informer dès le début de la garde à vue le procureur de la République (ou le juge d'instruction lorsqu'a été délivrée une commission rogatoire).

Section II - L'information du procureur de la République (ou du juge d'instruction) quant à la garde à vue

94. Ainsi, un arrêt du 11 juin 1997 a-t-il approuvé un premier président d'avoir rejeté la demande du préfet tendant à la prolongation du maintien en rétention, alors qu'il résultait du procès-verbal établi par l'officier de police judiciaire que le procureur de la République n'avait **pas été avisé ni par téléphone ni par télécopie** du placement de l'intéressé en garde à vue dans les conditions prévues aux articles 54 et 63 du Code de procédure pénale et que l'étranger avait été maintenu en garde à vue dans des conditions irrégulières [(103)].

95. Il n'est pas inutile de rappeler la portée qu'a attachée la chambre criminelle au **retard** dans

---

[(101)] 2e Civ., 25 janv. 2001, pourvoi n° 99-50.105, Mme Zellat c/ préfet de la Haute-Garonne, préc. (inédit) ; *adde*, 2e Civ., 4 nov. 2004, pourvois joints n°s 04-50.022 et 04-50.025, M. Tutar c/ préfet du Loire (inédit).

[(102)] 2e Civ., 23 mai 2001, pourvoi n° 00-50.028, M. Bouzoumita c/ préfet de l'Essonne (inédit).

[(103)] 2e Civ., 11 juin 1997, Bull., II, n° 174, p. 103, Préfet des Hauts-de-Seine c/ M. Dembélé.

la mise en œuvre de cette obligation d'information du procureur de la République (ou du juge d'instruction lorsqu'a été délivrée une commission rogatoire) ***dès le placement*** en garde à vue, non justifié par des **circonstances insurmontables**, qui **fait nécessairement grief** aux intérêts de la personne concernée et **porte nécessairement atteinte** aux intérêts de la personne gardée à vue[(104)].

96. Les **articles 63 et 77 du Code de procédure pénale**, dans leur rédaction issue de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, font même, désormais obligation à l'officier de police judiciaire qui place une personne en garde à vue d'en **informer** le procureur de la République "***dès le début***" de celle-ci.

96.1 Ainsi, rappelant que, selon **l'article 63, alinéa 1er, du Code de procédure pénale, dans sa rédaction issue de la loi n° 2002-307 du 4 mars 2002**, l'officier de police judiciaire qui, pour les nécessités de l'enquête, place en garde à vue une personne à l'encontre de laquelle il existe **une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner** qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction, doit en informer le procureur de la République **dès le début de la garde à vue** et que tout retard dans la mise en œuvre de cette obligation, **non justifié par des circonstances insurmontables, fait nécessairement grief** aux intérêts de la personne concernée, un arrêt de la première chambre civile du 18 mai 2005 a jugé que méconnaît le sens et la portée de ce texte, des articles **41, alinéa 3**, du Code précité et 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 ainsi que du principe susénoncé, le premier président d'une cour d'appel qui, pour rejeter l'exception de nullité prise de la **tardiveté de l'information** donnée au procureur de la République **à 12 heures 55** quant à la garde à vue d'un étranger interpellé **à 9 heures 50**, retient que, préalablement à son

---

(104) Crim., 29 févr. 2000, Bull. crim., n° 93, p. 277, M. Plomion c/ MM. Cedale et a. : selon **l'art. 77, al. 1er, du CPP**, dans sa rédaction issue de la loi du 4 janvier 1993, le procureur de la République doit être informé sans délai, par l'officier de police judiciaire, **de tout placement en garde à vue** ; tout retard dans la mise en œuvre de cette obligation, non justifié par des circonstances insurmontables, **fait nécessairement grief** aux intérêts de la personne concernée ; méconnaît ce principe la chambre d'accusation qui rejette la requête en annulation prise de la violation des dispositions précitées, alors qu'il ne résulte d'aucun élément du dossier que le procureur de la République ait été avisé dès le placement en garde à vue ; Crim., 29 févr. 2000, Bull. crim., n° 92, p. 273, M. Augustin ; D. 2000. IR. 108 ; D. pénal 2000. Comm. 80, obs. Maron : selon **l'article 154 du CPP**, **le juge d'instruction doit être informé** dans les meilleurs délais, par l'officier de police judiciaire agissant en **exécution d'une commission rogatoire, de tout placement en garde à vue** ; méconnaît ce principe la chambre d'accusation qui rejette la requête en annulation prise de la violation des dispositions précitées, alors que le juge d'instruction n'a été avisé qu'à 19 heures 30 d'une mesure de garde à vue prise à 14 heures 30, et alors que tout retard, non justifié par une circonstance insurmontable, porte nécessairement atteinte aux intérêts de la personne gardée à vue ; Crim., 10 mai 2001, Bull. crim., n° 119, p. 358, M. Oussaren : selon **l'article 63, alinéa 1er, du CPP**, dans sa rédaction issue de la loi du 4 janvier 1993, le procureur de la République doit être informé dans les meilleurs délais, par l'officier de police judiciaire, **de tout placement en garde à vue** ; méconnaît ce principe la chambre de l'instruction qui rejette la requête en annulation prise de la violation des dispositions précitées, alors que le procureur de la République n'a été avisé qu'à **16 heures 30** d'une mesure de garde à vue prise à **12 heures 55**, et alors que tout retard, non justifié par une circonstance insurmontable, **porte nécessairement atteinte** aux intérêts de la personne gardée à vue.-

La chambre criminelle considère, en revanche, que le **défaut d'information** du procureur de la République, par les officiers de police judiciaire, **des infractions dont ils ont connaissance** dans l'exercice de leurs fonctions, prévue par **l'article 19 du Code de procédure pénale**, est **sans effet sur la validité des actes** accomplis par ces derniers : Crim., 1er déc. 2004, Bull. crim., n° 302, p. 1127, Procureur général près la cour d'appel de Colmar c/ M. Doll.

audition, l'intéressé a été remis à d'autres services de police, qui ont dû effectuer de vaines recherches sur leurs fichiers jusqu'à ce qu'il décline sa véritable identité, puis rechercher un interprète en présence duquel a été effectuée la notification de ses droits par écrit [104]*bis*.

96.2 En revanche, il résulte d'un arrêt de la deuxième chambre civile du 9 décembre 2004, que viole l'article 63-1 du Code de procédure pénale, ensemble l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, le premier président qui retient qu'un délai non justifié par des circonstances insurmontables s'est écoulé entre le placement en garde à vue et l'information du procureur de la République, ce dernier ayant été avisé de la mesure de garde à vue à 0 heure 29, alors que l'intéressé, interpellé sur la voie publique en état d'ivresse manifeste à 23 heures, avait été l'objet d'un examen médical de 23 heures 45 à 23 heures 59 et que sa garde à vue n'avait pu lui être notifiée, **après dégrisement**, qu'à 5 heures le lendemain (avec effet la veille à partir de 23 heures), ce dont il résultait que le procureur de la République n'avait **pas été informé avec retard du placement** en garde à vue [104]*ter*.

Rejetant le moyen de cassation pris de la violation des articles 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 et **63** du Code de procédure pénale, la deuxième chambre civile avait, du reste, déjà jugé, par une série d'arrêts du 19 février 2004, qu'était légalement justifiée la décision de prolongation du maintien en rétention d'un étranger prise par un premier président, dont il résultait que le procureur de la République avait été **informé sans retard** du placement en garde à vue, à 9 heures 10, d'un étranger faisant partie d'un groupe de 44 personnes, l'ordonnance attaquée retenant, pour rejeter le moyen tiré de ce que le procureur de la République n'avait pas été informé **dès le début de la garde à vue**, que l'ensemble des opérations ayant permis le contrôle et conduit à la mesure de garde à vue ont nécessité le transport d'un groupe important de personnes, des véhicules et du personnel, ainsi que la vérification approfondie des documents d'identité présentés par le simple examen visuel puis par le passage aux fichiers, que ce n'est donc qu'à partir de 7 heures 25 que l'officier de police judiciaire a pu procéder ou faire procéder aux auditions des personnes en situation de séjour irrégulier et établir à destination du magistrat du parquet la liste complète et précise des identité et domicile des personnes gardées à vue ; que, sans qu'il y ait lieu de motiver le **retard** pris dans l'avis à parquet par des circonstances insurmontables, les **circonstances particulières de l'interpellation** justifiaient l'existence d'un **délai matériellement incompressible** entre l'interpellation et l'avis au parquet sans qu'il y ait eu atteinte aux intérêts du gardé à vue [104]*quater*.

Section III - L'information immédiate de l'étranger quant à la nature de l'infraction

---

[104]*bis* Civ. 1ère, 18 mai 2005, à paraître au Bull., I, pourvoi n° 04.50.018, M. Ouaklies c/ préfet d'Ille-et-Vilaine, préc.

[104]*ter* 2e Civ., 9 déc. 2004, pourvoi n° 03-50.091, Préfet du Rhône c/ M. Traore (inédit).

[104]*quater* 2e Civ., 19 févr. 2004, Bull., II, n° 70, p. 58, M. Ghouzli c/ préfet du Nord, préc. ; D. 2004. IR. 677 ; AJ pénal 2004, p. 160 ; Dr. pénal 2004. Comm. 56, obs. Maron ; *adde*, 19 févr. 2004, pourvois n°s 03-50.026 à 03-50.034, MM. Ben Charif, Edjekouane, Bouferkas, Nami, Meszrag, Mandi, Benssaad, Hadji et Bouzidi c/ procureur général près la cour d'appel de Douai, préc. (inédits).

sur laquelle porte l'enquête et quant aux droits attachés à la garde à vue

96 *bis*. Rappelant qu'il appartient au juge, saisi en application de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, de se prononcer, comme gardien de la liberté individuelle, sur les irrégularités attentatoires à cette liberté, invoquées par l'étranger, d'une mesure de garde à vue lorsqu'elle précède immédiatement son maintien en rétention administrative, la deuxième chambre civile, par un arrêt du 22 mai 2003, décide que viole les articles 7 de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen**, 63-1 du Code de procédure pénale, dans sa rédaction issue de la **loi du 15 juin 2000**, - aux termes duquel toute personne placée en garde à vue est immédiatement informée par un officier de police judiciaire, ou, sous le contrôle de celui-ci, par un agent de police judiciaire, de la nature de l'infraction sur laquelle porte l'enquête, mention de cet avis étant portée au procès-verbal et émargée par la personne gardée à vue -, et 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, le premier président qui, pour rejeter l'exception d'irrégularité de la mesure de garde à vue, invoquée par un étranger, et confirmer la décision prolongeant sa rétention administrative, retient qu'il résulte du procès-verbal d'interpellation, qu'à la vue des gendarmes, l'intéressé a tenté de contourner le dispositif mis en place afin de se soustraire au contrôle, qu'en cet état, la notification du placement en garde à vue mentionnant que l'intéressé fait l'objet de cette mesure en raison des indices faisant présumer qu'il a commis ou tenté de commettre une infraction s'avère suffisante et qu'il n'est pas fondé à soutenir qu'il n'a pas été suffisamment informé des raisons de son placement en garde à vue, alors qu'il ne ressortait pas du procès-verbal de placement en garde à vue que l'étranger avait été **informé de la nature de l'infraction sur laquelle portait l'enquête** [(104)*quinquies)*].

96 *ter*. En revanche, un étranger ayant fait l'objet d'une mesure de rétention à l'issue de sa garde à vue régulièrement décidée puis prolongée, et ayant été informé de la nature des infractions de faux et usage de faux pour lesquelles cette mesure avait été prise, puis levée sur décision du procureur de la République qui renonçait à les poursuivre, doit être rejeté le pourvoi de l'intéressé, pris de la violation de l'article 63-1 du Code de procédure pénale, faisant valoir qu'il n'avait pas été avisé pendant sa garde à vue de ce que, parallèlement, il était procédé à une enquête pour d'autres faits, qui avait révélé l'irrégularité de son séjour en France, ce qui avait entraîné la décision préfectorale de reconduite à la frontière et de placement en rétention administrative ; dans une telle hypothèse, la deuxième chambre civile, par un arrêt du 5 février 2004, alors qu'aucun placement en garde à vue n'avait été décidé dans l'enquête pour séjour irrégulier et qu'**aucun texte n'impose d'aviser l'intéressé des autres infractions révélées ultérieurement**, a ainsi approuvé le premier président d'avoir exactement jugé que la procédure était régulière [(104)*sexies)*].

97. D'autre part, adoptant la position prise par la chambre criminelle dans les arrêts Abitbol et Dufour-Dumond du 14 décembre 1999 [(105)], la deuxième chambre civile a décidé, par deux

---

(104)*quinquies)* 2e Civ., 22 mai 2003, Bull., II, n° 152, p. 128, M. Zheng c/ Préfet de la Seine-Saint-Denis.

(104) *sexies)* 2e Civ., 5 févr. 2004, Bull., II, n° 44, p. 36, M. Tazmino c/ Préfet de police de Paris.

(105) Crim. 14 déc. 1999, Bull. crim. n° 302, p. 935, Abitbol : cassation d'un arrêt d'une chambre d'accusation dont les motifs ne caractérisaient pas l'impossibilité, pour l'officier de police judiciaire, de notifier immédiatement chacun de ses droits à la personne gardée à vue, aussitôt placée en garde à vue lors d'une perquisition

arrêts du 24 février 2000, qu'il résulte de l'**article 63-1 du Code de procédure pénale**, que l'officier de police judiciaire ou, sous son contrôle, l'agent de police judiciaire, a le devoir de **notifier immédiatement les droits attachés au placement en garde à vue** ; que tout retard dans la mise en œuvre de cette obligation, non justifié par une **circonstance insurmontable**, porte **nécessairement atteinte** aux intérêts de la personne concernée.

✦ Dès lors, alors qu'un étranger avait été placé en garde à vue à 3 heures 45 et que les droits attachés à cette mesure lui avaient été notifiés le même jour à 9 heures, avec l'assistance d'un interprète en langue espagnole, justifie légalement sa décision, un premier président qui déclare nulle la procédure de garde à vue ayant précédé le maintien en rétention de cette personne de nationalité équatorienne, après avoir constaté que plusieurs heures s'étaient écoulées entre son placement en garde à vue et la notification de ses droits et retenu qu'il n'était pas justifié de l'impossibilité de trouver immédiatement un **interprète** en langue espagnole [(106)].

✦ Et, alors qu'aucun interprète en langue chinoise n'était disponible à 23 heures 40 et que ce n'est que le lendemain à 9 heures 30, que l'étranger a été informé de ses droits, avec l'assistance d'un interprète, ne donne pas de base légale le premier président qui, pour rejeter l'exception de nullité prise d'une **notification tardive** des droits attachés au placement en garde à vue d'un étranger soumis ensuite à une mesure de rétention, retient que ce retard de plusieurs heures, dû à l'absence d'interprète disponible, n'a pas porté atteinte aux droits de l'intéressé, sans caractériser aucune **circonstance insurmontable** justifiant qu'il ait été impossible, en l'espèce, de faire immédiatement appel à un interprète en langue chinoise lors du placement en garde à vue [(107)].

Des arrêts des 29 juin 2000, 26 avril et 7 juin 2001 sont venus conforter cette position, en approuvant des premiers présidents d'avoir annulé la procédure de placement en rétention de ressortissants étrangers qui ne s'étaient vu notifier leurs droits afférents à la garde à vue qu'à 13 heures 45 ou 14 heures 40, alors que cette mesure avait commencé le même jour à 11 heures 10 [(108)] ou que l'interpellation dans le cadre d'une opération de police menée contre le travail

---

effectuée à 6 heures, mais qui n'avait reçu la notification de ses droits que par un procès-verbal dressé le même jour, à 10 heures 30.

Crim. 14 déc. 1999, Bull. crim. n° 301, p. 929, Dufour et Dumond : cassation d'un arrêt d'une chambre d'accusation ayant rejeté les requêtes en nullité fondées sur une notification tardive des droits en garde à vue, alors que la notification des droits aux intéressés - faite un jour à 19 heures 15 et un autre jour à 10 heures 50 - devait intervenir dès leur placement en garde à vue, lors des perquisitions effectuées respectivement à 13 heures 10 et 7 heures 50.

[(106)] 2e Civ., 24 févr. 2000, Bull., II, n° 34, p. 22 (2e esp.), Préfet de Police de Paris c/ M. Celli Valle.

[(107)] 2e Civ., 24 févr. 2000, Bull., II, n° 34, p. 22 (1ère esp.), M. Wu c/ préfet de Police de Paris ; *Rev. crit. dr. internat. privé* 2000, p. 697, note N. Guimezanes.

[(108)] 2e Civ., 29 juin 2000, pourvoi n° 99-50.033, Préfet de Police de Paris c/ M. Xu Yin Bin ; pourvoi n° 99-50.036, Préfet de Police de Paris c/ Mlle Xu Jianfen (inédits) ; 2e Civ., 7 juin 2001,

clandestin dans un atelier avait eu lieu à 11 heures [109].

98. De même, un arrêt du 11 avril 2002 a jugé que justifie légalement sa décision le premier président qui, pour estimer **injustifié le retard** apporté à la mise en œuvre des obligations de notification des droits attachés à la garde à vue édictées par l'article 63-1 du Code de procédure pénale, retient que l'étranger a été placé en garde à vue avec effet à 0 heure 30 (heure de son interpellation) et que la procédure mentionne qu'**en raison de l'heure tardive, il était impossible de se mettre à la recherche d'un interprète** en langue chinoise, constatations et énonciations desquelles il résulte qu'**aucune démarche n'a été faite** pour trouver un interprète avant 5 heures 45 (qui s'est effectivement présenté à 8 heures 20) [110].

Et pareillement, faute de caractériser aucune circonstance insurmontable justifiant qu'il ait été impossible, en l'espèce, **de faire immédiatement** appel à un interprète en langue roumaine **lors du placement en garde à vue**, ne donne pas de base légale à sa décision le premier président qui, pour rejeter l'exception de nullité prise d'une notification tardive des droits prévus par les articles 63-2 et suivants du Code de procédure pénale, retient que le ressortissant étranger a été interpellé à 4 heures 10, qu'à 4 heures 55 et 5 heures 05, **l'officier de police judiciaire a** tenté de notifier leur placement en garde à vue successivement à l'individu interpellé avec lui et à l'intéressé et **mentionné l'impossibilité compte tenu de l'heure tardive de requérir les services d'un traducteur** ; qu'un premier interprète, qui a pu être joint à 8 heures, n'est arrivé qu'à 11 heures 25 ; qu'il n'a pu procéder à la traduction, les intéressés ne parlant pas la langue russe ukrainienne ; qu'à 12 heures, il a été fait appel à une interprète en langue moldave et roumaine et que les droits ont ainsi été notifiés à l'étranger à 13 heures 15 [110*bis*].

99. Par ailleurs, un arrêt du 26 octobre 2000 a décidé que c'était à bon droit qu'un premier président avait retenu qu'était excessif le délai de plusieurs heures écoulé entre le placement en garde à vue de l'étranger (la mesure courait à compter de 11 heures 30) et la notification de ses droits (qui avait eu lieu le même jour, à 15 heures 50, avec l'assistance d'un interprète en langue chinoise), et que celle-ci était tardive, **la présence de l'interprète ayant été acquise dès le départ de l'enquête** [111].

Un arrêt du 30 novembre 2000 a également jugé que justifie légalement sa décision de ne pas prolonger la rétention d'un étranger, le premier président qui retient que le **procès-verbal** établi à l'occasion de l'interpellation de l'intéressé (à la suite d'une perquisition effectuée à 10 heures) et informant celui-ci de son placement en garde à vue à 11 heures 15, dans le cadre d'une procédure principale pour travail clandestin, n'était **pas revêtu de sa signature**, et que la

---

pourvoi n° 00-50.056, Préfet de Police de Paris c/ Mlle Xia (inédit).

[109] 2e Civ., 26 avril 2001, pourvoi n° 00-50.011, Préfet de police de Paris c/ M. Zhang (inédit).

[110] 2e Civ., 11 avril 2002, Bull., II, n° 75, p.62, Préfet de police de Paris c/ M. Bo.

[110*bis*] Civ. 1ère, 18 mai 2005, Bull., I, n° 215, p. 183, M. Stefan c/ préfet de l'Essonne.

[111] 2e Civ., 26 oct. 2000, pourvoi n° 99-50.034, Préfet de Police de Paris c/ M. Jian Dao Zhen (inédit).

notification des droits par procès-verbal séparé du même jour, à 12 heures 50, dans le cadre d'une procédure incidente pour infraction à la législation sur les étrangers, est tardive et injustifiée, dès lors qu'un **interprète** se trouvait **sur les lieux** de l'interpellation et que rien ne s'opposait à une notification immédiate des droits à la personne gardée à vue, alors qu'il se déduit de ces constatations et énonciations que n'existait **aucune circonstance particulière insurmontable** justifiant le retard de la notification des droits [(112)].

Dans cette espèce, alors que le retard de notification des droits avait été relativement court, la décision s'explique par les circonstances particulières tenant d'une part à l'absence de signature par l'étranger du procès-verbal de placement en garde à vue, et d'autre part à la présence, *ab initio,* d'un interprète en langue chinoise sur les lieux mêmes de l'interpellation.

100. Mais ***a contrario***, un premier président, statuant en application de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, est bien fondé à rejeter l'exception de nullité prise de la **tardiveté de la notification des droits** attachés au placement en garde à vue d'un étranger, dès lors qu'il apparaît, au vu des motifs de l'ordonnance attaquée et des pièces de la procédure, que cette irrégularité est résultée de l'**impossibilité, du fait de circonstances insurmontables**, de faire immédiatement appel à un interprète.

La deuxième chambre civile a ainsi jugé, par un arrêt du 4 juillet 2002, que le délai écoulé entre le placement en garde à vue d'un ressortissant étranger, à 14 heures 35, et la notification des droits, à 15 heures 35, était en l'espèce justifié par les diligences faites par la police, nécessitées par la détention par l'étranger d'un passeport japonais, en vue de déterminer sa véritable identité et la langue parlée par lui, ayant consisté à vérifier à 14 heures 45 qu'il était incapable de s'entretenir en langue japonaise avec un fonctionnaire de l'ambassade du Japon, puis à établir à 14 heures 55 un procès-verbal de **recherche d'interprète** en langue chinoise ainsi qu'une réquisition à un interprète en cette langue, présent au service de 14 heures 30 à 19 heures, d'assister l'officier de police judiciaire dans la traduction des actes de **deux procédures** distinctes, dont celle concernant l'intéressé, dans le cadre de laquelle cet interprète a effectivement prêté serment à 15 heures 35 [(113)].

Rejetant le pourvoi d'un étranger qui soutenait qu'il n'avait pas été informé immédiatement de la nature de l'infraction reprochée, de la durée et des droits afférents à la garde à vue, ces informations ayant été fournies à 9 heures 45 bien que l'interprète ait été présent au commissariat de 9 heures à 12 heures, en violation de l'article 63-1 du Code de procédure pénale, un arrêt du 27 mars 2003 a également jugé qu'a fait une exacte application de la loi le premier président qui, pour confirmer la prolongation du maintien en rétention, a retenu, par motifs propres et adoptés, que si le mémoire d'honoraires présenté par l'interprète est établi pour une durée de trois heures, cette durée inclut le temps nécessaire au déplacement de l'interprète et que l'intéressé ne prouve pas que l'interprète ait été présent dans les lieux dès 9 heures [(113)*bis*].

[(112)] 2e Civ., 30 nov. 2000, Bull., II, n° 159, p. 113, Préfet de Police de Paris c/ M. Lian.

[(113)] 2e Civ., 4 juill. 2002, Bull., II, n° 154, p. 123, M. Chen c/ préfet de Police de Paris.

[(113)bis] 2e Civ., 27 mars 2003 (2e moy.), pourvoi n° 01-50.047, M. Rista, alias Teglas c/ Préfet de Police de Paris (inédit).

Caractérise encore, selon un arrêt du 7 octobre 2004, les **circonstances insurmontables justifiant qu'il ait été impossible de faire appel à un interprète** en langue roumaine lors du placement en garde à vue, le premier président qui, pour ordonner la prolongation de la rétention, retient que l'étranger, interpellé **un 1er Mai** à 1 heure 30 du matin, a été présenté dès 1 heure 50 à l'officier de police judiciaire, que l'intéressé ne s'exprimant pas en français, les services de police **ont recherché un interprète** en langue roumaine **et constaté par procès-verbal** établi à 2 heures 30 qu'aucun interprète n'avait la possibilité de se déplacer au service, que l'interprète, qui a pu être joint à 9 heures 30, n'est arrivé qu'à 12 heures 25, que le 1er mai est un **jour férié** qui se trouve au milieu d'un "pont" et que les policiers ont **mis en œuvre tous les moyens** pour y parvenir[(113)*ter*].

101. Il convient, par ailleurs, d'observer qu'un certain nombre d'arrêts rendus par la chambre criminelle ne condamnent pas, pour autant, certains **assouplissements** dictés par des considérations pratiques, lorsque les droits des personnes gardées à vue sont effectivement et suffisamment préservés par ceux-ci.

Ainsi, en particulier, la notification des droits prévus par les articles 63-1, 63-2, 63-3 et 63-4 du Code de procédure pénale n'est pas tardive dès lorsqu'elle est intervenue dès le placement effectif en garde à vue, peu important, à cet égard, que, dans son intérêt même, le délai de garde à vue ait été calculé à compter de l'heure de l'arrivée dans les services de police[(114)].

[(113)*ter*] 2e Civ., 7 oct. 2004 (3e moy.), Bull., II, n° 443, p. 376, M. Pit c/ préfet de la Seine-Saint-Denis, préc.

[(114)] Crim., 13 nov. 1996, Bull. crim., n° 401, p. 1166 (arrêt n° 1), M. Cossart c/ WPD et a. ; 6 mai 1997, Bull. crim., n° 174, p. 576, M. Ghlis c/ WPD et a. ; 14 oct. 1998, Bull. crim., n° 260, p. 750, M. Decaix, préc., et jurisp. cit. : conformément aux dispositions des articles 77 et 78 du Code de procédure pénale, une personne qui **se présente sans contrainte au service de police où elle est convoquée**, peut être entendue par un officier de police judiciaire au cours d'une **enquête préliminaire**, avant d'être informée de la plainte dont elle fait l'objet et d'être alors placée en garde à vue ; son audition n'est pas irrégulière, dès lors que la notification de ses droits prévue par l'article 63-1 du Code de procédure pénale est effectuée **dès le placement effectif en garde à vue** et que la durée de cette mesure est calculée à compter de l'heure de l'arrivée dans le service de police ; Crim., 9 févr. 2000, Bull. crim., n° 64, p.175, M. Perez : la notification de ses droits à la personne gardée à vue n'est pas tardive dès lors qu'il résulte notamment des mentions contenues dans un procès-verbal signé de l'intéressé que, dès le début de la mesure de garde à vue, il a été informé de ses droits ; Crim., 16 févr. 2000, Bull. crim., n° 72, p. 201, M. Dumas et Mme Deviers c/ Société Elf Aquitaine et a. : justifie sa décision la chambre d'accusation qui, pour dire régulière la notification à une personne gardée à vue de ses droits, retient que l'officier de police judiciaire lui en a donné connaissance au moment de son **placement effectif en garde à vue**, lorsque, en fin de perquisition, ont été découverts des éléments à charge ; il n'importe que, dans l'intérêt de la personne concernée, le délai de garde à vue ait été calculé à compter du début de la perquisition ; Crim., 21 mars 2000, Bull. crim., n° 127, p.380, M. Lefebvre : il résulte des art. 63-1 et 66 du Code de procédure pénale que le procès-verbal de notification des droits attachés à la garde à vue doit être rédigé sur-le-champ ; toutefois l'irrégularité consistant à ne consigner cette notification qu'ultérieurement, lors de l'audition de la personne concernée, ne peut entraîner la nullité des actes effectués pendant la mesure s'il est établi que cette personne a eu **effectivement connaissance des droits dès le début de la mesure** ; Crim., 10 mai 2000, Bull. crim., n° 180, p. 525, M. M'Baraka : conformément aux dispositions des articles 76, 77 et 78 du Code de procédure pénale, une personne, qui, à l'issue d'une perquisition effectuée à son domicile avec son assentiment écrit et en sa présence, a **accepté de suivre sans contrainte les policiers jusqu'au commissariat**, pour y être entendue

101 *bis*. Il convient, en outre, d'observer qu'aucune disposition du Code de procédure pénale n'exige que **lecture** soit faite à l'étranger **du procès-verbal** constatant l'information donnée **verbalement** à l'étranger quant à son placement en garde à vue et à ses droits y afférents.

Rejetant le pourvoi d'un étranger qui soutenait que, n'ayant pas lu le procès-verbal de placement en garde à vue, il n'avait pas été informé de la nature de l'infraction reprochée, de la durée de la garde à vue et des droits afférents à cette mesure en violation des articles 62 et 63-1 du Code de procédure pénale et de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, un arrêt de la deuxième chambre civile du 27 mars 2003, a ainsi jugé qu'a fait une exacte application de la loi le premier président qui, pour confirmer la prolongation du maintien en rétention, a relevé que les dispositions du Code de procédure pénale **n'exigent pas que lecture soit faite du procès-verbal** constatant **l'information donnée verbalement** à l'intéressé de son placement en garde à vue et de ses droits afférents, pièce signée par l'étranger et par l'interprète[(114)*bis)*].

101 *ter*. Par ailleurs, s'appuyant sur l'article 706-71 du Code de procédure pénale, issu de la loi du 15 novembre 2001[(114) *ter)*], duquel il résulte qu'***en cas de nécessité, résultant de l'impossibilité pour un interprète de se déplacer***, l'assistance de l'interprète au cours d'une audition peut également se faire par l'intermédiaire des **moyens de télécommunications**, la deuxième chambre civile, écartant le moyen de cassation d'un ressortissant étranger soutenant qu'il n'était pas établi que l'interprète en langue bulgare soit intervenu téléphoniquement pour assurer la traduction de la notification de ses droits au moment de son placement en garde à vue et que la notification régulière intervenue postérieurement était tardive, a jugé, par un arrêt du 8 juillet 2004, que, dès lors que le procès-verbal de notification des droits, établi par l'officier de police judiciaire en application de l'article 63-1 du Code de procédure pénale, à 1 heure 05, mentionnait que la **notification des droits** avait été **traduite au téléphone par l'interprète** en langue bulgare **qui ne pouvait se déplacer** et que l'avocat ne justifiait pas avoir diligenté une procédure propre à contester cette mention, le premier président qui avait rejeté la demande d'annulation de la procédure avant de confirmer la prolongation du maintien en rétention administrative de l'intéressé, avait fait l'exacte application des dispositions du texte précité[(114)*quater)*].

---

en **enquête préliminaire**, peut faire l'objet d'une audition avant d'être placée en garde à vue ; cette audition n'est pas irrégulière, dès lors que la **notification des droits** mentionnés à l'article 63-1 du Code de procédure pénale a été faite **dès le placement en garde à vue** intervenu **à l'issue d'opérations effectuées sans contrainte**, et il n'importe que, dans l'intérêt de la personne concernée, la durée de la garde à vue ait été calculée à compter du début de la perquisition ; Crim., 19 janv. 2000, Bull. crim., n° 33, p. 82, M. Nonnenmacher et a. c/ commune de Marmoutier : *idem*, dans une procédure sur **commission rogatoire d'un juge d'instruction**.

[(114)*bis)*] 2e Civ., 27 mars 2003 (1er moy.), pourvoi n° 01-50.047, M. Rista, alias Teglas c/ Préfet de Police de Paris, préc. (inédit).

[(114)*ter)*] Art. 32 de la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 *relative à la sécurité quotidienne* (JO 16 nov. 2001, p. 18215).

[(114)*quater)*] 2e Civ., 8 juill. 2004, Bull., II, n° 364, p. 308, M. Pulev c/ préfet de Police de Paris ; *adde*, Paris, 10e ch. A, 8 sept. 2003, RG. 02/13566, Bull. inf. C. Cass. n° 610 du 15 déc. 2004, § 1839.

101 *quater*. Il sera encore observé que, dans sa dernière rédaction issue de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 [(114)*quinquies)*], le troisième alinéa de l'article 63-1 du Code de procédure pénale prévoit que c'est "**le cas échéant** au moyen de **formulaires écrits**" que les informations mentionnées au premier alinéa de ce texte doivent être communiquées à la personne gardée à vue dans une langue qu'elle comprend.

Cette modalité, qui permet de notifier immédiatement à l'étranger les droits afférents à la mesure de garde à vue, pose néanmoins problème quant à l'information devant lui être donnée quant à la **nature de l'infraction sur laquelle porte l'enquête**.

101 *quinquies*. Mais il est satisfait aux exigences de l'art. 63-1 du code de procédure pénale, dès lors qu'il résulte des mentions des procès-verbaux relatant les **diligences infructueuses aussitôt accomplies** par un officier de police judiciaire, qu'un étranger s'est vu immédiatement notifier **ses droits au moyen d'un formulaire écrit** dans une langue comprise par lui, et que c'est en raison de l'impossibilité, du fait de **circonstances insurmontables**, de faire appel immédiatement à un interprète lors du placement en garde à vue, que l'intéressé n'a pu **qu'ultérieurement**, par le truchement de celui-ci, être informé de la **nature de l'infraction** sur laquelle portait l'enquête.

✦ Ainsi, alors que l'**ordonnance** d'un premier président retient que le procès-verbal établi à 4 heures 10 mentionne que l'officier de police judiciaire a, à ce moment là, "tenté en vain et à maintes reprises de prendre attache téléphonique avec les différents interprètes" et que ne disposant pas dans l'immédiat d'interprète en langue arabe il lui a remis l'imprimé de notification des droits rédigé dans cette langue, qu'à 8 heures 30, l'officier de police judiciaire a pu contacter un interprète qui est arrivé dans les locaux de police à 8 heures 55, qu'il résulte de ces mentions que l'officier de police judiciaire a sans délai fait toutes diligences pour tenter de trouver un interprète et que ce n'est qu'en raison de l'impossibilité matérielle d'y parvenir que la notification des droits attachés à la garde à vue n'a pu être immédiate, qu'en conséquence, ce retard n'a pas affecté la régularité de la procédure ; et qu'il résulte, en outre, du **dossier** que l'officier de police judiciaire, qui avait placé la personne en garde à vue pour des faits d'infraction à la législation sur les étrangers, lui a communiqué les informations exigées relatives à ses droits en garde à vue et à la durée de celle-ci au moyen d'un formulaire écrit en langue arabe, et qu'à 9 heures, il a à nouveau, par le truchement d'un interprète en langue arabe arrivé à 8 heures 55 au service de police, notifié par un procès-verbal signé de l'intéressé, son placement en garde à vue pour les nécessités de l'enquête en raison d'une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'il avait commis l'infraction "d'étranger en situation irrégulière", en lui rappelant les droits y afférents ;

✦ et, alors que l'**ordonnance** d'un premier président retient que l'intéressé a été placé en garde à vue le 4 novembre 2004 à 0 heure 45, que le procès-verbal mentionne que les services de police ont aussitôt pris attache avec un interprète en langue portugaise, sans résultat, et que dans l'attente, il lui a été remis un exemplaire de ses droits de gardé à vue en langue portugaise, et que, dès lors, il a reçu notification de ses droits dès qu'il a été placé en garde à vue, par cette note ; et qu'il résulte, en outre, du **dossier** que l'officier de police judiciaire, qui avait placé la personne

---

[(114)*quinquies)*] Art. 81 de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 *portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité* (JO 10 mars 2004, p. 4567).

en garde à vue pour des faits d'infraction à la législation sur les étrangers, a, par une mention de "carence", relaté les diligences infructueuses qu'il avait immédiatement effectuées auprès de deux interprètes en langue portugaise nommément désignés, qu'au moyen d'un formulaire écrit en cette langue comprise par l'étranger qui a signé ce document, il lui a communiqué les informations exigées relatives à ses droits en garde à vue et à la durée de celle-ci, et qu'à 9 heures 30, il a à nouveau, par le truchement d'un des interprètes en langue portugaise arrivé au service de police, notifié par un procès-verbal signé de l'intéressé, son placement en garde à vue pour les nécessités de l'enquête en raison d'une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'il avait commis une infraction à la législation sur les étrangers, en lui rappelant les droits y afférents ;

il s'ensuit, dans ces deux cas, qu'en raison de ces informations données au moyen d'un **formulaire écrit** dans une langue comprise par l'étranger, ainsi que de **l'impossibilité**, du fait de ces **circonstances insurmontables**, de faire **appel immédiatement à un interprète** lors du placement en garde à vue de l'intéressé, il n'a pas été porté atteinte aux droits de l'étranger [(114)*sexies)*].

Section IV - La compréhension linguistique et l'assistance d'un interprète lors de la garde à vue

102. L'article 63-1, alinéa 3, du Code de procédure pénale prévoit que les informations mentionnées au premier alinéa de ce texte doivent être communiquées à la personne gardée à vue ***"dans une langue qu'elle comprend"***.

103. Dès lors, rejetant un pourvoi qui faisait grief à une ordonnance d'avoir annulé la **mise en rétention** d'un étranger et d'avoir ordonné sa mise en liberté au motif qu'il n'avait pas bénéficié de l'assistance d'un interprète au cours de sa rétention, alors que, selon le moyen, le fait qu'il ait fourni divers renseignements aux services de police prouvait qu'il avait une compréhension satisfaisante du français et que la régularité de la procédure administrative est de la compétence du juge administratif, un arrêt de la deuxième chambre civile du 27 mars 1996 a jugé qu'ayant constaté que l'étranger **ne parlait pas français** et n'avait **pas été assisté d'un interprète lors de son audition par les services de police**, et s'agissant de la protection des libertés, le premier président en avait déduit à bon droit, sans préjuger la régularité de la décision administrative, que **l'audition de l'intéressé**, et donc la procédure judiciaire subséquente, étaient **nulles** [(115)]

Et un arrêt du 12 novembre 1997 a approuvé un premier président qui, pour constater l'irrégularité de la garde à vue et de la prolongation du maintien en rétention, a pu retenir que la procédure s'était déroulée dans une langue que ne maîtrisait pas l'étranger, en relevant que celui-ci

---

[(114)*sexies)*] Civ. 1ère, 10 mai 2006, à paraître au Bull., I, n° ?, p. ?, pourvoi n° 04-50.171, M. Moudian c/ procureur de la République près le tribunal de grande instance de Bayonne et préfet des Pyrénées-Atlantiques ; et pourvoi n° 04-50.172, M. Sousa c/ procureur de la République près le tribunal de grande instance de Bayonne et préfet des Pyrénées-Atlantiques.

[(115)] 2e Civ., 27 mars 1996, Bull., II, n° 74, p. 46, Préfet de Police de Paris c/ M. Guirassy ; *adde*, § 179 et 197.

est ukrainien, qu'il a été assisté pendant la garde à vue d'un interprète en langue anglaise et qu'à l'audience d'appel, assisté d'un interprète en langue russe, il a déclaré ne pas posséder la langue anglaise [115]*bis)*.

104. La deuxième chambre civile ne reconnaît cependant pas un pouvoir discrétionnaire aux juges du fond dans l'exercice de leur **contrôle de la compréhension de la langue** dans laquelle ont été communiquées à l'étranger gardé à vue les informations prévues par le 1er alinéa de l'article 63-1 du Code de procédure pénale [116]. Leurs décisions doivent être **spécialement motivées de ce chef**, sans insuffisances ni contradiction, en prenant notamment en considération les **pièces de la procédure**.

105. Ainsi, ne donne **pas de base légale** à sa décision le premier président qui, pour constater la nullité du procès-verbal de notification des droits relatifs à la garde à vue d'un étranger et annuler la mesure de rétention, retient que l'intéressé n'a **pas** bénéficié de l'assistance d'un **interprète** en temps utile, **sans rechercher s'il n'avait pas une connaissance suffisante de la langue française ni analyser à cette fin les pièces de la procédure**, et notamment les procès-verbaux de notification de placement en garde à vue et de mainlevée de cette mesure, mentionnant que l'information de l'intéressé concernant ses droits lui avait été faite en langue française qu'il comprenait, ainsi que le procès-verbal d'audition dans lequel celui-ci, nonobstant la mention de difficultés d'expression correcte, avait été à même de donner des détails aux policiers que ceux-ci ne pouvaient connaître que par lui [117].

Au visa des articles 63-1, alinéa 3, du Code de procédure pénale, 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 et 455 du nouveau Code de procédure civile, la deuxième chambre civile, par un arrêt du 7 juin 2001, avait également censuré, pour défaut de base légale, une ordonnance qui, pour annuler la procédure et donner mainlevée de la mesure de rétention, avait retenu qu'une ressortissante albanaise avait été entendue tout au long de la procédure hors la présence d'un interprète, que de l'**entretien** liminairement effectué avec elle, il ressortait que l'intéressée ne possédait pas les rudiments de la langue française et qu'il s'ensuivait que la notification de ses droits en langue française n'avait pas été régulièrement opérée, le premier président s'étant ainsi déterminé, **sans analyser les pièces de la procédure**, et notamment le procès-verbal de placement en garde à vue mentionnant que l'information de l'intéressée concernant ses droits lui avait été faite dans une langue qu'elle comprenait, ainsi que le procès-verbal d'audition dans lequel celle-ci avait indiqué parler et comprendre le français et avoir été scolarisée en Albanie dans une école française, et avait donné des détails aux policiers que ces derniers ne pouvaient connaître que par elle [118].

---

[115]*bis)* 2e Civ., 12 nov. 1997, pourvoi n° 96-50.093, Préfet de l'Ariège c/ M. Dmutriev (inédit).

[116] Cet alinéa a été modifié par les art. 7-II et 8 de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, 3 de la loi n° 2002-307 du 4 mars 2002 (JO 5 mars 2002, p. 4169) et 19 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 (JO 19 mars 2003, p. 4761).

[117] 2e Civ., 10 oct. 2002, Bull., II, n° 215, p. 170, Préfet de la Seine-Saint-Denis c/ M. Tenniche.

[118] 2e Civ., 7 juin 2001, pourvoi n° 00-50.051, Préfet de Police de Paris c/ Mlle Kiptiu (inédit).

Rejetant le pourvoi pris de l'atteinte aux droits de la défense et de la violation de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, formé par un ressortissant turc qui soutenait qu'il s'était vu imposer, pendant sa garde à vue, un interprète en langue allemande bien qu'il ait sollicité un interprète en langue kurde ou turque alors que sa connaissance de l'allemand était insuffisante pour lui permettre de comprendre la procédure et pour s'expliquer, raisons pour lesquelles il avait refusé de signer les procès-verbaux traduits dans cette langue, et que l'interprète en langue allemande étant un fonctionnaire de la police de l'air et des frontières, son indépendance n'était pas garantie alors qu'il existe un lien de subordination entre lui et l'administration préfectorale, un arrêt du 26 avril 2001 avait encore, dans la même optique, jugé qu'un premier président avait **souverainement** apprécié, par une **décision motivée**, la valeur et la portée des éléments de preuve qui lui étaient soumis, et ainsi **légalement justifié sa décision** de prolonger la rétention de l'étranger, l'ordonnance rendue relevant qu'il ne résultait pas de la procédure d'enquête de flagrant délit que celui-ci avait demandé au cours de sa garde à vue un interprète en langue turque ou kurde ni prétendu ne pas connaître l'allemand, qu'en revanche il avait déclaré avoir appris cette langue en Allemagne où il avait séjourné pendant six ans et savoir la lire et l'écrire, qu'il possédait un permis de conduire allemand, que le refus de signer un procès-verbal était l'expression d'un droit reconnu par la loi et ne signifiait pas que l'intéressé n'eût pas compris ce qu'il contenait et qu'en l'espèce ce document était le reflet des déclarations de l'étranger faites par le truchement de l'interprète en allemand, et l'ordonnance retenant aussi que l'interprète n'était pas un agent de la police de l'air et des frontières, qu'il n'avait pas participé à l'enquête autrement qu'en qualité d'interprète et qu'il avait prêté serment [(119)].

106. Il n'est, en tout cas, pas indispensable que l'étranger qui n'a pas une connaissance suffisante de la langue française soit assisté d'un interprète parlant l'une des langues nationales officielles, ou bien la langue usuelle ou maternelle de l'intéressé. Il suffit que les opérations d'interprétariat soient effectuées dans une **langue comprise par l'étranger**.

107. Un arrêt du 11 janvier 2001 a ainsi décidé que viole les articles 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 et 63-1 du Code de procédure pénale, une cour d'appel qui, pour dire n'y avoir lieu à mesure de surveillance et de contrôle, après avoir relevé la nullité de la procédure tenant à l'absence d'interprète en langue albanaise lors de la notification des droits à la personne gardée à vue, retient que la ressortissante étrangère, de nationalité albanaise, n'a pu être assistée pendant sa garde à vue par un interprète de sa langue mais par un interprète en langue italienne, qu'elle était assistée d'un interprète en langue albanaise devant le juge délégué, que n'ayant pu s'exprimer et être entendue dans sa langue, la procédure est nulle, et que le recours à un interprète dans une autre langue que la langue nationale de l'intéressée, en l'espèce la langue italienne, ne saurait satisfaire aux prescriptions légales, alors que le **procès-verbal de notification** établi par un officier de police judiciaire assisté d'un interprète en langue italienne, **signé** de l'étrangère, **mentionne** que l'information de l'intéressée concernant ses droits lui avait été faite dans une langue qu'elle comprenait [(120)].

108. Par ailleurs, la chambre criminelle a jugé qu'**aucun texte n'exige** que celui qui apporte

---

[(119)] 2e Civ., 26 avril 2001, pourvoi n° 00-50.049, M. Arslan c/ préfet de la Moselle (inédit).

[(120)] 2e Civ., 11 janv. 2001, Bull., II, n° 3, p. 3, Préfet de Police de Paris c/ Mlle Bisha.

son assistance à un officier de police judiciaire, pour que la personne placée en garde à vue soit informée de ses droits dans une langue qu'elle comprend, ait **prêté serment** [121].

109. Aussi, est-ce sans préjudice de ces divers assouplissements jurisprudentiels et législatifs, dictés par un évident souci de pragmatisme, que la **Cour de cassation** entend désormais exercer un **contrôle** vigilant sur le respect de l'exigence légale d'information **immédiate** de la personne gardée à vue dans une **langue qu'elle comprend** quant aux droits attachés à cette mesure, qui est seul à même d'en assurer **l'effectivité**.

Section V - L'effectivité de l'exercice des droits attachés à la garde à vue

110. Selon l'**article 63-4, alinéas 1 et 2, du Code de procédure pénale**, dans sa rédaction issue de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, *"**dès le début de la garde à vue** ainsi qu'à l'issue de la vingtième heure, la personne peut demander à **s'entretenir avec un avocat**. Si elle n'est pas en mesure d'en désigner un ou si l'avocat choisi ne peut être contacté, elle peut demander qu'il lui en soit commis un **d'office** par le bâtonnier. Le **bâtonnier est informé** de cette demande par tous moyens et **sans délai**"*.

L'article 64 du Code de procédure pénale précise, en outre, que l'officier de police judiciaire **mentionne sur le procès-verbal** d'audition de toute personne gardée à vue les demandes faites en application des articles 63-2, 63-3 et 63-4 et **la suite qui leur a été donnée**.

L'article 2.2.4.2 a) de la circulaire présentant les dispositions de la loi du 15 juin 2000 indique que si les enquêteurs sont tenus à une **obligation de moyens** et non de résultat, il faut toutefois, ainsi que le rappelle la Haute juridiction, que l'officier de police judiciaire justifie avoir accompli les démarches de nature à permettre, dans le délai légal, l'exercice du droit à l'entretien avec un avocat [122]. Ce texte ajoute qu'en tout état de cause, la description précise des **diligences** effectuées par les enquêteurs **pour contacter l'avocat** et le contenu des différentes informations données, ainsi que **l'heure** à laquelle les diligences ont été effectuées, devront figurer dans le procès-verbal.

111. La chambre criminelle a, en effet, érigé en **principe** qu'il résulte des articles 4.IV de l'ordonnance du 2 février 1945, relative à l'enfance délinquante, et **64 du Code de procédure pénale** que doivent être **mentionnées par procès-verbal les diligences accomplies par l'officier de police judiciaire**, dès la demande à s'entretenir avec un avocat, formulée par un mineur de seize ans, gardé à vue ; et, par suite, méconnaît ce principe la chambre d'accusation qui rejette le moyen de nullité pris de la violation des dispositions précitées, alors qu'**aucun élément de la procédure n'établit les diligences accomplies** par l'officier de police judiciaire à la suite de la

---

[121] V. not. Crim. 26 mai 1999, Bull. crim. n° 105, p. 280, M. Lampe ; Dr. pénal 1999. Comm. 237, obs. Buisson. - Rappr., **lors de la phase judiciaire**, *infra*, § 346 *bis*.

[122] Circ. CRIM 00-13 F1 du 4 déc. 2000, *présentant les dispositions de la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes concernant la garde à vue et l'enquête de police judiciaire.*

demande faite par un mineur de 16 ans pour s'entretenir avec un **avocat commis d'office**, dès le début de la garde à vue[123].

La chambre criminelle considère, en revanche, qu'établissent que l'officier de police judiciaire **a accompli les diligences imposées** par l'article 4-IV de l'ordonnance du 2 février 1945, les énonciations de l'arrêt d'une chambre d'accusation qui, pour rejeter le moyen de nullité présenté par un mineur, pris du **défaut d'entretien avec un avocat** pendant sa garde à vue - ou de son **caractère tardif** -, retient que les pièces de la procédure établissent que l'officier de police judiciaire, dès la demande formulée par le mineur, a appelé au téléphone le service de permanence des avocats et après avoir renouvelé vainement cet appel à plusieurs reprises, a contacté l'Ordre des avocats - ou a appelé le numéro de téléphone de la messagerie des avocats de permanence puis, à défaut de réponse, a renouvelé vainement cet appel trois heures plus tard[124].

De même, alors qu'il **résulte du procès-verbal rédigé par l'officier de police judiciaire** que celui-ci, après avoir vainement contacté la messagerie vocale de l'avocat de permanence à 8 heures 25, a joint par téléphone, à 10 heures, un autre avocat avec lequel le gardé à vue s'est entretenu de 14 heures 30 à 15 heures, un arrêt de la chambre criminelle du 28 avril 2004 juge que satisfait aux exigences posées par l'article 63-4 du Code de procédure pénale, l'officier de police judiciaire qui **justifie avoir contacté, par tous moyens**, fût-ce vainement la première fois, **le bâtonnier de l'Ordre** ou son délégataire **dès la demande d'entretien avec un avocat commis d'office** formulée par la personne gardée à vue, au moment de la notification écrite de ses droits, lorsque celle-ci intervient à l'arrivée dans le local de police, peu après une notification verbale effectuée sur le lieu de l'interpellation, et qu'aucune disposition légale ou conventionnelle n'impose à l'officier de police judiciaire, qui a tenté vainement de joindre, dès le début de la mesure de garde à vue, le bâtonnier de l'Ordre des avocats ou son délégataire, de différer l'audition de la personne qui fait l'objet de cette mesure[124*bis*].

Et sous l'empire de l'ancienne rédaction de l'article 63-4 du Code de procédure pénale, la chambre criminelle avait pareillement décidé que, dans le cas où la personne - majeure - gardée à vue demandait à s'entretenir avec un avocat désigné d'office, si le texte précité imposait à l'officier de police judiciaire d'en **informer, par tous moyens, le bâtonnier de l'Ordre**, lorsque 20 heures s'étaient écoulées depuis le début de la garde à vue, il ne lui faisait **pas obligation de rendre effectif l'entretien avec cet avocat**[125].

112. La deuxième chambre civile par deux arrêts des 23 janvier 2003 et 23 avril 2003, puis la première chambre civile par un arrêt du 14 juin 2005, ont jugé que méconnaît le sens et la portée des articles 63-4, alinéas 1 et 2, et 64 du Code de procédure pénale, le premier président d'une cour

---

[123] Crim. 8 mars 2000, Bull. crim. n° 109, p. 322, M. Roche c/ Consorts Bobier ; D. 2000. IR. 165 ; *Procédures* 2000. Comm. 176, obs. Buisson.

[124] Crim. 25 oct. 2000, pourvoi n° 00-84.875, M. Giraud c/ Mme Daburon et a., et pourvoi n° 00-84.874, M. Boumia c/ époux Miottini (inédits).

[124*bis*] Crim. 28 avr. 2004, Bull. crim. n° 102, p. 388, David Hotyat, et jurisp. cit.

[125] Crim. 13 févr. 1996, Bull. crim. n° 73, p. 214, M. Barewski, et jurisp. cit.

d'appel qui rejette l'exception de nullité de la procédure prise de la violation du premier de ces textes et confirme la décision de prolongation du maintien en rétention d'un étranger en retenant :

> ● que celui-ci a pu s'entretenir avec un conseil **deux heures après** qu'il eut exprimé, à 6 heures 10 du matin, le souhait d'être assisté dès la phase initiale de la garde à vue, ce délai et cet horaire impliquant nécessairement que **les services de l'Ordre** aient été prévenus sans aucun retard [(126)] ;
>
> ● ou que l'intéressé s'est entretenu avec un avocat **une heure quinze minutes** après la notification de ses droits, à 17 heures 35, ce qui démontre que les enquêteurs ont effectivement avisé **le bâtonnier de l'Ordre** dès la demande d'entretien, et qu'aucun acte d'enquête n'a été effectué entre la notification des droits et l'entretien avec l'avocat [(126)*bis)*] ;
>
> ● ou que l'étranger ayant été mis en présence d'un avocat à **23 heures**, son interpellation étant intervenue le même jour à 18 heures et la notification des droits à **19 heures**, le délai écoulé jusqu'à ce qu'il puisse rencontrer ***un*** avocat n'est *pas excessif* au regard notamment du nombre de personnes interpellées en même temps que lui [(126)*ter)*],

alors que le procès-verbal ne mentionne pas les diligences accomplies par l'officier de police judiciaire à la suite de la demande faite par l'intéressé pour s'entretenir avec **un avocat commis d'office** [(126) et (126)bis)] ou, *a fortiori*, avec **l'avocat qu'il avait choisi** [(126)*ter)*], dès le début de la garde à vue.

112.1. Les mêmes exigences sont applicables en cas de **prolongation de la garde à vue**.

C'est ainsi que par un arrêt rendu le 31 mai 2005 au visa des articles 63-4, alinéas 1, 2 **et 6** du Code de procédure pénale, dans sa rédaction issue de la **loi n° 2000-516 du 15 juin 2000** alors applicable, et 64 du même Code, la première chambre civile a cassé l'ordonnance d'un premier président qui, pour rejeter l'exception de nullité prise de la violation du premier de ces textes, avait retenu qu'il ressortait du procès-verbal de police que l'étranger, qui avait demandé à rencontrer son avocat à la trente-sixième heure de garde à vue seulement, n'avait pu s'entretenir avec lui, puisque celui-ci, *régulièrement avisé*, ne s'était pas présenté dans le temps de la garde à vue, alors que le **procès-verbal ne mentionnait pas les diligences accomplies** par l'officier de police judiciaire à la suite de la demande faite par l'intéressé au moment de la notification de la prolongation de sa garde à vue, pour s'entretenir avec son avocat, **dès le début de la prolongation**

[(126)] 2e Civ., 23 janv. 2003, Bull., II, n° 13, p. 10, M. Gutu c/ Préfet de Police de Paris, D. 2003. IR. 667 ; JCP 2003.IV.1426.

[(126)*bis)*] 2e Civ., 24 avr. 2003, Bull.,, II, n° 108, p. 93, M. Ghanni c/ Préfet de la Haute-Garonne.

[(126)*ter)*] Civ. 1ère, 14 juin 2005 (3e moy.), Bull., I, n° 248, p. 209, M. Tayeb c/ préfet de Police de Paris, préc.

de cette mesure [126]*quater)*.

112 *bis*. Pour permettre **l'exercice effectif** du droit du gardé à vue à s'entretenir avec un avocat dès le début de la garde à vue, ou de la prolongation de cette mesure, le juge ne saurait cependant se borner à examiner que les diligences accomplies à cette fin ont bien été mentionnées dans la procédure. Il lui appartient également d'apprécier, **selon les circonstances particulières** de l'espèce, la **justification du délai** éventuellement écoulé **entre la formalisation** par la personne gardée à vue de sa demande d'entretien avec un avocat choisi ou commis d'office, **et l'avis donné** par l'officier de police judiciaire à l'avocat ou au bâtonnier ; et dès lors qu'il existe une contestation portant sur cette durée, son appréciation doit être effectuée au cas par cas, sous le **contrôle de la Cour de cassation**.

112 *ter*. Ainsi, par deux arrêts du 28 juin 2005, la première chambre civile a-t-elle, le même jour, décidé :

● de casser, au visa de l'article 63-4 du Code de procédure pénale (dans sa rédaction issue des lois des 15 juin 2000 et 4 janvier 2003, applicable à l'espèce) - dont il résulte que **dès le début de la garde à vue, la personne peut demander à s'entretenir avec un avocat qui doit être informé de cette demande par tous moyens et sans délai -**, ensemble l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, devenu les articles L. 551-1 et suivants du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, l'ordonnance infirmative d'un premier président qui, pour prolonger la rétention administrative d'un étranger, avait retenu qu'il était justifié par les actes de la procédure que l'officier de police judiciaire, seulement tenu d'une obligation de moyens, avait entrepris les démarches de nature à permettre, dans le délai légal, l'exercice du droit à s'entretenir avec un avocat, qu'alors que le placement en garde à vue avait débuté à 9 heures et que des actes comme la fouille à corps avaient été effectués, l'officier de police judiciaire avait avisé le cabinet de l'avocat à 9 heures 58, et qu'aucune audience sur le fond n'avait été commencée avant la venue de l'avocat désigné par la personne gardée à vue d'où il suivait qu'aucun grief ne pouvait être invoqué comme portant atteinte aux intérêts de la défense, alors qu'il résultait de ses propres constatations que l'**avocat désigné** n'avait été informé de la demande de l'étranger qu'après un **délai de 58 minutes, sans que ce délai fût justifié par des circonstances particulières**, et que **tout retard** dans la mise en œuvre de cette obligation, **en l'absence d'une telle circonstance, porte nécessairement atteinte aux intérêts de la personne concernée** [126]*quinquies)* ;

● mais, au contraire, de rejeter le pourvoi formé contre une ordonnance qui, pour refuser d'annuler la procédure et confirmer la prolongation de la rétention, avait retenu, par motifs propres et adoptés, que l'étranger avait été avisé de ses droits en garde à vue et avait demandé à s'entretenir avec un **avocat désigné d'office** à 21 heures 25, que les enquêteurs avaient ensuite informé de la mesure le procureur de la République à une heure qu'ils n'avaient pas précisée, procédé à la fouille à corps de l'intéressé et consulté trois fichiers, qu'ils avaient téléphoné à l'avocat de permanence à 21 heures 55 et que l'audition du gardé à vue avait eu lieu après qu'il s'était entretenu avec un avocat, le premier président ayant pu déduire de ces constatations et énonciations que, **dans ces**

---

[126]*quater)* Civ. 1ère, 31 mai 2005, pourvoi n° 04-50.035, M. Lautaru c/ préfet de Police de Paris (inédit).

[126]*quinquies)* Civ. 1ère, 28 juin 2005, Bull., I, n° 281, p. 234, M. Arica c/ préfet de Loir-et-Cher.

circonstances et compte tenu des diligences effectuées sans désemparer par les enquêteurs, le **délai de demi-heure** mis pour aviser l'avocat n'était **pas excessif**[(126)*sexies)*].

Et, rejetant le pourvoi formé par un procureur général, la première chambre civile a jugé, par un arrêt du 6 décembre 2005, que c'est à juste titre qu'une ordonnance retient que le **délai d'une heure** qui s'est écoulé entre la demande faite par un étranger (à 0 heure 55, au moment de la notification des droits relatif à sa garde à vue) pour s'entretenir avec un avocat commis d'office dès le début de cette mesure, et l'information donnée au **service de permanence des avocats** (à 2 heures, par un message laissé sur le répondeur téléphonique), étant précisé que l'officier de police judiciaire n'a **pas fait mention** dans son procès-verbal **d'une circonstance particulière qui l'aurait empêché** de donner cette information sans délai, contrevient aux prescriptions de l'article 63-4 du Code de procédure pénale et constitue une **violation des droits de la défense**, l'intéressé ayant été **privé de la possibilité d'avoir un entretien avec un avocat dès le début de la garde à vue**, de sorte que le premier président en avait exactement déduit que cette **irrégularité avait vicié la procédure** de garde à vue et celle - subséquente - du maintien en rétention administrative [(126)*septies)*].

113. Par ailleurs, et bien que les dispositions législatives du Code de procédure pénale (spécialement celles de l'article 63-4) ne précisent pas cette exigence, lorsque l'étranger placé en garde à vue ne **maîtrise pas suffisamment la langue française** et que l'avocat, choisi ou commis d'office, ne parle pas l'une des langues étrangères comprises par l'intéressé, l'**effectivité de l'entretien** nécessite qu'il soit fait appel à un **interprète**.

C'est, du reste, le sens de **l'article C. 63-4.8** du Code précité (circulaire générale) qui indique que *"lorsque la personne gardée à vue ne peut s'entretenir avec l'avocat, il appartient à **l'officier de police judiciaire** de faire appel à l'interprète de son choix"*.

114. Ni la deuxième chambre civile, ni même la chambre criminelle[(127)] de la Cour de cassation n'ont eu, à ce jour, l'occasion de trancher cette question.

Mais plusieurs juridictions du fond ont adopté cette solution[(128)], en jugeant que l'entretien avec un avocat pendant la garde à vue constitue une **formalité substantielle** ; que dès lors qu'il

---

[(126)*sexies)*] Civ. 1ère, 28 juin 2005, Bull., I, n° 282, p. 235, M. Kami c/ préfet des Pyrénées-Atlantiques.

[(126)*septies)*] Civ. 1ère, 6 déc. 2005, Bull., I, n° 473, p. 398, Procureur général près la cour d'appel de Caen c/ M. Tchatchibaia.

[(127)] V., cependant, Crim. 20 déc. 2000, pourvoi n° 00-86.757, Schulz : considérant que l'omission d'une formalité prévue par la loi ne saurait entraîner la nullité d'**actes antérieurs à l'irrégularité**, cet arrêt a rejeté un pourvoi formé par un ressortissant allemand, ne s'exprimant qu'en langue allemande et "éventuellement anglaise", qui n'avait pu bénéficier, passé la 72e heure de garde à vue, de l'entretien avec un avocat, faute du concours d'un interprète en langue allemande.

[(128)] Lyon, ord.1er Pt., 22 oct. 2001, Préfet du Rhône c/ M. Nache, dit Trasca, et préfet du Rhône c/ M. Dinca ; TGI Aix-en-Provence, 22 déc. 1993, D. 1994.566, note Dominique X-Barrial.

a été demandé par une personne ne maîtrisant pas la langue française et s'exprimant en langue étrangère, cet entretien doit se dérouler en présence d'un interprète sauf à priver le droit de communiquer avec cet avocat de toute **efficacité** ; et que l'absence d'interprète au cours de cet entretien équivaut donc à l'absence d'entretien et constitue une atteinte au respect des **droits de la défense**[(129)] qui entraîne la **nullité** de l'ensemble des actes auxquels il a été procédé pendant la garde à vue et de la procédure subséquente.

Section VI - L'autorisation écrite de prolongation de la garde à vue

115. Aux termes de l'alinéa 2 de l'article 63 du Code de procédure pénale, dans sa rédaction issue de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, *la personne gardée à vue ne peut être retenue plus de vingt-quatre heures ; toutefois, la garde à vue peut être* ***prolongée*** *pour un nouveau délai de vingt-quatre heures au plus,* ***sur autorisation écrite du procureur de la République****.*

116. Par un arrêt du 30 octobre 2001, la chambre criminelle de la Cour de cassation a approuvé la décision d'une chambre de l'instruction qui, pour rejeter l'**exception de nullité de la garde à vue**, avait retenu qu'une autorisation de prolongation de cette mesure avait été accordée par le procureur de la République avant l'expiration du premier délai de 24 heures et qu'il n'importe que ladite **autorisation** soit **parvenue entre les mains de l'officier de police judiciaire après** que ce dernier eut **notifié** la prolongation à la personne concernée[(130)].

117. Par un arrêt du 6 juin 2002, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a jugé que justifie sa décision prolongeant la rétention d'un étranger, un premier président qui relève que la prolongation de la garde à vue a été notifiée à l'étranger par un procès-verbal **visant l'autorisation écrite du procureur** de la République et signé par l'intéressé après s'être entretenu avec son conseil, et qui retient aussi que **ce procès-verbal fait foi de l'existence de l'autorisation, qui peut être jointe ultérieurement** au dossier, ce dont il résulte que la prolongation de la garde à vue était régulière[(131)].

[(129)] Rappr. Cons. Const., décision n° 93-326 DC du 11 août 1993, JO. 15 août 1993, p. 11600, 1ère col.

[(130)] Crim., 30 oct. 2001, Bull. crim., n° 222, p. 705, M. Delperie c/ société OFIVAL.

[(131)] 2e Civ., 6 juin 2002, Bull., II, n° 118, p. 94, M. Mbouni Ambomo c/ préfet de la Savoie, préc.

CHAPITRE III : Le contrôle portant sur la DÉTENTION au moment où la décision de maintien est notifiée

Section I - Le délai écoulé à compter de la levée d'écrou

118. Le contrôle du juge judiciaire porte, tout d'abord, sur le **délai entre la levée d'écrou** à la sortie d'un établissement pénitentiaire où un ressortissant étranger a fini de purger une peine d'emprisonnement **et la notification** d'une décision préfectorale **de maintien en rétention** administrative dans un local ne relevant pas de l'administration pénitentiaire, qui fait généralement suite à une mesure judiciaire d'interdiction totale ou temporaire du territoire français, ou à un arrêté d'expulsion pris par le ministre de l'Intérieur, délai pendant lequel, **pour l'exécution des formalités requises**, la personne est "retenue" ou "détenue", peut être conduite dans un lieu ne relevant plus de l'administration pénitentiaire, par exemple un commissariat de police, et se trouve donc momentanément privée de sa liberté, en particulier d'aller et de venir...

...la deuxième chambre civile ayant, du reste, ainsi été conduite à juger, par un arrêt du 4 novembre 2004, qu'alors que la notification de l'arrêté de rétention **pouvait intervenir, après la levée d'écrou, dans le délai n'excédant pas le temps nécessaire à la conduite de l'intéressé dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire et à l'accomplissement des formalités requises**, un premier président ne pouvait, pour rejeter la requête tendant à la prolongation de la rétention de l'étranger, condamné à une interdiction du territoire français à titre de peine complémentaire, énoncer qu'il appartient à l'autorité administrative de notifier le placement en rétention dans des locaux de détention avant la levée d'écrou, puis de transférer l'étranger dans des locaux ne dépendant pas de l'administration pénitentiaire, que les services de police peuvent également interpeller l'étranger à sa sortie de maison d'arrêt, au titre d'une infraction à la décision d'interdiction du territoire français, pour lui notifier, pendant la garde à vue, son placement en rétention administrative [(131)*bis*].

119. Par l'arrêt Massamba du 28 juin 1995 - rendu le même jour que les arrêts Bechta et Mpinga précités - la position jurisprudentielle prise pour le contrôle de l'interpellation faisant suite à un contrôle d'identité et pour le contrôle de la garde à vue précédant immédiatement un maintien en rétention a été étendue au contrôle portant sur cette détention.

En l'espèce, alors que le premier président avait décidé qu'à supposer qu'il en soit justifié, le point de savoir si M. Massamba avait été retenu illégalement pendant la période invoquée - entre la levée d'écrou et la notification de la rétention administrative - constituait une difficulté relevant de la juridiction administrative, le magistrat délégué devant seulement statuer sur les mesures énumérées par l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, la deuxième chambre civile a jugé qu'en se déterminant ainsi, il avait violé les articles 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, 66 de la Constitution du 4 octobre 1958 et 136 du Code de procédure pénale, alors qu'il appartient au juge, saisi par le préfet en application du premier texte susvisé, de se

---

[(131)*bis*] 2e Civ., 4 nov. 2004, pourvoi n° 04-50.021, Préfet de la Gironde c/ M. Ben Baghdad (inédit).

prononcer, comme gardien de la liberté individuelle, sur l'irrégularité, invoquée par l'étranger, de sa détention au moment où la décision de rétention lui était notifiée [132].

120. C'est au cas par cas, et sous le **contrôle de la Cour de cassation**, que le juge du fond doit apprécier le caractère régulier ou non de la détention.

Ainsi, s'agissant d'un étranger condamné à une peine d'emprisonnement et à une mesure d'interdiction du territoire national, **ne met pas la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle**, le premier président d'une cour d'appel qui, **sans rechercher l'heure de la levée d'écrou**, déduit de ce que la décision de rétention avait été notifiée à 9 heures 45 dans les locaux des services de police et de ce que le Préfet de police avait avisé la maison d'arrêt que les fonctionnaires de police prendraient en charge l'intéressé le même jour avant 12 heures, que le délai écoulé entre l'extraction et la notification de la mesure de rétention n'avait pas excédé le temps nécessaire à la conduite de l'intéressé dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire et à l'observation des formalités requises [133]*bis)*.

121. Par un arrêt du 24 février 2000, la deuxième chambre civile a approuvé un premier président qui, après avoir relevé que la levée d'écrou d'un ressortissant étranger et la notification qui lui a été faite de son placement en rétention pour exécuter une peine (d'interdiction du territoire national) n'ont pas été concomitantes, a exactement décidé que sa **conduite dans des locaux de police** pour cette notification ne constituait pas une mesure attentatoire à sa liberté et a, à bon droit, relevé que les **locaux de l'hôtel de police** où l'étranger a été retenu n'étaient pas des locaux dépendant de l'administration pénitentiaire [134].

122. S'agissant de l'**appréciation de la durée**, un arrêt du 28 juin 2000 a jugé qu'ayant retenu que la levée d'écrou était intervenue à 10 heures et que l'arrêté de rétention avait été notifié à l'intéressée le même jour, à 10 heures 30, un premier président avait pu en déduire que le délai écoulé n'avait pas excédé le **temps nécessaire à la conduite de l'intéressée** dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire **et à l'accomplissement des formalités requises**, et que la ressortissante étrangère n'avait **pas été retenue arbitrairement** [135]. La même solution a été retenue par un autre arrêt du même jour, alors qu'un premier président avait retenu que la levée d'écrou était intervenue à 15 heures 30 et que l'arrêté de rétention avait été notifié à l'intéressé le même jour, à 16 heures 30 [136].

La deuxième chambre civile a encore jugé, par un arrêt rendu le 13 janvier 2005, qu'ayant retenu que la notification de l'arrêté de rétention avait été effectué à 10 heures 05, après

---

[132] 2e Civ., 28 juin 1995, Bull., II, n° 211, p. 122, M. Massamba c/ préfet de Police de Paris, préc.

[133]*bis)* 2e Civ., 8 avr. 2004, Bull., II, n° 176, p. 148, M. Nassour c/ Préfet de Police de Paris, préc.

[134] 2e Civ., 24 févr. 2000, pourvoi n° 98-50.036, M. Yattabare c/ préfet de la Somme (inédit).

[135] 2e Civ., 28 juin 2000, pourvoi n° 99-50.016, Mlle Makengo c/ préfet de la Côte-d'Or (inédit).

[136] 2e Civ., 28 juin 2000, Bull., II, n° 104, p. 71, M. Sirca c/ préfet du Bas-Rhin.

l'élargissement de l'étranger du centre de détention, survenu à 9 heures 30, et que ce délai de 35 minutes avait été nécessaire pour organiser la **prise en compte, le transport et l'audition de l'intéressé, dans des conditions normales de sécurité et de confort** pour ce dernier, un premier président avait pu, en l'état de ces constatations et énonciations, décider que le délai écoulé n'avait pas excédé le temps nécessaire à la conduite de l'intéressé dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire et à l'accomplissement des formalités requises et que l'étranger n'avait pas été retenu arbitrairement [(135)*bis)*].

Section II - Le délai écoulé à compter de l'interpellation ou de la fin de la mesure de garde à vue

123. Le contrôle du juge judiciaire porte aussi sur le délai de privation de liberté éventuellement écoulé entre le contrôle d'identité ou l'interpellation **non suivie d'un placement en garde à vue** de l'étranger, ou bien la **fin de la mesure de garde à vue** dont celui-ci a pu faire l'objet après son interpellation, et la notification de la décision préfectorale de maintien en rétention administrative dans un local ne relevant pas de l'administration pénitentiaire.

123.1. Ainsi, alors qu'il résultait de l'ordonnance attaquée et des **pièces de la procédure**, que le contrôle d'identité d'un ressortissant étranger avait été réalisé à 10 heures 15 par des agents d'un service de police de proximité et que la notification de l'arrêté préfectoral de reconduite à la frontière et de placement en rétention, effectuée à 12 heures 10 par les services des renseignements généraux, avait nécessité la rédaction d'un procès-verbal relatant avec précision les opérations de contrôle, la conduite de l'étranger dans ces locaux, le recours à un interprète en langue roumaine qui avait signé les différents actes de la procédure auxquels il avait prêté son concours, la rédaction et la signature d'un procès-verbal et des documents annexes de notification de l'arrêté préfectoral de reconduite à la frontière et de maintien en rétention ainsi que des droits et des voies de recours y afférents, la première chambre civile a, par un arrêt du 14 juin 2005, jugé qu'il résultait de ces éléments que le premier président, qui avait **vérifié la régularité de la privation de liberté** de l'intéressé pendant la période ayant précédé la notification de la décision de maintien en rétention administrative et s'était prononcé, comme gardien de la liberté individuelle, sur les irrégularités attentatoires à cette liberté invoquées par l'étranger, **avait pu en déduire** que le **délai écoulé entre le contrôle d'identité de l'intéressé et son placement en rétention assorti de la notification** des droits y afférents n'était pas excessif, de sorte que l'étranger n'a **pas été l'objet d'une détention arbitraire** [(136)].

124. Et par un arrêt du 11 avril 2002, la deuxième chambre civile a, de manière semblable, jugé qu'un étranger ne fait pas l'objet d'une **rétention arbitraire**, dès lors qu'entre 15 heures 30, heure de la **fin de sa garde à vue**, et 15 heures 48, heure de la mesure de rétention administrative le concernant, il résulte de l'ordonnance du premier président et des pièces de la procédure que lui ont été **successivement notifiés**, par le truchement d'un **interprète**, un arrêté d'éloignement, les

---

[(135)*bis)*] 2e Civ., 13 janv. 2005, Bull., II, n° 6, p. 5, M. X... (Pedrac Marincic) c/ préfet du Pas-de-Calais.

[(136)] Civ. 1ère, 14 juin 2005, Bull., I, n° 249, p. 210, M. Boti c/ préfet de Police de Paris, préc.

voies et délais de recours contre cette décision, ainsi que les arrêtés de reconduite à la frontière et de maintien en rétention administrative [136bis].

Section III - En cas de décision de maintien en zone d'attente

125. Dès la promulgation de la loi n° 92-625 du 6 juillet 1992 instituant les zones d'attente[137], **la Doctrine** s'est interrogée sur le statut de l'étranger en attente d'une décision lui donnant ou lui refusant l'autorisation d'entrer sur le territoire français et sur **le délai** dont dispose l'administration pour prendre sa décision, en notant que *"si la question n'a été abordée ni dans l'exposé des motifs du projet de loi (...), ni dans la discussion au Sénat ou à l'Assemblée nationale, il y a là, pourtant, un aspect fondamental des droits de la personne car, en l'état actuel de la législation, la période séparant le débarquement de l'avion (ou, plus rarement, du bateau) de la décision relative à l'entrée en France n'est régie par aucun texte"*[138].

126. Aussi, alors qu'en vertu des articles 66 de la Constitution du 4 octobre 1958 et 135 du Code de procédure pénale, il appartient au juge judiciaire, saisi par l'autorité administrative en application de l'article 35 *quater* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, de se prononcer, comme **gardien de la liberté individuelle**, sur les **irrégularités attentatoires à cette liberté,** la deuxième chambre civile, par une série de sept arrêts (inédits) rendus le 15 mars 2001, a approuvé un premier président disant **n'y avoir lieu à prolongation de la mesure de maintien en zone d'attente**, en retenant que l'étranger - qu'il se soit vu notifier une décision administrative de **refus d'admission** sur le territoire français[139] **ou** qu'il ait immédiatement formé une **demande d'admission** sur le territoire français **au titre de l'asile** [140] - avait été interpellé par les autorités de police aéroportuaire et **privé de sa liberté d'aller et de venir** au moment où il avait été contrôlé à sa **descente d'un avion** en provenance d'un pays étranger et avait été **"retenu"** par un agent de police judiciaire, et que le maintien en zone d'attente avait donc pris effet dès ce moment, bien que la décision administrative de maintien en zone d'attente ait été notifiée le même jour, environ 4

[136bis] 2e Civ., 11 avril 2002, Bull., II, n° 76, p. 63, M. Chen c/ préfet de la Seine-Saint-Denis.

[137] Après invalidation, comme contraire à la Constitution, par la décision n° 92-307 DC du 25 février 1992 du Conseil Constitutionnel, de la loi n° 92-190 du 26 février 1992 qui avait tenté d'aménager un régime juridique de maintien en "*zone de transit*", dite encore "zone internationale".

[138] V. Chron. F. Julien-Laferrière, *De l'application des accords de Schengen au statut des "zones d'attente" : chronique d'une loi annoncée*, AJDA 1992.656, préc., spéc. p. 669.

[139] 2e Civ., 15 mars 2001, pourvoi n° 99-50.097, Ministre de l'Intérieur c/ M. Maloumby ; pourvoi n° 99-50.099, Ministre de l'Intérieur c/ M. TshicayTaty ; pourvoi n° 99-50.100, Ministre de l'Intérieur c/ M. Kikwata Mubiala ; pourvoi n° 99-50.101, Ministre de l'Intérieur c/ M. Ebuka ; pourvoi n° 99-50.102, Ministre de l'Intérieur c/ M. Malele ; pourvoi n° 99-50.103, Ministre de l'Intérieur c/ Mme Barro, préc. (inédits).

[140] 2e Civ., 15 mars 2001, pourvoi n° 99-50.098, Ministre de l'Intérieur c/ M. Conteh, préc. (inédit).

heures plus tard, en sorte que le délai légal de 96 heures (de saisine du juge) était dépassé[141].

127. Affinant cette jurisprudence, la Cour de cassation, par un arrêt du 5 juillet 2001 également rendu au visa des articles 66 de la Constitution du 4 octobre 1958 et 35 *quater* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, a posé le principe selon lequel, si le délai de maintien en zone d'attente court à compter de la décision administrative de placement dans cette zone, il appartient au juge judiciaire de se prononcer, comme **gardien de la liberté individuelle**, sur les **irrégularités attentatoires à cette liberté invoquées** par l'étranger[142].

Cet arrêt a en conséquence censuré, pour **défaut de base légale**, l'ordonnance rendue par un premier président, saisi d'une demande de prolongation du maintien en zone d'attente, qui avait décidé qu'aucune nullité n'était encourue, **sans vérifier la régularité de la privation de liberté** de l'étranger pendant la **période ayant précédé la notification de la décision de placement en zone d'attente**, alors que l'étranger critiquait les modalités de la notification de celle-ci et de ses droits.

Par un arrêt du 22 mai 2003, la deuxième chambre civile, appliquant le principe précité, a également jugé que ne donne **pas de base légale** à sa décision un premier président qui, pour dire régulière la procédure de maintien en zone d'attente d'un étranger, retient que rien n'établit que l'intéressé ne pouvait, entre le moment de son arrivée à l'aéroport à 7 heures 15 et celui de son placement en zone d'attente à 14 heures 50, choisir de repartir vers une autre destination, la privation de liberté n'étant avérée qu'au moment où il a été présenté à l'officier de permanence, sans vérifier la régularité de la privation de liberté de l'étranger pendant la période ayant précédé la notification de la décision de placement en zone d'attente[142*bis*].

128. Pour rejeter le pourvoi formé par une ressortissante étrangère contre une ordonnance qui, pour confirmer son maintien en zone d'attente, avait retenu, par motifs propres et adoptés, que, compte tenu de l'affluence des demandeurs, démontrée par les dossiers du jour, le délai de "4 heures 20" (en réalité 3 heures 45) était admissible, que l'intéressée n'avait pas justifié de son but de voyage par des pièces authentiques et que le délai qui s'était écoulé entre son arrivée (à 6 heures 30) et la notification de ses droits (à 10 heures 15) ne pouvait être tenu pour excessif en l'espèce, **eu égard aux vérifications auxquelles les services de police avaient dû procéder** pour se prononcer sur la situation de celle-ci et son refus d'admission sur le territoire français, la deuxième chambre civile a, en revanche, jugé, par un arrêt du 11 avril 2002, qu'il résultait de ces constatations et énonciations que le premier président avait **vérifié la régularité de la privation de liberté** de l'étrangère pendant la période ayant précédé la notification de la décision de placement en zone d'attente et qu'il s'était prononcé, comme gardien des libertés individuelles,

---

(141) V. *supra*, § 17 à 19.

(142) 2e Civ., 5 juill. 2001, Bull., II, n° 131, p. 87, M. Ekpo c/ Ministre de l'Intérieur ; *adde*, 21 février 2002, pourvoi n° 00-50.091, Mlle Johnson c/ Ministre de l'Intérieur. (inédit).

(142*bis*) 2e Civ., 22 mai 2003, Bull., II, n° 151, p. 127, Mlle Diampanga c/ Ministre de l'Intérieur.

sur les **irrégularités attentatoires à cette liberté** invoquées par l'intéressée[143].

De même, par un arrêt du 14 juin 2005, la première chambre civile approuve le premier président d'une cour d'appel ayant confirmé l'autorisation de prolongation du maintien en zone d'attente d'un étranger après avoir **relevé les investigations précises et détaillées auxquelles il avait été procédé** entre 8 heures et 10 heures 45 par la police aux frontières pour s'assurer de l'identité de l'intéressé, qui présentait de faux papiers et se déclarait **mineur**[143*bis*].

Par un arrêt du 13 mai 2004, la deuxième chambre civile avait, à l'inverse, cassé pour **violation** des articles 66 de la Constitution du 4 octobre 1958 et 35 *quater* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, l'ordonnance d'un premier président qui, **sans relever les investigations auxquelles il avait été procédé** entre 7 heures 20 (heure de l'arrivée à l'aéroport) et 10 heures 10 (heure de la notification de la décision de placement en zone d'attente), **susceptibles de justifier la privation de liberté de l'étranger** durant ce laps de temps, a retenu, pour décider qu'aucune nullité n'est encourue, que l'étranger a été présenté à l'officier de police judiciaire à 9 heures 40, que le délai qui s'est écoulé entre 7 heures 20 et 10 h. 10 est "imputable" à l'intéressé qui était détenteur d'un passeport falsifié, cette circonstance rendant nécessaires des investigations, et que a notification des droits à 10 heures 10 n'était pas tardive[143*ter*].

---

(143) 2e Civ., 11 avril 2002 (2d moy.), pourvoi n° 00-50.112, Mlle Met c/ Ministre de l'Intérieur (inédit).

(143*bis*) Civ. 1ère, 14 juin 2005, pourvoi n° 04-50.078, M. Saïd Ahmed Aboubacar c/ Ministre de l'Intérieur (inédit).

(143*ter*) 2e Civ., 13 mai 2004, pourvoi n° 02-50.073; M. Youssouf c/ Ministre de l'Intérieur (inédit).

CHAPITRE IV : Le contrôle portant sur les MODALITÉS DU MAINTIEN en rétention ou en zone d'attente

129. L'appréciation de tout ce qui touche à la légalité, la régularité, la nullité ou la validité de la **décision administrative** de maintien en rétention, ou encore à sa notification, ressort de la compétence exclusive de la juridiction administrative [(144)].

Il en va de même en ce qui concerne les décisions administratives de maintien et de renouvellement du maintien en zone d'attente [(145)].

130. Le juge judiciaire est cependant compétent pour vérifier, lorsque cela est contesté, que la **décision de refus d'admission** sur le territoire français a normalement précédé celle de **maintien en zone d'attente**.

La deuxième chambre civile a ainsi jugé, par un arrêt du 11 janvier 2001, que la notification de ces deux décisions par deux **formulaires** horodatés du même jour et de la même heure, que l'intéressé avait refusé de signer, n'était pas de nature à établir une antériorité de la seconde de ces décisions par rapport à la première [(146)].

Section I - L'information du procureur de la République quant à la décision de maintien

A - Le maintien en rétention

131. Aux termes de l'article L. 551-2 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, le procureur de la République est ***"informé immédiatement"*** de la décision - écrite et motivée - de placement en rétention dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire, prise par l'autorité administrative, après l'interpellation de l'étranger et, le cas échéant, à l'expiration de sa garde à vue, ou à l'issue de sa période d'incarcération en cas de détention.

131.1. L'article 35 *bis*-I de l'ordonnance du 2 novembre 1945, devenu les articles L. 551-1 et suivants du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, doit être compris en ce qu'il exige qu'**un** procureur de la République soit immédiatement avisé de la mesure de placement en rétention d'un étranger prise par le représentant de l'Etat dans le département, mais qu'il n'impose pas que soient avisés de ce placement **et** le procureur de la République dans le ressort duquel a été prise la mesure de placement en rétention administrative **et** le procureur de la République du lieu de rétention, de même qu'il **n'impose pas** celui qui, du **lieu de décision** de cette mesure ou du **lieu de rétention**, doit être avisé.

[(144)] V. *infra*, Sous-titre II, Les limites du contrôle par le juge judiciaire, § 163 à 207.

[(145)] V. *infra*, Sous-titre II, Les limites du contrôle par le juge judiciaire, § 208 à 221.

[(146)] 2e Civ., 11 janv. 2001, Bull., II, n° 2, p. 1, M. Gbangou-Dienne-Dongobanda c/ Ministre de l'Intérieur, préc.

Ainsi, énonçant dans un chapeau intérieur que **c'est le ministère public** qui doit, **en la personne du procureur de la République ou d'un de ses représentants**, être immédiatement avisé de la décision prise par le représentant de l'Etat dans le département, la première chambre civile, constatant qu'un premier président avait relevé que **le procureur de la République avait été immédiatement avisé** par les services de police du placement en rétention, a, par un arrêt du 8 novembre 2005, rejeté le pourvoi de l'étranger reprochant à l'ordonnance prolongeant son maintien en rétention d'avoir jugé que c'était le procureur de la République du lieu de la prise de la mesure de maintien en rétention administrative, et non celui du lieu de placement en rétention, qui devait recevoir l'information prévue à l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 [(146)*bis*].

Et, par un arrêt rendu le même jour, décidant que **seul un procureur de la République** doit être immédiatement avisé de la décision de maintien en rétention prise par le représentant de l'Etat dans le département, la première chambre a censuré l'ordonnance d'un premier président qui, pour confirmer la remise immédiate en liberté d'un étranger, avait retenu que si le procureur de la République (du lieu de la prise de la mesure) avait été immédiatement informé du placement en rétention administrative de l'intéressé et de sa conduite à un centre de rétention (géographiquement éloigné), il n'apparaissait pas que le procureur de la République du lieu de destination en avait été avisé et que cette omission était de nature à invalider la procédure suivie et privait de support juridique la mesure de rétention [(146)*ter*].

132. En cas de contestation portant sur l'accomplissement de cette formalité, le juge judiciaire se doit d'exercer **un contrôle** en raison du rôle spécialement dévolu en cette matière au procureur de la République, lequel, aux termes de l'antépénultième alinéa de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, devenu l'article L. 553-3 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, *peut, pendant toute la durée du maintien, se transporter sur les lieux, vérifier les conditions du maintien et se faire communiquer le registre prévu à l'article L. 553-1.*

132.1. Par un arrêt du 13 novembre 2003, la deuxième chambre civile a, en conséquence, clairement énoncé que **l'absence d'information du procureur de la République** de la décision du représentant de l'Etat dans le département de maintenir un étranger dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire **porte atteinte aux intérêts de la personne retenue et emporte la nullité de la procédure de maintien en rétention**, en cassant, au visa de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, l'ordonnance d'un premier président qui, pour rejeter le moyen pris de l'absence d'information immédiate du procureur de la République de cette mesure, avait notamment relevé que le texte ne précisait pas **la sanction** en cas de non-avertissement du parquet d'une mise en rétention d'une personne jusque là retenue, et que l'étranger ne pouvait se prévaloir d'aucun grief le parquet n'ayant pas en ce cas le pouvoir de mettre fin à la mesure de

---

[(146)*bis*] Civ. 1ère, 8 nov. 2005, Bull., I, n° ?, p. ?, pourvoi n° 04-50.126, M. Kao c/ préfet des Pyrénées-Atlantiques.

[(146)*ter*] Civ. 1ère, 8 nov. 2005, Bull., I, n° 406, p. 339, Procureur général près la cour d'appel de Toulouse c/ M. Ly et préfet du Jura.

rétention administrative [146]*quater*.

133. Censurant l'ordonnance d'un premier président qui, pour confirmer la prolongation du maintien en rétention d'un étranger, avait énoncé que celui-ci étant sous le coup d'une **mesure d'interdiction du territoire national** prononcée à titre de peine principale pour une durée de trois ans, il n'y avait pas obligation d'informer le procureur de la mesure de reconduite à la frontière, s'agissant de l'**exécution d'une décision de justice**, un arrêt du 11 octobre 2002 avait déjà jugé qu'en statuant ainsi, par un **motif inopérant** se rapportant à l'information du procureur de la République d'une mesure de reconduite à la frontière et non à **l'information d'une décision de maintien en rétention**, le premier président avait violé l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, selon lequel le procureur de la République est immédiatement informé de la décision du représentant de l'Etat dans le département de maintenir un étranger dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire [147].

Et un autre arrêt du même jour avait cassé, au visa de l'article 455 du nouveau Code de procédure civile, l'ordonnance d'un premier président qui avait confirmé la prolongation du maintien en rétention d'un étranger en constatant que le procureur de la République avait été avisé du placement en garde à vue de l'intéressé, mais **sans répondre aux conclusions** de celui-ci qui soutenait que, contrairement aux dispositions de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, le procureur de la République n'avait pas été **immédiatement informé de la mesure de maintien en rétention** dont il avait fait l'objet à l'issue de sa garde à vue (en l'espèce, les motifs de l'ordonnance attaquée traduisaient, manifestement, une confusion avec l'information du procureur de la République relative au début de la **garde à vue**) [148].

133.1. Mais au contraire, alors qu'une ordonnance retient, pour confirmer la prolongation de la rétention, que l'officier de police judiciaire a **informé le procureur de la République** de ce **qu'un arrêté préfectoral de reconduite à la frontière allait être pris** à l'encontre de l'étranger, que c'est dans ce contexte que le procureur de la République a donné instruction de mettre fin à la garde à vue, que cette mainlevée avait nécessairement pour conséquence de placer l'intéressé en rétention administrative, que **le procureur de la République n'avait pas à être spécialement informé d'une mesure, conséquence directe de celle qu'il venait de prendre**, un arrêt du 7 octobre 2004 a jugé qu'en l'état de ces constatations et énonciations, d'où il résulte que le **procureur de la République avait nécessairement été informé de la mesure de placement en rétention**, le premier président avait légalement justifié sa décision [148]*bis*.

De la même façon, alors que le **procès-verbal** de déroulement et de fin **de garde à vue**

---

[146]*quater* 2e Civ., 13 nov. 2003, pourvoi n° 02-50.053, M. Bentallah, alias Benatallah c/ préfet du Pas-de-Calais (inédit) ; Dict. permanent, Droit des étrangers, v° "*Rétention administrative*", § 113.

[147] 2e Civ., 10 oct. 2002, Bull., II, n° 213, p. 168, M. Sabou c/ préfet des Hauts-de-Seine.

[148] 2e Civ., 10 oct. 2002, Bull., II, n° 212, p. 168, M. Chakou c/ préfet de l'Hérault.

[148]*bis* 2e Civ., 7 oct. 2004 (6e moy.), Bull., II, n° 443, p. 376, M. Pit c/ préfet de la Seine-Saint-Denis, préc.

mentionne que, conformément aux instructions du procureur de la République, l'étranger a été conduit au centre de rétention, et que ce magistrat a été informé des faits dont il s'agit, de l'état de la procédure et de la décision du préfet qui avait pris un arrêté de reconduite à la frontière, un arrêt du 4 novembre 2004 a décidé qu'en l'état de ces constatations et énonciations, d'où il résulte que l**e procureur de la République avait nécessairement été informé de la mesure de placement en rétention**, le premier président a légalement justifié sa décision [(148)*ter)*].

133.2. Le même jour, la deuxième chambre civile a, en revanche, censuré l'ordonnance d'un premier président qui, pour rejeter la requête du préfet tendant à la prolongation de la rétention de l'intéressé, retenait qu'il ne ressortait pas du procès-verbal que le procureur de la République avait été immédiatement informé de la mesure de rétention, alors que le **procès-verbal de notification de l'arrêté de maintien** dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire mentionnait que les **fonctionnaires de police agissaient sur instructions du procureur de la République**, ce dont il résultait que ce dernier avait **nécessairement été informé de la mesure** [(148)*quater)*].

Et, tout comme l'avait fait, par un arrêt du 9 décembre 2004, la deuxième chambre civile statuant **au vu d'un procès-verbal** dont il résultait que le procureur de la République avait donné téléphoniquement ses instructions tendant à lever la garde à vue après avoir été informé par les services de police de l'intervention des arrêtés préfectoraux de reconduite à la frontière et de maintien en rétention de l'étranger[(148)*quinquies)*], c'est **directement au vu des pièces de la procédure** soumises à son contrôle, que la première chambre civile vient de juger, par un arrêt du 8 mars 2005, qu'alors **qu'un procès-verbal** établi par un lieutenant de police mentionne qu'informé de ce qu'un arrêté de reconduite à la frontière allait être pris à l'encontre de l'étranger, qu'il devait lui notifier ainsi que son placement en rétention administrative, cet officier de police judiciaire a pris attache téléphonique avec le procureur de la République, lequel, connaissance prise du déroulement de l'enquête en cours, **lui a prescrit de mettre fin à la mesure de garde à vue de l'intéressé et de se conformer à la décision administrative**, pièce dont il résulte que **le procureur de la République avait nécessairement été immédiatement informé de la mesure de placement en rétention** [(148)*sexies)*].

133.3. Justifie, cependant, légalement sa décision infirmant la prolongation du maintien en rétention d'un étranger, le premier président d'une cour d'appel qui, **après examen de l'ensemble de la procédure qui lui est soumise**, retient, par une **mention valant jusqu'à inscription de faux**, qu'**aucun avis de notification** de la décision préfectorale de maintien en rétention **au**

[(148)*ter)*] 2e Civ., 4 nov. 2004 (4e moy.), pourvoi n° 03-50.005, M. Kherez c/ préfet de la Seine-Saint-Denis, préc. (inédit).

[(148)*quater)*] 2e Civ., 4 nov. 2004, pourvoi n° 04-50.021, Préfet de la Gironde c/ M. Ben Baghdad, préc. (inédit).

[(148)*quinquies)*] 2e Civ., 9 déc. 2004, pourvoi n° 03-50.107, Préfet du Val-de-Marne c/ M. Han (inédit).

[(148)*sexies)*] Civ. 1ère, 8 mars 2005, Bull., I, n° 118, p. 101, Mme Christova, ép. Bancheva c/ préfet de la Haute-Garonne.

procureur de la République ne figure au dossier [148] *septies*.

134. Le cas échéant, en cas de contestation expresse de ce chef, **le juge judiciaire** doit également faire porter son contrôle sur le **caractère immédiat de l'information** donnée au procureur de la République.

135. C'est ainsi qu'un arrêt du 9 janvier 2003 a cassé pour manque de base légale l'ordonnance d'un premier président qui, pour rejeter l'exception de nullité tenant à l'absence d'information **immédiate** du procureur de la République et confirmer la prolongation de cette mesure, s'était bornée à retenir que le procureur de la République avait été informé et que rien dans la procédure n'indiquait que cette information aurait été tardive, **sans rechercher à quel moment** le procureur de la République avait été informé du placement de l'étranger en rétention administrative, ce qui n'a pas mis la **Cour de cassation** en mesure d'exercer son **contrôle** [149].

De même, par deux arrêts du 27 mars 2003, la deuxième chambre civile vient de juger que ne donne pas de base légale à sa décision, le premier président qui, pour écarter le moyen pris de l'absence d'information immédiate du procureur de la République quant au placement en rétention administrative d'un étranger, se borne à retenir qu'il est établi que le Parquet a été avisé de la décision de mise en rétention administrative, ce qui lui a été confirmé, dès le lendemain, par courrier, **sans rechercher à quel moment** le magistrat du Parquet avait été informé du placement de l'étranger en rétention administrative [149] *bis*.

135 *bis*. Et c'est aussi en rappelant que, selon l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, le procureur de la République doit être immédiatement informé de la décision du représentant de l'Etat dans le département de maintenir un étranger dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire, qu'un arrêt du 3 juillet 2003 censure l'ordonnance d'un premier président qui, pour rejeter le moyen pris de l'absence d'information immédiate du procureur de la République de cette mesure, a relevé qu'**en raison des délais d'acheminement**, l'intéressé a été **admis au centre de rétention** à 15 heures 20, heure à laquelle un avis à parquet a été régulièrement adressé au procureur de la République [149] *ter*.

Viole également ce texte, le premier président d'une cour d'appel qui estime que

---

[148] *septies* Civ. 1ère, 14 févr. 2006, à paraître au Bull., I, n° ?, p. ?, pourvois n°s 05-15.171 et 05-14.033, préfet du Pas-de-Calais c/ M. Fathi ; *adde*, 14 févr. 2006, pourvois n°s 05-172 et 05-14.031, préfet du Pas-de-Calais c/ Mlle Yazmuradova ; 14 févr. 2006, pourvois n°s 05-173 et 05-14.030, préfet du Pas-de-Calais c/ M. Bantu ;14 févr. 2006, pourvois n°s 05-174 et 05-14.029, préfet du Pas-de-Calais c/ M. Soulinan ;14 févr. 2006, pourvois n°s 05-175 et 05-14.028, préfet du Pas-de-Calais c/ M. Hidari ;14 févr. 2006, pourvois n°s 05-176 et et 05-14.032, préfet du Pas-de-Calais c/ M. Demirtas (inédits).

[149] 2e Civ., 9 janv. 2003, Bull., II, n° 2, p. 1, M. Dans c/ Préfet de Police de Paris.

[149] *bis* 2e Civ., 27 mars 2003, Bull.,, II, n° 80, p. 69, Mme Vaduva c/ préfet de la Mayenne ; 27 mars 2003, pourvoi n° 01-50.087, Mme Vasile c/ préfet de la Mayenne (inédit).

[149] *ter* 2e Civ., 3 juill. 2003, Bull., II, n° 225, p. 187, M. Paveliuc c/ préfet de l'Ain.

n'est pas **excessif le délai de 2 heures 17** séparant la notification, à l'intéressé, de l'arrêté préfectoral de maintien en rétention, de l'arrivée de la **télécopie avisant de la rétention** le procureur de la République [(149)*quater)*].

B - Le maintien en zone d'attente

136. L'article 35 *quater* **II** de l'ordonnance du 2 novembre 1945 prescrit que la décision écrite et motivée du chef du service de contrôle aux frontières ou d'un fonctionnaire désigné par lui, titulaire au moins du grade d'inspecteur, de maintien d'un étranger en zone d'attente, prononcée pour une durée qui ne peut excéder 48 heures, est portée **"sans délai à la connaissance"** du procureur de la République, et que cette décision peut être renouvelée dans les mêmes conditions et pour la même durée.

137. Alors qu'une ordonnance rendue par un premier président avait retenu que les **décisions de maintien en zone d'attente et de renouvellement** de la mesure précisaient *que "M. le procureur de la République **est avisé** de la présente décision"* et que l'utilisation de l'indicatif présent montrait que cet avis avait été donné **concomitamment à la rédaction des procès-verbaux** concernés, la deuxième chambre civile, par deux arrêts du 14 mars 2002, a jugé que, par ces constatations et énonciations, tirées de **documents versés aux débats**, ainsi que, au vu des pièces de la procédure, du fait que les mentions sus-indiquées avaient été suivies de la **signature de l'étranger** et qu'étaient présents au dossier des **avis donnés au procureur de la République**, le premier président, respectant les règles relatives à la **charge de la preuve** et à la **contradiction**, avait pu décider que la critique formée à ce sujet par l'étranger n'était pas fondée [(150)].

Il en va de même pour le cas où l'ordonnance d'un premier président retient que la **notification**, par un fonctionnaire de police, **des décisions de maintien et de renouvellement** de la mesure de maintien en zone d'attente mentionnent expressément que *"le procureur de la République est avisé **immédiatement** de la présente décision*", d'où il résulte que l'avis a été donné **concomitamment à la notification** de ces mesures [(150)*bis)*].

Section II - L'information de l'étranger quant aux droits et devoirs attachés au maintien en rétention ou en zone d'attente

A - Le maintien en rétention

138. **L'article 35 *bis*** de l'ordonnance du 2 novembre 1945 prévoit que l'étranger est **informé au moment de la notification** du maintien en rétention qu'il peut, dès le début du maintien,

---

[(149)*quater)*] Civ. 2, 10 juill. 2003, pourvoi n° 02-50.068, M. Abdellaoui c/ préfet de l'Hérault.

[(150)] 2e Civ., 14 mars 2002 (3e moy.), Bull., II, n° 43, p. 35, M. Goro c/ Ministre de l'Intérieur ; 14 mars 2002 (2d moy.), pourvoi n° 00-50.080, M. Gathe c/ Ministre de l'Intérieur (inédit).

[(150)*bis)*] 2e Civ., 7 oct. 2004, pourvoi n° 03-50.093, Mme Ibouroi c/ Ministre de l'Intérieur (inédit).

demander l'**assistance d'un interprète, d'un médecin, d'un conseil**, et qu'il peut, s'il le désire, **communiquer avec son consulat et avec une personne de son choix**.

138 bis. Aucune disposition ne prévoit, en revanche, que fassent l'objet d'une information spécifique les **actions prévues à l'article 5 du décret du 19 mars 2001**, aux termes duquel les étrangers maintenus dans un centre de rétention administrative bénéficient d'**actions d'accueil, d'information, de soutien moral et psychologique et d'aide pour préparer les conditions matérielles de leur départ**, pour lesquelles l'Etat dispose de l'Office des migrations internationales, qu'une convention détermine les conditions d'affectation et d'intervention des agents de cet établissement, que, pour permettre l'exercice effectif de leurs droits par les étrangers maintenus dans un centre de rétention administrative, l'Etat passe une convention avec une association à caractère national, ayant pour objet la défense des droits des étrangers.

Par un arrêt du 23 octobre 2003, la deuxième chambre civile a, en conséquence, cassé l'ordonnance d'un premier président qui, après avoir constaté qu'une ressortissante étrangère avait été informée de l'ensemble de ses droits ainsi que des moyens permettant de les faire valoir et de l'assistance dont elle pouvait bénéficier dans le cadre de sa situation administrative, a retenu, pour dire n'y avoir lieu de maintenir l'intéressée en rétention, qu'il n'apparaissait pas que les conditions d'accès aux prestations énoncées à l'article 5 du décret du 19 mars 2001 aient fait l'objet auprès d'elle d'une information dans le même document ou par tout autre forme que ce soit [(150) *ter*].

139. Encourt la cassation pour violation des articles 9 du nouveau Code de procédure civile et 1315 du Code civil, l'ordonnance rendue par un premier président qui, pour dire n'y avoir lieu à aucune mesure de surveillance et de contrôle à l'égard d'un étranger, énonce, inversant ainsi la **charge de la preuve,** qu'il n'est pas démontré que le procès-verbal contient des indications exactes relatives à l'information de l'intéressé, alors que celui-ci n'apportait aucun élément de preuve de la fausseté des **mentions précises des procès-verbaux**, aux termes desquelles il avait été **informé de ses droits dans une langue qu'il comprenait** [(151)].

140. L**a communication du registre** prévu par l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 au juge saisi d'une demande de prolongation du maintien en rétention d'un étranger n'est **pas nécessaire**, dès lors que les pièces de la procédure lui permettent de s'assurer que la personne retenue a été, au moment de la notification de la décision de maintien, **pleinement informée de ses droits et placée en mesure de les faire valoir**.

Ainsi, alors qu'il ressortait du procès-verbal de police qu'un ressortissant chinois avait été informé de ses droits dès son placement en rétention et avec le concours d'un interprète en langue chinoise, la deuxième chambre civile a, par un arrêt du 10 novembre 1999, censuré pour violation de la loi l'ordonnance d'un premier président qui, pour déclarer irrégulière la saisine du juge délégué et remettre l'étranger en liberté, s'était déterminé en relevant que le registre prévu par l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 n'avait pas été versé aux débats, et en énonçant que, bien qu'aucune disposition n'impose expressément la production de cette pièce et

---

[(150)*ter*] 2e Civ., 23 oct. 2003, Bull., II, n° 319, p. 259, Préfet de la Seine-Saint-Denis c/ Mme Huang.

[(151)] Civ.2, 9 juillet 1997, Bull., II, n° 224, p. 131, Préfet de police de Paris c/ M. Coulibaly.

que l'existence de celle-ci ne soit pas prévue à peine de nullité, la communication était en l'espèce nécessaire pour permettre de vérifier, au vu des contestations soulevées devant lui, l'heure de la notification de ses droits à la personne retenue et leur communication dans sa propre langue[(152)].

De même, pour rejeter le moyen d'un ressortissant chinois qui soutenait que le magistrat saisi d'une demande de prolongation du maintien en rétention d'un étranger devait statuer au vu des mentions du registre dont la tenue, devenue obligatoire, constituait une condition substantielle de la légalité de la rétention, indépendamment de la notification des droits, et que la procédure ne pouvait être déclarée régulière par référence aux seules pièces du dossier constitué pour l'audience par le représentant du préfet, un arrêt du 24 février 2000, confirmant la solution déjà donnée par le précédent arrêt susvisé, a jugé qu'ayant retenu que divers documents revêtus de la signature de l'étranger, qui en avait reçu copie et n'en contestait ni le contenu ni la concordance avec les mentions du registre de rétention, établissaient que l'intéressé avait été pleinement informé de ses droits et **mis en mesure de les faire valoir** après notification, en présence d'un interprète en langue chinoise, de la décision de maintien en rétention, le premier président avait pu décider que la procédure était régulière au regard de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945[(153)].

Dans le même sens, un arrêt du 16 novembre 2000 approuve un premier président qui, rejetant l'exception de nullité soulevée par l'étranger, a prolongé le maintien en rétention, l'ordonnance attaquée retenant à bon droit que, sans qu'il soit nécessaire de consulter le **registre** prévu par l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, il résulte du document joint à la procédure, intitulé *"vos droits au centre de rétention"*, signé de l'intéressé et de l'interprète par le truchement duquel la notification des droits de l'étranger placé en rétention administrative a été effectuée, que l'intéressé - qui, par ailleurs, ne précise pas en quoi il n'aurait pas été mis en mesure de les faire valoir -, s'est régulièrement vu notifier les droits qu'il tient de ce texte[(154)].

141. La deuxième chambre civile a, en revanche, jugé qu'il ne peut être suppléé à cette information par la **notification des droits attachés à une mesure de garde à vue**.

C'est ce qu'indique un arrêt du 4 mars 1999 censurant, pour violation, par refus d'application, de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, un premier président qui, pour rejeter l'exception de nullité soulevée par un étranger soutenant qu'il n'aurait pas été informé de son droit à l'assistance d'un **avocat** au début de la période de maintien en rétention, retient qu'il résulte du procès-verbal de notification de garde à vue que l'intéressé a reçu information des droits mentionnés aux articles 63-1 à 63-4 du Code de procédure pénale[(155)].

142. Par ailleurs, un arrêt du 18 mai 2000 a approuvé un premier président qui, pour infirmer

---

(152) 2e Civ., 10 nov. 1999, Bull., II, n° 167, p. 115, Préfet de Police de Paris c/ M. Xu, préc. ; D. 2000. IR. 5.

(153) 2e Civ., 24 févr. 2000, Bull., II, n° 34, p. 22, M. Wu c/ préfet de Police de Paris, préc. ; *Rev. crit. dr. internat. privé* 2000, p. 697, note N. Guimezanes.

(154) 2e Civ., 16 nov. 2000, pourvoi n° 99-50.077, M. Naméla c/ préfet des Yvelines, préc. (inédit).

(155) 2e Civ., 4 mars 1999, Bull., II, n° 43, p. 31, M. Ture c/ préfet des Ardennes, préc.

une décision de prolongation d'une rétention, a énoncé que l'**imprimé** intitulé *"Annexe 1. Vos droits au centre de rétention"* ne comportant aucune mention relative à l'identité de la personne qui en a donné lecture à l'étranger, au jour et à l'heure où cette lecture a été faite, ne saurait permettre de s'assurer de sa régularité, voire de sa réalité, et en a justement déduit qu'avaient été méconnues les exigences de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relatives à l'information de l'étranger quant à ses droits, et que cette méconnaissance portant atteinte aux intérêts de la personne concernée devait emporter la nullité de la procédure subséquente [156].

Un arrêt du 23 octobre 2003 est cependant venu tempérer la rigueur de cette solution, en décidant que, même au cas où la notification faite à l'étranger de ses droits au centre de rétention ne comportait pas l'identité de l'agent les lui ayant notifiés, la nullité n'était pas encourue s'il résultait des pièces de la procédure que l'intéressé avait reçu notification de ses droits par un **agent de police judiciaire, qui avait signé**, et dont le nom, la fonction et l'identité figuraient sur la **notification concomitante de l'arrêté de reconduite à la frontière** [156 *bis*]. Doit, en conséquence, être considérée comme **régulière** la notification des droits au centre de rétention signée par un agent de police judiciaire dont le nom, la fonction et l'identité figurent sur la notification concomitante de l'arrêté de reconduite à la frontière.

En revanche, alors que lors de sa **levée d'écrou**, à 11 heures 30, un étranger avait été informé de ses droits en rétention en même temps que la décision le maintenant en rétention lui était notifiée, et que lors de son arrivée au **centre de rétention**, le même jour, à 16 heures, il avait été **informé une seconde fois de ses droits**, un arrêt du 18 septembre 2003 a censuré, pour violation de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, un premier président qui, pour rejeter le moyen pris de la nullité de la notification de ses droits à l'intéressé en ce qu'elle ne mentionnait ni le nom ni le grade de l'agent notificateur et confirmer la décision du premier juge prolongeant le maintien en rétention, avait relevé que les droits avaient été notifiés au centre de rétention à 16 heures, que la distance kilométrique parcourue entre la prison et le centre de rétention justifiait ce **délai raisonnable**, et que l'identité de l'agent notifiant, qui avait la qualité d'agent de police judiciaire, était indiquée sur **l'imprimé** "*vos droits au centre de rétention*", la deuxième chambre civile jugeant, à cet effet, que le premier président avait statué par un motif inopérant se rapportant à une **notification des droits intervenue tardivement**, 4 heures 30 après la notification de la décision de maintien qui n'avait pas été accompagnée d'une notification des droits régulière [156*ter*].

142.1 Enfin, par un arrêt du 6 juillet 2005, la première chambre civile a jugé qu'il résulte de l'article 35 *bis* V de l'ordonnance du 2 novembre 1945 dans sa rédaction issue de la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003, devenu l'article L. 551-3 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, tel qu'interprété par la décision du Conseil constitutionnel n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, que si, à son arrivée au ***centre*** de rétention, l'étranger reçoit notification des **droits** qu'il est susceptible d'exercer **en matière de demande d'asile** et qu'il lui est notamment indiqué que sa demande d'asile ne sera **plus recevable** pendant la période de rétention **si elle est**

---

[156] 2e Civ., 18 mai 2000, Bull., II, n° 83, p. 57, Préfet d'Eure-et-Loir c/ M. Demir ; D. 2000. 177.

[156 *bis*] 2e Civ., 23 oct. 2003, Bull., II, n° 320, p. 260, Préfet de la Seine-Saint-Denis c/ M. Zhou.

[156*ter*] 2e Civ., 18 sept. 2003, pourvoi n° 02-50.017, M. Abidi c/ préfet de la Savoie (inédit).

formulée plus de cinq jours après cette notification, cette obligation, dont **l'inobservation a seulement pour effet d'empêcher le délai de courir**, à défaut d'une telle information, **mais non d'entraîner la nullité de la procédure**, ne saurait être étendue à l'égard de l'étranger qui se trouve maintenu dans un ***local*** de rétention.

En effet, alors que le **Conseil constitutionnel** a énoncé, dans la décision précitée - qui, en vertu de l'article 62 de la Constitution, **s'impose** à toutes les autorités administratives et juridictionnelles -, d'une part, *qu'en prévoyant qu'une demande d'asile sera irrecevable si elle est formulée plus de cinq jours après le placement de l'étranger dans un centre de rétention,* ***le législateur a voulu concilier le respect du droit d'asile et, en évitant des demandes de caractère dilatoire, la nécessité de garantir l'exécution des mesures d'éloignement, qui participe de la sauvegarde de l'ordre public*** *; qu'il a prévu, à cet effet, que l'étranger sera pleinement informé du délai durant lequel une demande d'asile peut être formulée ; que* ***ce délai ne saurait courir à défaut d'une telle information****,* et, d'autre part, *qu'il résulte de la référence spécialement faite par le législateur à la catégorie particulière des* ***"centres"*** *de rétention au V de l'article 35* bis *que le délai de cinq jours mentionné par cette disposition* ***ne couvre pas la période*** *éventuellement passée en rétention par un étranger* ***dans un local d'une autre nature***, viole l'ensemble de ces textes, le premier président d'une cour d'appel qui, au regard d'un étranger placé dans **un local** de rétention, étend en dehors des prévisions de la loi l'obligation de notification des droits que l'étranger est susceptible d'exercer en matière de demande d'asile et sanctionne, en outre, l'inobservation d'une telle formalité par une **nullité** de procédure qui n'est **pas encourue**[(156)*quater)*].

142.2. La modification par la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 de l'article 35 *bis* V de l'ordonnance du 2 novembre 1945, devenu l'article L. 551-3 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, n'a donc pas été réalisée en faveur de l'étranger en situation irrégulière pour mieux l'informer de la possibilité - au demeurant largement connue - de former une demande de droit d'asile, mais, au contraire, dans un **souci d'efficacité de l'action administrative**, **afin d'éviter des demandes dilatoires ayant pour effet de paralyser l'exécution des mesures d'éloignement**.

Il s'ensuit que la sanction du défaut de notification des droits relatifs à la demande d'asile ne peut être la nullité de la procédure de maintien en rétention administrative de l'étranger, mais seulement, le délai prévu ne courant pas**, l'inopposabilité de la fin de non-recevoir tirée de la tardiveté** de la demande d'asile. **L'absence de notification ne saurait donc faire grief à l'étranger** ni porter atteinte, bien au contraire, aux droits ou aux intérêts de l'intéressé, lequel **pourra** alors **formuler, à tout moment, une demande d'asile** empêchant temporairement l'exécution de la mesure d'éloignement (sous réserve, le cas échéant, en cas d'abus de droit caractérisé dans le dépôt de demandes tardives, de la résurgence de la jurisprudence relative à l'obstruction volontaire faite à l'éloignement[(156)*quinquies*]).

Pour les mêmes raisons, il n'y a pas lieu d'étendre en dehors des prévisions de la loi

---

[(156)*quater)*] Civ. 1ère, 6 juill. 2005, Bull., I, n° 304, p. 253, Préfet du Calvados c/ M. Belhaoua, note au Bull. inf. C. cass. n° 628 du 1er nov. 2005, § 2018 ; Civ. 1ère, 14 mars 2006, pourvoi n° 05-15.295, Préfet de la Manche c/ M. Keraressi.

[(156)*quinquies)*] V. *infra*, § 308 à 310 et jurisp. cit.

l'obligation de notification des droits en matière de demande d'asile, spécialement à l'étranger qui se trouve momentanément retenu dans un **"local" de rétention**, alors que le texte ne prévoit cette information que pour l'étranger retenu dans un "centre" de rétention. Une telle extension serait, en réalité, défavorable aux intérêts de l'étranger dont elle abrégerait, sans texte, le délai d'exercice de la demande d'asile [(156)*sexies)*].

B - Le maintien en zone d'attente

143. **L'article 35 *quater*** de l'ordonnance du 2 novembre 1945 dispose que l'étranger qui est maintenu dans une zone d'attente située dans une gare ferroviaire ouverte au trafic international et désignée par arrêté, un port ou un aéroport, est **immédiatement informé de ses droits et de ses devoirs**, s'il y a lieu par l'intermédiaire d'un interprète, et que mention en est faite sur un registre, qui est émargé par l'intéressé.

Ce texte indique également que l'étranger, libre de quitter à tout moment la zone d'attente pour toute destination située hors de France, peut demander **l'assistance d'un interprète et d'un médecin et communiquer avec un conseil ou toute personne de son choix.**

144. Le juge judiciaire doit, **en cas de contestation**, contrôler que **les droits** de l'étranger lui ont été **immédiatement notifiés en même temps que les décisions** de refus d'admission sur le territoire français et de maintien en zone d'attente.

A cet égard, il convient de distinguer le laps de temps séparant la notification **des décisions** de refus d'admission sur le territoire français et de maintien en zone d'attente de la notification **des droits** qui sont attachés à ce maintien, du délai couru entre l'arrivée de l'étranger sur le territoire français, sa descente d'avion ou la vérification de son identité et la notification de la décision de placement en zone d'attente [(157)], délai qui doit, quant à lui, être apprécié par le juge judiciaire, en sa qualité de gardien de la liberté individuelle, dans le cadre de la vérification des irrégularités attentatoires à cette liberté [(158)].

145. L'appréciation du **caractère excessif ou non** du temps écoulé jusqu'à la **notification des droits** afférents au maintien en zone d'attente est fonction des circonstances propres à chaque affaire.

Par deux arrêts du 14 mars 2002, la deuxième chambre civile a ainsi décidé qu'un premier président avait pu, par ses constatations et énonciations tirées des **conditions spécifiques à l'affaire**, juger que le **délai d'1 heure 15 ou d'1 heure 30** écoulé entre la fin des vérifications des passeports des passagers appartenant au groupe dont faisait partie l'étranger et le moment où celui-

---

[(156)*sexies)*] V. note à paraître *in* Bull. inf. C. cass. n°... , §..., p...

[(157)] Rappr. 2e Civ., 11 avril 2002 (1er moy., sol. implic.), pourvoi n° 00-50.112, Mlle Met c/ Ministre de l'Intérieur, préc. (inédit).

[(158)] V. *supra*, § 125 à 128.

ci a reçu notification de ses droits n'encourait pas, en l'espèce, de critique et n'était **pas excessif**[159].

146. Comme elle l'a fait dans des arrêts du 11 janvier 2001 et du 11 avril 2002, la **Cour de cassation** peut du reste, le cas échéant, elle-même exercer ce **contrôle** au vu de pièces du dossier, telles, par exemple, que des **formulaires** signés par l'étranger en présence d'un interprète[160].

146 bis. En revanche, par un arrêt du 5 juin 2003, la deuxième chambre civile a décidé que **l'absence de notification** à un étranger maintenu en zone d'attente **des devoirs** attachés à cette mesure, que ni l'article 35 *quater* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 ni les textes pris pour son application ne définissent, n'est **pas de nature à porter atteinte** à la liberté individuelle de l'intéressé et à constituer un vice entachant la validité de la procédure de maintien en zone d'attente.

Dès lors, viole l'article 35 *quater* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 et doit être cassée l'ordonnance d'un premier président qui, pour confirmer la décision d'un premier juge, qui avait accueilli l'exception d'irrégularité de la procédure de maintien en zone d'attente invoquée par un étranger ayant soutenu que les devoirs attachés à cette mesure ne lui avaient pas été notifiés, retient que, selon l'article précité, l'étranger qui n'est pas autorisé à entrer sur le territoire français ou demande son admission au titre de l'asile ne peut être maintenu en zone d'attente que le temps strictement nécessaire à son départ ou à l'examen de son dossier, qu'il est immédiatement informé de ses droits et de ses devoirs, que ce texte, qui ne comporte aucune exception, doit être appliqué en ce qui concerne notamment la notification des devoirs aux étrangers sollicitant l'asile et que le demandeur d'asile a le **devoir de ne pas quitter la zone d'attente sans autorisation** sous peine de s'exposer aux sanctions en cas d'entrée irrégulière[160*bis*].

Section III - L'effectivité de l'exercice des droits attachés au maintien en rétention ou en zone d'attente

147. Si le juge judiciaire doit exercer un contrôle vigilant sur l'existence et la régularité - autrement dit, la suffisance et la promptitude - de l'information de l'étranger, au moment de la notification de son maintien en rétention administrative ou en zone d'attente quant aux droits attachés à cette mesure, tels ceux de demander l'assistance d'un interprète, d'un médecin, d'un conseil, ou de communiquer, s'il le désire, avec son consulat et avec une personne de son choix, son rôle, s'agissant de l'**exercice de droits fondamentaux**, ne saurait cependant se limiter à la vérification abstraite du respect de la législation applicable à la notification des droits de l'étranger. Son office doit nécessairement s'étendre au **contrôle de l'effectivité de l'exercice** des droits qui sont reconnus à l'étranger au cours de la mesure de maintien en rétention administrative ou en zone

---

[159] 2e Civ., 14 mars 2002 (2e moy.), Bull., II, n° 43, p. 35, M. Goro c/ Ministre de l'Intérieur, préc. ; 14 mars 2002 (1er moy.), pourvoi n° 00-50.080, M. Gathe c/ Ministre de l'Intérieur, préc. (inédit).

[160] 2e Civ., 11 janv. 2001 (2e moy.), Bull., II, n° 2, p. 1, M. Gbangou-Dienne-Dongobanda c/ Ministre de l'Intérieur, préc. ; 11 avril 2002 (1er moy.), Mlle Met c/ Ministre de l'Intérieur, préc. (inédit).

[160*bis*] 2e Civ., 5 juin 2003, Bull., II, n° 172, p. 148, Ministre de l'Intérieur c/ M. Diouf.

d'attente.

147.1. Bien que plusieurs arrêts aient naguère manifesté le souci de la Cour de cassation que l'étranger bénéficie, au cours de la période de maintien administratif, de **l'assistance effective** d'un **interprète**, d'un **conseil** de son choix avec lequel il puisse communiquer librement, ou encore d'un entretien avec un représentant de la **Cimade, association** à caractère national ayant pour objet la défense des droits des étrangers, la reconnaissance de l'effectivité de l'exercice des droits de l'étranger se heurtait manifestement à des **difficultés d'ordre probatoire**.

Il peut s'avérer, en effet, extrêmement difficile pour l'étranger maintenu en rétention ou en zone d'attente - pour ne pas dire parfois impossible, s'agissant de la preuve d'un fait négatif - de rapporter la double preuve, d'une part, de la réalité d'une demande portant sur l'exercice de l'un des droits qui lui sont reconnus, et d'autre part, d'un refus opposé à cette demande.

147.2. Pris de ce que des étrangers **n'avaient pu avoir accès à leurs droits** en raison du **délai déraisonnable, et non justifié par une contrainte matérielle de l'administration, un empêchement ou une circonstance insurmontable**, qui s'était écoulé entre la notification de leur placement en rétention et leur **arrivée effective au centre de rétention** plusieurs heures plus tard - parfois de nuit ou à une heure non précisée par les pièces de la procédure -, délai durant lequel ils avaient été maintenus dans un local ou une cellule de garde à vue où ils ne pouvaient exercer leurs droits du fait notamment de l'impossibilité de téléphoner et d'être visité par l'association agréée Cimade, ou "dans des conditions de garde à vue" beaucoup plus strictes que celles offertes par un centre de rétention et prévues par l'article 4 du décret n° 2001-236 du 19 mars 2001, le moyen commun à plusieurs pourvois, qui mettait en évidence cette difficulté concrète concernant la charge de la preuve, a donné l'occasion à la première chambre civile d'affirmer solennellement, par une série de 7 arrêts de cassation rendus le 31 janvier 2006 au visa de **l'article 66 de la Constitution** du 4 octobre 1958, ensemble l'article 35 *bis* I, alinéa 9, de l'ordonnance du 2 novembre 1945, devenu l'article L. 552-2 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, que le juge, gardien de la liberté individuelle, s'assure **par tous moyens et notamment d'après les mentions figurant au registre** prévu à cet effet à l'article 35 *bis* - devenu l'article L. 553-1 du code susvisé -, émargé par l'intéressé, que celui-ci a été, au moment de la notification de la décision de placement en rétention, pleinement informé de ses droits **et placé en mesure de les faire valoir**[(161)].

En l'espèce, les ordonnances attaquées, rendues par le premier président d'une cour

---

[(161)] Civ. 1ère, 31 janv. 2006, Bull. 2006, I, n° 45, p. 46, M. X... se disant M. Li c/ Préfet de Police de Paris ; Mme Oncioiu c/ Préfet de Police de Paris ; et M. Youcef Boudlal c/ Préfet du Val-de-Marne (3 arrêts), et note *in* Bull. inf. C. cass. n° 639, § 859 ; rapp. C. Cass. 2006, p. ? ; *adde*, 31 janv. 2006, pourvoi n° 04-50.112, M. Kagambega, alias Tagnon c/ Préfet de Police de Paris ; pourvoi n° 04-50.129, M. Hocine Boudlal c/ Préfet du Val-de-Marne ; pourvoi n° 04-50.157, M. Ion Cirpaci c/ Préfet de Police de Paris ; et pourvoi n° 04-50.158, M. Ioan Cirpaci c/ Préfet de Police de Paris. -

Dominique SIMONNOT, "*Immigration : un rappel aux juges*", Libération, 20 févr. 2006, www.liberation.fr/page.php?Article=360882.

d'appel, avaient, pour prolonger le maintien en rétention des étrangers, rejeté l'**exception de nullité de la procédure** ainsi soulevée, aux motifs, notamment, que l'étranger n'aurait pas demandé à son arrivée au centre de rétention à exercer l'un de ses droits, ou qu'il ne fournissait pas d'éléments quant au fait qu'il aurait effectivement voulu faire valoir l'un quelconque de ses droits, la procédure ne portant aucune mention quant à une demande sur ce point, ou encore qu'il n'était nullement établi que l'intéressé n'aurait été placé en mesure de faire valoir ses droits qu'à son arrivée au centre, ou qu'il ne précisait pas les droits qu'il n'aurait pas été à même d'exercer dans les locaux de police et qu'il aurait exercés dès son entrée au centre de rétention. Les ordonnances attaquées en déduisaient qu'il n'y avait ni grief, ni préjudice.

147.3. L'article 35 *bis* I, alinéa 9, de l'ordonnance du 2 novembre 1945, devenu l'article L. 552-2 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, dont la violation était invoquée par l'ensemble des pourvois, dispose néanmoins clairement que "*le juge rappelle à l'étranger les droits qui lui sont reconnus pendant la rétention et **doit** s'assurer, d'après les mentions figurant sur le registre prévu à cet effet et émargé par l'intéressé, que celui-ci a été, au moment de la notification de la décision de placement, pleinement informé de ses droits **et placé en état de les faire valoir***". Il convient, en outre, d'observer, bien qu'il ne fût alors pas applicable aux procédures soumises à l'examen de la Cour de cassation, que le décret n° 2004-1215 du 17 novembre 2004 prévoit, dorénavant, que la requête saisissant le juge doit, ***à peine d'irrecevabilité***, être accompagnée d'une **copie de ce registre**.

Il s'en déduit que le juge ne remplit pas son office s'il n'exécute pas cette **obligation** positive, qui lui est **impérativement impartie** par l'article 35 *bis* I, alinéa 9, de l'ordonnance du 2 novembre 1945.

Sur ce fondement, la cassation des ordonnances attaquées était donc inexorablement encourue, le premier président de la cour d'appel n'ayant pas **vérifié**, comme il en avait le **devoir**, d'après les **mentions du registre** (actuellement prévu par l'article L. 553-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile), que les étrangers avaient été placés en état de faire valoir leurs droits dès les premières heures de leur rétention administrative passées, selon ce qui était soutenu, dans des locaux de garde à vue ou "dans des conditions de garde à vue".

147.4. Ajoutant, en incise, au visa de l'**article 66 de la Constitution** du 4 octobre 1958, que le juge est **gardien de la liberté individuelle**, la Cour de cassation, soucieuse d'**élargir les modes d'investigation du juge**, a, dans le chapeau de ces 7 arrêts, précisé que celui-ci doit exercer son office non seulement en se référant aux mentions du registre prévu à cet effet, mais encore **par "*tous moyens*"**.

147.5. Le conclusif de ces décisions affirme, de plus, clairement, pour chacune des situations exposées dans les différents pourvois, qu'il ne suffit pas que l'étranger soit placé en mesure de faire valoir les droits qui lui sont reconnus, mais qu'il faut encore qu'il soit, au moment de la notification de la décision de placement en rétention administrative, **mis à même de les exercer effectivement**.

Il entre donc dans les attributions du juge d'assurer pleinement ce **contrôle de l'effectivité de l'exercice des droit**. Et c'est ce rôle éminent de l'autorité judiciaire que cette série d'arrêts consacre désormais avec force.

147.6. Car, comme l'illustre ces affaires, la pratique actuellement suivie par l'administration est, à l'évidence, peu satisfaisante. Il n'est, en effet, guère admissible que des étrangers ne puissent, **dès la notification** de la décision de placement en rétention, exercer les droits qui leurs sont reconnus.

Par-delà même le strict respect des textes applicables, c'est celui des droits et libertés fondamentales qui gagnerait à ce que **les notifications** des décisions administratives et des droits y afférents soient **effectuées dans les centres ou les locaux de rétention**, permettant ainsi, dans ces lieux appropriés et équipés pour ce faire, l'**exercice immédiat et effectif** par les étrangers de leurs droits.

A - Le droit à un **interprète**

148. La protection des libertés individuelles implique que l'étranger soit effectivement informé, dans une langue qu'il comprend, à tous les stades de la procédure, des décisions prises à son encontre et de ses droits.

❶ lors *de la procédure de maintien en rétention administrative*

149. L'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 prévoit que pendant toute la durée du maintien, l'étranger peut demander l'**assistance d'un interprète**.

150. Alors que le moyen d'un pourvoi soutenait que seul le juge administratif pouvait connaître de l'irrégularité de l'arrêté administratif de rétention notifié sans interprète, un arrêt du 4 mars 1999 a jugé que, pour annuler une procédure de rétention administrative d'une personne de nationalité étrangère, l'ordonnance d'un premier président, qui ne s'est pas prononcée sur la validité de la notification de l'arrêté préfectoral, retient, à bon droit, que n'ont pu être respectées les dispositions de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, après avoir relevé que l'intéressé **ne parlait pas le français** et que, malgré sa **demande formulée dès le début du maintien en rétention**, il n'avait pas bénéficié des services d'un interprète [(162)].

151. Mais un arrêt du 4 mars 1999 a rejeté le pourvoi d'un étranger faisant grief à l'ordonnance attaquée de se borner à affirmer que "l'information a eu lieu dans une langue qu'il comprend" sans constater qu'il connaissait suffisamment la langue française pour se passer d'un interprète, alors qu'ayant constaté que l'intéressé avait donné des détails aux policiers que ces derniers ne pouvaient connaître que par lui et qu'il avait, d'ailleurs, admis comprendre le français, et relevé qu'il résultait des pièces de la procédure qu'un avocat commis d'office l'avait assisté à partir de la vingtième heure de garde à vue, le premier président a pu estimer que **l'information** prévue par l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 avait eu lieu dans une **langue comprise** par l'intéressé et que les **droits de la défense** n'avaient pas été violés [(163)].

[(162)] 2e Civ., 4 mars 1999, Bull., II, n° 38, p. 28, Préfet de Police de Paris c/ M. Ergini ; rappr., *infra*, § 179.

[(163)] 2e Civ., 4 mars 1999, Bull., II, n° 40, p. 29, M. Koné c/ préfet de Police de Paris, préc.

152. De même, alors qu'un ressortissant étranger soutenait dans son pourvoi qu'il ne parlait pas le français et qu'il n'avait jamais eu droit à l'assistance d'un interprète à un quelconque stade de la procédure, un arrêt du 23 mars 2000 a approuvé un premier président d'avoir confirmé la prolongation de la rétention administrative, au motif que c'est par une **décision spécialement motivée** qu'il a estimé, dans l'exercice de son **pouvoir souverain d'appréciation**, que l'étranger avait une **connaissance de la langue française suffisante** pour s'expliquer sans l'assistance d'un interprète [164].

❷ *Lors de la procédure de maintien en zone d'attente*

153. **L'article 35 *quater*** de l'ordonnance du 2 novembre 1945 prévoit également l'assistance d'un interprète au bénéfice de l'étranger maintenu en zone d'attente, que ce soit au moment de l'information immédiate de ses droits et de ses devoirs (article 35 *quater* **I**), ou ultérieurement (article 35 *quater* **II**).

154. Mais **manque en fait**, et ne peut donc être accueilli, le moyen par lequel une ressortissante étrangère fait grief à un premier président d'avoir rejeté sa demande d'annulation de la procédure de maintien en zone d'attente, tirée de l'absence d'assistance par un interprète, alors que l'ordonnance attaquée relève que l'intéressée **parle le français** et qu'à aucun moment elle **n'a demandé l'assistance d'un interprète** [165].

155. De même, transposant la jurisprudence susvisée, rendue en matière de maintien en rétention administrative, un arrêt du 13 mars 2003 a jugé que justifiait légalement sa décision, le premier président qui, pour rejeter l'exception de nullité prise du défaut d'interprète lors de la procédure de maintien en zone d'attente d'un étranger, a retenu, par des constatations et énonciations procédant de l'exercice de son **pouvoir souverain d'appréciation de la connaissance de la langue française par l'intéressé**, que celui-ci n'avait **pas sollicité l'assistance d'un interprète** lors de la procédure et, par une **motivation spéciale**, qu'il avait suffisamment **compris les différentes mesures** prises à son encontre [166].

La deuxième chambre civile a encore jugé, par un arrêt du 3 juin 2004, qu'a légalement justifié sa décision, le premier président d'une cour d'appel qui, pour rejeter l'exception de nullité prise de ce qu'une étrangère, de nationalité malienne, soutenant ne pas parler la langue soninke mais la langue bambara, avait été assistée au cours de la procédure d'un interprète en langue soninke, a retenu, appréciant ainsi **souverainement la valeur et la portée des éléments de preuve** qui lui étaient soumis, qu'aucune mention des actes de procédure n'établit que l'étrangère a demandé à être assistée d'un autre interprète, que les **procès-verbaux** révèlent que l'intéressée a fait des **réponses qui attestent de sa parfaite compréhension des questions précises** qui lui étaient posées et qu'ils ont été **signés** par elle-même, par l'interprète en langue soninke et par le

---

[164] 2e Civ.3 mars 2000, Bull., II, n° 52, p. 36, M. Belmoussa c/ préfet du Gard.

[165] 2e Civ., 25 janv. 2001, Bull., II, n° 18, p. 13, Mlle Mweze Nyota c/ Ministre de l'Intérieur.

[166] 2e Civ., 13 mars 2003, Bull., II, n° 61, p. 53, M. Cisse c/ Ministre de l'Intérieur ; rappr. Civ. 2, 23 mars 2000, Bull., II, n° 52, p. 36, M. Belmoussa c/ préfet du Gard.

fonctionnaire de police, ce qui fait présumer que l'interprète a rempli sa mission dans le respect de son serment [166]*bis)*.

156. Par ailleurs, au double visa de l'article 35 *quater* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 et du principe du respect des **droits de la défense**, la deuxième chambre civile avait décidé, par un arrêt de principe du 7 octobre 1999, que lorsqu'un étranger maintenu dans une zone d'attente située dans une gare, un port ou un aéroport demandait l'assistance d'un interprète, celui-ci devait nécessairement être **présent aux côtés de l'intéressé qui en sollicite l'assistance** [167].

Cette décision - non dénuée de conséquences pratiques - avait, au regard du moyen du pourvoi, clairement eu pour objet de condamner la pratique de l'assistance par téléphone et d'imposer la **présence physique de l'interprète**, lorsque l'étranger **demandait** son assistance sur le fondement du **II de l'article 35 *quater*** de l'ordonnance du 2 novembre 1945.

L'**intervention téléphonique** de l'interprète était donc assimilée à une non-assistance et, lorsque cette irrégularité se manifestait au cours de la procédure administrative de maintien en zone d'attente, elle entraînait nécessairement, s'agissant de la protection des libertés individuelles, la **nullité de la procédure judiciaire subséquente** [168].

157. La nécessité d'une **présence physique** avait également été étendue à l'interprète qui, conformément au **I de l'article 35 *quater*** de l'ordonnance du 2 novembre 1945, sert, s'il y a lieu, d'intermédiaire pour que l'étranger soit immédiatement **informé de ses droits et de ses devoirs**.

Par une série de quatre arrêts rendus le 25 janvier 2001, la deuxième chambre civile avait ainsi approuvé un premier président qui avait dit n'y avoir lieu à maintien en zone d'attente d'étrangers, en retenant que les intéressés ne parlaient pas le français, que la police avait estimé à juste titre indispensable de faire appel à des interprètes, que l'absence physique des interprètes ne permettait pas aux intéressés de comprendre les raisons pour lesquelles une limite à leur liberté était organisée et que le grief était ainsi démontré, quelles que fussent les difficultés pour obtenir la présence physique des interprètes qui, en l'espèce, étaient de langue turque, anglaise et tamoule, et avaient pu être joints par téléphone [169].

De même, énonçant qu'il résultait de l'article 35 *quater* **I** de l'ordonnance du 2 novembre 1945 et du principe du respect des **droits de la défense** que l'interprète, qui assistait l'étranger maintenu en zone d'attente, devait être nécessairement présent à ses côtés, un arrêt du 7 juin 2001

---

[166]*bis)* 2e Civ., 3 juin 2004, Bull., II, n° 267, p. 225, Mme Saounera c/ Ministre de l'Intérieur.

[167] 2e Civ., 7 oct. 1999, Bull., II, n° 154, p. 108, Mlle Iyora c/ Ministre de l'Intérieur ; Rapp. C. Cass.1999, p. 309.

[168] V. Rapp. C. Cass. 1999, p. 309.

[169] 2e Civ., 25 janv. 2001, Bull., II, n° 17, p. 12, Ministre de l'Intérieur c/ M. Servet ; *adde*, pourvoi n° 99-50.079, Ministre de l'Intérieur c/ M. Mehmet ; pourvoi n° 99-50.080, Ministre de l'Intérieur c/ Mlle Nil ; pourvoi n° 99-50.081, Ministre de l'Intérieur c/ M. Sivapraichandran (inédits).

avait approuvé un premier président d'avoir à bon droit déduit la **nullité de la procédure** de ce qu'il résultait des pièces de la procédure que l'étrangère s'exprimait en anglais et que l'interprète requis par les services de police pour l'assister avait accompli sa mission **par téléphone**, ce qui faisait **grief** à l'intéressée [(169)*bis)*].

158. Cette conception rigoureuse des droits de la défense, parfois source de difficultés pratiques, a toutefois été contrebattue par la loi n° 2003-1119 du 26 novembre *2003 relative à la maîtrise de l'immigration*, dont est issu **l'article 35 *sexies*** de l'ordonnance du 2 novembre 1945, devenu **les articles L. 111-7, L.111-8 et L. 111-9** du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

Article L. 111-7 du CESEDA

Lorsqu'un étranger fait l'objet d'une mesure de non-admission en France, de maintien en zone d'attente ou de placement en rétention et qu'il ne parle pas le français, il indique au début de la procédure une langue qu'il comprend. Il indique également s'il sait lire. Ces informations sont mentionnées sur la décision de non-admission, de maintien ou de placement. Ces mentions font foi sauf preuve contraire. La langue que l'étranger a déclaré comprendre est utilisée jusqu'à la fin de la procédure. Si l'étranger refuse d'indiquer une langue qu'il comprend, la langue utilisée est le français.

Article L. 111-8 du CESEDA

Lorsqu'il est prévu aux livres II et V du présent code qu'une décision ou qu'une information doit être communiquée à un étranger dans une langue qu'il comprend, cette information peut se faire soit au moyen de formulaires écrits, soit par l'intermédiaire d'un interprète. L'assistance de l'interprète est obligatoire si l'étranger ne parle pas le français et qu'il ne sait pas lire.

En cas de nécessité, l'assistance de l'interprète peut se faire par l'intermédiaire de moyens de télécommunication. Dans une telle hypothèse, il ne peut être fait appel qu'à un interprète inscrit sur l'une des listes prévues à l'alinéa suivant ou à un organisme d'interprétariat et de traduction agréé par l'administration. Le nom et les coordonnées de l'interprète ainsi que le jour et la langue utilisée sont indiqués par écrit à l'étranger.

Article L. 111-9 du CESEDA

Un décret en Conseil d'Etat fixe les modalités d'application des articles L. 111-7 et L. 111-8 et définit notamment les conditions dans lesquelles les interprètes traducteurs sont inscrits sur la liste prévue au dernier alinéa de l'article L. 111-8 et en sont radiés [(169)].

[(169)*bis)*] 2e Civ., 7 juin 2001, Bull., II, n° 112, p. 76, Mme Imomoh c/ Ministre de l'Intérieur.

[(169)] Décr. n° 2005-214 du 3 mars 2005 *pris pour l'application de l'article 35 sexies de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 et relatif aux interprètes traducteurs*, JO du 5 mars 2005.

159. Viole, en conséquence, l'article 35 *sexies*, alinéas 2 et 3, de l'ordonnance du 2 novembre 1945, ensemble l'article 455 du nouveau code de procédure civile, le premier président d'une cour d'appel qui rejette l'exception de nullité de la notification des droits afférents aux décisions de refus d'admission sur le territoire français et de maintien en zone d'attente d'une ressortissante étrangère, sans s'assurer, pour répondre aux **contestations de l'intéressée**, qu'il a été fait appel - **par l'intermédiaire de moyens de télécommunication** - à un **interprète inscrit sur l'une des listes** prévues ou à un **organisme d'interprétariat et de traduction agréé par l'administration**, ni tirer les conséquences du **défaut d'indication des coordonnées de l'interprète dans le procès-verbal de notification** [(169)*ter)*].

160. Mais justifie légalement sa décision le premier président qui, pour rejeter l'exception de nullité de la procédure soulevée par une ressortissante étrangère et tirée de ce que le **nom de l'interprète ne figurait pas sur le document** lui notifiant ses droits en zone d'attente, retient qu'il n'est pas contesté que l'intéressée était assistée d'un **interprète présent dans les locaux** de la zone d'attente**, qui a signé le procès-verbal**, et que l'intéressée a confirmé, lors de sa présentation devant le premier juge, avoir reçu l'assistance d'un interprète au cours de la procédure, constatations et énonciations dont il résulte que l'absence d'indication du nom de l'interprète n'avait **pas** eu pour effet de porter **atteinte aux intérêts de l'étrangère** [(170)].

B - Le droit à un conseil

161. Par ailleurs, énonçant, au visa de l'article 35 *quater* II de l'ordonnance du 2 novembre 1945 et du principe du respect des **droits de la défense**, que l'étranger maintenu en zone d'attente a droit à **l'assistance d'un conseil** de son choix et que le refus d'admettre ce conseil dans la zone d'attente en application d'horaires interdisant durant 12 heures consécutives les visites dans cette zone porte atteinte à ce droit, un arrêt du 25 janvier 2001 a censuré, pour violation de ce texte et de ce principe, l'ordonnance d'un premier président qui, pour rejeter la nullité tirée de l'atteinte au droit de l'étranger de **communiquer librement avec son conseil**, avait retenu que la gestion de la zone d'attente de l'aéroport imposait des aménagements ne portant pas atteinte à ce droit, tels que la **limitation des visites** à une période allant de 8 heures à 20 heures [(171)].

C - Le droit au concours de l'association CIMADE

162. La première chambre civile de la Cour de cassation a décidé, par un arrêt du 14 juin 2005, que violait l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, devenu les articles L. 551-1 et suivants du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, et les articles 5 et 9 du décret n° 2001-236 du 19 mars 2001 relatif aux centres et locaux de rétention administrative, le

---

[(169)*ter)*] 1re Civ., 30 oct. 2006, à paraître au Bull., I, n° ?, p. ?, pourvoi n° 04-50.162, Mme Sidibé, ép. Diarra c/ Ministre de l'Intérieur, préc.

[(170)] 2e Civ., 7 oct. 2004, Bull., II, n° 442, p. 375, Mlle Yu X... c/ Ministre de l'Intérieur.

[(171)] 2e Civ., 25 janv. 2001, Bull., II, n° 18, p. 13, Mlle Mweze Nyota c/ Ministre de l'Intérieur, préc.

premier président d'une cour d'appel qui, aux motifs notamment qu'il n'appartiendrait pas au juge judiciaire, saisi sur le fondement de l'article 35 *bis* de l'ordonnance précitée, de se prononcer sur la régularité ou sur l'absence de la notification administrative à l'association CIMADE de l'**arrêté préfectoral de création, dans un hôtel de police, d'un local de rétention temporaire** destiné à accueillir l'étranger, et qu'il ne serait pas établi que cette absence de notification ait fait grief à l'intéressé, avait rejeté l'exception de nullité de la procédure, alors que, **sans préjuger la régularité de l'arrêté préfectoral** ayant créé ce local de rétention temporaire, **l'absence de notification de cette décision à la CIMADE**, association à caractère national, ayant pour objet la **défense des droits** des étrangers, qui avait passé une convention avec l'Etat pour permettre **l'exercice effectif** de leurs droits par les étrangers maintenus en rétention administrative, **avait attenté aux droits de l'étranger, qui n'avait pas pu bénéficier d'un entretien** avec un représentant de cette association [(171)*bis)*].

162.1. En effet, alors que le décret n° 2001-236 du 19 mars 2001 [(171)*ter)*], alors en vigueur, disposait en son article 5, second alinéa, que *pour permettre l'exercice effectif de leurs droits par les étrangers maintenus dans un centre de rétention administrative, l'Etat* passait *une convention avec une association à caractère national, ayant pour objet la* ***défense des droits de l'étranger***, l'article 11 ajoutant que *les étrangers maintenus dans les* ***locaux*** *de rétention* pouvaient *bénéficier du* ***concours de l'association*** *mentionnée à l'article 5****, à leur demande ou à l'initiative de celle-ci****, dans les conditions définies par la convention précitée*, l'article 9 de ce texte prévoyait que **l'arrêté préfectoral désignant des locaux**, autres que les centres de rétention administrative, pouvant être **ouverts de manière temporaire**, dans lesquels l'étranger pouvait être placé en rétention, était **notifié immédiatement** au procureur de la République, au directeur des affaires sanitaires et sociales ainsi qu'**à l'association** mentionnée à l'article 5.

Ces dispositions ont cependant été remplacées par l'article 11, alinéas 2 et 3, du **décret n° 2005-607 du 30 mai 2005** [(171)*quater)*], aux termes duquel :

"*Pour permettre l'exercice effectif de leurs droits par les étrangers maintenus dans un* ***centre*** *de rétention administrative, l'Etat passe une convention avec une association à caractère national ayant pour objet d'informer les étrangers et de les aider à exercer leurs droits. L'association assure à cette fin dans chaque centre des prestations d'information, par l'organisation de permanences et la mise à disposition de documentation. Les étrangers retenus bénéficient de ces prestations sans formalité dans les conditions prévues par le règlement*

[(171)*bis)*] Civ. 1ère, 14 juin 2005, Bull., I, n° 247, p. 208, M. Soule c/ préfet de la Haute-Marne.

[(171)*ter)*] Décr. n° 2001-236 du 19 mars 2001 *relatif aux centres et locaux de rétention administrative* (NOR : INTD0100055D), JO du 20 mars 2001, p. 4344, abrogé par l'article 22 du décret n° 2005-617 du 30 mai 2005 *relatif à la rétention administrative et aux zones d'attente pris en application des articles L. 111-9, L. 551-2, L. 553-6 et L. 821-5 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* (NOR : INTD0500139D), JO du 31 mai 2005.

[(171)*quater)*] Décr. n° 2005-617 du 30 mai 2005 *relatif à la rétention administrative et aux zones d'attente pris en application des articles L. 111-9, L. 551-2, L. 553-6 et L. 821-5 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* (NOR : INTD0500139D), JO du 31 mai 2005.

intérieur.

"*Les étrangers maintenus dans les* ***locaux*** *de rétention peuvent bénéficier du concours d'une association ayant pour objet d'informer les étrangers et de les aider à exercer leurs droits, à leur demande ou à l'initiative de celle-ci, dans des conditions définies par convention.*" ;

ainsi que par l'article 5 de ce texte, lequel se borne dorénavant à prévoir que :

"*Lorsqu'en raison de circonstances particulières, notamment de temps ou de lieu, des étrangers mentionnés à l'article 1er ne peuvent être placés immédiatement dans un centre de rétention administrative, le préfet peut les placer dans des locaux adaptés à cette fin, dénommés* ***« locaux de rétention administrative »****. Ces locaux sont créés, à titre permanent ou pour une durée déterminée, par arrêté préfectoral.* ***Une copie de cet arrêté est transmise sans délai*** *au procureur de la République, au directeur départemental des affaires sanitaires et sociales et* ***au président de la Commission nationale de contrôle des centres et locaux de rétention administrative et des zones d'attente***" [(171)*quinquies)*].

*
* *

Si l'ensemble de ces avancées prétoriennes dans l'appréciation de la régularité des actes antérieurs au maintien judiciaire de l'étranger en rétention ou en zone d'attente se justifie parce que l'**autorité judiciaire** est constitutionnellement **gardienne des libertés individuelles**, l'élargissement du domaine de compétence du juge judiciaire trouve cependant sa limite dans le nécessaire respect par le juge de certains principes généraux du Droit.

*
* *

[(171)*quinquies)*] V. Décr. n° 2005-616 du 30 mai 2005 *relatif à la Commission nationale de contrôle des centres et locaux de rétention administrative et des zones d'attente pris en application de l'article 35* nonies *de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée* (NOR : INTD0500138D), JO du 31 mai 2005.

SOUS-TITRE II :

LES LIMITES DU CONTRÔLE PAR LE JUGE JUDICIAIRE

163. Comme cela a été exposé ci-dessus, lors de l'examen de la régularité de sa saisine, le juge judiciaire, sous peine de commettre un excès de pouvoir, n'a pas à apprécier la légalité de l'**arrêté préfectoral**, figurant au dossier de la juridiction d'appel, **donnant délégation de signature** à un fonctionnaire à l'effet de signer les requêtes aux tribunaux de grande instance pour prolongation de rétentions administratives [(172)].

164. Lors du contrôle de la régularité de la procédure et des actes antérieurs au maintien judiciaire en rétention ou en zone d'attente, le juge se doit de respecter le **principe de la contradiction,** et spécialement l'article 16 du nouveau Code de procédure civile [(173)].

165. Il convient, du reste, d'observer que c'est à l'étranger - ou à son conseil - qu'il incombe de soulever, le cas échéant, l'une des irrégularités relatives à son interpellation, à son placement en garde à vue, à sa détention, ou encore aux modalités de son maintien en rétention ou en zone d'attente.

En l'état de la jurisprudence, il ne semble pas, en effet, que le juge puisse en relever une **d'office**.

166. S'agissant du contrôle de la régularité des actes antérieurs au maintien judiciaire en rétention, la Cour de cassation, par deux arrêts du 28 juin 1995, déjà cités dans le cadre du contrôle de la régularité de la saisine du juge [(174)], a décidé que si le juge avait le pouvoir d'ordonner la mise en liberté immédiate en conséquence de son refus légitime de prolonger la durée de la rétention, en l'**absence de production par le préfet des pièces justificatives** exigées par l'article 2 du décret du 12 novembre 1991, il ne pouvait, sans excéder ses pouvoirs, annuler

---

[(172)] 2e Civ., 11 janv. 2001, Bull., II, n° 4, p. 3, M. Gerib c/ préfet du Pas-de-Calais ; Civ. 1ère, 6 déc. 2005, Bull., I, n° 474, p. 399, Préfet du Bas-Rhin c/ Mme Iordanova, alias Miechkova, préc. ; v. *supra*, § 28.

[(173)] Le juge est soumis à la même exigence lorsque, dans le cadre du contrôle de la régularité de sa saisine, il statue sur les pièces justificatives utiles accompagnant la requête du préfet : v. *supra*, § 46.

[(174)] V. *supra*, § 38 et note 31.

la procédure de **reconduite à la frontière** [175].

L'irrégularité de la procédure antérieure à la rétention ne peut, non plus, conduire au prononcé de la nullité de la décision préfectorale de mise en rétention, mais au refus du juge de prolonger celle-ci, et, par voie de conséquence, à la **mise en liberté de l'étranger.**

167. Il convient également d'observer qu'un arrêt du 18 décembre 1996 a décidé que les **conditions de l'interpellation** d'un étranger **ne peuvent être discutées qu'à l'occasion de l'instance ouverte sur la demande de prolongation du maintien en rétention** de cet étranger prévue à l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 et **ne peuvent plus l'être devant le juge saisi d'une demande de prorogation** de 72 heures (délai alors applicable) de cette rétention [176].

Reprise notamment par deux arrêts du 12 novembre 1997 et par un arrêt du 7 juin 2001 [177], cette solution jurisprudentielle, apportée aux **contestations des conditions d'interpellation,** est transposable à toute **autre irrégularité de la procédure** soulevée par l'étranger.

168. Ainsi, dans le cas d'un étranger fondant une **exception de nullité** sur le **défaut de production du registre** prévu par l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, qui, selon lui, pouvait seul justifier de la possibilité d'exercer les droits qui lui avaient été notifiés au moment de son placement en rétention et invoquant ainsi des manquements antérieurs à l'ordonnance ayant décidé la prolongation de la rétention, un arrêt du 6 juin 2002 a décidé qu'un premier président justifiait légalement sa décision confirmant la prorogation du délai de rétention en retenant que les moyens de nullité tirés d'**irrégularités antérieures à la décision de prolongation** de la rétention avaient été **purgés** par celle-ci et étaient donc **irrecevables** [178].

169. De même, un arrêt du 29 mars 2001 a décidé qu'avait légalement justifié sa décision un premier président qui, pour confirmer la "prolongation" (le renouvellement) du maintien en zone d'attente d'une ressortissante étrangère et déclarer irrecevable ses moyens tirés de la **nullité de la procédure**, avait retenu que ces **moyens,** fondés sur l'irrégularité des conditions d'interprétariat lors de la notification du rejet de la demande d'asile et sur la tardiveté de la notification des droits, avaient été **purgés par la précédente ordonnance de maintien** en zone d'attente dont il n'avait pas été interjeté appel et que l'intéressée était donc **irrecevable à les**

---

[175] 2e Civ., 28 juin 1995, Bull., II, n° 215, p. 124, Préfet de la Seine-Saint-Denis c/ M. Li ; 28 juin 1995, Bull., II, n° 215, p. 178, Préfet de la Seine-Saint-Denis c/ M. Chen, préc. ; JCP 1995.II.22505 ; D. 1995. IR. 175.

[176] 2e Civ., 18 déc. 1996, Bull., II, n° 296, p. 178, Préfet de Police de Paris c/ M. Zhang.

[177] 2e Civ., 12 nov. 1997, Bull., II, n° 268, p. 157, Préfet de Police de Paris c/ Mme Beiu, ép. Usturoiu ; 12 nov. 1997, pourvoi n° 96-50.103, Préfet de Police de Paris c/ M. Usturoiu (inédit) ; JCP 1997.IV.2541 ; Gaz. Pal. 1998. 1.Panor. p. 39 ; 7 juin 2001, Bull., II, n° 114, p. 77, Préfet du Nord c/ M. Baku-Massamba.

[178] 2e Civ., 6 juin 2002, pourvoi n° 00-50.083 (2d moy.), M. Marzak c/ préfet de Police de Paris, préc. (inédit).

invoquer de nouveau, ce dont il résultait que les irrégularités alléguées avaient déjà fait l'objet d'une ordonnance **irrévocable**[(179)].

170. Par ailleurs, il n'appartient pas au juge judiciaire saisi sur le fondement de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, même lorsqu'il décide d'annuler la procédure, de prononcer une **injonction à l'administration** quant à la **restitution du passeport** à l'étranger [(180)].

L'article 8-1 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 dispose, en effet, que *les services de police et les unités de gendarmerie sont habilités à retenir le passeport ou le document de voyage des personnes de nationalité étrangère en situation irrégulière, en leur remettant en échange un récépissé valant justification de leur identité et sur lequel sont mentionnées la date de retenue et les modalités de restitution du document retenue.*

La première chambre civile a, de la même façon, par un arrêt du 4 octobre 2005, jugé que viole le **principe de la séparation des pouvoirs**, ensemble les articles **8-1** et 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, devenus les articles **L. 611-2** et L. 551-1 et suivants du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, le premier président d'une cour d'appel qui, donnant une **injonction à l'administration**, **ordonne au représentant du préfet**, en raison de l'irrégularité de la procédure de rétention administrative, **la remise du passeport à l'intéressé** [(180)*bis*].

171. Et un arrêt de la deuxième chambre civile du 10 octobre 2002 a jugé qu'un premier président qui, tout en **confirmant la prolongation du maintien** en rétention d'un étranger, avait - à l'inverse - décidé, en application de l'article 8-1 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, d'ordonner la **remise du passeport de l'intéressé à l'autorité de police**, alors que l'article 35 *bis* de cette ordonnance était seul applicable, avait **excédé ses pouvoirs** [(181)].

171.1. Statuant sur un **pourvoi pour excès de pouvoir** formé à l'encontre d'une ordonnance d'un juge des libertés et de la détention saisi sur le fondement de **l'article 13** du décret n° 2004-1215 du 17 novembre 2004, la 1ère chambre civile a confirmé cette position par un arrêt du 10 janvier 2006, rendu au visa du **principe de la séparation des pouvoirs** et de **l'article L. 611-2**

[(179)] 2e Civ., 29 mars 2001, pourvoi n° 00-50.072, Mlle Sule c/ Ministre de l'Intérieur (inédit) ; *adde, infra*, § 324.

[(180)] V. 2e Civ., 14 déc. 2000 (1er moy.), Bull., II, n° 170, p. 121, Préfet de Police de Paris c/ M. Han, préc.

[(180)*bis*)] Civ. 1ère, 4 oct. 2005, Bull., I, n° 357, p. 296, Préfet de la Seine-Saint-Denis c/ M. Lazarov, alias Pascaru ; 4 oct. 2005, pourvoi n° 04-50.103, Préfet de la Seine-Saint-Denis c/ M. Nistor, alias Lazurca (inédit).

[(181)] 2e Civ., 10 oct. 2002, Bull., II, n° 218, p. 168, Mlle Tolno c/ préfet de la Seine-Saint-Denis.

du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile[182bis].

172. Enfin, s'agissant de l'**entrée sur le territoire national** d'une personne excipant de la qualité de Français mais dont il y aurait des raisons sérieuses de penser qu'elle usurpe de cette qualité, **l'autorité administrative,** au titre de la **police des frontières**, est habilitée à procéder à la **rétention du passeport** de l'intéressé le temps strictement nécessaire à l'exercice du **contrôle** d'identité et de sa **nationalité**, indépendamment de l'exercice des pouvoirs de police judiciaire prévus à l'article 78-2 du Code de procédure pénale, avant d'opposer, le cas échéant, un refus d'entrée.

Toutefois, lorsque ces vérifications ont été opérées et **à défaut de l'engagement de poursuites pénales** pour usage de faux documents et usurpation d'identité, l'autorité administrative fait un usage illégal de ses pouvoirs en s'abstenant de restituer son passeport à la personne qui a fait l'objet du contrôle, et dans le cas où la **durée de la rétention de ce document est manifestement excessive**, un tel comportement cesse alors de se rattacher à l'exercice par l'administration de ses pouvoirs et est constitutif, en raison de l'atteinte délibérée ainsi portée sans justification à la liberté fondamentale d'aller et de venir, d'une **voie de fait**[183].

173. Ces règles sont essentiellement dictées par le respect du principe de **séparation des autorités administratives et judiciaires** posé par l'article 13 de la loi des 16 et 24 août 1790 et par le décret du 16 fructidor an III, ainsi que par la conception française de la **séparation des pouvoirs** qui, selon le Conseil Constitutionnel, figure au nombre des "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République"[184].

174. C'est au regard de ces mêmes principes que la **Cour de cassation** décide - au besoin, s'agissant de l'application de règles d'ordre public touchant à la répartition des compétences entre

---

[182bis] Civ. 1ère, 17 janv. 2006, Bull. 2006, I, n° 11, p. 10, Préfet de police de Paris c/ Mlle Ayo'o, et note *in* Bull. inf. C. cass. n° 638, § 730 ; rapp. C. Cass. 2006, p. ? ; v. *infra*, § 327.7 ; rappr., *infra*, § 278.1.

[183] T. Confl., 19 nov. 2001, Bull. T.C., n° 22, p. 32, Req. n° 3272, Préfet de Police de Paris c/ TGI Paris, Mlle Mohamed c/ Ministre de l'Intérieur ; AJDA mars 2002, p. 234, "*Le retour de la voie de fait*", note S. Petit ; E. Putman, "*Le Tribunal des conflits précise la notion de voie de fait administrative lors du contrôle d'identité des étrangers*", RJPF, avr. 2002, n° 4, p. 12 ; *adde* TGI Paris, réf., 7 févr. 2001, Maoulida Ali Mohamed c/ Ministère de l'Intérieur, Gaz. Pal. 25-26 avr. 2001, jurisp. p. 10, note Serge Petit. Comp. *infra*, § 245, 245 *bis* et 316, et jurisp. cit.

[184] Décis. n° 89-261 DC du 28 juill. 1989.

les juridictions administratives et judiciaires [185], en relevant le **moyen d'office** [186] - que le juge judiciaire ne peut, sans **excéder ses pouvoirs**, se prononcer sur la régularité de procédures administratives ou se livrer à l'appréciation de certaines décisions ou de certains actes administratifs.

Relève, dès lors, exclusivement des attributions du **juge administratif** l'appréciation, dans le cadre des procédures de maintien en rétention ou en zone d'attente, de la légalité ou de la régularité des procédures et actes suivants.

---

[185] V. F. Julien-Laferrière, "*La délimitation des compétences de la juridiction administrative et de la juridiction judiciaire en matière de rétention administrative et de maintien en zone d'attente (articles 35 bis et 35 quater de l'ordonnance du 2 novembre 1945)*", *Rev. crit. dr. internat. privé*, avril-juin 2002, p. 258.

[186] V., par ex., 2e Civ., 23 mars 2000, Bull. civ . II, n° 51, p. 35, Préfet du Val-de-Marne c/ M. Ganeshan, préc. ; D. 2000. IR. 137.

CHAPITRE I :
Dans les procédures de maintien en rétention

Section I - L'arrêté préfectoral de reconduite à la frontière

A - La légalité, la régularité, la nullité ou la validité de l'arrêté de reconduite à la frontière

175. Se limitant à énoncer le principe, au visa de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, que le président du tribunal saisi dans les conditions posées par ce texte peut seulement statuer sur une ou plusieurs des mesures de surveillance et de contrôle nécessaires au départ de l'étranger, la deuxième chambre civile, par un arrêt du 20 avril 1989, avait déjà jugé qu'excède ses pouvoirs le premier président qui, saisi de l'appel d'une ordonnance ayant prolongé la rétention d'un étranger, retient que l'arrêté préfectoral de mise en rétention est entaché d'une **illégalité** et décide en conséquence qu'il n'y a pas lieu de prolonger le maintien en rétention ni à prononcer aucune autre mesure à son égard[(187)].

Peu de temps après, rejetant le pourvoi d'un étranger qui soutenait que l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle était tenue d'apprécier la légalité d'un acte administratif portant une atteinte grave à la liberté individuelle, dès lors que de la régularité de cet acte dépendait la solution du litige qui lui était soumis et qu'en rejetant l'exception d'illégalité dirigée contre l'arrêté de reconduite à la frontière, le premier président avait violé, par fausse application, le principe de la séparation des pouvoirs ainsi que la loi des 16-24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III, et, par refus d'application, l'article 66 de la Constitution, la première chambre civile de la Cour de cassation, par un arrêt du 29 novembre 1989, avait elle aussi indiqué que si l'autorité judiciaire s'est vu conférer par l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 l'appréciation de l'opportunité et de la régularité des mesures de surveillance et de contrôle qui peuvent être prises par l'autorité pour assurer le départ de l'étranger ayant fait l'objet d'un refus d'autorisation d'entrée sur le territoire français, d'un arrêté d'expulsion ou d'une mesure de reconduite à la frontière, elle est incompétente pour se prononcer sur la régularité de la mesure de reconduite à la frontière prise en application de l'ordonnance du 2 novembre 1945, hormis - était-il alors précisé - l'existence d'une voie de fait, non alléguée en l'espèce[(188)].

176. Dans la même lignée, un arrêt de cassation de la deuxième chambre civile du 24 octobre 1990, rendu au visa du principe de la séparation des pouvoirs, ensemble l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 et l'article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958, a censuré l'ordonnance d'un premier président qui énonçait que l'arrêté de reconduite à la frontière de l'étranger signé par le secrétaire général de la préfecture, qui n'a pas la qualité d'officier de police judiciaire, était **nul** en vertu de l'article 35 *bis* précité.

Cet arrêt était motivé par le fait que les décisions prises par l'autorité administrative sur

---

(187) 2e Civ., 20 avr. 1989, Bull., II, n° 92, p. 45, Préfet de la Seine-Saint-Denis c/ M. El Kahodi.

(188) Civ. 1ère, 29 nov. 1989, Bull., I, n° 370, p. 248, M. Poca de Agua c/ commissaire de la République du Val-de-Marne. Sur la question de la voie de fait, v. *infra,* § 185 et 186..

le fondement de l'ordonnance du 2 novembre 1945 constituent l'exercice de prérogative de puissance publique, que les recours tendant à leur annulation relèvent de la compétence administrative et que le magistrat saisi d'une demande relative à la rétention d'un étranger ne peut que statuer sur une ou plusieurs des mesures de surveillance et de contrôle nécessaires à son départ et limitativement énumérées par l'article 35 *bis* de l'ordonnance, mesures suffisantes pour lui permettre d'exercer les pouvoirs que l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, tient de l'article 66 de la Constitution [(189)].

177. En réponse à un pourvoi soutenant que le juge judiciaire serait incompétent pour **annuler** la procédure administrative, la Cour de cassation a eu l'occasion, dans un arrêt du 11 juin 1997, de préciser qu'alors qu'il appartient au juge, saisi par le préfet en application de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, de se prononcer comme gardien de la liberté individuelle sur l'irrégularité invoquée par l'étranger de l'interpellation, la décision d'un premier président constatant la nullité de la procédure d'interpellation d'un étranger **ne préjuge pas la validité** de l'arrêté de reconduite à la frontière [(190)].

Mais, au visa du principe de la séparation des pouvoirs et de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, un arrêt du 12 novembre 1997 a censuré un premier président qui, pour annuler la procédure et ordonner la mise en liberté immédiate d'un ressortissant étranger, s'est déterminé par des motifs qui **préjugent la validité de la mesure d'éloignement** prise à l'encontre de l'étranger, l'ordonnance attaquée ayant retenu que celui-ci présentait un **titre de séjour au Portugal**, que l'administration, demanderesse, se devait de rapporter la preuve d'une éventuelle irrégularité de ce titre ; que ne l'ayant pas fait, elle était irrecevable à mettre en doute la régularité d'un titre émis par un pays membre de l'Union européenne et signataire des accords de Schengen [(191)].

De même, au visa du principe de la séparation des pouvoirs, ensemble l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 devenu les articles L. 551-1 et suivants du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (et l'article 8-1 de ce texte devenu l'article L. 611-2 du Code précité), un arrêt du 4 octobre 2005 a également censuré le premier président d'une cour d'appel qui, pour dire n'y avoir lieu de maintenir un ressortissant étranger en rétention administrative (et ordonner au représentant du préfet la remise du passeport à l'intéressé, en donnant ainsi une injonction à l'administration), s'est déterminé par des motifs qui **préjugent la validité de la mesure d'éloignement** prise à l'encontre de l'intéressé ayant entraîné sa mise en rétention, l'ordonnance attaquée ayant retenu qu'il appartenait au premier juge, qui avait constaté la **remise d'un passeport roumain**, de tenir ce passeport comme **présumé valide** sauf pour l'administration à établir son caractère falsifié, que la détention de ce passeport roumain, qui ne comporte aucun signe de falsification et a été présenté officieusement aux services de police, ne permet pas le maintien en rétention d'un étranger légalement **autorisé à entrer et séjourner pour**

---

(189) 2e Civ., 24 oct. 1990, Bull., II, n° 213, p. 107, Procureur général près la cour d'appel de Paris c/ M. Saeedur ; D. 1990. IR. p.257 ; JCP 1990.IV.143 ; Gaz. Pal. 1991.1.Panor. p. 40.

(190) 2e Civ., 11 juin 1997, Bull., II, n° 175, p. 104, Préfet de Police de Paris c/ M. Sabeur, préc. ; D. 1997. IR. 162

(191) 2e Civ., 12 nov. 1997, pourvoi n° 96-50.095, Préfet de Police de Paris c/ M. Wei (inédit).

une durée de trois mois en France, et que **l'irrégularité de la procédure de rétention administrative** menée dans ces conditions conduit à ordonner la remise à l'intéressé de son passeport [(191)*bis)*].

178. C'est également en rappelant, au visa de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, ensemble du principe de la séparation des pouvoirs, que l'appréciation de **la légalité des décisions administratives** de reconduite à la frontière et de maintien en rétention relève des attributions des juridictions administratives, qu'un arrêt du 21 février 2002 a censuré, pour excès de pouvoir, un premier président qui avait annulé l'ordonnance de prolongation d'un juge délégué et dit n'y avoir lieu à maintien en rétention d'une ressortissante étrangère au motif - inopérant - que l'intéressée, qui exerçait l'autorité parentale à l'égard de ses enfants, remplissait les conditions exigées par l'**article 25.5°** de l'ordonnance du 2 novembre 1945 [(191)*ter)*].

De la même façon, un arrêt du 23 mai 2002 censure un premier président qui, pour dire n'y avoir lieu à maintenir un étranger en rétention administrative, retient que l'intéressé, père d'un enfant français aux besoins duquel il subvient, peut bénéficier des dispositions de l'article 25 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 [(192)].

178 *bis*. Rejetant le pourvoi d'un étranger qui soutenait qu'ayant présenté une **demande d'asile territorial** qui n'avait pas encore fait l'objet d'une décision, le premier président aurait dû, comme gardien de la liberté individuelle, constater que la présence de l'intéressé sur le territoire français était régulière et décider que la privation de liberté était sans fondement légal, en violation de l'article 7 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, du décret n° 98-503 du 23 juin 1998 et de **l'article 22-I.3°** de l'ordonnance du 2 novembre 1945, un arrêt du 27 mars 2003 a enfin jugé qu'en retenant qu'il **n'appartient pas au juge judiciaire** de se prononcer sur la **validité de l'arrêté de reconduite à la frontière**, et que le tribunal administratif a rejeté la requête en annulation présentée par l'étranger, le premier président a légalement justifié sa décision de prolongation du maintien en rétention [(192)*bis)*].

178 *ter*. Et c'est même par ce **motif de pur droit, substitué** à ceux des juges du fond, selon lequel le juge judiciaire saisi sur le fondement de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 ne peut, sans excéder ses pouvoirs, se prononcer sur la légalité des décision administratives

---

[(191)*bis)*] Civ. 1ère, 4 oct. 2005, Bull., I, n° 357, p. 296, Préfet de la Seine-Saint-Denis c/ M. Lazarov, alias Pascaru, préc. ; 4 oct. 2005, pourvoi n° 04-50.103, Préfet de la Seine-Saint-Denis c/ M. Nistor, alias Lazurca, préc. (inédit).

[(191)*ter)*] 2e Civ., 21 févr. 2002, pourvoi n° 00-50.089, Préfet des Hauts-de-Seine c/ Mme Bijdiguene (inédits). - Sur l'invocation des dispositions de l'art. 25 de l'ord. du 2 nov. 1945, v. *infra*, § 187 et 227 *bis* et jurisp. cit. ; rappr. 2e Civ., 18 déc. 1996, Bull. civ. II, n° 310, p. 186, Préfet de police de Paris c/ Mme Kerbouz, ép. Bocquet, préc. ; D. 1998. Somm. p. 22, obs. F. Julien-Laferrière.

[(192)] 2e Civ., 23 mai 2002, pourvoi n° 00-50.120, Préfet de la Seine-Saint-Denis c/ M. Oubekkou (inédit).

[(192)*bis)*] 2e Civ., 27 mars 2003 (3e moy.), pourvoi n° 01-50.047, M. Rista, alias Teglas c/ Préfet de police de Paris, préc. (inédit).

de reconduite à la frontière et de maintien en rétention dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire, qui relève des attributions des juridictions administratives, que la deuxième chambre civile a, par un arrêt du 4 novembre 2004, écarté le moyen de cassation par lequel un étranger soutenait que son placement en rétention était entaché de **détournement de pouvoir**, en ce qu'il visait à **empêcher la célébration de son mariage**[(192)*ter)*].

B - La régularité de la procédure administrative et de l'acte de notification de l'arrêté de reconduite à la frontière

179. Visant le principe de la séparation des pouvoirs, un arrêt du 2 avril 1996 a affirmé que le juge saisi en application de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, ne peut sans excéder ses pouvoirs, se prononcer sur la **régularité de la procédure de reconduite à la frontière**[(193)].

Cet arrêt a cassé l'ordonnance d'un premier président, qui, pour confirmer la décision d'un juge délégué qui s'était déclaré non valablement saisi d'une demande de prolongation de la rétention d'un étranger, a retenu que **l'acte de notification de l'arrêté** de reconduite à la frontière mentionne que l'intéressé ne s'exprime pas en français ; qu'**aucun interprète** n'était présent et qu'il appartient à l'administration de procéder à une notification régulière dans les meilleurs délais ; que l'intéressé n'était donc pas régulièrement retenu lorsqu'il a été présenté au premier juge.

Il n'est pas sans intérêt de le rapprocher de l'arrêt précité du 4 mars 1999 qui, alors que le moyen d'un pourvoi soutenait que seul le juge administratif pouvait connaître de l'irrégularité de l'arrêté de rétention administratif notifié sans interprète, a néanmoins jugé que pour annuler une procédure de rétention administrative d'une personne de nationalité étrangère, l'ordonnance d'un premier président ne s'est **pas prononcée sur la validité de la notification** de l'arrêté préfectoral, en retenant, à bon droit, que n'ont pu être respectées les dispositions de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, après avoir relevé que l'intéressé ne parlait pas le français et que, malgré sa **demande formulée dès le début du maintien** en rétention, il n'avait pas bénéficié des services d'un interprète[(194)].

Ces deux décisions ne sont pas contradictoires, mais se complètent : s'il ne peut, sans excéder ses pouvoirs, apprécier l'opportunité ou la nécessité pour l'administration de recourir, d'office, à un interprète pour notifier un arrêté de reconduite à la frontière, le juge judiciaire dispose, en revanche, sur le fondement de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, du pouvoir de vérifier que l'étranger, qui le sollicite expressément, peut effectivement bénéficier

---

[(192)*ter)*] 2e Civ., 4 nov. 2004, pourvois joints n°s 04-50.022 et 04-50.025, M. Tutar c/ préfet du Loire, préc. (inédit).

[(193)] 2e Civ., 2 avril 1996, pourvois n°s 95-50.067 et 95-50.075, Préfet du Val-de-Marne c/ M. Caliskan (inédit).

[(194)] 2e Civ., 4 mars 1999, Bull., II, n° 38, p. 28, Préfet de Police de Paris c/ M. Ergini, préc. ; v. *supra*, § 150.

de l'assistance d'un interprète dès le début de la procédure de rétention, y compris, donc, lors de la notification de l'arrêté de reconduite à la frontière, rappel étant ici fait qu'il a été jugé que, s'agissant de la protection des libertés, le juge judiciaire, lorsqu'il constate qu'un étranger ne parle pas français et n'a pas été assisté d'un interprète lors de son audition par les services de police, a également le pouvoir, sans préjuger la régularité de la décision administrative, d'annuler l'audition de l'intéressé, et donc la procédure judiciaire subséquente [(195)].

180. Relevant le moyen **d'office, la Cour de cassation** a, dans un arrêt du 23 mars 2000, de nouveau affirmé le principe selon lequel le juge saisi d'une demande de prolongation du maintien en rétention ne peut sans excéder ses pouvoirs se prononcer sur la **régularité de la procédure** de reconduite à la frontière, en censurant l'ordonnance d'un premier président qui relevait que l'étranger n'avait **pas signé l'acte de notification de l'arrêté** de reconduite à la frontière [(196)].

Et c'est encore en rappelant que le premier président ne pouvait, sans excéder ses pouvoirs, se prononcer sur la **régularité de l'acte de notification** d'un arrêté de reconduite à la frontière, qu'un arrêt du 29 mars 2001 a rejeté le grief du pourvoi d'un étranger qui soutenait que l'arrêté ne lui avait **jamais été valablement notifié** [(197)].

C - L'exécution de l'arrêté de reconduite à la frontière ; la voie de fait

181. Rappelant qu'en vertu des articles 66 de la Constitution du 4 octobre 1958 et 136 du Code de procédure pénale, il appartient au juge saisi en application de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 de se prononcer comme gardien de la liberté individuelle et sans que sa décision préjuge la validité de l'arrêté de reconduite à la frontière, un arrêt du 10 avril 1996 a jugé que c'est, dès lors, à bon droit, qu'un premier président a retenu qu'en application de l'**article 22** *bis* **II** de ladite ordonnance, son article 35 *bis* est **applicable dès l'intervention de l'arrêté** de reconduite à la frontière, **l'exécution de cet arrêté étant distincte** des mesures prises par l'autorité judiciaire, et que le juge judiciaire n'a pas à statuer sur l'exécution de l'arrêté de reconduite [(198)].

182. Ainsi, l'ordonnance d'un premier président prolongeant le maintien en rétention d'un étranger condamné à une **peine d'interdiction du territoire** national se trouve légalement justifiée, dès lors qu'elle a été prise pour l'exécution d'un arrêté préfectoral d'éloignement qui

---

[(195)] Rappr. 2e Civ., 27 mars 1996, Bull., II, n° 74, p. 46, Préfet de Police de Paris c/ M. Guirassy, préc. ; v. *infra*, § 197.

[(196)] 2e Civ., 23 mars 2000, Bull., II, n° 51, p. 35, Préfet du Val-de-Marne c/ M. Ganeshan, préc. ; D. 2000. IR. 137 ; *adde*, 2e Civ., 27 févr. 2003, pourvoi n° 01-50.081, M. Bille Dikongue c/ préfet des Pyrénées-Atlantiques, préc. (inédit).

[(197)] 2e Civ., 29 mars 2001, pourvoi n° 00-50.003, M. Sylla c/ préfet de la Gironde (inédit).

[(198)] 2e Civ., 10 avril 1996, pourvoi n° 95-50.030, M. Dahmani c/ préfet de la région Rhône-Alpes (inédit).

n'a **pas été contesté par l'intéressé**[199].

183. Dans deux arrêts du 20 janvier et du 24 février 2000, la deuxième chambre civile a même eu l'occasion, par substitution de ces motifs de pur droit, de rappeler que, selon l'**article 22 *bis* II** de l'ordonnance du 2 novembre 1945, les dispositions de l'article 35 *bis* peuvent être appliquées dès l'intervention de l'arrêté de reconduite à la frontière, nonobstant l'existence d'un **recours en annulation** contre celui-ci, dont **seule l'exécution est alors suspendue**[200].

C'est aussi en rappelant la règle selon laquelle le premier président ne peut, sans excéder ses pouvoirs, se prononcer sur l'exécution d'un arrêté de reconduite à la frontière, qu'un arrêt du 29 mars 2001, précité, a écarté le grief du pourvoi d'un étranger soutenant que l'arrêté ne lui avait jamais été notifié de sorte qu'il n'avait **pas été en mesure de faire un recours** contre cette décision, laquelle n'aurait donc pu, selon lui, être mise à exécution[201].

184. Par ailleurs, le Conseil d'Etat considère que le fait qu'un étranger fasse l'objet d'une **mesure de contrôle judiciaire est sans incidence sur la légalité de l'arrêté de reconduite à la frontière** pris à son encontre, dès lors que cet arrêté n'a pas eu pour objet et ne saurait légalement avoir pour effet de soustraire l'étranger à l'exécution de la mesure de contrôle judiciaire[202].

En conséquence de quoi, lorsqu'un préfet prend un arrêté de reconduite à la frontière à l'encontre d'un étranger qui, concomitamment, fait l'objet d'une mesure de contrôle judiciaire assortie d'une **interdiction de quitter le territoire français**, l'existence de cette mesure n'affecte pas **la légalité** de l'arrêté préfectoral de reconduite à la frontière, dont **l'exécution** ne pourra cependant intervenir qu'une fois levée, par le juge judiciaire, l'interdiction ainsi prononcée[203].

185. Enfin, les étrangers font parfois porter le débat relatif à **l'exécution de l'arrêté** de reconduite à la frontière sur le terrain de **la voie de fait**.

Ainsi, par un arrêt du 25 novembre 1999, la deuxième chambre civile, aux motifs qu'un

---

[199] 2e Civ., 1er mars 2001, pourvoi n° 99-50.062, M. M'Boyo Makpama Kavra c/ préfet de la région Rhône-Alpes (inédit).

[200] 2e Civ., 20 janvier 2000, Bull., II, n° 12, p. 8, M. Ghraieb c/ préfet du Val-de-Marne ; *Rev. crit. dr. internat. privé* 2000, p. 697, note N. Guimezanes ; 24 févr. 2000, pourvoi n° 99-50.003, M. Seikou Soumaré c/ préfet des Hauts-de-Seine (inédit) ; *adde*, 2e Civ., 25 janv. 2001, pourvoi n° 99-50.093, M. Rharbouj c/ préfet de Police de Paris (inédit).

[201] 2e Civ., 29 mars 2001, pourvoi n° 00-50.003, M. Sylla c/ préfet de la Gironde, préc. (inédit).

[202] CE 6 juin 1997, Préfet de police de Paris c/ Louisne ; *adde*, C.E., 20 janv. 1995, Req. n° 136632, Hoke c/ préfet de Police de Paris.

[203] V. Benoît Tabaka, *"Le préfet peut-il exiger la reconduite à la frontière d'une personne frappée d'une interdiction de quitter le territoire ?"*, Revue de l'Actualité juridique française, 13 févr. 2002, www.Rajf.org.

premier président avait retenu l'**inexistence d'une voie de fait** et l'incompétence du juge judiciaire pour apprécier la régularité de l'acte administratif, a jugé non fondé le moyen d'un étranger de nationalité algérienne qui, estimant que l'acte était **manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir de l'administration**, soutenait, dans son pourvoi, que le premier président aurait dû examiner, non la régularité ou la légalité de l'acte administratif, mais rechercher si son exécution concernait une liberté fondamentale et si elle pouvait être rattachée à un pouvoir de l'administration eu égard à la règle de droit concernant spécifiquement les Algériens [(204)].

186. Il est à noter que l'invocation d'une **voie de fait** visant à déroger à la règle de la séparation des pouvoirs, le préfet du département aurait la possibilité, en signant un **arrêté de conflit**, de porter l'affaire devant le **Tribunal des Conflits** [(205)].

SECTION II : L'arrêté ministériel d'expulsion

A - La légalité, la régularité, la nullité ou la validité de l'arrêté d'expulsion

187. Un arrêt du 18 décembre 1996 affirme que les décisions prises par l'autorité administrative sur le fondement de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, constituent l'exercice de **prérogatives de puissance publique** ; que le juge, saisi conformément aux dispositions de l'article 35 *bis* de cette ordonnance, ne peut connaître une contestation relative à **la légalité** de ces décisions [(206)].

Aussi, au visa notamment du principe de la séparation des pouvoirs, cet arrêt décide qu'encourt la cassation l'ordonnance rendue par un premier président qui, statuant sur l'ordonnance d'un juge délégué ayant prolongé la rétention d'une personne étrangère - objet d'un arrêté d'expulsion -, a décidé la mise en liberté de celle-ci en retenant que l'intéressée, mariée à un Français et résidant régulièrement en France depuis plus de 10 ans, est mère de six enfants français et que comme telle, elle n'est pas expulsable conformément à l'article 25 de l'ordonnance précitée. Selon l'arrêt, de tels motifs **préjugent la validité de l'arrêté d'expulsion.**

[(204)] 2e Civ., 25 nov. 1999, pourvoi n° 98-50.052, M. Micham, alias Mechem c/ préfet de Police de Paris (inédit).

[(205)] Rappr. T. Confl., 17 avr. 2000, Bull. T.C., n° 9, p. 13 : absence de voie de fait donnant compétence à l'autorité judiciaire pour connaître d'un acte de l'autorité administrative concernant l'opposition à l'embarquement d'une ressortissante algérienne entendant retourner dans son pays d'origine en laissant ses deux enfants en France dans une situation irrégulière, alors que, selon l'accord franco-algérien du 28 septembre 1994, les ressortissants algériens venant en France pour un séjour inférieur à 3 mois doivent disposer des garanties de rapatriement confirmées par un titre de transport nominatif valable pour le retour.

[(206)] 2e Civ., 18 déc. 1996, Bull., II, n° 310, p. 186, Préfet de Police de Paris c/ Mme Kerbouz, ép. Bocquet ; D. 1998. Somm. p. 22, obs. F. Julien-Laferrière. - Sur l'invocation des dispositions de l'art. 25 de l'ord. du 2 nov. 1945, v. *supra*, § 178, et *infra*, § 203 et 227 *bis* et jurisp. cit. ; rappr. 2e Civ., 21 févr. 2002, pourvoi n° 00-50.089, Préfet des Hauts-de-Seine c/ Mme Bijdiguene, préc. (inédit).

Il sera observé que cette formulation, selon laquelle les motifs du juge du fond ne peuvent pas préjuger **la validité** de la décision administrative qu'est l'arrêté d'expulsion, est identique à celle qui était alors adoptée en matière d'appréciation des arrêtés de reconduite à la frontière.

188. De même, alors qu'un ressortissant étranger faisait grief à l'ordonnance attaquée d'avoir déclaré irrecevable l'exception d'**illégalité de l'arrêté** ministériel d'expulsion pris à son encontre, un arrêt du 6 mai 1997 a jugé que si, en vertu des articles 66 de la Constitution du 4 octobre 1958 et 136 du Code de procédure pénale, il appartient au juge de l'ordre judiciaire saisi en application de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 de se prononcer comme gardien de la liberté individuelle, sa décision, qui n'est pas celle d'une juridiction pénale au sens de l'article 111-5 du Code pénal, ne peut **pas préjuger la validité de la décision administrative** ayant entraîné la mise en rétention de l'étranger, et il a, en conséquence, approuvé le premier président qui relevait qu'un tribunal administratif avait, par jugement exécutoire, rejeté la demande d'**annulation** de l'arrêté d'expulsion de l'intéressé et qu'il ne pouvait donc, appliquant les règles de procédure civile, apprécier la **régularité** de cet acte, sans méconnaître la compétence des juridictions administratives [(207)].

B - La régularité de la notification de l'arrêté d'expulsion

189. Le juge judiciaire n'est pas compétent pour apprécier la **régularité de la notification de l'arrêté ministériel d'expulsion.**

Rappelant que les décisions prises par l'autorité administrative sur le fondement de l'ordonnance du 2 novembre 1945 constituent l'exercice de **prérogatives de puissance publique**, un arrêt du 14 mars 2002 a ainsi décidé qu'en application du principe de la séparation des pouvoirs, il n'appartient pas au juge judiciaire, saisi conformément à ce texte, de se prononcer sur des **contestations relatives à la notification** d'un arrêté d'expulsion [(208)].

C - L'exécution de l'arrêté d'expulsion ; la voie de fait

190. Le juge judiciaire ne peut faire obstacle à l'**exécution d'un arrêté d'expulsion**.

Un arrêt du 3 juin 1998 a ainsi censuré une ordonnance rendue par un premier président qui, pour infirmer la prolongation d'un maintien en rétention et remettre en liberté l'étranger, avait retenu que celui-ci présentait un reçu de son recours devant la **Commission des recours** mentionnant la possibilité de présenter des explications à la séance publique au cours de laquelle sa demande serait examinée et que la **mise à exécution de l'arrêté d'expulsion** qui le priverait de cette possibilité contreviendrait aux dispositions des articles 6.1 et 6.3 b et c de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le premier président, en se déterminant par de tels motifs qui font obstacle à l'**exécution d'une décision**

[(207)] 2e Civ., 6 mai 1997, Bull., II, n° 131, p. 78, M. Porzio c/ préfet du Rhône.

[(208)] 2e Civ., 14 mars 2002 (2d moy.), Bull., II, n° 44, p. 37, M. Madi c/ préfet du Nord.

administrative, et alors qu'il ne relevait pas l'existence d'une **voie de fait**, ayant violé le principe de la séparation des pouvoirs et l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 [209].

191. En ce qui concerne la **voie de fait**, il sera renvoyé aux observations formulées ci-dessus en matière d'arrêté de reconduite à la frontière [210].

SECTION III : La décision fixant le pays de renvoi (ou de destination)

192. Par un arrêt du 12 novembre 1997, la deuxième chambre civile a précisé que l'**annulation d'une décision fixant le pays de renvoi** n'interdit pas le recours à la rétention administrative [211].

Par un autre arrêt rendu le même jour, elle a approuvé l'ordonnance d'un premier président qui, pour autoriser la prolongation du maintien en rétention d'un ressortissant étranger, a exactement retenu que **l'annulation** - par le juge administratif - **de l'arrêté fixant le pays de destination** est sans conséquence sur la validité de l'arrêté de reconduite à la frontière pour l'exécution duquel a été prise la décision de rétention [212].

193. Le Conseil d'Etat, par un arrêt du 6 novembre 1987, avait déjà jugé que la **décision** prévoyant que l'intéressé serait conduit sous escorte à destination de son pays d'origine, et **concernant donc le pays de destination, est distincte de la mesure d'éloignement** proprement dite (il s'agissait, en l'espèce, d'un arrêté d'expulsion) et qu'elle était soumise au contrôle de la juridiction administrative [213].

194. Un arrêt du 12 octobre 2000 décide que le juge judiciaire, saisi en application de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, ne peut, sans excéder ses pouvoirs, se prononcer sur **la légalité de la décision administrative fixant le pays de renvoi**.

Alors que l'étranger faisait grief à l'ordonnance attaquée d'avoir rejeté l'exception de nullité prise du défaut de désignation par l'autorité préfectorale du pays de renvoi conformément aux dispositions des **articles 27 *bis* et 27 *ter*** de l'ordonnance du 2 novembre 1945, cet arrêt juge que c'est, dès lors, à bon droit que le premier président a énoncé que n'entrait pas dans ses attributions une **contestation sur la réalité ou la validité de la fixation du pays de destination**

---

[209] 2e Civ., 3 juin 1998, Bull., II, n° 172, p. 102, Préfet des Hautes Pyrénées c/ M. Bodih ; *Rev. crit. dr. internat. privé* 1999, p. 591, note N. Guimezanes.

[210] V. *supra*, § 185 et 186.

[211] 2e Civ., 12 nov. 1997, Bull., II, n° 264, p. 155, Préfet de Police de Paris c/ M. Jeganathan.

[212] 2e Civ., 12 nov. 1997, Bull., II, n° 269, p. 158, M. Niakate c/ préfet de Police de Paris, préc.

[213] CE, ass., 6 nov. 1987, Buayi, Req. n° 65590, Leb. p. 348, RFDA 1998, p. 86, concl. C. Vigouroux.

[214] 2e Civ., 12 oct. 2000, Bull., II, n° 139, p. 99, M. El Amri c/ préfet de la Haute-Garonne.

[214].

SECTION IV : La décision de maintien en rétention

195. La deuxième chambre civile a progressivement transposé à la décision de maintien en rétention sa jurisprudence relative à l'arrêté de reconduite à la frontière.

A - La légalité, la régularité, la nullité ou la validité de la décision de maintien en rétention

196. Alors qu'un ressortissant étranger faisait grief à un premier président d'avoir omis de relever **l'illégalité du texte réglementaire autorisant le maintien** en rétention administrative au-delà de l'expiration du délai légal, ce qui aurait constitué, selon le moyen du pourvoi, une voie de fait, un arrêt du 10 février 1993 avait tout d'abord jugé que le juge judiciaire, saisi dans les conditions prévues par l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, peut seulement statuer sur une ou plusieurs des mesures de surveillance et de contrôle nécessaires au départ de l'étranger et ne peut, sans excéder ses pouvoirs, apprécier la **légalité** d'un acte administratif qui **ne saurait constituer une voie de fait,** qu'il soit de nature réglementaire ou individuelle[215].

197. Pour rejeter un pourvoi qui, se prévalant notamment de ce que **la régularité** de la procédure administrative est de la compétence du juge administratif, faisait grief à une ordonnance d'avoir annulé la mise en rétention d'un étranger et d'avoir ordonné sa mise en liberté, un arrêt du 27 mars 1996 a cependant jugé qu'ayant constaté que l'étranger ne parlait pas français et n'avait pas été assisté d'un **interprète lors de son audition par les services de police**, et s'agissant de la protection des libertés, le premier président en avait déduit à bon droit, **sans préjuger la régularité de la décision administrative**, que l'audition de l'intéressé, et donc la procédure judiciaire subséquente, étaient nulles[216].

198. Mais, par un arrêt du 6 mai 1997, alors qu'un ressortissant étranger soutenait dans son pourvoi que sa **demande de réfugié politique** n'avait pas encore été examinée par l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (**l'OFPRA**), la deuxième chambre civile a approuvé un premier président d'avoir confirmé le maintien en rétention, en décidant, par un motif substitué, que la **saisine de cet organisme n'empêche pas** le juge de l'ordre judiciaire de statuer en application de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945[217].

199. Censurant un premier président qui avait ordonné la mise en liberté d'un ressortissant étranger en retenant qu'il était établi par les pièces figurant au dossier que la mise en rétention

---

[215] 2e Civ., 10 févr. 1993, Bull., II, n° 54, M. Savan c/ préfet du Val d'Oise ; D. 1993. IR. 61 ; JCP 1993.IV.939.

[216] 2e Civ., 27 mars 1996, Bull., II, n° 74, p. 46, Préfet de Police de Paris c/ M. Guirassy, préc. ; v. *supra*, § 150

[217] 2e Civ., 6 mai 1997, Bull., II, n° 133, p. 79, M. Olarte c/ préfet de Police de Paris.

administrative de cet étranger était intervenue le 14 janvier 1999, alors que l'arrêté prescrivant sa reconduite à la frontière ne lui avait été notifié que le 15 janvier 1999, c'est par un arrêt du 3 février 2000 que la deuxième chambre civile a clairement décidé, au visa du principe de la séparation des pouvoirs, que le juge saisi en application de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 ne peut, sans excéder ses pouvoirs, se prononcer sur **la légalité de la décision administrative de maintien en rétention** dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire [(218)].

De manière identique, un arrêt du 26 avril 2001 a cassé l'ordonnance d'un premier président qui avait retenu que l'arrêté de maintien en rétention pris par le préfet comportait, en son article 1er, la date du 14 décembre 1999 à 16 heures, heure d'élargissement de l'étranger par le tribunal correctionnel et, en page 2, la date du 13 décembre 1999, cette **contradiction** ne permettant pas d'établir avec certitude la **réalité de cet acte** et de fonder une décision de maintien en rétention, et qui avait ordonné la mise en liberté immédiate de l'intéressé en raison de **l'irrégularité** manifeste de la procédure suivie, excédant ainsi ses pouvoirs [(219)].

200. Un arrêt du même jour a également censuré un premier président qui, pour dire n'y avoir lieu à prolongation d'une mesure de rétention, avait retenu que l'étranger justifiait avoir formé un **pourvoi en cassation, suspensif** en matière pénale, contre l'arrêt de la cour d'appel l'ayant condamné à l'**interdiction définitive du territoire français** pour l'exécution de laquelle le préfet de police avait pris l'arrêté de placement en rétention administrative, et que l'intéressé justifiait avoir **saisi l'OFPRA** d'une demande de renouvellement de son certificat de réfugié, alors que le juge de l'ordre judiciaire saisi sur le fondement de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 ne peut, sans excéder ses pouvoirs, se prononcer sur **la légalité de la décision administrative de maintien en rétention** et que la **saisine de l'OFPRA** ne l'empêche pas de statuer en application de ce texte [(220)].

201. De même, réaffirmant que l'appréciation de **la légalité de la décision administrative de maintien en rétention** d'un étranger relève des attributions des **juridictions administratives**, la deuxième chambre civile, par un arrêt du 7 juin 2001 rendu au double visa du principe de la séparation des pouvoirs et de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, a, sur un **moyen soulevé d'office,** cassé, pour **excès de pouvoir**, l'ordonnance d'un premier président qui, pour rejeter la demande de prolongation du maintien et remettre l'étranger en liberté, avait retenu que la décision préfectorale de maintien en rétention était fondée sur un jugement d'un tribunal correctionnel ayant prononcé contre l'étranger l'**interdiction définitive du territoire français** alors que ce jugement avait été **émendé sur la peine** par un arrêt d'une cour d'appel qui n'avait pas prononcé ladite interdiction, et qui en avait déduit que le maintien en rétention de l'intéressé

[(218)] 2e Civ., 3 févr. 2000, pourvoi n° 99-50.009, Préfet du Val-de-Marne c/ M. Onana Ndjana (inédit).

[(219)] 2e Civ., 26 avril 2001, pourvoi n° 00-50.004, Préfet du Puy-de-Dôme c/ M. Labidi (inédit).

[(220)] 2e Civ., 26 avril 2001, pourvoi n° 99-50.106, Préfet de police de Paris c/ M. Lumbuenadio (inédit).

était dépourvu de fondement [221].

Et c'est de manière identique qu'un arrêt du 24 avril 2003 vient encore, sur un moyen relevé d'office et au double visa du principe de la séparation des pouvoirs et de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, de censurer pour **excès de pouvoir** un premier président qui avait annulé l'assignation à résidence d'un étranger décidée par un juge délégué, et remis l'intéressé en liberté, en retenant que la **peine temporaire d'interdiction du territoire français** - pour l'exécution de laquelle avait été pris un arrêté préfectoral de maintien en rétention - était **prescrite** et ne pouvait **plus faire l'objet d'une exécution** [221*bis*].

202. Rappelant au visa de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, ensemble le principe de la séparation des pouvoirs, que l'appréciation de **la légalité** des **décisions administratives** de reconduite à la frontière et **de maintien en rétention** relève des attributions des juridictions administratives, un arrêt du 21 février 2002 a encore censuré, pour excès de pouvoir, un premier président qui avait annulé l'ordonnance de prolongation d'un juge délégué et dit n'y avoir lieu à maintien en rétention d'une ressortissante étrangère au motif - inopérant - que l'intéressée, qui exerçait l'**autorité parentale partielle** à l'égard de ses deux jeunes enfants, remplissait les conditions exigées par l'**article 25.5°** de l'ordonnance du 2 novembre 1945 [222].

202.1. Et c'est encore en rappelant, au visa de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 devenu les articles L. 551-1 et suivants du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, ensemble le principe de la séparation des pouvoirs, que le juge saisi en application du texte précité ne peut, **sans excéder ses pouvoirs**, se prononcer sur la **légalité de la décision administrative de maintien en rétention** dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire, que par un arrêt du 4 octobre 2005, la première chambre civile a censuré l'ordonnance par laquelle, pour infirmer la prolongation du maintien en rétention d'un étranger et ordonner sa mise en liberté immédiate, un premier président avait retenu **l'absence d'annexion** à la requête préfectorale de maintien en rétention **de la délégation de signature du signataire de l'arrêté initial de maintien en rétention** [222].

---

[221] 2e Civ., 7 juin 2001, Bull., II, n° 113, p. 77, Préfet de Seine-et-Marne c/ M. Banzenga Mbanga.

[221*bis*] 2e Civ., 24 avr. 2003, Bull.,, II, n° 107, p. 92, Préfet de l'Isère c/ M. Argou. - Cette règle serait pareillement applicable pour le cas où l'étranger invoquerait le caractère **non avenu** d'une peine complémentaire d'interdiction temporaire du territoire français (sur cette question de procédure pénale, v. Crim., 29 oct. 2003, pourvoi n° 02-86.704, Bull. crim., n° ?, p. ?, Procureur général près la cour d'appel de Lyon c/ M. Direk).

[222] 2e Civ., 21 févr. 2002, pourvoi n° 00-50.089, Préfet des Hauts-de-Seine c/ Mme Bijdiguene, préc. (inédit). - Sur l'invocation des dispositions de l'art. 25 de l'ord. du 2 nov. 1945, v. *supra*, § 178 et 187, et *infra*, § 227 *bis,* et jurisp. cit. . Rappr. 2e Civ., 18 déc. 1996, Bull., II, n° 310, p. 186, Préfet de police de Paris c/ Mme Kerbouz, ép. Bocquet, préc. ; D. 1998. Somm. p. 22, obs. F. Julien-Laferrière.

[222*bis*] Civ. 1ère, 4 oct. 2005, pourvoi n° 04-50.098, Préfète du Tarn-et-Garonne c/ M. Petkov (inédit).

B - La régularité de la notification de maintien en rétention

203. Par un arrêt du 15 juin 2000, la deuxième chambre civile a jugé qu'un premier président avait légalement justifié, au regard de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 et du principe de la séparation des pouvoirs, sa décision confirmant la prolongation du maintien en rétention d'un étranger, en retenant à bon droit qu'il n'appartient pas au juge judiciaire, saisi sur le fondement du texte susvisé, de se prononcer sur la **régularité de la notification d'une décision administrative de placement en rétention** [223].

Pour écarter le moyen de cassation d'un étranger faisant valoir que la décision de placement en rétention ne lui est opposable et ne peut produire d'effets que si elle lui a été notifiée, que la notification se caractérise par la remise effective de la décision et que le procès-verbal de notification de la décision de mise en rétention ne faisait pas état de la remise matérielle d'un exemplaire de cette décision, la deuxième chambre civile a encore décidé, par un arrêt du 9 décembre 2004, qu'a légalement justifié sa décision confirmant la prolongation du maintien en rétention, le premier président qui retient que le **contrôle de l'acte administratif** constitué par la décision de placement en rétention administrative **échappe à la compétence de l'autorité judiciaire**, motif duquel il résulte que **les juridictions administratives sont seules compétentes pour se prononcer sur les conditions de notification d'une décision administrative** [223*bis*].

C - L'exécution de la décision de maintien en rétention

203.1. Par une décision du 25 avril 1994, le **Tribunal des Conflits** a jugé que le **contentieux de la responsabilité à raison des conditions matérielles d'exécution de la rétention** administrative des étrangers en instance d'éloignement prévue à l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, fût-elle prolongée par le juge judiciaire dans les conditions prévues par le même article, ressortit, **en l'absence de voie de fait** (dont les conditions n'étaient en l'espèce pas réunies) à la seule **compétence des juridictions administratives** [224*bis*].

203.2. Rejetant le mémoire du ministre de l'Intérieur qui, pour obtenir la confirmation d'un arrêté de conflit, faisait valoir que la **voie de fait,** dont l'existence était **implicitement alléguée**, ne saurait être reconnue dans la mesure où le placement en rétention d'un ressortissant étranger n'était pas une décision insusceptible de se rattacher à un pouvoir de l'administration, le **Tribunal des Conflits** vient cependant de préciser que **n'excède pas les limites de sa compétence le président d'un tribunal de grande instance, statuant en référé, qui fait droit à la requête**, formulée par un étranger placé en rétention dans des locaux ne relevant pas de l'administration

---

[223] 2e Civ., 15 juin 2000, Bull., II, n° 102, p. 70, M. Guissé c/ préfet des Yvelines.

[223*bis*] 2e Civ., 9 déc. 2004, pourvoi n° 03-50.108, M. Kaabeche c/ préfet du Doubs (inédit).

[224*bis*] T. confl., 25 avr. 1994, n° 02920, Bull., T.C., n° 5, p. 5, Dulangi et GISTI c/ Préfet de Police de Paris et agent judiciaire du Trésor ; D. 1994.389, concl. Abraham, note Didier, et Somm. p. 246, obs. P. Waquet et F. Julien-Laferrière ; JCP 1994.IV.1618 ; Gaz. Pal. 1994.2.561, concl. préc., note Petit.

pénitentiaire, **à fin de constat d'huissier de justice sur les conditions de sa rétention**, dès lors qu'il est saisi **seulement à titre gracieux**, sur le fondement de l'article 812 du nouveau Code de procédure civile, d'une demande de constat et que ce constat peut, le cas échéant, être produit devant le juge judiciaire à l'occasion d'une éventuelle prolongation de la rétention décidée sur le fondement de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 et qu'il n'est **pas** ainsi **manifestement insusceptible d'être utile lors d'un litige relevant de la compétence de l'autorité judiciaire** [(223)*ter)*].

SECTION V : La décision préfectorale relative à une demande de régularisation de la situation de l'étranger

204. Au visa du principe de la séparation des pouvoirs et des articles 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 et 2 du décret du 12 novembre 1991, la deuxième chambre, par deux arrêts du 27 janvier 2000, a décidé qu'une **demande de régularisation en cours d'examen** ne fait pas obstacle à la mise en œuvre d'une procédure de reconduite à la frontière et que l'appréciation d'une décision relative à cette demande ressortit aux seules juridictions administratives, et elle a, en conséquence, censuré l'ordonnance rendue par un premier président qui, pour infirmer la prolongation d'une mesure de rétention d'un étranger et remettre celui-ci en liberté, a énoncé que la requête du Préfet de Police, qui ne donne aucune information sur la suite réservée à la demande de régularisation formée par l'intéressé en application de la **circulaire du ministre de l'Intérieur du 24 juin 1997** [(224)], laquelle exige que la décision de refus de séjour soit motivée, ou sur les raisons ayant empêché l'examen de cette demande avant le dépôt de la requête, alors que, selon la circulaire, en cas d'interpellation, la demande est instruite pendant la durée du maintien en rétention, ne répond pas aux prescriptions de l'article 2 du décret du 12 novembre 1991 et ne permet pas au juge judiciaire, gardien des libertés individuelles, d'exercer son contrôle [(225)].

Il convient, du reste, d'observer que la jurisprudence du **Conseil d'Etat** refuse toute valeur juridique aux différentes circulaires ayant ouvert la faculté aux préfets de régulariser la situation de diverses catégories d'étrangers en situation irrégulière, et qu'il n'existe donc, sur ce fondement, **aucun "droit à la régularisation"** [(226)].

Section VI : La décision municipale ou préfectorale d'évacuation d'un local occupé par des étrangers en situation irrégulière

---

[(223)*ter)*] T. confl., 29 déc. 2004, n° 04-03.429, Bull., T.C., n° 33, p. 43, Préfet des Deux-Sèvres c/ M. Jaber Salem.

[(224)] Circ. NOR/INT/D/97/00104/C du ministre de l'Intérieur, *portant "réexamen de la situation de certaines catégories d'étrangers en situation irrégulière"*.

[(225)] 2e Civ., 27 janv. 2000, Bull., II, n° 19, p. 13, Préfet de Police de Paris c/ M. Saeed ; 27 janv. 2000, pourvoi n° 97-50.079, Préfet de Police de Paris c/ M. Singh (inédit) ; D. 2000. IR. 59.

[(226)] V. note de Mme le conseiller référendaire A.-M. Batut, sous 2e Civ., 27 janv. 2000, Bull. inf. C. cass. 1er avril 2000, p. 11, et jurisp. cit.

205. Agissant sur réquisition du maire, des policiers avaient procédé à l'évacuation d'une église occupée depuis la veille par plusieurs personnes de nationalité étrangère, qui, à cette occasion ont fait l'objet d'un contrôle d'identité révélant leur situation irrégulière. Répondant au moyen du pourvoi formé par l'un d'eux, qui soutenait que le premier président n'avait pas répondu à l'exception tirée de l'illégalité de la décision municipale prescrivant l'évacuation de l'église, la Cour de cassation a jugé, par un arrêt du 25 novembre 1999, que l'ordonnance a, à bon droit, retenu qu'il n'appartenait pas au juge judiciaire de se prononcer sur la **légalité de la décision administrative d'évacuation** [(227)].

Section VII : La réadmission sur le territoire français

206. A peine de violer le principe de la séparation des pouvoirs, ensemble l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, le juge saisi d'une demande de prolongation du maintien en rétention d'un étranger ne peut, sans excéder ses pouvoirs, se prononcer sur l'**acte administratif de réadmission sur le territoire français**.

Relevant ce moyen **d'office**, la deuxième chambre civile a ainsi décidé, par un arrêt du 27 février 2003, que le juge judiciaire ne pouvait, en particulier, se prononcer sur la **validité des documents administratifs** établis à l'occasion de la remise de l'intéressé par les autorités étrangères agissant en application de **conventions ou d'accords internationaux** [(228)].

Section VIII : La décision retirant ou refusant le renouvellement de l'autorisation provisoire de séjour accordée au demandeur d'asile

207. Cassant l'ordonnance rendue par un premier président qui, pour dire n'y avoir lieu de soumettre un ressortissant étranger à une mesure de contrôle et de surveillance, retenait notamment que celui-ci avait été convoqué par la **Commission de recours des réfugiés**, un arrêt du 12 novembre 1997 a décidé, au visa du principe de la séparation des pouvoirs, que l'appréciation de **la régularité** de la décision retirant ou refusant le renouvellement de **l'autorisation provisoire de séjour** accordée au **demandeur d'asile** ne relève pas de la compétence du juge saisi sur le fondement de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 [(229)].

[(227)] 2e Civ., 25 nov. 1999, pourvoi n° 98-50.016, M. Kantié c/ préfet de Police de Paris (inédit) ; *Rev. crit. dr. internat. privé* 2000, p. 697, note N. Guimezanes.

[(228)] 2e Civ., 27 févr. 2003, pourvoi n° 01-50.081, M. Bille Dikongue c/ préfet des Pyrénées-Atlantiques (inédit).

[(229)] 2e Civ., 12 nov. 1997, Bull., II, n° 264, p. 155, Préfet de Police c/ M. Jeganathan, préc.

CHAPITRE II : Dans les procédures de maintien en zone d'attente

Section I - La décision administrative de refus d'admission sur le territoire français (art. 35 *quater* I de l'ord. du 2 nov. 1945)

208. Rejetant le pourvoi d'un étranger qui reprochait à une ordonnance confirmant le renouvellement de son maintien en zone d'attente, d'avoir refusé d'apprécier le **caractère manifestement infondé de la demande d'asile** qui motivait la demande de prolongation, un arrêt du 26 avril 2001 a jugé que c'est à bon droit que le premier président a retenu qu'il n'appartient pas au juge de l'ordre judiciaire de se prononcer sur la légalité de la décision administrative [230].

209. Pour rejeter le pourvoi d'étrangers soutenant que les décisions de refus d'admission, de maintien en zone d'attente et de renouvellement de cette mesure leur avaient été **notifiées** par le truchement d'un **interprète** ayant opéré par téléphone ou ayant traduit dans une langue qu'ils ne connaissaient pas, la deuxième chambre civile, dans quatre arrêts du 23 mai 2001, a jugé, par un motif de pur droit substitué à ceux qui étaient critiqués, qu'il n'appartient pas au juge judiciaire, saisi sur le fondement de l'article 35 *quater* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, de se prononcer sur la **régularité des notifications** des **décisions administratives refusant l'admission** d'un étranger sur le territoire français, le maintenant en zone d'attente ou renouvelant ce maintien [231].

210. C'est également en décidant que l'appréciation de la **légalité** des **décisions administratives de refus d'admission**, de placement en zone d'attente ainsi que **leur notification** ne relève pas de la compétence judiciaire mais de celle des juridictions de l'ordre administratif, qu'un arrêt du 7 juin 2001 a rejeté divers moyens d'un pourvoi formé par un étranger maintenu en zone d'attente, invoquant l'atteinte à la liberté individuelle, le droit à la vie ou à un traitement équitable ainsi que la valeur du **procès-verbal de notification**, fondés sur les articles 6 et 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 66 de la Constitution du 4 octobre 1958, 136, 430, 431, 433 et 646 du Code de procédure pénale [232].

210.1. Et c'est encore en réaffirmant que le contrôle des **conditions d'intervention et de notification** des décisions prises par l'autorité administrative relève de la **compétence des juridictions administratives** qu'un arrêt du 9 décembre 2004 a écarté le moyen de cassation d'un étranger se prévalant de l'absence de notification ***préalable ou simultanée*** de la décision de refus d'admission sur le territoire français par rapport à la notification administrative de placement en

---

[230] 2e Civ., 26 avril 2001, pourvoi n° 00-50.015, M. Rolam c/ Ministère de l'Intérieur (inédit).

[231] 2e Civ., 23 mai 2001, Bull., II, n° 104, p. 69, M. Balwinder c/ Ministre de l'Intérieur ; *adde*, pourvoi n° 00-50.025, M. Nachhatar c/ Ministre de l'Intérieur ; pourvoi n° 00-50.026, M. Mandip c/ Ministre de l'Intérieur ; pourvoi n° 00-50.027, M. Ram c/ Ministre de l'Intérieur (inédits).

[232] 2e Civ., 7 juin 2001, pourvoi n° 99-50.053, M. Wingi Di Mawete c/ Ministre de l'Intérieur, (inédit).

zone d'attente[232bis].

211. C'est évidemment le principe de la séparation des pouvoirs qui dicte ces solutions, lesquelles sont identiques à celle qui s'impose au juge saisi sur le fondement de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 s'agissant d'un arrêté de reconduite à la frontière ou d'une décision de maintien en rétention[233].

Section II - Les décisions administratives de maintien en zone d'attente et de renouvellement de cette mesure (art. 35 *quater* II de l'ord. du 2 nov. 1945)

212. Rejetant le pourvoi formé par un étranger qui soutenait que le maintien en zone d'attente constituait une voie de fait, un arrêt du 20 janvier 2000 a jugé que l'appréciation de **la légalité de la décision administrative de placement en zone d'attente** ne relevant pas de la compétence judiciaire, c'est dans l'exercice du pouvoir qu'il tient de l'article 35 *quater* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 que le juge a fixé la durée de la prolongation du maintien en zone d'attente dans les limites prévues par ce texte[234].

213. Seront, en outre, ici rappelés les arrêts ci-dessus analysés des 23 mai 2001 et du 7 juin 2001, par lesquels la deuxième chambre décide que l'appréciation de la **légalité** et de la **régularité** des **décisions administratives** de refus d'admission, **de maintien** (de "placement") **et de renouvellement du maintien en zone d'attente,** ainsi que **leur notification,** ne relève pas de la compétence du juge judiciaire saisi sur le fondement de l'article 35 *quater* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, mais de celle des juridictions de l'ordre administratif[235].

Section III - La décision ministérielle refusant tout titre de séjour ou rejetant la demande d'admission sur le territoire français, au titre de l'asile (art. 35 *quater* de l'ord. du 2 nov. 1945)

214. Statuant sur le pourvoi formé par un ressortissant étranger qui avait demandé l'asile en France à sa descente d'avion, et qui faisait valoir qu'il avait sollicité l'avis de la Commission de

---

[232bis] 2e Civ., 9 déc. 2004, pourvoi n° 03-50.094, M. Nganga c/ Ministre de l'Intérieur (inédit).

[233] Rappr. 2e Civ., 2 avril 1996, pourvois n°s 95-50.067 et 95-50.075, M. Caliskan c/ Procureur général près la cour d'appel de Paris (inédit), et 23 mars 2000, Bull., II, n° 51, p. 35, Préfet du Val-de-Marne c/ M. Ganeshan, préc., D. 2000. IR. 137 ; Civ. 2, 15 juin 2000, Bull., II, n° 102, p. 70, M. Guissé c/ préfet des Yvelines, préc.

[234] 2e Civ., 20 janv. 2000, pourvoi n° 98-50.046, Mlle Nzongia Wodongo c/ Ministre de l'Intérieur et procureur général près la cour d'appel de Paris (inédit).

[235] 2e Civ., 23 mai 2001, Bull., II, n° 104, p. 69, M. Balwinder c/ Ministre de l'Intérieur ; *adde*, pourvoi n° 00-50.025, M. Nachhatar c/ Ministre de l'Intérieur ; pourvoi n° 00-50.026, M. Mandip c/ Ministre de l'Intérieur ; pourvoi n° 00-50.027, M. Ram c/ Ministre de l'Intérieur, préc., (inédits) ; Civ. 2, 7 juin 2001, pourvoi n° 99-50.053, M. Wingi Di Mawete c/ Ministre de l'Intérieur, préc. (inédit).

recours des réfugiés sur la conformité de la décision du ministre de l'Intérieur, prise au cours de son maintien en zone d'attente, de lui **refuser tout titre de séjour**, qu'il avait saisi l'Office français des réfugiés et apatrides d'une demande d'obtention du statut de réfugié, démarches impliquant qu'il fût sursis à l'exécution de la décision de refoulement prise par ce ministre, et que le premier président ne pouvait méconnaître cet effet suspensif sans violer la **Convention de Genève** et les principes issus de cette convention, un arrêt du 9 février 1994 a énoncé que les décisions prises par l'autorité administrative sur le fondement de l'article 35 *quater* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 constituent **l'exercice de prérogatives de puissance publique** dont le contrôle de **légalité** relève exclusivement de la juridiction administrative [(236)].

C'est également en rappelant que les décisions prises par l'autorité administrative sur le fondement de l'article 35 *quater* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 constituent **l'exercice de prérogatives de puissance publique** dont le **contrôle de légalité** relève de la juridiction administrative et que le juge judiciaire, saisi d'une demande relative au maintien en zone d'attente d'un étranger arrivant en France par voie maritime ou aérienne, **ne peut**, dans l'attente de la décision à intervenir sur sa demande d'asile, ou, connaissance prise des raisons du refus d'asile qui lui est opposé et du délai nécessaire pour assurer son départ, **que statuer sur ce maintien** au-delà de quatre jours, que par un arrêt du 30 juin 2004, la deuxième chambre civile a censuré, pour violation du principe de la séparation des pouvoirs et du texte précité, l'ordonnance d'un premier président qui, pour dire n'y avoir lieu au maintien en zone d'attente d'un ressortissant étranger, avait retenu que son avocat avait formulé une demande d'asile qui avait régulièrement saisi l'administration et qu'en procédant à **deux tentatives d'embarquement alors qu'il n'avait pas été statué sur cette demande d'asile**, l'autorité administrative avait commis une **voie de fait** qui viciait la procédure subséquente, de sorte que la mesure de prolongation n'avait plus de fondement valable [(236)*bis*].

215. La **demande d'admission sur le territoire français au titre de l'asile**, formée par un ressortissant étranger arrivant en France, peut être rejetée par décision du ministre de l'Intérieur comme étant **manifestement infondée**.

Dans ce cas, la deuxième chambre civile juge que c'est à bon droit qu'un premier président, pour autoriser le maintien ou le renouvellement du maintien d'un étranger en zone d'attente d'un aéroport, retient qu'il n'appartient pas au juge de l'ordre judiciaire de se prononcer sur la **légalité** de la décision administrative [(236)*ter*].

---

(236) 2e Civ., 9 févr. 1994, Bull., II, n° 53, p. 30, M. Bayemy c/ préfet du Val-de-Marne ; D. 1994. Somm. p. 254, obs. F. Julien-Laferrière.

(236)*bis*) 2e Civ., 30 juin 2004, Bull., II, n° 339, p. 286, Ministre de l'Intérieur c/ M. Kadhim.

(236)*ter*) Lorsqu'il est porté une atteinte grave et manifestement illégale au droit constitutionnel d'asile, qui a le caractère d'une **liberté fondamentale, la juridiction administrative** peut être saisie et le Conseil d'Etat admet très largement la **condition d'urgence,** appréciée *in concreto,* permettant l'octroi de **mesures en référé** dans le cadre de l'article L. 521-2 du code de la justice administrative : CE, réf., 25 mars 2003, Ministre de l'Intérieur c/ M. et Mme Sulaimanov, Lebon p. 146, AJDA 2003, p. 1662, note Olivier Lecucq ; CE, réf., 24 oct. 2005, req. n° 286247,

216. Elle l'a tout d'abord fait par trois arrêts du 10 juillet 1996, alors que des ressortissants étrangers reprochaient au premier président de n'avoir pas apprécié, comme cela lui était demandé, le **caractère manifestement infondé de la demande d'entrée** sur le territoire au titre de l'asile[237].

217. Elle l'a ensuite décidé par un arrêt du 21 octobre 1999, alors que la personne de nationalité étrangère, dont la demande d'admission sur le territoire français au titre de l'asile avait été rejetée comme étant manifestement infondée par décision du ministre de l'Intérieur, faisait grief au premier président de ne pas s'être expliqué sur le **caractère illégal**, soulevé par voie de conclusions, **de la décision ministérielle** lui refusant la **qualité de réfugié**[238].

SECTION IV : Le maintien ou la consignation de l'étranger à bord d'un navire

218. Malgré l'institution des zones d'attente, la pratique antérieure, connue sous le nom de **maintien ou de "consignation" à bord du navire**, consistant à interdire de débarquer à des étrangers arrivant en France par voie maritime, n'avait pas totalement disparu et des juges des référés ont parfois été saisis de ces situations par des personnes de nationalité étrangère invoquant la **voie de fait**[239].

219. Déclarant nulles une ordonnance du 9 août 1996 du **juge des référés** du Tribunal de grande instance de Paris[240] rejetant le **déclinatoire de compétence** d'un préfet, ainsi que la procédure engagée devant le juge des référés qui avait estimé qu'une telle pratique constituait une voie de fait, l'autorité administrative ne pouvant priver un individu de la liberté d'aller et venir que suivant les modalités définies par la loi et, s'agissant des étrangers arrivant par voie maritime, qu'en respectant les dispositions relatives au maintien en zone d'attente, et la consignation d'un étranger à bord, ne relevant d'aucun texte, n'étant pas susceptible de se rattacher à l'exercice d'un pouvoir appartenant à l'administration et privant l'étranger de garanties essentielles, une décision du **Tribunal des Conflits** du 12 mai 1997, rendu en formation de départage sous la présidence du Garde des Sceaux, énonce qu'il ressort des dispositions de l'**article 5** de l'ordonnance du 2 novembre 1945 que le législateur a attribué en principe à l'administration le pouvoir de procéder

---

Ministre de l'Intérieur c/ M. M., AJDA 2006, p. 496, note Serge Slama.

[237] 2e Civ., 10 juill. 1996, Bull., II, n° 202, p. 123, M. Richard Apomolia c/ Ministre de l'Intérieur ; *adde* 10 juill. 1996, pourvoi n° 95-50.084, M. Floribert Apomolia c/ Ministre de l'Intérieur ; 10 juill. 1996, pourvoi n° 95-50.085, M. Rwagamba c/ Ministre de l'Intérieur (inédits).

[238] 2e Civ., 21 oct. 1999, pourvoi n° 98-50.034, Mme Ezeigbo c/ Ministre de l'Intérieur (inédit) ; *Rev. crit. dr. internat. privé* 2000, p. 697, note N. Guimezanes.

[239] V. Jacques Normand, *"Le juge judiciaire, gardien non-exclusif des libertés. Le cas des étrangers"*, RTD civ. 1996, p. 235.

[240] TGI Paris, réf., 9 août 1996, Gaz. Pal. 1997.1.395.

à l'**exécution forcée des décisions** d'éloignement et de celles prononçant un refus d'entrée qu'elle est amenée à prendre au titre de la police des étrangers ; que par suite, et à les supposer même illégales, les mesures prises à l'égard des intéressés n'étaient pas manifestement insusceptibles d'être **rattachées à un pouvoir appartenant à l'administration** ; que ces actes ne sauraient dès lors être regardés comme constitutifs d'une voie de fait [(241)].

220. De même, rejetant le pourvoi formé par un étranger interpellé à bord d'un navire de commerce, qui faisait grief à un premier président ayant ordonné la prolongation de son maintien en zone d'attente d'avoir méconnu ses devoirs au regard des articles 66 de la Constitution du 4 octobre 1958, 136 du Code de procédure pénale, 432-4 du Code pénal et 35 *quater* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, alors que le juge judiciaire est le gardien de la liberté individuelle et qu'en l'état de la consignation à bord de **passagers clandestins** qui auraient dû être immédiatement acheminés vers une zone d'attente dès lors que l'administration leur refusait le droit d'entrée, il aurait appartenu au juge judiciaire de constater l'illégalité manifeste du comportement initial de l'administration et de sanctionner l'existence d'arrestations arbitraires en ordonnant sa mise en liberté immédiate, la deuxième chambre civile, par un arrêt rendu le 19 novembre 1998, a jugé que le premier président n'avait pas à se prononcer sur la **régularité des consignations à bord de navire** [(242)].

221. Il est toutefois à noter que la consignation à bord des navires des étrangers auxquels l'administration refuse l'entrée en France, **pratique illégale** dès l'origine et en contradiction avec l'article 35 *quater* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, a été clairement condamnée par la jurisprudence administrative.

Le Conseil d'Etat, par un arrêt du 29 juillet 1998, décide en effet qu'il résulte des dispositions de l'article 35 *quater* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 que, lorsque l'administration oppose un refus d'entrée en France à un étranger qui ne peut repartir immédiatement ou qui demande son admission au titre de l'asile, elle est tenue de le maintenir en zone d'attente pendant le temps strictement nécessaire à son départ ou s'il est demandeur d'asile, à un examen tendant à déterminer si sa demande n'est pas manifestement infondée afin qu'il puisse bénéficier des garanties édictées par les dispositions de l'article précité [(243)].

Le placement en zone d'attente constitue donc une obligation administrative dont le non-respect rend la procédure irrégulière et entache la légalité du refus d'entrée [(244)].

---

(241) T. confl., 12 mai 1997, n° 3056, Préfet de Police de Paris c/ Tribunal de grande instance de Paris, D. 1997, jurisp. p. 567, note A. Legrand ; JCP 1997.II.22861, rapp. P. Sargos ; Gaz. Pal. 1997, 1, jurisp. p. 386, concl. Arrighi de Casanova et note S. Petit.

(242) 2e Civ., 19 nov. 1998, pourvoi n° 97-50.054, M. Aboubacar c/ Ministre de l'Intérieur (inédit) ; *Rev. crit. dr. internat. privé* 1999, p. 500, note N. Guimezanes.

(243) C.E. 29 juill. 1998, Req. n° 169139, Ministre de l'Intérieur c/ M. Mwinyl, concl. R. Abraham, AJDA 1998, p. 936 ; D. 1999, jurisp. p. 155, note André Legrand.

(244) V. Roger ERRERA, *"Les limites d'une contrainte - l'exécution d'office dans le droit des étrangers"*, AJDA 20 juill .- 20 août 1999 spécial, p. 49, préc.

TITRE III :

LE CHOIX DE LA MESURE PAR LE JUGE

222. Selon **l'article 35 *bis*** de l'ordonnance du 2 novembre 1945, *"quand un délai de 48 heures s'est écoulé depuis la décision de maintien, le juge des libertés et de la détention est saisi" ; il lui appartient de statuer par ordonnance (...) sur l'une des mesures suivantes :*

1° La prolongation du maintien (...) ;

2° A titre exceptionnel, lorsque l'étranger dispose de garanties de représentation effectives, l'assignation à résidence (...)".

223. Selon **l'article 35 *quater* III** de l'ordonnance du 2 novembre 1945, *le maintien en zone d'attente **au-delà de 4 jours** à compter de la décision initiale **peut** être autorisé, par le juge des libertés et de la détention, pour une durée qui ne peut être supérieure à **8 jours**. L'autorité administrative expose dans sa saisine les raisons pour lesquelles l'étranger n'a pu être rapatrié ou, s'il a demandé l'asile, admis, et le délai nécessaire pour assurer son départ de la zone d'attente (...).*

Selon **l'article 35 *quater* IV** de l'ordonnance du 2 novembre 1945, *à titre exceptionnel, le maintien en zone d'attente **au-delà de 12 jours peut** être **renouvelé**, dans les conditions prévues par le III, par le juge des libertés et de la détention, pour une durée qu'il détermine et qui ne peut être supérieure à **8 jours**.*

L'article 35 *quater* VI de l'ordonnance du 2 novembre 1945 précise que *si le maintien en zone d'attente n'est pas prolongé au terme du délai fixé par la dernière décision de maintien, l'étranger est autorisé à entrer sur le territoire français sous le couvert d'un visa de régularisation de 8 jours,* et qu'*il devra avoir quitté ce territoire à l'expiration de ce délai, sauf s'il obtient une autorisation provisoire de séjour ou un récépissé de demande de carte de séjour.*

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE :
L'OBLIGATION DU JUGE DE STATUER

224. Au visa de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, un arrêt du 6 mai 1997 a décidé que le juge saisi d'une demande de prolongation du maintien d'un étranger dans des locaux ne dépendant pas de l'administration pénitentiaire **doit prononcer l'une des mesures** énumérées audit article, **dès lors que la régularité de l'interpellation n'est pas contestée**, et il a, en conséquence, censuré un premier président qui avait décidé de mettre en liberté un ressortissant étranger alors que la régularité de son interpellation n'était pas contestée [(245)].

Dans le même sens, deux arrêts des 11 juin et 12 novembre 1997 ont indiqué qu'il appartient au juge saisi sur le fondement de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 de prononcer, mais **en l'absence de toute irrégularité de la procédure** (ce qui est une formule plus large que la simple irrégularité de l'interpellation), l'une des deux mesures prévues par ce texte [(246)].

Cette **obligation du juge** de statuer, en l'absence de toute irrégularité de la procédure, sur l'une des deux mesures prévues par l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, devenu l'article **L. 552-1 et suivants** du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, a encore été récemment rappelée par un arrêt de la première chambre civile du 4 juillet 2006 censurant l'ordonnance d'un premier président qui, après avoir relevé qu'une ressortissante étrangère produisait un contrat de location, une quittance de loyer, une attestation de la société l'employant selon un contrat à durée indéterminée et des documents médicaux établissant qu'elle avait été hospitalisée, avait retenu qu'elle présentait des **garanties effectives de représentation** qui ne justifiaient pas la mise en place d'une mesure particulière [(246)*bis*].

225. Un arrêt du 9 février 1994 avait, par ailleurs, énoncé que les décisions prises par l'autorité administrative sur le fondement de l'article 35 *quater* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 constituent l'exercice de **prérogatives de puissance publique** dont le **contrôle de légalité** relève exclusivement de la juridiction administrative, et que le juge judiciaire, saisi d'une demande relative au maintien en zone d'attente d'un étranger arrivant en France par la voie maritime ou aérienne, ne peut, connaissance prise des raisons du refus opposé à l'intéressé par l'administration, et du délai nécessaire pour assurer son départ, **que statuer sur ce maintien** au-

---

[(245)] 2e Civ., 6 mai 1997, Bull., II, n° 132, p. 78, Préfet de Police de Paris c/ M. Lukambu.

[(246)] 2e Civ., 11 juin 1997, pourvoi n° 96-50.042, M. Yahiaoui c/ préfet de la Nièvre et procureur général près la cour d'appel de Bourges (inédit) ; 12 nov. 1997, Bull., II, n° 265, p. 156, Préfet de Police de Paris c/ De Brito.

[(246)bis] Civ. 1ère, 4 juill. 2006, à paraître au Bull., I, n° ?, p. ?, pourvoi n° 04-50.165, Préfet de la Gironde c/ Mme Catran.

delà de 4 jours [247].

226. L'obligation du juge de statuer sur la prolongation du maintien en zone d'attente ne s'impose toutefois que pour autant que le **délai** maximal de 96 heures **de sa saisine** n'ait pas été dépassé et que l'étranger n'ait pas invoqué de réelles **irrégularités attentatoires à sa liberté**[248].

227. Alors que le juge saisi d'une demande de prolongation du maintien en rétention d'un étranger **doit statuer sur l'une des mesures** énumérées à l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, un arrêt du 24 juin 1998 a censuré l'ordonnance d'un premier président qui avait remis en liberté la personne étrangère en retenant que sa rétention apparaissait de nature à porter, en l'espèce, une **atteinte disproportionnée au respect de la vie familiale** (article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales) [249].

Le juge ne peut donc, pour des raisons d'opportunité, décider la remise en liberté de l'étranger.

227 *bis*. De même, jugeant que la **reconduite à la frontière est une mesure d'exécution de plein droit de la peine d'interdiction du territoire français**, un arrêt du 3 juillet 2003 a censuré, pour violation de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, ensemble l'article **131-30 du Code pénal** (aux termes duquel l'interdiction du territoire national entraîne de plein droit la reconduite du condamné à la frontière, le cas échéant, à l'expiration de sa peine d'emprisonnement ou de réclusion), l'ordonnance confirmative d'un premier président qui, pour dire n'y avoir lieu à mesure de surveillance et de contrôle d'un étranger condamné à une peine d'interdiction temporaire du territoire français, avait retenu que l'intéressé, qui invoquait "à juste titre" le **bénéfice de l'article 25-5° de l'ordonnance du 2 novembre 1945**, ne pouvait faire l'objet d'une mesure de reconduite à la frontière [249*bis*].

228. Rappelant également que le juge saisi d'une demande de prolongation du maintien d'un étranger dans des locaux ne dépendant pas de l'administration pénitentiaire doit statuer sur l'une des mesures énumérées à l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, un arrêt du 18 septembre 1996 avait, en application de l'**effet dévolutif de l'appel**, censuré, pour fausse application de ce texte, ensemble l'**article 561** du nouveau Code de procédure civile, un premier

---

[247] 2e Civ., 9 févr. 1994, Bull., II, n° 53, p. 30, M. Bayemy c/ préfet du Val-de-Marne, préc. ; D. 1994. Somm. p. 254, obs. F. Julien-Laferrière.

[248] V. *supra*, § 17 à 19, et 125 à 128, et jurisp. cit.

[249] 2e Civ., 24 juin 1998, pourvoi n° 97-50.060, Préfet de Police de Paris c/ Mme Chen Sien (inédit).

[249*bis*] 2e Civ., 3 juill. 2003, Bull., II, n° 226, p. 188, Préfet de Police de Paris c/ procureur général près la cour d'appel de Paris et M. Montasser ; *adde*, 2e Civ., 3 juin 2004, pourvoi n° 03-50.035, Préfet de Police de Paris c/ M. Lalakam (inédit). Rappr., § 5 et 6, et notes 2 et 4. - Sur l'invocation des dispositions de l'art. 25 de l'ord. du 2 nov. 1945, v. *supra*, § 178, 187 et 202, et jurisp. cit.

président qui, pour **infirmer l'assignation à résidence** décidée par le président d'un tribunal de grande instance et dire que cette infirmation n'avait pas pour effet de permettre la rétention de l'étranger, énonçait que cette infirmation n'était pas susceptible de faire revivre la mesure de rétention qui n'avait pas été ordonnée dans les délais [250].

Il s'ensuit qu'en cas d'infirmation d'une mesure d'assignation à résidence décidée par le président d'un tribunal de grande instance, le premier président doit ordonner la prolongation du maintien en rétention.

229. C'est encore en rappelant que le juge saisi d'une demande de prolongation du maintien en rétention d'un étranger dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire doit statuer sur l'une des mesures énumérées à l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, que la deuxième chambre civile, par un arrêt du 11 octobre 2002 rendu au double visa de ce texte et de l'**article 561** du nouveau Code de procédure civile, a cassé l'ordonnance d'un premier président qui, **sans prononcer aucune mesure**, s'était **borné à infirmer** la décision du premier juge disant n'y avoir lieu à mesure de surveillance et de contrôle [251].

230. Statuant sur le pourvoi formé par un étranger contre l'ordonnance rendue par un premier président qui, après **annulation de la procédure de première instance**, avait autorisé la prolongation de la rétention, et statuant, plus précisément, sur le moyen, pris d'un excès de pouvoir, selon lequel la décision de rétention se trouvait mise à néant et seule l'autorité administrative pouvait décider de placer à nouveau en rétention, un arrêt du 9 octobre 1996 a jugé que le premier président n'avait annulé que la procédure de première instance, comme le lui demandait l'appelant, et que, saisi d'un appel tendant à la nullité de la procédure antérieure, il avait l'**obligation**, en application de l'article 562, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile, une fois la nullité constatée, **de statuer sur le fond** [252].

231. Par deux arrêts rendus le 27 novembre 1996, la Cour de cassation a censuré, au visa notamment de l'article 561 du nouveau Code de procédure civile relatif à l'**effet dévolutif de l'appel**, un premier président qui, pour déclarer sans objet l'appel interjeté par un étranger, retenait que la saisine de l'autorité judiciaire **au titre de l'article 35 *quater* de l'ordonnance du 2 novembre 1945** est limitée à l'autorisation de maintenir la personne étrangère en zone d'attente, et que **l'intéressé** - qui avait été **embarqué le jour même de son appel dans un avion** à destination d'un pays étranger -, **avait quitté le territoire français**, alors que le délai de maintien en zone d'attente n'était pas expiré au moment où il statuait [253].

---

[250] 2e Civ., 18 sept. 1996, Bull., II, n° 214, p. 132, Préfet de Police de Paris c/ M. Ould. ; v. *infra*, § 411.

[251] 2e Civ., 10 oct. 2002, pourvoi n° 01-50.055, M. Saadeddine c/ préfet de Police de Paris (inédit) ; v. *infra*, § 412.

[252] 2e Civ., 9 oct. 1996, Bull., II, n° 228, p. 140, M. Ganesh c/ préfet de la Seine-Saint-Denis. V. *infra*, § 413.

[253] 2e Civ., 27 nov. 1996, Bull., II, n° 263, p. 159, M. Bushra c/ Procureur général près la cour d'appel de Paris et préfet de Police de Paris ; 27 nov. 1996, Bull., II, n° 263, p. 160, M. Biliu c/

C'est encore en rappelant que le premier président **doit se prononcer** sur l'appel de l'ordonnance statuant sur le maintien en zone d'attente **tant que le délai fixé par la loi pour le maintien dans cette zone n'est pas expiré**, que par un arrêt du 22 mars 2005, la première chambre civile a censuré, pour excès de pouvoir et violation des articles 35 *quater* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 devenu L. 221-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, et 562, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile, ensemble 561 du même Code, un premier président qui, pour constater qu'il était hors délai pour statuer sur la demande de maintien en zone d'attente d'une étrangère et dire, en conséquence, qu'il n'y avait pas lieu à prolongation de ce maintien, avait retenu que le délai "de 96 heures" dans lequel le premier juge devait statuer était expiré, alors que le délai de maintien en zone d'attente n'était pas expiré au moment où le premier président statuait, et que saisi d'un appel tendant à la nullité de la procédure antérieure, il avait l'obligation, une fois la nullité constatée, de statuer au fond [(253)*bis)*].

232. Alors que le pourvoi formé par un étranger soutenait qu'en pénétrant à deux reprises dans un avion lors des procédures de mise à exécution de la décision de refus d'entrée et lors de son **hospitalisation** au centre hospitalier, la procédure prévue à l'article 35 *quater* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 s'est trouvée achevée par trois fois et que, dès lors, la requête tendant à la prolongation exceptionnelle du maintien en zone d'attente est irrecevable, un arrêt du 18 mars 1998 a approuvé l'ordonnance d'un premier président qui a rejeté les conclusions d'irrecevabilité de la requête et confirmé l'autorisation, à titre exceptionnel, du maintien d'un ressortissant étranger dans la zone d'attente d'un aéroport au-delà de 12 jours, en retenant que les deux **refus de l'étranger d'embarquer dans un avion** et son **examen dans un centre hospitalier** situé **en dehors de la zone d'attente** n'avaient **pas pour effet d'empêcher** la prolongation de son maintien en zone d'attente [(254)].

233. Il s'ensuit que, même en cas de **départ de l'étranger du territoire national**, le premier président doit se prononcer sur l'appel de l'ordonnance statuant sur le maintien en zone d'attente, ou son renouvellement, tant que le délai fixé par la loi n'est pas expiré [(254)*bis)*].

234. Cette jurisprudence est transposable au cas où le juge statue sur le fondement de l'**article 35** *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945.

235. Ainsi, énonçant que le premier président **doit se prononcer sur l'appel** de l'ordonnance statuant sur la demande de prolongation de la rétention de l'étranger, tant que le délai de maintien

---

Procureur général près la cour d'appel de Paris. V. *infra*, § 414.

(253)*bis)* Civ. 1ère, 22 mars 2005, pourvoi n° 04-50.049, Préfet de la Seine-Saint-Denis c/ Mme Okhiokpamvonyi et Ministre de l'Intérieur (inédit).

(254) 2e Civ., 18 mars 1998, Bull., II, n° 92, p. 56, M. Mabombe c/ Ministre de l'Intérieur.

(254)*bis)* Est en revanche **irrecevable**, comme étant **sans objet**, **une requête formée sur le fondement de l'article 13 du décret n° 2004-1215 du 17 novembre 2004,** tendant à ce qu'il soit mis fin à la rétention administrative d'un étranger **présentée postérieurement à son embarquement** à bord d'un avion, qui **met fin au maintien en rétention** : v. *infra*, § 260.2.

en rétention n'est pas expiré, même en cas de **départ de l'étranger** du territoire national, un arrêt du 11 octobre 2002 a censuré, au visa des articles 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 et 561 du nouveau Code de procédure civile, l'ordonnance d'un premier président ayant décidé qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur le recours et radié l'affaire, alors que le délai de **maintien en rétention n'était pas expiré** au moment où il statuait [255].

235.1. Mais, par ailleurs, doit être souligné, au regard du **droit d'appel du ministère public avec demande de déclaration d'effet suspensif**, tel qu'il a été institué par la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 modifiant l'article 35 *bis* IV de l'ordonnance du 2 novembre 1945, et réglementé par le décret n° 2004-1215 du 17 novembre 2004 fixant les modalités d'application de ce texte, l'effet qu'il convient d'accorder à l'ordonnance du juge des libertés et de la détention qui - statuant sur le fondement de l'article L. 552-1, L. 552-7 ou L. 552-8 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile - **met fin au maintien en rétention d'un étrange**r.

Ce texte législatif, devenu l'article **L. 552-6** du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, qui est applicable aussi bien à la première demande de prolongation du délai de maintien en rétention prévue par l'article L. 552-1, qu'éventuellement à la seconde demande prévue par les articles L. 552-7 et L. 552-8, dispose, en effet, que *lorsqu'une ordonnance **met fin à la rétention** ou assigne l'étranger à résidence, elle est **immédiatement** notifiée au procureur de la République* ; qu'*à moins que ce dernier n'en dispose autrement, l'étranger est alors maintenu à la disposition de la justice pendant un **délai de quatre heures à compter de la notification de l'ordonnance** au procureur de la République*. L'article 6, alinéa 3, du décret n° 2004-1215 du 17 novembre 2004 est, en outre, venu clairement préciser que *lorsqu'une ordonnance **met fin au maintien en zone d'attente ou à la rétention**, ou assigne à résidence l'étranger et que le procureur de la République estime ne pas avoir à solliciter du premier président qu'il déclare l'appel suspensif, il retourne l'ordonnance au magistrat qui l'a rendue en mentionnant sur celle-ci qu'il ne s'oppose pas à sa mise à exécution* ; *qu'**il est alors immédiatement mis fin à la mesure de maintien***.

Il résulte donc de ces textes que, dès lors que dans le **délai maximal de 4 heures** qui lui est imparti, le procureur de la République **n'estime pas devoir saisir** le premier président d'un appel avec demande de déclaration d'effet suspensif contre une ordonnance du juge des libertés et de la détention statuant sur le fondement de l'article L. 552-1, L. 552-7 ou L. 552-8 du code précité, qui **met fin au maintien en rétention** d'un étranger ou assigne celui-ci à résidence[255*bis*], il doit être **immédiatement mis fin à la mesure de maintien** en rétention administrative, la juridiction du second degré, saisie par l'une des parties, pouvant, le cas échéant, **constater** le maintien illégal de l'étranger conduit devant lui.

La première chambre civile a ainsi jugé, par deux arrêts du 23 mai 2006, qu'après avoir retenu que le procureur de la République, à qui l'ordonnance rendue à 11 heures 35 par le juge des libertés et de la détention avait été notifiée, avait **expressément indiqué renoncer à exercer son droit d'appel** et à saisir le premier président aux fins de faire déclarer cet **appel suspensif** et que la décision de rejet de nouvelle prolongation du maintien en rétention d'un étranger devait

---

[255] 2e Civ., 10 oct. 2002, Bull., II, n° 216, p. 170, M. Nagy c/ préfet des Hauts-de-Seine.

[255*bis*] En cas d'assignation à résidence, v., *infra*, § 295.2, et jurisp. cit.

prendre tous ses effets au plus tard le même jour à 15 heures 35, le premier président d'une cour d'appel avait pu - sans même, en l'espèce, se prononcer sur le maintien en rétention administrative **- constater** que l'étranger était **maintenu illégalement** (le maintien, sans fondement, de l'étranger à la disposition de la justice et la violation grave des droits de cette personne retenue sans titre, ne constituant pas, pour autant, des motifs propres à caractériser une irrégularité de fond affectant la validité de l'acte d'appel formé par le préfet) [(255)*ter)*].

[(255)*ter)*] Civ. 1ère, 23 mai 2006, à paraître au Bull., I, n° ?, p. ?, pourvoi n° 05-14.860, Procureur général près la cour d'appel de Montpellier c/ M. Hadzovic et préfet de l'Hérault ; pourvoi n° 05-14.861, Procureur général près la cour d'appel de Montpellier c/ M. Adzovic et préfet de l'Hérault (inédit).

CHAPITRE I : LA PROLONGATION DU MAINTIEN EN RÉTENTION

SECTION I : La nécessité du maintien en rétention

236. L'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 dispose que *"peut être maintenu, s'il y a **nécessité**, par décision écrite motivée du représentant de l'Etat dans le département, dans les locaux ne dépendant pas de l'administration pénitentiaire, **pendant le temps strictement nécessaire à son départ**, l'étranger qui"* remplit certaines conditions.

A - La justification et la constatation de la nécessité pour le départ de l'étranger

237. Un arrêt du 28 novembre 1985 a cassé, pour défaut de base légale au regard de l'article 35 *bis* susvisé, l'ordonnance confirmative d'un premier président maintenant en rétention un ressortissant étranger, objet d'un arrêté ministériel d'expulsion, **sans constater que le maintien en rétention était nécessaire au départ de l'intéressé** [256].

238. Alors que le pourvoi formé par un préfet faisait grief à l'ordonnance rendue par un premier président d'avoir dit n'y avoir lieu à prolongation de la rétention d'un étranger, malgré communication de la demande indiquant que l'étranger avait utilisé plusieurs alias, était dépourvu de tout document d'identité et qu'il était nécessaire de le faire identifier par les autorités consulaires afin d'obtenir un laissez-passer, et donc des *éléments apportés* de nature à justifier les raisons pour lesquelles il était nécessaire de solliciter une prolongation du délai de 48 heures pour reconduire l'intéressé à la frontière, un arrêt du 30 novembre 2000 a jugé que le premier président avait légalement justifié sa décision en retenant que le **préfet, absent de l'audience** à laquelle il était convoqué, **n'apportait pas les justifications des diligences** qui lui incombaient pour exécuter la mesure d'éloignement [257].

239. Cette solution a été reprise par un arrêt du 7 juin 2001 qui a précisé que c'est sans violer le principe de la **séparation des pouvoirs** qu'un premier président a dit n'y avoir lieu à prolongation de la rétention alors que le préfet, dûment avisé de l'audience d'appel à laquelle il était **non comparant**, n'avait pas apporté de précisions sur les conditions du départ de l'étranger, et en particulier quant à la **date exacte d'exécution de la mesure d'éloignement** de l'étranger vers son pays d'origine faisant suite à un arrêté ministériel d'expulsion [258].

240. Rejetant le grief du pourvoi d'un ressortissant étranger qui contestait la nécessité de son maintien en rétention et qui soutenait qu'elle n'était pas établie par la requête du préfet ni par les pièces du dossier, un arrêt du 29 mars 2001 a, en revanche, approuvé un premier président qui, saisi d'une demande de prolongation de la rétention par une requête du préfet mentionnant que

---

[256] 2e Civ., 28 nov. 1985, Bull., II, n° 183, p. 121, M. Fentrouci c/ préfet du Rhône.

[257] 2e Civ., 30 nov. 2000, Bull., II, n° 158, p. 113, Préfet d'Eure-et-Loir c/ M. Moldovan.

[258] 2e Civ., 7 juin 2001, pourvoi n° 00-50.033, Procureur général près la cour d'appel de Versailles c/ préfet des Yvelines et M. Chettouh (inédit).

l'étranger se trouvait dans l'impossibilité de quitter le territoire français en l'**absence de moyens de transport immédiats**, avait confirmé cette mesure en retenant, par **décision motivée**, que l'intéressé ne pouvait quitter immédiatement le territoire français, qu'il résultait des **éléments versés aux débats** que l'arrêté de reconduite à la frontière ne pouvait être exécuté immédiatement et que la mesure de rétention administrative était **nécessaire** [(259)].

De même, selon un arrêt de la deuxième chambre civile du 27 mars 2003, alors qu'il avait retenu que le Préfet de Police avait recherché le **résultat de la demande d'asile territorial** présentée par l'étranger, qu'il avait réservé un **billet d'avion** pour Bucarest pour le 24 juin suivant, un premier président, par ces constatations et énonciations, et alors que l'**absence de remise du passeport aux services de police** par l'étranger obligeait le Préfet de Police à obtenir l'audition de l'intéressé par le **consulat** de Roumanie, a pu retenir que la préfecture de Police avait **effectué toutes les diligences qui lui incombaient** pour reconduire ce ressortissant roumain à la frontière [(259)*bis*].

Et dans le même sens, un arrêt du 22 mai 2003 a jugé que viole l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, le premier président qui, pour dire n'y avoir lieu à prolongation du maintien en rétention d'un étranger, retient principalement qu'en l'absence de précision sur la date, l'heure de départ et la destination de l'intéressé, il n'était pas possible d'ordonner la mesure demandée pour le **temps strictement nécessaire à ce départ**, alors qu'il relevait que l'étranger n'avait **pas de passeport**, ce qui imposait au préfet de prendre des contacts avec les autorités consulaires étrangères en vue d'**obtenir un laissez-passer** pour permettre l'exécution de la mesure d'éloignement, **formalités nécessaires** en l'espèce **au départ de l'intéressé** [(259)*ter*].

240 bis. Par ailleurs, aux termes de **l'article 22 *bis* II** de l'ordonnance du 2 novembre 1945, si les dispositions de l'article *35 bis* de cette ordonnance peuvent être appliquées dès l'intervention de l'arrêté de reconduite à la frontière, cet arrêté **ne peut être exécuté avant l'expiration d'un délai** de 48 heures suivant sa notification lorsque l'arrêté est notifié par voie administrative ou de 7 jours lorsqu'il est notifié par voie postale ou, si le président du tribunal administratif ou son délégué est saisi, avant qu'il n'ait statué.

En conséquence, alors que l'arrêté de reconduite à la frontière d'un étranger **ne pouvait être exécuté avant l'expiration d'un délai de 48 heures suivant sa notification par voie administrative**, doit être cassée pour violation des articles 22 *bis* II et *35 bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, l'ordonnance d'un premier président qui, pour infirmer la décision de prolongation du maintien en rétention, a retenu que la requête du préfet se bornait à faire état de ce qu'avait été sollicité par télécopie du 27 octobre 2003 un départ entre le 1er et le 3 novembre

---

(259) 2e Civ., 29 mars 2001, pourvoi n° 00-50.003, M. Sylla c/ préfet de la Gironde, préc.(inédit).

(259)*bis)* 2e Civ., 27 mars 2003 (4e moy.), pourvoi n° 01-50.047, M. Rista, alias Teglas c/ préfet de Police de Paris, préc. (inédit) ; *adde*, 2e Civ., 25 nov. 2004, pourvoi n° 03-50.078, Mlle Lacatus c/ préfet de la Seine-Saint-Denis (inédit).

(259)*ter)* 2e Civ., 22 mai 2003, Bull., II, n° 153, p. 129, Préfet des Hauts-de-Seine c/ M. Kerrai ; *adde*, 7 oct. 2004 (7e moy.), Bull., II, n° 443, p. 376, M. Pit c/ préfet de la Seine-Saint-Denis (rejet), préc.

suivant possibilité de transport et qu'il n'était justifié d'aucune impossibilité d'exécuter la mesure de reconduite à la frontière dans un délai de 48 heures de nature à justifier la prolongation de la rétention [(259)*quater*].

B - L'exactitude de l'identité de l'étranger

241. Il importe que le juge judiciaire, constitutionnellement gardien de la liberté individuelle, s'assure de ce que la personne qui lui est présentée en vue de la prolongation du maintien en rétention corresponde effectivement au ressortissant étranger concerné par la mesure d'éloignement.

A cet effet, le juge du fond doit apprécier l'**exactitude de l'identité de l'intéressé**, en particulier lorsque des **alias** ont été utilisés ou qu'une partie émet une **contestation** formelle de ce chef.

242. L'examen de cette question ne saurait cependant être directement porté, pour la première fois, devant la **Cour de cassation**.

Ainsi, le **moyen** - pris des divergences dans la désignation d'une ressortissante chinoise, également connue sous un alias, et de ce que le premier président aurait ainsi rendu une ordonnance concernant une personne non partie à l'instance - qui avait été formulé par un préfet qui, représenté à l'audience du premier président, n'y avait élevé **aucune contestation** sur l'identité de l'intéressée, a été déclaré **irrecevable,** comme **nouveau** et **mélangé de fait et de droit**, par un arrêt du 29 mars 2001 [(260)].

243. Alors qu'un premier président, pour dire n'y avoir lieu à prolongation du maintien en rétention d'un étranger, avait considéré qu'il existait un **doute sur l'identité** de la personne présentée, un arrêt du 14 décembre 2000 a rejeté le pourvoi du Préfet de Police qui soutenait que figuraient au dossier des fiches d'identification de l'Identité judiciaire indiquant que l'intéressé était connu sous certains alias, en jugeant que c'est dans l'exercice de son **pouvoir souverain d'appréciation de la valeur et de la portée des éléments de preuve produits** que le premier président, par une **décision motivée**, avait retenu qu'il existait un doute sur l'identité de la personne présentée [(261)].

244. Un arrêt du 25 janvier 2001 a, en revanche, rejeté le pourvoi d'un étranger qui s'était présenté avec un passeport falsifié et avait successivement indiqué s'appeler de deux noms différents, en jugeant que c'est à bon droit que le premier président, qui a confirmé la prolongation de la rétention, en a déduit que l'intéressé a lui-même provoqué l'irrégularité qu'il

---

[(259)*quater*] 2e Civ., 8 juill. 2004, pourvois n°s 04-50.003 à 04-50.015, Préfet de la Gironde c/ M. Gadzhev et a. (13 arrêts inédits).

[(260)] 2e Civ., 29 mars 2001, pourvoi n° 00-50.067, Préfet de la Seine-Saint-Denis c/ Mlle Qi, alias Hai Yin Zhu, préc. (inédit).

[(261)] 2e Civ., 14 déc. 2000, pourvoi n° 99-50.055, Préfet de Police de Paris c/ M. Traore (inédit).

allègue et a rejeté le moyen tiré de la **nullité de la procédure pour erreur sur l'identité** [(262)].

C - La connaissance de la nationalité de l'étranger

245. Par ailleurs, il ne peut être procédé à l'éloignement du territoire national d'une **personne ayant la nationalité française**. Celle-ci ne saurait donc faire l'objet d'un maintien en rétention.

A cet égard, un arrêt du 4 mars 1999 a jugé que viole l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 un premier président qui, pour dire n'y avoir lieu à mesure de surveillance et de contrôle à l'égard d'une **personne se prétendant de nationalité française**, retient que, s'il appartient à la personne contrôlée de faire la preuve de sa nationalité, la rétention n'a d'autre objet que de permettre le départ de l'étranger vers son pays d'origine et non la vérification de la nationalité de la personne interpellée ou contrôlée, alors que la **détermination du pays d'origine** vers lequel l'étranger doit être éloigné exigeait la **connaissance de la nationalité de l'étranger** [(263)].

245 *bis*. Décidant qu'il n'appartient pas au juge saisi en application de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 de se prononcer sur la nationalité de la personne faisant l'objet de la procédure, un arrêt du 13 mars 2003, au double visa de cet article et du principe de la **séparation des pouvoirs**, a cependant censuré un premier président qui, pour dire n'y avoir lieu à mesure de surveillance et de contrôle, avait relevé, au vu d'un extrait de fond documentaire dactyloscopique, qu'il existait un **doute sur la nationalité véritable** de l'intéressé qui, présenté comme né à Oran et ayant la nationalité algérienne, **contestait l'identité** qui lui était attribuée et **prétendait avoir la nationalité française** [(263)*bis*].

D - La compatibilité de l'état de santé de l'étranger

246. Pour rejeter le pourvoi d'un étranger qui soutenait que son état de santé étant incompatible avec son transport vers son pays d'origine, il ne pouvait être reconduit vers cette destination et qu'en conséquence, la prolongation de son maintien en rétention - en vue de l'exécution d'une condamnation à l'interdiction du territoire national -, ne pouvait être décidée que pour le temps strictement nécessaire à son départ, un arrêt du 15 mars 2001 a décidé que le premier président, dans l'exercice de son **pouvoir souverain d'appréciation** des éléments soumis, avait retenu qu'il résultait de l'**examen médical** (pratiqué à la demande du juge délégué) et des déclarations de l'étranger lui-même, que **l'état de santé** de ce dernier n'était **pas incompatible avec le maintien en rétention**, et que, dès lors, c'était sans violer les articles 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre

---

[(262)] 2e Civ., 25 janv. 2001, pourvoi n° 99-50.075, M. Chen c/ préfet de Police de Paris (inédit).

[(263)] 2e Civ., 4 mars 1999, Bull., II, n° 37, p. 28, Préfet de Police de Paris c/ M. Douaria ; comp., en matière de 35 *quater*, *infra* § 316 et jurisp. cit.

[(263)*bis*)] 2e Civ., 13 mars 2003, Bull., II, n° 60, p. 53, Préfet de Police de Paris c/ procureur général près la cour d'appel de Paris et M. Salah Din (Salahdin), alias Lakehal. Comp., en matière de 35 *quater*, *infra* § 316 et jurisp. cit.

1945 et 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, invoqués par le moyen, que le juge saisi, qui ne pouvait remettre en cause l'exécution de la décision d'éloignement, avait confirmé la prolongation du maintien en rétention [(264)].

246 *bis*. Pour rejeter le pourvoi d'un étranger qui soutenait que son état de santé, dont la gravité s'était révélée postérieurement au jugement pénal l'ayant condamné à une mesure d'interdiction du territoire national, était incompatible avec une mesure de reconduite à la frontière et, partant, avec la mesure de rétention et qu'il convenait de lui faire application de l'**article 25, 8° de l'ordonnance du 2 novembre 1945**, lui donnant la qualité d'étranger protégé, un arrêt du 8 avril 2004 a, de même, énoncé que c'est dans l'exercice de son **pouvoir souverain d'appréciation** des éléments qui lui étaient soumis, que le premier président avait confirmé la prolongation du maintien en rétention en retenant qu'il résultait du dernier **examen médical** pratiqué que l'état de santé de l'étranger n'était **pas incompatible** avec le maintien en rétention, et que, dès lors, c'est sans violer le texte précité, que le juge judiciaire, **qui ne pouvait remettre en cause la décision d'éloignement**, a confirmé la prolongation du maintien en rétention [(264)*bis*].

247. Au visa de l'article 481 du nouveau Code de procédure civile, un arrêt du 6 juin 1996 avait en revanche cassé l'ordonnance rendue par un premier président qui, après avoir prononcé une première ordonnance confirmant la prolongation du maintien en rétention d'une ressortissante étrangère, avait retenu, pour décider de modifier celle-ci et remettre en liberté l'intéressée, qu'**au moment de la signification** de la première ordonnance, cette personne avait été prise d'un violent **malaise** et que son **état n'était plus compatible avec la rétention administrative** ; en **modifiant ainsi sa première décision** alors que celle-ci avait été prononcée, le premier président avait en effet violé l'article précité, selon lequel le jugement, dès son prononcé, **dessaisit le juge de la contestation qu'il tranche** [(265)].

E - La minorité de l'étranger

247 *bis*. Transposant la solution antérieurement dégagée par la deuxième chambre à propos de l'**appréciation de l'âge physiologique** de l'étranger maintien en zone d'attente, la première chambre a jugé, par un arrêt du 10 mai 2006, que c'est dans l'exercice de son **pouvoir souverain d'appréciation** de la valeur et de la portée des éléments de preuve qu'après avoir relevé que l'étranger ne produisait pas un seul document administratif, ce qui rendait son hypothèse de **minorité** invérifiable, et qu'interrogé à ce sujet, il n'avait fourni aucune indication complémentaire, de sorte que sa date de naissance était incontrôlable, le premier président d'une cour d'appel avait retenu que les deux expertises figurant au dossier, qui reconnaissaient à l'intéressé un âge osseux compris entre 18 et 19 ans, permettaient de lui attribuer un âge supérieur

---

[(264)] 2e Civ., 15 mars 2001, pourvoi n° 99-50.045, M. Vete c/ préfet de Police de Paris (inédit).

[(264)*bis*] 2e Civ., 8 avr. 2004, Bull., II, n° 176, p. 148, M. Nassour c/ Préfet de Police de Paris, préc.

[(265)] 2e Civ., 6 juin 1996, Bull., II, n° 144, p. 88, Préfet de Police de Paris c/ Mlle M'Zé.

à 18 ans [265]*bis*.

SECTION II - La réitération du maintien en rétention sur le fondement d'une même décision d'éloignement

248. Par un arrêt du 28 février 1996, la deuxième chambre civile avait décidé que sur le fondement d'un arrêté de reconduite à la frontière, la rétention d'un étranger ne pouvait faire l'objet que d'une prolongation de 6 jours, éventuellement prorogée d'une durée de 72 heures (durées alors applicables), dans les conditions prévues par l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, et elle avait, en conséquence, cassé l'ordonnance d'un premier président qui, pour confirmer la prolongation d'une nouvelle mise en rétention par le préfet, sur le fondement du **même arrêté de reconduite à la frontière**, d'un étranger précédemment mis en liberté (moins de trois mois auparavant) à l'issue d'une première prolongation de 6 jours de sa rétention, avait retenu que l'échec de la reconduite à la frontière n'était pas imputable à une carence ou à une négligence de l'administration et qu'une nouvelle période de rétention de 6 jours pouvait courir [266].

Dans le même sens, un arrêt du 11 juin 1997 avait approuvé l'ordonnance d'un premier président qui, ayant relevé qu'un étranger avait déjà fait l'objet d'une procédure de rétention sur la base de la **même décision d'éloignement**, retenait, à bon droit, que sur le fondement d'un arrêté de reconduite à la frontière, la rétention d'un étranger ne pouvait faire l'objet que d'une prolongation de 6 jours, éventuellement prorogée d'une durée de 72 heures dans les conditions prévues par la loi, dans sa rédaction alors applicable [267].

249. Alors que la rétention est une atteinte importante à la liberté individuelle - le législateur l'autorisant même à présent, passé le délai de 48 heures écoulé depuis la décision préfectorale de maintien, pour une durée maximale de 15 jours, et ce délai pouvant encore être prorogé d'une durée maximale allant jusqu'à 15 jours -, la solution dégagée par les deux arrêts susvisés permettait le respect des délais importants, prévus par la loi, ainsi que celui d'une décision judiciaire d'assignation à résidence ou de remise en liberté.

Le législateur est toutefois intervenu pour aller à l'encontre de cette jurisprudence.

250. C'est ainsi que l'article 13 de la loi n° 97-396 du 24 avril 1997 (dite loi Debré) a créé une **quatrième hypothèse de maintien** dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire, par décision motivée du préfet, au regard de **l'étranger qui**, ayant fait l'objet d'une décision de maintien au titre de l'un des cas prévus aux 1° à 3° de l'alinéa 1er de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, ***"n'a pas déféré à la mesure d'éloignement*** *dont il est l'objet*

---

[265]*bis)* Civ. 1ère, 10 mai 2006, à paraître au Bull., I, n° ?, p. ?, pourvoi n° 04-50.149, M. Creanga c/ préfet des Hautes-Pyrénées ; rappr., en matière de maintien en zone d'attente, Civ. 2, 25 janv. 2001, Bull., II, n° 18, p. 13, Mlle Mweze Nyota c/ Ministre de l'Intérieur, préc, *infra,* § 318.

[266] 2e Civ., 28 févr. 1996, Bull., II, n° 44, p. 28, M. Rasmi c/ préfet du Haut-Rhin.

[267] 2e Civ., 11 juin 1997, Bull., II, n° 182, p. 107, Préfet de Police de Paris c/ M. Benoussar.

dans un délai de sept jours suivant le terme du précédent maintien"[(268)].

251. Cette disposition a été déférée au **Conseil Constitutionnel**, les requérants estimant notamment qu'elle faisait obstacle à ce que soit prise en considération la survenance de faits nouveaux depuis la première mesure d'éloignement (par exemple, l'acquisition de la nationalité française par mariage), privant ainsi la personne concernée d'exercer un recours contre la décision administrative ayant provoqué la rétention.

Le Conseil Constitutionnel, dans sa décision du 22 avril 1997 [(268)*bis*], a répondu qu'en adoptant la disposition contestée, le législateur doit être regardé comme n'ayant autorisé **qu'une seule réitération** d'un maintien en rétention, **dans les seuls cas où l'intéressé s'est refusé à déférer à la mesure d'éloignement** ; que sous ces **réserves d'interprétation** et alors que d'éventuels changements des situations de fait et de droit de l'intéressé doivent être pris en compte par l'administration sous le **contrôle du juge**, cette disposition ne porte pas une atteinte excessive à la liberté individuelle.

252. Actuellement, le **préfet peut donc réitérer sa décision de maintien** d'un étranger en rétention et en demander la prolongation au juge judiciaire, après une première décision de maintien - serait-elle fondée sur un arrêté de reconduite à la frontière -, qui n'a pu être exécutée.

253. Le préfet peut également réitérer le maintien en rétention administrative d'un l'étranger, lorsque la décision initiale d'éloignement est constituée par un **arrêté d'expulsion encore en vigueur**.

Au motif que l'arrêté d'expulsion était toujours en vigueur, un arrêt du 4 mars 1999 a ainsi censuré l'ordonnance d'un premier président qui, pour infirmer la prolongation du maintien en rétention décidée par un juge délégué et dire n'y avoir lieu à mesure de surveillance, avait retenu que le ressortissant étranger avait satisfait, en 1980, à l'injonction de sortir du territoire français résultant de l'arrêté d'expulsion du 3 décembre 1979 et qu'aucune mesure de rétention ne pouvait être prise à l'encontre de l'intéressé sur le fondement de cet **arrêté déjà exécuté** [(269)].

254. Par ailleurs, alors que c'est aux termes des articles L. 541-1 et L. 555-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, et non de l'article L. 551-1, 1° à 4° du même Code, que **l'interdiction du territoire** prononcée à titre de **peine principale** et assortie de l'**exécution provisoire** entraîne **de plein droit** le placement de l'étranger dans des lieux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire, et que l'interdiction du territoire prononcée **à titre de peine complémentaire peut** également donner lieu à un tel placement, le cas échéant à l'expiration de la peine d'emprisonnement, dans les conditions définies au titre V de ce Code, ces hypothèses portant sur l'exécution de décisions de justice toujours exécutoires ne paraissent pas visées par la disposition précitée, issue de l'article 13 de la loi du 24 avril 1997, figurant actuellement à l'article L. 551-1, 5° du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

[(268)] Art. 35 *bis*, al. 1er, 4° ord. 2 nov.1945 modifiée.

[(268)*bis*)] Décision n° 97-389 DC du 22 avril 1997, considérants n°s 49 à 52.

[(269)] 2e Civ., 4 mars 1999, Bull., II, n° 42, p. 31, Préfet de Police de Paris c/ M. Cissoko.

SECTION III : La prise en compte, par le juge, des changements intervenus depuis la notification de la mesure d'éloignement

255. Par deux arrêts des 12 novembre 1997 et 10 novembre 1999, la deuxième chambre civile a approuvé des ordonnances rendues par des premiers présidents qui, pour rejeter des demandes de prolongation du maintien en rétention, ont, à bon droit, pris en compte les **changements intervenus dans la situation des ressortissants étrangers** depuis la notification de la mesure d'éloignement, **et qui ne comportent dans leur dispositif aucune décision sur la légalité de cet acte administratif**.

Alors que l'arrêté de reconduite à la frontière avait été notifié à l'étranger le 7 octobre 1994, l'une des ordonnances attaquées relevait que l'intéressé, **marié** le 2 avril 1994 **à une française**, satisfaisait depuis le 2 avril 1995 aux conditions prévues par l'**article 25.4°** de l'ordonnance de 1945 et retenait que ne pouvant donc plus, à compter de cette date et en application de ce texte, être l'objet d'une reconduite à la frontière, il ne pouvait être maintenu en rétention [(270)].

L'autre ordonnance relevait que si l'étranger ne résidait pas depuis plus de 15 ans en France lorsque l'arrêté de reconduite à la frontière avait été pris, il ressortait des débats qu'il satisfaisait, depuis le 25 novembre 1995, à la **condition de résidence habituelle** prévue par l'**article 25.3°** de l'ordonnance du 2 novembre 1945 et que, ne pouvant plus, à compter de cette date et en application de ce texte, être l'objet d'une reconduite à la frontière, il ne pouvait être maintenu en rétention [(271)].

SECTION IV : La durée de la prolongation du maintien en rétention

256. Alors qu'un l'étranger soutenait, dans son pourvoi, que sa rétention ne pouvait être ordonnée que pendant le temps strictement nécessaire à son départ, un arrêt du 11 juin 1997 a jugé que c'est dans l'exercice du **pouvoir** qu'il tient de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 que le juge a fixé la durée de la prolongation du maintien en rétention dans les limites prévues par ce texte [(272)].

257. Un arrêt du 22 mars 1995 a jugé que c'est à bon droit que l'ordonnance d'un premier président déduit des termes de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 que la

---

[(270)] 2e Civ., 12 nov. 1997, Bull., II, n° 266, p. 156, Préfet de la Gironde c/ M. Kaniama.

[(271)] 2e Civ., 10 nov. 1999, pourvoi n° 98-50.014, Préfet du Puy-de-Dôme c/ M. M'Hamdi (inédit) ; *Rev. crit. dr. internat. privé* 2000, p. 697, note N. Guimezanes qui observe que cette position est à rapprocher de celle du Conseil d'Etat qui a jugé que les circonstances intervenues entre la décision de reconduite à la frontière et son exécution peuvent faire obstacle à la reconduite (CE, 1er avr. 1998, Mme N'Sonde, D. 1998. IR. 132).

[(272)] 2e Civ., 11 juin 1997, Bull., II, n° 181, p. 107, M. Mohammad c/ préfet du Pas-de-Calais.

prolongation initiale du maintien en rétention doit être limitée à 6 jours [(273)] (délai alors applicable).

Il résulte en outre de cet arrêt qu'un préfet ne saurait, d'emblée, par sa requête saisissant le juge, solliciter une prolongation initiale dépassant la limite prévue par la loi et devrait, le cas échéant, présenter une seconde requête en vue de la **prorogation** du délai, dans les 24 heures précédant l'expiration du premier délai [(274)].

258. Un arrêt du 12 novembre 1997 est venu préciser que l'ordonnance de maintien en rétention d'un étranger en situation irrégulière prend **effet à compter de l'expiration du délai de** 24 heures (délai actuellement porté à **48 heures**) prévu à l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 [(275)].

Et un arrêt du 24 avril 2003 réaffirme qu'il résulte de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 que l'ordonnance de prolongation du maintien en rétention d'un étranger dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire prend effet à compter de l'expiration du délai de 48 heures écoulé depuis la décision du représentant de l'Etat dans le département[(275)bis].

259. De même, alors que le pourvoi formé par un procureur général contestait l'application de cette règle par une ordonnance ayant **infirmé l'assignation à résidence** d'un étranger, décidée par un juge délégué, et soutenait qu'en se soustrayant à cette mesure de contrôle, l'étranger en avait interrompu le cours et l'avait mise à néant, un arrêt du 11 juin 1997 avait déjà jugé que c'était à bon droit que le premier président retenait que le **point de départ de la prolongation** du maintien en rétention ne pouvait être fixé à la date de son ordonnance, les mesures prévues par l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 ne pouvant, dans la rédaction alors applicable de ce texte, excéder 6 jours et l'intéressé ayant été assigné à résidence [(276)].

260. Par une décision du 20 novembre 2003, **le Conseil constitutionnel** est ensuite venu poser, en ces termes, une **réserve d'interprétation** à la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 [(277)] :

"*Considérant, en troisième lieu, que l'étranger ne peut être maintenu en rétention que*

[(273)] 2e Civ., 22 mars 1995, Bull., II, n° 97, p. 56, Préfet de Seine-et-Marne c/ M. Martins, préc.

[(274)] V. *supra*, § 16.

[(275)] 2e Civ., 12 nov. 1997, Bull., II, n° 267, p. 157, M. Kada c/ préfet du Tarn et Garonne.

[(275)bis] 2e Civ., 24 avr. 2003, Bull., II, n° 110, p. 94, Préfet de l'Essonne c/ M. Bladed.

[(276)] 2e Civ., 11 juin 1997, Bull., II, n° 177, p. 105, Procureur général près la cour d'appel de Lyon c/ préfet du Rhône et M. Paulo.

[(277)] Considérant n° 66 de la décision du Conseil constitutionnel n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, JO du 27 nov. 2003 ; L. n° 2003-1119 du 26 nov. 2003 *relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, JO du 27 nov. 2003, p. 20136.

pour le temps strictement nécessaire à son départ, l'administration devant exercer toute diligence à cet effet ; que l'autorité judiciaire conserve la ***possibilité d'interrompre à tout moment la prolongation du maintien en rétention****, de sa propre initiative ou à la demande de l'étranger,* ***lorsque les circonstances de droit ou de fait l'exigent****"*.

Tirant les conséquences de cette réserve d'interprétation posée par le Conseil constitutionnel, le titre II du **décret n° 2004-1215 du 17 novembre 2004**[(277)*bis)*], comblant le vide législatif existant en la matière et mettant fin à certaines divergences de pratique judiciaire[(277)*ter)*], a réglementé la **procédure** permettant qu'il soit **mis fin à tout moment à la rétention** administrative d'un étranger sur simple requête, signée de l'intéressé ou de son représentant, et adressée par tout moyen au **juge des libertés et de la détention** - à qui est donc désormais expressément attribué cette **compétence** -, ou bien de la propre initiative de ce juge ou encore à la demande du ministère public, lorsque les circonstances de droit ou de fait justifient la **mise en liberté de l'étranger**[(277)*quater)*].

[(277)*bis)*] Titre II - *Dispositions particulières à la rétention administrative (***art. 13 à 15**) du décret n° 2004-1215 du 17 nov. 2004 *fixant certaines modalités d'application des articles 35* bis *et 35* quater *de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, JO du 18 nov. 2004.

[(277)*ter)*] V. Serge TRASSOUDAINE, "*Les principales modifications résultant du décret n° 2004-1215 du 17 novembre 2004 fixant certaines modalités d'application des articles 35 bis et 35 quater de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France"*, Bull. inf. C. cass. n° 612 du 1er févr. 2005, p. 3.

[(277)*quater)*] Sur l'ensemble de cette question, v. *infra*, Chapitre VI : *L'interruption de la prolongation du maintien*, § 327.1 et suiv. et jurisp. cit.

CHAPITRE II : L'ASSIGNATION À RÉSIDENCE

261. L'article *35 bis*, alinéa 11, de l'ordonnance du 2 novembre 1945, tel que modifié par la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 *relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, qui est devenu l'article **L. 552-4** du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, dispose :

"A titre exceptionnel, le juge peut ordonner l'assignation à résidence de l'étranger lorsque celui-ci dispose de garanties de représentation effectives, après remise à un service de police ou à une unité de gendarmerie de l'original du passeport et de tout document justificatif de son identité, en échange d'un récépissé valant justification de l'identité et sur lequel est portée la mention de la mesure d'éloignement en instance d'exécution. L'assignation à résidence concernant un étranger qui s'est préalablement soustrait à l'exécution d'une mesure de reconduite à la frontière en vigueur, d'une interdiction du territoire dont il n'a pas été relevé, ou d'une mesure d'expulsion en vigueur doit faire l'objet d'une motivation spéciale".

262. Ce texte subordonne donc la faculté pour le juge d'assigner, à titre exceptionnel, l'étranger à résidence à deux conditions : d'une part, la disposition par l'étranger de garanties de représentation effectives, et d'autre part, la remise à un service de police ou de gendarmerie de documents d'identité, et à tout le moins d'un passeport.

Si la première de ces conditions est laissée à l'appréciation souveraine du juge du fond, la Cour de cassation exige, en revanche, impérativement que l'ordonnance d'assignation à résidence constate, à peine de cassation disciplinaire inéluctable, la remise effective du passeport à l'un des services susmentionnés.

263. Par un arrêt du 26 octobre 1994, la deuxième chambre civile a jugé que la loi n'exige cependant **pas** que l'étranger qui sollicite le bénéfice d'une assignation à résidence invoque les **circonstances à caractère exceptionnel** de nature à justifier cette mesure[(278)].

Confirmant cette position, un arrêt de la deuxième chambre civile du 13 janvier 2005 a décidé que viole l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, en ajoutant à la loi une **condition qu'elle ne comporte pas**, le premier président d'une cour d'appel qui, pour refuser d'assigner à résidence et ordonner le maintien en rétention d'une ressortissante étrangère, retient qu'il ne ressort ni de la procédure, ni des éléments produits que la situation de l'intéressée présente un **caractère exceptionnel** au sens de ce texte, qu'aucune particularité d'ordre familial, médical ou social ne permet de déroger au principe du maintien en rétention, que sa comparution ne suffit pas pour constituer, en l'absence de caractéristiques supplémentaires, une circonstance exceptionnelle, alors que **l'étranger qui sollicite le bénéfice d'une assignation à résidence n'a pas à justifier de circonstances à caractère exceptionnel**[(278)*bis)*].

[(278)] 2e Civ., 26 octobre 1994, Bull., II, n° 204, p. 118, Préfet du Val-de-Marne c/ M. Haimoud.

[(278)*bis)*] 2e Civ., 13 janv. 2005, Bull., II, n° 5, p. 4, Mme Saad c/ préfet des Pyrénées-Orientales.

De même, par un arrêt rendu le 17 janvier 2006, la première chambre civile a censuré pour violation de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, devenu l'article L. 552-4 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, l'ordonnance d'un premier président qui, pour "annuler" une décision d'assignation à résidence et ordonner la prolongation du maintien en rétention d'un étranger, retenait que l'existence **de liens affectifs** avec une personne ne constituait pas une garantie de représentation sérieuse, laquelle nécessitait la certitude d'un comportement loyal, et que par ailleurs, l'intéressé ne justifiait pas d'une situation personnelle **d'ordre social ou médical** qui permette l'octroi de la mesure exceptionnelle de l'assignation à résidence, alors que l'étranger qui sollicite le bénéfice d'une assignation à résidence n'a **pas à justifier de circonstances à caractère exceptionnel de nature à légitimer cette mesure** [(278)*ter)*].

SECTION I : Les garanties de représentation effectives

264. Par de nombreux arrêts, et notamment ceux des 2 novembre 1994 et 16 octobre 1996, la deuxième chambre a décidé que c'est dans l'exercice de son **pouvoir souverain d'appréciation** qu'un premier président retient qu'un étranger justifie - ou ne justifie pas - de garanties de représentation effectives [(279)].

265. Alors qu'un pourvoi du Préfet de Police de Paris faisait notamment grief à une ordonnance rendue par un premier président d'avoir assigné un étranger à résidence sans s'être assuré de la **réalité du domicile** de ce dernier, un arrêt du 11 juin 1997 a jugé que le premier président, qui avait retenu que l'intéressé était régulièrement domicilié à l'adresse indiquée dans l'ordonnance, n'avait pas à faire d'office une recherche dont il ne résultait pas qu'elle ait été demandée, et qu'il avait **souverainement apprécié** l'existence de garanties effectives de représentation [(280)].

C'est, de même, en retenant que c'est dans l'**exercice de son pouvoir souverain** que le premier président avait retenu qu'une ressortissante étrangère ne présentait pas de garanties effectives de représentation, que la première chambre civile, par un arrêt du 14 mars 2006, a rejeté le pourvoi par lequel l'étrangère faisait grief à l'ordonnance infirmative ayant ordonné son maintien en rétention, d'avoir **ajouté des conditions à la loi** et ainsi violé **l'article L. 552-4** du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, l'assignation à résidence n'exigeant pas, selon le moyen du pourvoi, des conditions de séjour stables et pérennes et n'étant

---

[(278)*ter)*] Civ. 1ère, 17 janv. 2006, Bull. 2006, I, n° 22, p. 21, M. Benkaakaa, alias Benkakaa c/ préfet des Pyrénées-Orientales.

[(279)] 2e Civ., 2 nov. 1994, Bull., II, n° 213, p. 123, Préfet de l'Essonne c/ M. Bekkouche ; 16 oct. 1996, Bull., II, n° 236, p. 144, Préfet des Yvelines c/ M. Bhugowandeen ; *adde* 19 nov. 1998, pourvoi n° 97-50.052, Préfet des Yvelines c/ M. Kadir ; 17 juin 1998, pourvoi n° 97-50.049, M. Diabira c/ préfet de l'Essonne ; 15 juin 2000, pourvoi n° 99-50.029, M. Du c/ préfet de Police de Paris ; 25 janv. 2001, pourvoi n° 99-50.093, M. Rharbouj c/ préfet de Police de Paris, préc. (inédits).

[(280)] 2e Civ., 11 juin 1997, Bull., II, n° 179, p. 106, Préfet de Police de Paris c/ M. Chebab.

subordonnée ni à la justification d'un lien de parenté avec la personne qui s'engage à l'hébergement, ni à la condition que le logement de cette personne présente certaines caractéristiques, ni à la condition que l'intéressé dispose de fonds suffisants pour faire face à ses frais de retour dans son pays [(280)*bis*].

266. Il s'agit donc d'une question de **fait** que le juge du fond apprécie au cas par cas, que ce soit pour ordonner, à titre exceptionnel, l'assignation à résidence ou, au contraire, pour autoriser une prolongation de la rétention de l'étranger.

A titre d'exemple, le premier président peut considérer la situation familiale de l'étranger [(281)], la vie stable de l'intéressé avec l'aide de sa famille implantée de longue date en France [(282)], l'existence d'un domicile ou d'une résidence en France [(283)*bis*], ou à l'inverse, la volonté déclarée de ne pas retourner dans le pays d'origine et la crainte d'une tentative de soustraction à une mesure d'interdiction du territoire français [(284)], le caractère douteux d'une attestation d'hébergement produite [(285)].

267. Jugeant qu'il n'y avait pas méconnaissance des **articles 8 et 12 de la Convention européenne** de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, un arrêt du 26 avril 2001 a rejeté le pourvoi d'une ressortissante étrangère qui reprochait à l'ordonnance rendue par un premier président de ne pas l'avoir assignée à résidence, en refusant de tenir compte du fait qu'elle vivait en concubinage et **s'apprêtait à se marier** [(286)].

268. Le premier président peut aussi **détailler les éléments** invoqués qu'il décide d'écarter, tels que, par exemple, la présentation de documents d'identité, d'une carte de Sécurité sociale, de bulletins de paie [(287)]. Mais ce n'est pas une obligation, de telle sorte qu'un arrêt du 25 janvier 2001 a pu rejeter, par la seule référence à l'exercice du pouvoir souverain et à l'existence d'une motivation de la décision, le moyen, pris d'un défaut de base légale, qui reprochait à un premier président de n'avoir pas énoncé l'intégralité des considérations de fait l'ayant conduit à juger

---

[(280)*bis*] Civ. 1ère, 14 mars 2006, pourvoi n° 05-14.664, Mlle Toader c/ préfet de Police de Paris.

[(281)] 2e Civ., 2 nov. 1994, Bull., II, n° 213, p. 123, Préfet de l'Essonne c/ M. Bekkouche, préc.

[(282)] 2e Civ., 10 juill. 1996, pourvoi n° 95-50.028, Préfet de la Somme c/ M. Guergous (inédit).

[(283)*bis*] 2e Civ., 25 févr. 1998, pourvoi n° 97-50.025, Préfet du Haut-Rhin c/ M. Brieche (inédit).

[(284)] 2e Civ., 15 févr. 1995, pourvoi n° 94-50.025, M. Kafa c/ préfet du Haut-Rhin (inédit).

[(285)] 2e Civ., 26 avril 2001, pourvoi n° 00-50.055, Mlle Ngono c/ préfet de police de Paris (inédit).

[(286)] 2e Civ., 26 avril 2001, pourvoi n° 00-50.055, Mlle Ngono c/ préfet de police de Paris, préc. (inédit).

[(287)] 2e Civ., 17 juin 1998, pourvoi n° 97-50.049, M. Diabira c/ préfet de l'Essonne, préc. (inédit).

insuffisantes les très nombreuses garanties de représentation fournies[288].

269. L'absence, dans certains arrêts de la Cour de cassation, de la mention selon laquelle le premier président avait statué par ***décision motivée***[289] consacrait même, en réalité, un véritable **pouvoir du juge du fond,** sans qu'il y eût nécessité d'une **motivation spéciale** quant à la mesure d'assignation ordonnée, fût-ce dans l'hypothèse particulière où l'étranger s'était soustrait à l'obligation de quitter le territoire national ou à l'exécution d'une mesure de reconduite à la frontière qui le frappait[289*bis*].

269 *bis*. La loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 *relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, est cependant venue poser, dans le 11e alinéa de l'article *35 bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, l'**exigence d'une "motivation spéciale"** pour l'assignation à résidence d'un **étranger qui s'est préalablement soustrait à l'exécution d'une mesure** de reconduite à la frontière **en vigueur**, d'une interdiction du territoire dont il n'a pas été relevé, ou d'une mesure d'expulsion **en vigueur**, le texte - devenu **l'article L. 552-4** du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile - étant à présent ainsi rédigé :

"A titre exceptionnel, le juge peut ordonner l'assignation à résidence de l'étranger lorsque celui-ci dispose de garanties de représentation effectives, après remise à un service de police ou à une unité de gendarmerie de l'original du passeport et de tout document justificatif de son identité, en échange d'un récépissé valant justification de l'identité et sur lequel est portée la mention de la mesure d'éloignement en instance d'exécution. ***L'assignation à résidence concernant un étranger qui s'est préalablement soustrait à l'exécution d'une mesure de reconduite à la frontière en vigueur, d'une interdiction du territoire dont il n'a pas été relevé, ou d'une mesure d'expulsion en vigueur doit faire l'objet d'une motivation spéciale"***.

269 *ter*. C'est au regard de ces nouvelles dispositions, qu'un arrêt de la première chambre civile du 14 mars 2006 a jugé qu'ayant relevé qu'étant depuis plusieurs années en France, un étranger, qui s'était volontairement soustrait à un arrêté de reconduite à la frontière, bénéficiait d'un logement à Bordeaux depuis plusieurs mois, que ce domicile avait été contrôlé par la gendarmerie de l'Air, que l'intéressé était salarié d'une entreprise depuis plusieurs années et bénéficiait de feuilles de paie produites sur plus d'un an et demi, c'est dans l'exercice de son **pouvoir souverain d'appréciation** qu'un premier président, par une décision **spécialement motivée répondant aux exigences de** l'article *35 bis*, alinéa 11, de l'ordonnance du 2 novembre 1945, devenu **l'article L. 552-4** du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, a retenu, pour assigner l'étranger à résidence, que celui-ci disposait de **garanties de représentation**

---

[288] 2e Civ., 25 janv. 2001, pourvoi n° 99-50.105, Mme Zellat c/ préfet de la Haute-Garonne, préc. (inédit).

[289] V. par ex., 2e Civ., 17 juin 1998, pourvoi n° 97-50.049, M. Diabira c/ préfet de l'Essonne, préc. ; 15 juin 2000, pourvoi n° 99-50.029, M. Du c/ préfet de Police de Paris, préc. (inédits).

[289*bis*] V., par ex., 2e Civ., 25 févr. 1998, pourvoi n° 97-50.025, Préfet du Haut-Rhin c/ M. Brieche et procureur général près la cour d'appel de Colmar ; 29 juin 2000, pourvoi n° 99-50.021, Préfet de Police de Paris c/ M. Mudhoo.

effectives [289]*ter)*.

Mais impérative est, en tout état de cause, la constatation, dans l'ordonnance attaquée, de la seconde condition exigée par l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, relative à la remise par l'étranger d'une pièce d'identité, et plus précisément d'un passeport.

SECTION II : La constatation de la remise du passeport

270. Le texte de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 prévoit *la remise à un service de police ou de gendarmerie du passeport et de tout document justificatif de l'identité en échange d'un récépissé valant justification de l'identité.*

Son interprétation a suscité une certaine hésitation jurisprudentielle : le texte exige-t-il la remise du passeport plus celle de tout document d'identité, ou bien, plus simplement, celle du passeport **ou** d'un document d'identité ? Deux thèses étaient en présence : la thèse cumulative et la thèse alternative.

A - La constatation de la remise préalable du passeport

271. Un arrêt du 2 novembre 1994 avait cassé, pour défaut de base légale, une ordonnance prononçant une assignation à résidence sans constater la remise préalable au service compétent *de l'un* des documents d'identité visés dans l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 [290].

Un arrêt du 31 janvier 1996 avait pareillement censuré un premier président qui avait relevé que la ressortissante étrangère justifiait de son identité par un reçu délivré par l'Office français des réfugiés et apatrides, alors que ce reçu n'est pas l'un des documents justificatifs de l'identité de l'étranger prévus par l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, et sans constater la remise à un service de police ou de gendarmerie par l'intéressée de son passeport *ou* d'un document justificatif de son identité [291].

272. Une évolution notable de la jurisprudence s'est produite avec l'arrêt de principe rendu le 18 septembre 1996.

Cette décision a cassé, pour violation de la loi, l'ordonnance d'un premier président qui avait assigné un étranger à résidence sans constater la remise "de tout document justificatif de

---

[289]*ter)* Civ. 1ère, 14 mars 2006, Bull., I, n° 157, p. 141, Préfet de la Gironde c/ M. Hadj Abderrahmane.

[290] 2e Civ., 2 nov. 1994, Bull., II, n° 213, p. 123, Préfet de l'Essonne c/ M. Bekkouche, préc.

[291] 2e Civ., 31 janv. 1996, Bull., II, n° 22, p. 15, Préfet de la Seine-Saint-Denis c/ Mme Ebonge.

l'identité de l'intéressé et, **à tout le moins, d'un passeport"** [(292)].

273. Il en résulte que le juge a le pouvoir de subordonner l'assignation à résidence à la remise de tous les documents justificatifs de l'identité de l'étranger que celui-ci pourrait détenir, mais en aucun cas il ne peut prononcer une telle mesure sans constater, **au moins, la remise du passeport**.

La remise de toute autre pièce justificative de l'identité de l'étranger est donc insuffisante au regard de la jurisprudence actuelle [(293)].

Aussi, comme l'a jugé un arrêt du 6 février 2003, viole l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, un premier président qui, pour confirmer la décision d'un premier juge ordonnant l'assignation à résidence d'un étranger, énonce que, si une **carte d'identité** n'est pas un passeport, ces deux pièces administratives répondent à la même finalité, à savoir justifier l'identité d'une personne physique, alors que la remise du passeport a pour objet de garantir que l'étranger faisant l'objet d'une mesure d'éloignement sera en possession du **document permettant d'assurer son départ effectif du territoire national** [(293)*bis*].

274. Dès lors, la cassation intervient du seul fait de l'**absence de constatation** de "la remise **du passeport"** [(294)].

275. La Cour de cassation relève même ce **moyen d'office**.

276. Ainsi, un arrêt du 25 janvier 2001 a-t-il censuré, sur ce moyen relevé **d'office**, l'ordonnance infirmative d'un premier président qui, pour assigner un étranger à résidence, s'était borné, sans constater la remise du passeport, à retenir que les conditions d'une assignation à

---

(292) 2e Civ., 18 sept. 1996, Bull., II, n° 215, p. 132, Préfet de la Gironde c/ M. Bedoui ; *adde* 8 avr. 1998, Bull., II, n° 123, p. 73, Préfet de Police de Paris c/ M. Sehmaoui.

(293) 2e Civ., 31 janv. 1996, Bull., II, n° 22, p. 15, Préfet de la Seine-Saint-Denis c/ Mme Ebonge, préc. : reçu délivré par l'OFPRA ; 21 oct. 1999, pourvoi n° 98-50.031, Préfet de Police de Paris c/ M. Jlidi (inédit) : permis de conduire et carte consulaire ; 3 févr. 2000, pourvoi n° 99-50.020, Préfet de Meurthe-et-Moselle c/ M. Kinyamba (inédit) : certificat d'inscription universitaire et copie d'acte de naissance ; 26 oct. 2000, pourvoi n° 99-50.047, Préfet du Val-de-Marne c/ M. Amani (inédit) : autorisation temporaire de résidence en Allemagne et certificat d'hébergement en France ; 29 mars 2001, pourvoi n° 00-50.057, Préfet de la Seine-Saint-Denis c/ M. Ngassa (inédit) : carte d'identité camerounaise.

(293*bis*) 2e Civ., 6 févr. 2003, Bull., II, n° 27, p. 23, Préfet de la Moselle c/ procureur général près la cour d'appel de Metz et M. Yilmaz ; *adde*, Civ. 1ère, 25 avr. 2006, pourvoi n° 04-50.155, Préfet de la Gironde c/ M. Demir (inédit).

(294) 2e Civ., 11 juin 1997, Bull., II, n° 178, p. 105, Préfet du Val-de-Marne c/ M. Haouzmani ; 25 nov. 1999, pourvoi n° 98-50.020, Préfet du Val-de-Marne c/ M. Diarra ; 26 oct. 2000, pourvoi n° 99-50.047, Préfet du Val-de-Marne c/ M. Amani, préc. ; 3 juin 2004, pourvoi n° 03-50.015, Préfet de l'Eure c/ M. Simsek (inédits).

résidence étaient remplies et à ordonner la remise aux services de police "de tout document justificatif " de l'identité de l'intéressé[295].

277. La **remise** du passeport peut cependant intervenir **à l'audience**.

Un arrêt du 12 décembre 2002 a ainsi approuvé l'ordonnance d'un premier président d'avoir retenu à bon droit que si l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 impose la remise du passeport préalablement à l'assignation à résidence, il ne fixe pas la limite au-delà de laquelle la remise du document ne serait plus possible et **n'interdit pas** que le juge prenne en considération la **remise à l'audience**[296].

B - La remise préalable à un service de police ou de gendarmerie

278. L'ordonnance assignant l'étranger à résidence doit nécessairement **constater** la remise **préalable** du passeport **à un service de police ou de gendarmerie**, la cassation intervenant du seul fait de cette **absence de constatation**.

278.1. Il s'ensuit qu'à peine de violer l'article 35 *bis* I, alinéa 11, de l'ordonnance du 2 novembre 1945, devenu l'**article L. 552-4** du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, le juge n'a pas le pouvoir d'assigner un étranger à résidence **en ordonnant**[296*bis*] - ou en prescrivant au titre des diverses obligations - **la remise** (future) de son **passeport** à un service de police ou de gendarmerie[296*ter*].

279. Un arrêt de la deuxième chambre civile du 11 juin 1997 a également censuré, pour violation de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, un premier président qui avait assigné à résidence un ressortissant étranger après avoir relevé que celui-ci **lui remettait** son passeport, alors qu'il ne résultait pas des énonciations de l'ordonnance que le premier président avait fait procéder à la remise du passeport à un **service de police ou de gendarmerie**[297].

Cette jurisprudence a été réaffirmée par un arrêt du 14 mars 2006, rendu par la première chambre civile, dont il résulte qu'encourt la cassation l'ordonnance rendue par un premier président qui a assigné à résidence un étranger après avoir relevé que celui-ci, **par l'intermédiaire de son avocat, lui remettait spontanément son passeport qui serait joint à**

---

[295] 2e Civ., 25 janv. 2001, pourvoi n° 99-50.095, Préfet du Nord c/ M. El Barkani (inédit).

[296] 2e Civ., 12 déc. 2002 (1er moy.), Bull., II, n° 283, p. 223, Préfet de la Haute-Garonne c/ procureur général près la cour d'appel de Toulouse et M. Zourifi.

[296*bis*] Sur la notion d'excès de pouvoir, rappr. *supra*, § 171 et 171.1, et jurisp. cit.

[296*ter*] Civ. 1ère, 6 juill. 2005, pourvoi n° 04-50.066, Préfet des Deux-Sèvres c/ M. Ali Guerbas ; 8 nov. 2005, pourvoi n° 04-50.079, Préfet d'Indre-et-Loire c/ M. Hu (inédits).

[297] 2e Civ., 11 juin 1997, Bull., II, n° 178, p. 105, Préfet du Val-de-Marne c/ M. Haouzmani, préc.

la procédure, sans qu'il résulte des énonciations de cette ordonnance que le magistrat ait fait procéder à la remise du passeport à un service de police ou de gendarmerie[(297)*bis)*].

280. Il en résulte que la remise du passeport -à l'audience - **ne peut être faite entre les mains du juge de la rétention ou de son greffier**.

281. La Cour de cassation relève également **d'office** le moyen pris de l'absence de **constatation** de remise du passeport à un service **de police ou de gendarmerie.**

282. C'est ainsi, sur le **moyen relevé d'office** pris de l'absence de constatation de la remise du passeport à un service de police ou de gendarmerie, qu'un arrêt du 10 octobre 2002 a censuré l'ordonnance d'un premier président qui avait assigné à résidence un étranger en constatant, dans le dispositif, que le passeport de l'intéressé était remis à l'**avocat du préfet du département**[(298)].

283. Consacrant la même règle, un arrêt du 12 décembre 2002 a également censuré l'ordonnance d'un premier président qui, pour confirmer l'assignation à résidence d'un étranger, a constaté que le passeport de l'intéressé avait été remis au cours de l'audience au **représentant du préfet du département,** qui avait accepté de le recevoir[(299)].

284. Il en résulte que la remise du passeport ne peut pas être faite entre les mains du **préfet d'une région ou d'un département,** ou de l'un de ses représentants.

285. Un arrêt du 1er mars 2001 a toutefois reconnu qu'en mentionnant que le passeport d'une ressortissante étrangère se trouvait entre les mains des **services de la préfecture de Police**, un premier président avait constaté la remise de ce document à un service **de police** et avait ainsi légalement justifié sa décision d'assignation à résidence[(300)].

286. Il en résulte que la remise du passeport peut, **à Paris**, valablement être faite entre les mains des services du **préfet de Police.**

C - La remise effective de l'original du passeport

287. La remise du passeport doit être **effective**.

Comme l'a jugé un arrêt du 25 novembre 1999, l'ordonnance d'un premier président ne peut donc se borner à constater la **seule disposition** par l'étranger du passeport en cours de

---

[(297)*bis)*] Civ. 1ère, 14 mars 2006, Bull., I, n° 158, p. 141, Préfet de la Gironde c/ M. Mahdi.

[(298)] 2e Civ., 10 oct. 2002, Bull., II, n° 216, p. 168, M. Ciorba c/ préfet de la Seine-Saint-Denis.

[(299)] 2e Civ., 12 déc. 2002 (2d moy.), Bull., II, n° 283, p. 223, Préfet de la Haute-Garonne c/ procureur général près la cour d'appel de Toulouse et M. Zourifi, préc.

[(300)] 2e Civ., 1er mars 2001, Bull., II, n° 34, p. 25, Préfet de Police de Paris c/ Mme Njantou Bakamou.

validité[301].

288. La remise de l'**original** du passeport est en outre indispensable. La détention ou la remise d'une photocopie de ce document est donc insuffisante pour permettre l'assignation à résidence de l'étranger.

Un arrêt du 24 janvier 1996 a ainsi censuré une ordonnance retenant que l'étranger était **détenteur d'une photocopie** de son passeport et qu'il appartenait aux services de police de la présenter aux autorités étrangères s'ils doutaient de la valeur de ce document[302].

De la même façon, un arrêt du 21 octobre 1999 a censuré l'ordonnance d'un premier président qui avait assigné un étranger à résidence, en retenant que l'intéressé **présentait la photocopie** de son passeport, son permis de conduire ainsi que sa carte consulaire, laquelle était remise aux services de gendarmerie, "sans constater la remise du passeport"[303].

288 *bis.* Par ailleurs, par un arrêt du 13 décembre 2005, la première chambre civile a précisé que pour l'application de l'article 35 *bis* I, alinéa 12, de l'ordonnance du 2 novembre 1945, devenu l'article L. 552-4 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, le passeport dont la remise de l'original est exigée devant **nécessairement** s'entendre d'un **document authentique**, le premier président d'une cour d'appel **peut**, sans encourir le grief d'ajouter à la loi une condition qu'elle ne comporte pas, estimer opportun de **s'assurer de cette authenticité**.

Dès lors, le premier président ayant relevé que c'était durant l'audience de comparution que le conseil de l'étranger avait remis le passeport de l'intéressé au centre de rétention administrative du palais de justice et retenu qu'en l'état, aucun élément **ne permettait de s'assurer de l'authenticité du document**, il s'en déduit que les **conditions** dans lesquelles l'assignation à résidence pouvait être ordonnée à titre exceptionnel n'étaient **pas réunies**[303*bis*].

D - La remise d'un passeport en état de validité

289. L'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 ne précise pas si le passeport, dont la remise est exigée pour ordonner l'assignation à résidence de l'étranger, doit être en état de validité **au moment où le juge statue**.

290. Par un arrêt du 24 octobre 2002, la deuxième chambre civile a néanmoins décidé qu'un

---

[301] 2e Civ., 25 nov. 1999, pourvoi n° 98-50.020, Préfet du Val-de-Marne c/ M. Diarra, préc. (inédit).

[302] 2e Civ., 24 janv. 1996, Bull., II, n° 12, p. 9, Préfet de Police de Paris c/ M. Massengo.

[303] 2e Civ., 21 oct. 1999, pourvoi n° 98-50.031, Préfet de Police de Paris c/ M. Jlidi, préc. (inédit).

[303*bis*] Civ. 1ère, 13 déc. 2005, Bull., I, n° 493, p. 415, M. Mera Velez c/ Préfet de Police de Paris.

premier président avait exactement énoncé que le passeport de l'intéressé étant **périmé**, les **conditions** dans lesquelles l'assignation à résidence pouvait être ordonnée à titre exceptionnel n'étaient **pas réunies** [304].

Et par un arrêt du 27 mars 2003, la deuxième chambre a clairement approuvé un premier président d'avoir exactement énoncé qu'au sens de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, le passeport est un **passeport en cours de validité** et non un passeport périmé [304*bis*].

La remise d'un **passeport valide** est donc une **condition nécessaire** à l'assignation à résidence de l'étranger.

Il s'ensuit que l'ordonnance du premier président d'une cour d'appel doit constater la remise préalable à un service de police ou à une unité de gendarmerie de l'original du passeport **en cours de validité** sous peine d'encourir la censure de la Cour de cassation lorsqu'il résulte des pièces de la procédure que le passeport est **périmé lors de sa remise à l'audience** [304*ter*].

291. La remise du passeport a en effet pour **finalité** essentielle, dans le cadre spécifique de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, de permettre l'**exécution effective de la mesure d'éloignement** [304*quater*]. Or, même si un passeport périmé suffit à établir l'identité et la nationalité d'origine de son titulaire, seule la **validité de ce document transfrontière** est à même de permettre, dans le contexte des relations entre Etats, d'atteindre pleinement cet objectif.

Et c'est en considérant ainsi, explicitement, que la **remise du passeport en cours de validité** a pour objet de garantir que l'étranger faisant l'objet d'une mesure d'éloignement sera en possession du document permettant d'assurer son **départ effectif du territoire national**, qu'un arrêt du 8 juillet 2004 a censuré l'ordonnance d'un premier président qui, pour assigner un étranger à résidence, énonçait que si ce dernier ne bénéficiait pas d'un passeport en cours de validité, ce document était cependant régulier et justifiait de l'identité de l'intéressé [304*quinquies*].

E - La considération objective de l'absence de remise du passeport

292. L'absence de remise du passeport - en état de validité - doit être considérée de manière purement objective, sans qu'aucune autre considération ou explication (perte, vol, destruction même fortuite,...) ne puisse pallier le défaut de cette condition matérielle, prévue par l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945.

---

[304] 2e Civ., 24 oct. 2002, Bull., II, n° 234, p. 184, M. Meskine c/ préfet de Police de Paris.

[304*bis*] 2e Civ., 27 mars 2003, Bull., II, n° 81, p. 70, M. Maadadi c/ préfet du Rhône.

[304*ter*] 1re Civ., 3 oct. 2006, pourvoi n° 05-20.983, Préfet de la Somme c/ M. Tahir.

[304*quater*] Comp. 2e Civ., 6 févr. 2003, Bull., II, n° 27, p. 23, Préfet de la Moselle c/ procureur général près la cour d'appel de Metz et M. Yilmaz, préc.

[304*quinquies*] 2e Civ., 8 juill. 2004, pourvoi n° 03-50.103, Préfet de la Moselle c/ M. Altuntas (inédit).

293. Ainsi, pour violation de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, est cassée, selon un arrêt du 21 octobre 1999, l'ordonnance d'assignation à résidence qui retient qu'en l'espèce, il n'existe aucune contestation sur l'identité de l'étranger et que l'impossibilité pour lui de remettre son passeport, **détruit par un tiers**, ne peut faire obstacle à une assignation à résidence [(305)] ;

celle qui retient que l'intéressé justifie, par la production d'une attestation du consulat, qu'il a déposé une demande de passeport en raison de la **perte** de ce document, alors que, selon l'arrêt du 25 novembre 1999, la pièce produite ne pouvait tenir lieu de passeport [(306)] ;

ou encore celle qui retient que l'intéressé est dans l'impossibilité de remettre son passeport perdu depuis plus d'une dizaine d'années, que compte tenu du contexte politique, il apparaît normal qu'il **n'ait pu s'en procurer** un autre et qui ordonne qu'il sera remis à la police un certificat d'inscription à l'Université et une copie de son acte de naissance, document d'identité en sa possession, alors que, selon l'arrêt du 3 février 2000, le juge ne pouvait prononcer une telle mesure sans constater la remise du passeport [(307)].

SECTION III : La durée, la prise d'effet et la fin de l'assignation à résidence

294. Un arrêt du 22 mai 1996 a décidé que l'ordonnance d'un premier président énonçait exactement que l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 **limitait** à 6 jours (délai alors applicable) la durée des mesures que le juge pouvait prendre à l'encontre d'un étranger et que c'était, dès lors, à bon droit qu'il avait rejeté la demande de l'intéressé qui, assigné à résidence par le président d'un tribunal de grande instance pour une durée de 6 jours, avait fait appel pour solliciter une durée plus longue de cette assignation à résidence en soutenant que cette courte durée l'empêchait, en violation de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de se présenter devant la juridiction correctionnelle devant laquelle il faisait l'objet de poursuites pénales [(308)].

295. Selon l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, tel que modifié par la loi n° 97-396 du 24 avril 1997 (article 13), l'application des **mesures décidées par le juge**, et donc, en particulier, de l'assignation à résidence, *"prend fin au plus tard à l'expiration d'un **délai de 5 jours**"*.

295.1. Par ailleurs, tout en rappelant que le juge saisi sur le fondement de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 ne peut, en l'absence de toute irrégularité de la procédure, que

---

[(305)] 2e Civ., 21 oct. 1999, pourvoi n° 98-50.028, Préfet du Puy-de-Dôme c/ M. Hilmi (inédit).

[(306)] 2e Civ., 25 nov. 1999, pourvoi n° 99-50.004, Préfet du Val-de-Marne c/ M. Henni (inédit).

[(307)] 2e Civ., 3 févr. 2000, pourvoi n° 99-50.020, Préfet de Meurthe-et-Moselle c/ M. Kinyamba, préc. (inédit)

[(308)] 2e Civ., 22 mai 1996, pourvoi n° 95-50.068, M. Akrach c/ préfet de l'Oise (inédit).

se prononcer sur l'une des deux mesures prévues par ce texte, la deuxième chambre civile avait jugé, par un arrêt du 10 juillet 2003, que la mesure d'assignation à résidence ne **prenait effet qu'à l'expiration du délai de 48 heures écoulé depuis la décision du représentant de l'Etat** dans le département, le juge judiciaire ne pouvant, en vertu du principe de la séparation des pouvoirs, substituer sa décision à celle du préfet [(308)*bis)*].

295.2. Cette **jurisprudence** est cependant **devenue caduque** par suite du droit d'appel du ministère public avec **demande de déclaration d'effet suspensif**, tel qu'il a été institué par la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 modifiant l'article 35 *bis* IV de l'ordonnance du 2 novembre 1945, et réglementé par le décret n° 2004-1215 du 17 novembre 2004 fixant les modalités d'application de ce texte.

Ce texte législatif, devenu l'article **L. 552-6** du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, qui est applicable aussi bien à la première demande de prolongation du délai de maintien en rétention prévue par l'article L. 552-1, qu'éventuellement à la seconde demande prévue par les articles L. 552-7 et L. 552-8, dispose, en effet, que *lorsqu'une ordonnance met fin à la rétention* ***ou assigne l'étranger à résidence****, elle est* ***immédiatement*** *notifiée au procureur de la République* ; qu'*à moins que ce dernier n'en dispose autrement, l'étranger est alors maintenu à la disposition de la justice pendant un* ***délai de quatre heures à compter de la notification de l'ordonnance*** *au procureur de la République*. L'article 6, alinéa 3, du décret n° 2004-1215 du 17 novembre 2004 est, en outre, venu clairement préciser que *lorsqu'une ordonnance met fin au maintien en zone d'attente ou à la rétention, ou* ***assigne à résidence*** *l'étranger et que le procureur de la République estime ne pas avoir à solliciter du premier président qu'il déclare l'appel suspensif, il retourne l'ordonnance au magistrat qui l'a rendue en mentionnant sur celle-ci qu'il ne s'oppose pas à sa mise à exécution* ; *qu'****il est alors immédiatement mis fin à la mesure de maintien***.

Il résulte donc de ces textes que dans le **délai maximal de 4 heures** qui lui est imparti, le procureur de la République n'estime pas devoir saisir le premier président d'un appel avec demande de déclaration d'effet suspensif contre une ordonnance du juge des libertés et de la détention statuant sur le fondement de l'article L. 552-1, L. 552-7 ou L. 552-8 du code précité qui met fin au maintien en rétention d'un étranger [(308)*ter)*] ou **assigne celui-ci à résidence**, il doit être **immédiatement mis fin à la mesure de maintien** en rétention administrative, la juridiction du second degré, saisie par l'une des parties, pouvant, le cas échéant, **constater** le maintien illégal de l'étranger conduit devant lui [(308)*quater)*].

CHAPITRE III :
LA PROROGATION DU DÉLAI DE MAINTIEN EN RÉTENTION

---

(308)*bis)* 2e Civ., 10 juill. 2003, Bull., II, n° 242, p. 200, M. Yacoub c/ préfet du Gard.

(308)*ter)* V., *supra*, § 235.1.

(308)*quater)* Civ. 1ère, 20 juin 2006, pourvoi n° 05-14.034, Préfet des Pyrénées-Orientales c/ M. Sayah (inédit).

296. Il sera ici préalablement rappelé qu'il résulte d'un arrêt du 22 mars 1995 [309] que la prolongation initiale du maintien en rétention doit être limitée, et qu'en conséquence, un **préfet** qui souhaite une prorogation **doit présenter une seconde requête dans les 24 heures précédant** l'expiration du premier délai de 5 jours [310].

297. Il sera également rappelé que les **requêtes préfectorales** tendant à la prorogation du délai de maintien en rétention d'un étranger exigent le respect de conditions spécifiques, à la fois de forme et de fond, telles que celles découlant des dispositions du deuxième alinéa de l'article 2 du décret n° 91-1164 du 12 novembre 1991 [311].

298. Selon l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, tel qu'il a été notamment modifié par la loi n° 98-349 du 11 mai 1998 (article 23-III), le délai de 5 jours, mentionné ci-dessus, *"peut être **prorogé d'une durée maximale de 5 jours** par ordonnance du juge des libertés et de la détention (...), **en cas d'urgence absolue et de menace d'une particulière gravité pour l'ordre public**. Il peut l'être aussi lorsque l'impossibilité d'exécuter la mesure d'éloignement résulte de la **perte ou de la destruction des documents de voyage de l'intéressé, de la dissimulation par celui-ci de son identité ou de l'obstruction volontaire faite à son éloignement**"* [312].

SECTION I : L'exercice d'un pouvoir du juge du fond

299. Par un arrêt du 25 février 1998, la deuxième chambre a jugé qu'en n'assignant pas un étranger à résidence et en rejetant la demande de prorogation du maintien en rétention, un premier président - à qui il était fait grief, par le pourvoi, de n'avoir pas constaté la remise préalable du passeport - ne fait qu'exercer les **pouvoirs qui lui sont reconnus, sur ce point**, par l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 [313].

C'est par ces mêmes motifs que deux arrêts des 23 mai 2001 et 9 décembre 2004 ont rejeté les pourvois de préfets qui faisaient grief à l'ordonnance d'un premier président infirmant la

---

[309] 2e Civ.2 mars 1995, Bull., II, n° 97, p. 56, Préfet de Seine-et-Marne c/ M. Martins, préc.

[310] V. *supra*, § 16.

[311] V. *supra*, § 29 à 34.

[312] En l'état antérieur du texte, tel que modifié par les lois n°s 86-1025 du 9 sept. 1986 et 93-1417 du 30 déc. 1993, le délai de 6 jours pouvait être prorogé d'une durée maximale de 72 heures par ordonnance du président du tribunal de grande instance en cas d'urgence absolue et de menace d'une particulière gravité pour l'ordre public ; il pouvait l'être aussi lorsque l'étranger n'avait pas présenté à l'autorité administrative compétente de document de voyage permettant l'exécution d'une mesure prévue aux 2° et 3° de l'art. 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 et que des éléments de fait montraient que ce délai supplémentaire était de nature à permettre l'obtention de ce document.

[313] 2e Civ., 25 févr. 1998, Bull., II, n° 59, p. 36, Préfet d'Eure-et-Loir c/ Mme Vita, ép. Teca.

prorogation et disant n'y avoir lieu à maintien en rétention d'un étranger, soit de n'avoir pas relevé de vice de forme dans la procédure ou d'erreur de droit qui aurait entaché la décision, soit de n'avoir pas pris en compte le fait que l'intéressé n'était pas à même de justifier d'un domicile personnel en France et que la **demande d'asile qu'il avait déposée tardivement** constituait une obstruction volontaire à son éloignement [(314)].

300. Le pouvoir ainsi conféré par l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 n'étant cependant **pas discrétionnaire**, le juge du fond doit rendre une ordonnance **motivée**.

Dès lors, une **censure** peut parfois intervenir en raison de **motifs** faisant clairement apparaître que la décision résulte d'une **fausse application de la loi** et que le juge, méconnaissant ses pouvoirs, s'est senti lié par des **considérations de droit erronées**.

300 bis. Le juge doit aussi, selon l'article 16 du nouveau Code de procédure civile, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le **principe de la contradiction**, et il ne peut fonder sa décision sur les **moyens de droit qu'il a relevés d'office** sans avoir au préalable **invité les parties à présenter leurs observations**.

Dès lors, viole ce texte, ensemble l'article 35 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945, le premier président qui, pour confirmer une décision de **prorogation du délai** de maintien en rétention, retient que, compte tenu de la nature particulière de la condamnation de l'étranger à l'interdiction définitive du territoire pour association de malfaiteurs en relation avec une entreprise terroriste, sa présence sur le territoire français constitue une **menace d'une particulière gravité pour l'ordre public**, sans avoir au préalable invité les parties à s'expliquer sur ce **cas, non visé par la requête du préfet**, qu'il relevait **d'office** sur le fondement de l'article 35 *bis* de l'ordonnance précitée, ni sur la **condition, omise, de l'urgence absolue, qui est cumulativement exigée** par cet article [(314)*bis*].

SECTION II : La possibilité d'assigner à résidence

301. Par un arrêt du 8 avril 1998, la deuxième chambre a décidé que le juge saisi d'une demande de prorogation du maintien en rétention d'un étranger peut assigner celui-ci à résidence, **après la remise** à un service de police ou de gendarmerie **du passeport** et de tout document justificatif de son identité [(315)].

De même, un arrêt du 1er mars 2001 indique qu'aucune disposition n'interdit à un premier président saisi d'une demande de prorogation d'une mesure de maintien en rétention d'assigner à résidence la personne concernée si les conditions posées par l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 sont réunies, de sorte qu'ayant mentionné que le passeport d'une ressortissante

---

(314) 2e Civ., 23 mai 2001, pourvoi n° 00-50.065, Préfet de Seine-et-Marne c/ M. Yahia ; 2e Civ., 9 déc. 2004, pourvoi n° 03-50.090, Préfet de Maine-et-Loire c/ M. Tsaoulal (inédits).

(314)*bis)* 2e Civ., 7 mai 2003, Bull.,, II, n° 136, p. 117, M. Hamani c/ préfet de l'Allier

(315) 2e Civ., 8 avr. 1998, Bull., II, n° 123, p. 73, Préfet de Police de Paris c/ M. Sehmaoui, préc.

étrangère se trouvait entre les mains des services de la Préfecture de Police et ainsi constaté la remise de ce document à un service de police, et ayant souverainement apprécié l'existence de garanties de représentation suffisantes, le premier président a légalement justifié sa décision [316].

SECTION III : Les nouvelles hypothèses de prorogation prévues par la loi du 11 mai 1998

La Cour de cassation a eu l'occasion, par plusieurs arrêts, de préciser le sens et la portée qu'il convient de donner aux nouvelles hypothèses dans lesquelles peut être prorogé le délai de maintien en rétention, introduites par l'article 23-III de la loi du 11 mai 1998 susvisée, modifiant l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945.

A - La dissimulation par l'étranger de son identité

302. Alors que la loi du 11 mai 1998 modifiant l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 dispose que l'impossibilité d'exécuter la mesure d'éloignement **"*résulte*"** de la dissimulation par l'intéressé de son identité, **un lien logique** - et même chronologique - doit être établi entre ces deux circonstances.

303. Un arrêt du 29 juin 2000 approuve ainsi une ordonnance qui, pour décider qu'il n'y a pas lieu à prolongation de la rétention, retient qu'il ne se déduit pas de l'ensemble des éléments soumis à son appréciation que l'étranger ait dissimulé son identité en 1997 de manière à rendre impossible en 1999 l'exécution de la mesure, le premier président ayant fait une exacte application de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 qui n'autorise la prorogation du maintien en rétention qu'en cas de **dissimulation par l'intéressé de son identité dont résulte l'impossibilité d'exécuter la mesure d'éloignement** [317].

En l'espèce, contrairement à ce que soutenait la préfecture de police, le fait que l'étranger fût **jadis connu sous un alias** et que, dans ces conditions, il aurait été nécessaire à l'administration d'obtenir des autorités dont il se réclamait la détermination de son identité, rendant de ce fait l'exécution de son éloignement difficile, ne constitue pas une dissimulation de l'identité au sens de la loi.

De même, un arrêt du 7 juin 2001 casse pour défaut de base légale, au visa de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 ensemble l'article 455 du nouveau Code de procédure civile, l'ordonnance par laquelle un premier président a confirmé la prolongation du délai de rétention d'un étranger, sans caractériser en quoi **l'usage d'alias** dans des procédures en 1992, 1993 et 1996 constituait une dissimulation de son identité dont résultait en 2000

---

[316] 2e Civ., 1er mars 2001, Bull., II, n° 34, p. 25, Préfet de Police de Paris c/ Mme Njantou Bakamou, préc.

[317] 2e Civ., 29 juin 2000, Bull., II, n° 107, p. 73, Préfet de Police de Paris c/ M. Hammadi.

l'impossibilité d'exécuter la mesure d'éloignement [318].

304. Un arrêt du 29 novembre 2001 a, **en revanche**, jugé qu'ayant retenu qu'**à l'occasion de son interpellation**, un étranger avait **dissimulé sa véritable identité,** en prétendant s'appeler d'un autre nom que le sien, et qu'en conséquence de cette dissimulation d'identité la mesure d'éloignement de cet étranger n'avait pu être mise à exécution, un premier président avait, sans encourir le grief de dénaturation formulé par l'intéressé, légalement justifié sa décision [319].

305. De même, un arrêt du 24 janvier 2002 a censuré, pour fausse application de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, l'ordonnance d'un premier président retenant, pour dire n'y avoir lieu à prorogation de la rétention, qu'une ressortissante étrangère n'avait pas décliné sa véritable identité **lors de son interpellation** et qu'elle avait utilisé successivement **différentes identités** et que ces circonstances étaient insuffisantes pour justifier la prorogation exceptionnelle du délai de rétention administrative, la véritable identité de l'intéressée étant connue à tout le moins depuis sa première comparution devant le juge délégué, alors que la circonstance que l'intéressée avait **dissimulé son identité jusqu'à sa comparution devant le magistrat délégué** par le président du tribunal de grande instance **rendait impossible l'exécution de la mesure d'éloignement** dont elle était l'objet [320].

B - La perte ou la destruction des documents de voyage de l'étranger

306. Un arrêt du 13 juillet 2000 décide que le **délaissement du passeport** par un étranger **équivaut à la perte de ce document**, au sens du texte susvisé [321].

Cette décision approuve, en conséquence, un premier président qui, par une exacte application de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 modifiée, retenant que l'étranger indiquait avoir **confié son passeport** à son oncle séjournant actuellement à l'étranger, en a déduit, à bon droit et sans méconnaître les dispositions des articles 4 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que la mesure de rétention pouvait être à nouveau prolongée.

De même, alors qu'un pourvoi soutenait que le passeport qu'avait l'étranger pour quitter le pays était à un **nom d'emprunt**, un arrêt du 29 mars 2001, rappelant que le délaissement du passeport par un étranger équivaut à la perte de ce document, a approuvé un premier président d'avoir ordonné la prorogation du maintien en rétention, alors qu'il résultait de l'ordonnance et

---

[318] 2e Civ., 7 juin 2001, pourvoi n° 00-50.054, M. Mazouz c/ préfet de Police de Paris, préc. (inédit).

[319] 2e Civ., 29 nov. 2001, pourvoi n° 00-50.095, M. Salmi c/ préfet de Police de Paris, préc. (inédit).

[320] 2e Civ., 24 janv. 2002, pourvoi n° 00-50.074, Préfet de police de Paris c/ Mlle Xu Rongrong (inédit).

[321] 2e Civ., 13 juill. 2000, Bull., II, n° 124, p. 85, M. Massou c/ préfet de la région Rhône-Alpes.

des pièces de la procédure que l'intéressé avait reconnu avoir **remis le passeport** qu'il possédait **à un tiers** et que l'ordonnance retenait qu'en l'absence d'autre document de voyage, la perte de ce titre rendait impossible l'exécution de la mesure de reconduite à la frontière[322].

307. Par ailleurs, par un arrêt du 8 mars 2001, la formation plénière de la deuxième chambre civile a jugé que justifie légalement sa décision de proroger le délai de rétention d'un étranger, un premier président qui relève que l'intéressé est **dépourvu de passeport** et qui énonce qu'en l'absence de cette pièce, **assimilable à une perte de document de voyage**, le préfet a dû demander aux autorités consulaires un laissez-passer dont l'obtention était en cours et sans lequel l'exécution de la mesure de rapatriement était impossible[323].

Une telle jurisprudence a, dès lors, vocation à s'appliquer à tout étranger qui est entré sur le territoire français sans jamais avoir été titulaire d'un passeport.

C - L'obstruction volontaire faite à son éloignement

308. Au visa de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 ensemble l'article 455 du nouveau Code de procédure civile, un arrêt du 7 juin 2001 a tout d'abord censuré pour défaut de base légale une décision de prorogation du délai de rétention d'un étranger, qui retenait notamment que l'intéressé, en déposant des **demandes d'asile**, avait rendu impossible l'exécution de la mesure d'éloignement, le premier président, en statuant ainsi, n'établissant pas une obstruction volontaire de l'étranger faite à son éloignement rendant impossible l'exécution de cette mesure, alors que le **dépôt de demandes d'asile est constitutif d'un droit**[324].

309. Cette jurisprudence a été confirmée, en même temps que précisée, par deux arrêts du 26 septembre 2002 censurant, pour violation de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, l'ordonnance d'un premier président qui, pour confirmer la prorogation du délai de maintien en rétention d'un étranger, relevait que celui-ci, sans résidence, sans emploi, sans titre de séjour en France, avait été arrêté à la gare de Nice, et qu'en France depuis une certaine date, il avait d'abord séjourné à Paris, puis s'était rendu à Nice, et que par ailleurs, ce n'était qu'au moment de la notification de l'arrêté de reconduite à la frontière, qu'il avait sollicité le bénéfice de l'asile politique, ce dont il résultait que le premier président ne fondait sa décision de prorogation du délai de maintien en rétention sur aucun des cas prévus par la loi et n'établissait pas une obstruction volontaire de l'étranger faite à l'éloignement rendant impossible l'exécution de cette mesure, le **dépôt d'une demande d'asile** étant constitutif de l'exercice d'un **droit, sous réserve**

---

[322] 2e Civ., 29 mars 2001, pourvoi n° 00-50.058, M. Vijeyanandarajah c/ préfet de Police de Paris (inédit).

[323] 2e Civ., 8 mars 2001, Bull., II, n° 44, p. 30, Mlle Aifuamen c/ préfet de Police de Paris.

[324] 2e Civ., 7 juin 2001, pourvoi n° 00-50.054, M. Mazouz c/ préfet de Police de Paris, préc. (inédit).

d'un abus, non caractérisé en l'espèce[325].

310. Ce n'était donc qu'en mentionnant certaines **circonstances particulières**, caractérisant par exemple, en cas de **tardiveté** du dépôt par l'étranger d'une demande d'asile politique ou territorial, **l'abus** dans l'exercice de ce droit reconnu par des textes aussi fondamentaux que l'alinéa 4 du Préambule de la Constitution de 1946 [326], auquel renvoie le Préambule de la Constitution de 1958, ou la Convention de Genève du 28 juillet 1951 sur le statut des réfugiés, signée le 11 septembre 1952 à New-York [327], sans préjudice des dispositions actuellement codifiées dans le livre VII du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (articles L. 711-1 et suivants), que des juges du fond auraient été bien fondés à considérer que cette démarche constitue un cas d'obstruction volontaire faite à l'éloignement.

Cette jurisprudence est cependant devenue très largement obsolète avec la modification, par la **loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003**, de l'article 35 *bis* V de l'ordonnance du 2 novembre 1945, devenu **l'article L. 551-3** du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, aux termes duquel "*à son arrivée au centre de rétention, l'étranger reçoit notification des droits qu'il est susceptible d'exercer en cette matière de demande d'asile et qu'il lui est notamment indiqué que sa demande d'asile ne sera plus recevable pendant la période de rétention si elle est formulée plus de **cinq jours** après cette notification*" [327*bis*].

311. Un arrêt de cassation du 26 avril 2001 a, par ailleurs, décidé que le **défaut de remise de son passeport** par un étranger à l'autorité chargée d'exécuter la mesure d'éloignement dont il est l'objet constitue une **obstruction volontaire faite à cette mesure**[328]. Il s'agissait d'un **refus** de l'intéressé opposé **après la mesure d'éloignement**.

De même, un arrêt du 20 juin 2002 a censuré pour fausse application de l'article 35 *bis*, l'ordonnance infirmative d'un premier président qui, pour dire n'y avoir lieu à prorogation de la rétention d'un ressortissant étranger, avait retenu que le **passeport** de l'intéressé était **en possession de son avocat**, ainsi que cela résultait d'un courrier de ce dernier, alors qu'il résultait de ses propres constatations que **l'intéressé n'avait pas remis son passeport** et que le préfet avait été contraint, du fait de l'étranger, d'effectuer des démarches auprès des autorités consulaires pour obtenir la délivrance d'un laissez-passer, ce dont il résultait que l'intéressé avait

---

[325] 2e Civ., 26 sept. 2002, Bull., II, n° 193, p. 152, M. Scripa c/ préfet des Alpes-Maritimes ; 26 sept. 2002, pourvoi n° 01-50.034, M. Iuricescu c/ préfet des Alpes-Maritimes (inédits). V. *infra*, § 314.

[326] "*Tout homme persécuté pour son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur le territoire de la République*".

[327] Décr. n° 54-1055 du 14 oct. 1954 portant publication en France, JO 29 oct. 1954, p. 10225.

[327*bis*] Sur la valeur et la portée de cette nouvelle disposition, v. *supra*, § 142.1 et 142.2, et Civ. 1ère, 6 juill. 2005, à paraître au Bull., I, pourvoi n° 04-50.055, Préfet du Calvados c/ M. Belhaoua, préc. ; note à paraître au Bull. inf. C. cass., n°..., §..., p...

[328] 2e Civ., 26 avril 2001, Bull., II, n° 78, p. 52, Préfet de police de Paris c/ M. Lin.

volontairement fait obstacle à la mesure d'éloignement [329].

312. La **remise tardive du passeport** constitue également un obstacle volontaire à la mesure d'éloignement.

C'est ce qu'a jugé un arrêt du 7 juin 2001 qui a cassé l'ordonnance d'un premier président qui, pour infirmer la prorogation du délai de maintien en rétention décidée par le juge délégué et dire n'y avoir lieu à mesure de contrôle et de surveillance, avait relevé que le ressortissant étranger détenait un passeport chinois en cours de validité, qu'il avait toujours affirmé sa véritable identité, que le retard mis à la présentation de son passeport provenait d'un **oubli en Italie** et qu'il se l'était fait apporter de ce pays, alors qu'il ressortait de ses propres constatations que l'intéressé séjournait en France **sans détenir, comme il y était obligé, son passeport,** lequel n'avait été produit qu'après un délai de 9 jours et que le préfet de police avait été contraint, du fait de l'étranger, d'effectuer des démarches auprès des autorités consulaires chinoises pour obtenir la délivrance d'un laissez-passer, ce dont il résultait que l'intéressé avait **volontairement fait obstruction à la mesure d'éloignement** [330].

Rendu à propos d'une ressortissante étrangère qui séjournait en France sans détenir, comme elle y était obligée, son **passeport**, lequel, selon l'ordonnance cassée, n'avait été **produit qu'à l'audience d'appel**, ce qui avait contraint le préfet de Police, du fait de l'étrangère, d'effectuer des démarches auprès de l'ambassade de Thaïlande pour obtenir la délivrance d'un laissez-passer, un arrêt du 29 novembre 2001 a confirmé cette jurisprudence en jugeant qu'il en résultait que l'intéressée avait **volontairement fait obstruction à la mesure d'éloignement** [331].

313. L'assimilation de la **présentation tardive du passeport** à l'obstruction volontaire de l'intéressé à son éloignement **doit** cependant **avoir été visée dans la demande du préfet**, faute de quoi, elle constituerait un **moyen nouveau** devant la Cour de cassation, mélangé de fait et de droit et comme tel **irrecevable** [332].

314. De plus, malgré ces interprétations prétoriennes extensives, il n'en demeure pas moins que pour ordonner la prorogation du délai de maintien en rétention d'un étranger, un premier président doit nécessairement **se référer à l'un des cas prévus** par l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, tel que modifié par la loi du 11 mai 1998, ou à l'une de ses assimilations jurisprudentielles.

Des arrêts du 29 mars 2001, 26 septembre 2002 et 3 juillet 2003 ont ainsi censuré, pour

---

[329] 2e Civ., 20 juin 2002, Bull., II, n° 140, p. 111, Préfet de Police de Paris c/ M. Jin.

[330] 2e Civ., 7 juin 2001, pourvoi n° 00-50.008, Préfet de police de Paris c/ M. Chen (inédit).

[331] 2e Civ., 29 nov. 2001, pourvoi n° 00-50.116, Préfet de Police de Paris c/ Mlle Amphin (inédit).

[332] 2e Civ., 26 avril 2001, pourvoi n° 99-50.068, Préfet de police de Paris c/ M. Beejmohun (inédit).

violation de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, un premier président qui avait confirmé la prorogation du délai de rétention d'étrangers **sans fonder ses décisions sur aucun des cas de prorogation de la rétention prévus par la loi**. Les ordonnances attaquées s'étaient, en effet, bornées à relever qu'un délai était nécessaire au préfet pour organiser le rapatriement de l'étranger et que ce dernier ne justifiait d'aucun domicile en France ni d'aucune ressource de nature à permettre son assignation à résidence[(333)], ou que l'étranger ne pouvait quitter le territoire national avant le délai nécessaire à la délivrance d'un titre de circulation transfrontière et ne disposait d'aucune garantie effective de représentation sur le territoire français[(334)], ou encore que l'étranger, sans résidence, sans emploi, sans titre de séjour en France avait été arrêté à la gare de Nice, et qu'en France depuis une certaine date, il avait d'abord séjourné à Paris puis s'était rendu à Nice, et que par ailleurs ce n'était qu'au moment de la notification de l'arrêté de reconduite à la frontière qu'il avait sollicité le bénéfice de l'asile politique[(335)], ou enfin, que l'étranger ne justifiait d'aucun domicile ni attache sur le territoire national, qu'il était totalement dénué de moyens légaux d'existence, qu'il était à craindre, dans ces conditions, qu'il se maintienne sur le sol français en vivant d'expédients, présentant un risque pour la sécurité des personnes et des biens, constituant ainsi une menace grave pour l'ordre public[(335)*bis*].

Tout en rappelant que le dernier alinéa de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 prévoit que l'**interdiction du territoire français prononcée à titre de peine principale et assortie de l'exécution provisoire** entraîne de plein droit le maintien de l'étranger dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire, dans les conditions définies à cet article, pendant le temps strictement nécessaire à son départ, et que, quand un délai de 48 heures s'est écoulé depuis le prononcé de la peine, il est fait application des dispositions des huitième à dernier alinéas de ce texte, un arrêt de la deuxième chambre civile du 4 novembre 2004 a également cassé l'ordonnance rendue par un premier président qui, pour confirmer la prorogation du maintien en rétention d'une ressortissante étrangère pour une nouvelle durée de 5 jours, s'était borné à constater que l'intéressée faisait l'objet d'une interdiction du territoire français et à énoncer que cette circonstance justifiait le maintien en rétention administrative et le bien fondé de la demande de l'administration, alors que la prorogation, pour une seconde période de 5 jours, du délai de rétention d'un étranger **n'est possible qu'en cas** d'urgence absolue et de menace d'une particulière gravité pour l'ordre public, ou lorsque l'impossibilité d'exécuter la mesure d'éloignement de l'étranger résulte de la perte ou de la destruction des documents de voyage de l'intéressé, de la dissimulation par celui-ci de son identité ou de l'obstruction volontaire faite à son

---

(333) 2e Civ., 29 mars 2001, pourvoi n° 00-50.052, M. Hebbir c/ préfet des Alpes-Maritimes ; pourvoi n° 00-50.053, M. Menacer c/ préfet des Alpes-Maritimes (inédits).

(334) 2e Civ., 26 sept. 2002, pourvoi n° 01-50.032, M. Ndreka c/ préfet des Alpes-Maritimes (inédit).

(335) 2e Civ., 26 sept. 2002, Bull., II, n° 193, p. 152, M. Scripa c/ préfet des Alpes-Maritimes , préc. ; 26 sept. 2002, pourvoi n° 01-50.034, M. Iuricescu c/ préfet des Alpes-Maritimes, préc. (inédit). V. *supra*, § 309.

(335*bis*) 2e Civ., 3 juill. 2003, Bull., II, n° 227, p. 188, M. Diakite c/ préfet des Alpes Maritimes.

éloignement [335]*ter)*.

[335]*ter)* 2e Civ., 4 nov. 2004, pourvoi n° 03-50.054, Mlle Kalinina c/ préfet de police de Paris (inédit).

CHAPITRE IV :
LA "PROLONGATION" DU MAINTIEN EN ZONE D'ATTENTE [336]
(art. 35 *quater* III de l'ord. du 2 nov. 1945)

SECTION préliminaire - La nécessité du maintien en zone d'attente

314.1. L'article 35 *quater* **I** de l'ordonnance du 2 novembre 1945 dispose, en son alinéa 1er, que *l'étranger qui arrive en France par la voie ferroviaire, maritime ou aérienne et qui soit n'est pas autorisé à entrer sur le territoire français, soit demande son admission au titre de l'asile, peut être maintenu dans une zone d'attente située dans une gare ferroviaire ouverte au trafic international et désigné par arrêté, un port ou un aéroport* ***pendant le temps strictement nécessaire à son départ*** *et, s'il est demandeur d'asile, à un examen tendant à déterminer si sa demande n'est pas manifestement infondée.*

314.2. Par un arrêt du 3 juin 2004, la deuxième chambre civile a jugé que viole l'**article 9 du nouveau Code de procédure civile**, aux termes duquel il incombe à chaque partie de **prouver** conformément à la loi **les faits nécessaires** au succès de sa prétention, le premier président d'une cour d'appel qui, pour rejeter le moyen soulevé par un étranger tiré de ce que l'autorité administrative qui, à son arrivée dans un aéroport, avait décidé de le placer en zone d'attente puis avait demandé la prolongation de ce maintien sur le fondement de l'article 35 *quater* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 en invoquant les difficultés liées à l'annulation d'un vol prévu pour le retour de l'intéressé dans son pays d'origine et les difficultés de recherche d'un autre vol, n'avait pas fourni la preuve de cette annulation, retient que l'administration n'a d'autre obligation que de faire diligence et n'a pas à fournir de **justificatifs** sur d'éventuelles annulations relevant de la seule initiative des compagnies aériennes, alors qu'il **appartenait à l'autorité administrative d'apporter, par tous moyens, la preuve qui lui était demandée de la réalité de l'annulation du vol** envisagé [336*bis*].

SECTION I - L'exercice d'une faculté pour le juge du fond de rejeter la demande de maintien en zone d'attente

315. Il résulte de l'article 35 *quater* III de l'ordonnance du 2 novembre 1945, que "*le maintien en zone d'attente au-delà du délai de quatre jours à compter de la décision initiale* ***peut*** *être autorisé, par le juge des libertés et de la détention, pour une durée qui ne peut être supérieure à huit jours*".

Plusieurs arrêts en ont déduit que le maintien en zone d'attente au-delà du délai de 4 jours déjà utilisé par l'autorité administrative n'est qu'**une faculté pour le juge** [337].

---

[336] V. F. Julien-Laferrière, *De l'application des accords de Schengen au statut des "zones d'attente" : chronique d'une loi annoncée*, AJDA 1992, Doctr. p. 656, spéc. commentaire de la loi n° 92-625 du 6 juill. 1992, p. 666 et s.

[336*bis*] 2e Civ., 3 juin 2004, Bull., II, n° 267, p. 225, Mme Saounera c/ Ministre de l'Intérieur, préc.

[337] 2e Civ., 15 nov. 1995, Bull., II, n° 276, p.163, Préfet de la Seine-Saint-Denis c/ Mme Isey Kodi, alias Matondo Malonga ; D. 1996. Somm. p. 108, obs. F. Julien-Laferrière ; 21 févr. 2002,

315 *bis*. Ainsi, rejetant le pourvoi contre l'ordonnance d'un premier président disant **n'y avoir lieu** de prolonger le maintien en zone d'attente de l'aéroport, formé par un préfet qui estimait qu'en application du III de l'article 35 *quater* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, la décision du juge de maintenir ou non l'étranger en zone d'attente devait être prise en fonction des éléments qui lui sont fournis par l'administration quant aux raisons pour lesquelles l'étranger n'a pu être rapatrié ou, s'il a demandé l'asile, admis, et du délai nécessaire pour assurer son départ de la zone d'attente, et qui soutenait que l'ordonnance attaquée était entachée d'une violation de l'article 35 *quater* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 et du principe de la **séparation des pouvoirs** posé par la loi des 16-24 août 1790, puisqu'elle aboutissait à priver de ses effets la décision administrative de refus d'entrée sur le territoire français de l'étranger en cause, la deuxième chambre civile, par un arrêt du 15 novembre 1995, a jugé que si l'administration a exposé ses motifs, le magistrat y a répondu en constatant, après audition du représentant du ministre de l'Intérieur, que celui-ci n'excluait pas un **réexamen de la décision refusant l'asile**, que la ressortissante étrangère présentait diverses **garanties de représentation** et que, sans remettre en cause l'application de la décision administrative, l'ordonnance attaquée était conforme aux dispositions du paragraphe **VI** de l'article 35 *quater* susvisé [(337)*bis)*].

De même, par un arrêt du 21 février 2002, alors que le pourvoi du ministre de l'Intérieur faisait grief au juge judiciaire d'avoir apprécié la légalité de la décision administrative de refus d'admission de l'étranger, et ainsi violé le principe de la **séparation des pouvoirs** et la loi des 16 et 24 août 1790, pour s'être fondé sur des considérations tirées de ce que l'étranger possédait un billet de retour, avait de la famille en France, avait une réservation d'hôtel et possédait une somme d'argent en espèces, la deuxième chambre civile a estimé qu'en retenant ces circonstances pour apprécier la nécessité de maintenir l'étranger en zone d'attente, le juge n'avait fait qu'apprécier la **garantie de représentation** de l'intéressé sans remettre en cause l'application de la décision administrative et que son ordonnance, fondée sur des considérations pertinentes, était conforme aux dispositions de l'article 35 *quater* III de l'ordonnance du 2 novembre 1945 [(337)*ter)*].

315 *ter*. Rejetant les pourvois du ministre de l'Intérieur et du préfet qui soutenaient notamment qu'en application de l'article 35 *quater* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, le maintien en zone d'attente est destiné à permettre d'organiser le départ de l'étranger qui n'est pas autorisé à entrer sur le territoire français ou, s'il est demandeur d'asile, à permettre un examen tendant à déterminer si sa demande est manifestement infondée, de sorte que le juge auquel il est demandé par l'administration l'autorisation de maintenir l'étranger en zone d'attente au-delà de 4 jours à compter de la décision initiale doit statuer en fonction de cette seule considération, la deuxième chambre civile, par deux arrêts du 3 juin 2004, a également jugé qu'en décidant **n'y**

Bull., II, n° 23, p. 20, Ministre de l'Intérieur c/ M. Gassama ; Le Dalloz 2002. IR. 865 ; 3 juin 2004, Bull., II, n° 268, p. 226, Ministre de l'Intérieur c/ M. Musianov ; 8 juill. 2004, Bull., II, n° 363, p. 307, Préfet de la Seine-Saint-Denis c/ Mme Benouidren ; 3 juin 2004, pourvoi n° 03-50.059, Ministre de l'Intérieur c/ Mlle Yao (inédit).

(337)*bis)* 2e Civ., 15 nov. 1995, Bull., II, n° 276, p.163, Préfet de la Seine-Saint-Denis c/ Mme Isey Kodi, alias Matondo Malonga, préc. ; D. 1996. Somm. p. 108, obs. F. Julien-Laferrière.

(337)*ter)* 2e Civ., 21 févr. 2002, Bull., II, n° 23, p. 20, Ministre de l'Intérieur c/ M. Gassama ; Le Dalloz 2002. IR. 865, préc.

avoir lieu à maintien en zone d'attente, en retenant que l'intéressé entendait **mettre en œuvre une procédure de recours** dans les meilleurs délais **contre la décision de refus d'asile** qui lui avait été opposée et que des **conditions sérieuses d'hébergement** lui étaient offertes, le premier président n'avait fait qu'exercer les pouvoirs qui lui sont reconnus par l'article 35 *quater* III de l'ordonnance du 2 novembre 1945 [(337)*quater)*].

Et c'est encore en réaffirmant que le premier président qui **refuse la prolongation** du maintien d'un étranger en zone d'attente, ne fait qu'exercer les pouvoirs qui lui sont reconnus, sur ce point, par l'article 35 *quater* III de l'ordonnance du 2 novembre 1945, qu'un arrêt du 8 juillet 2004 rejette le pourvoi d'un préfet qui soutenait que la décision du juge ne pouvait se fonder sur les garanties de représentation dont dispose l'étranger que dans le cadre de l'application de l'article 35 *bis*, mais que le juge à qui il était demandé par l'administration de maintenir l'étranger en zone d'attente devait statuer en fonction de la contrainte liée à l'organisation de son départ [(337)*quinquies)*].

SECTION II - La connaissance de la nationalité de l'étranger

316. Un arrêt du 14 mars 2002 a jugé que c'était à bon droit qu'une ordonnance relevait qu'il n'appartenait pas au juge saisi au titre de l'article 35 *quater* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 de se prononcer sur les **contestations relatives à la nationalité** de la personne faisant l'objet de cette procédure, étant observé que l'intéressé avait présenté un passeport étranger (centrafricain) [(338)].

SECTION III - La minorité de l'étranger

317. Une attention spéciale mérite d'être portée aux conditions dans lesquelles sont administrativement et judiciairement traités les **étrangers mineurs**, parfois des enfants en bas âge, au regard des procédures de l'article 35 *quater* de l'ordonnance du 2 novembre 1945.

318. La deuxième chambre a posé le principe selon lequel l'**appréciation de l'âge physiologique d'un étranger** maintenu en zone d'attente relève de l'exercice du **pouvoir souverain d'appréciation** de la valeur et de la portée **des éléments de preuve**, en jugeant, par un arrêt du 25 janvier 2001, qu'un premier président avait pu faire siennes les conclusions du médecin ayant procédé à l'examen de l'intéressé, dont il relevait qu'elles étaient très claires et précises et qu'aucune critique n'était faite à leur encontre (et qu'il avait ainsi pu estimer l'âge

---

[(337)*quater)*] 2e Civ., 3 juin 2004, Bull., II, n° 268, p. 226, Ministre de l'Intérieur c/ M. Musianov, préc. ; *adde*, 3 juin 2004, pourvoi n° 03-50.059, Ministre de l'Intérieur c/ Mlle Yao, préc. (inédit).

[(337)*quinquies)*] 2e Civ., 8 juill. 2004, Bull., II, n° 363, p. 307, Préfet de la Seine-Saint-Denis c/ Mme Benouidren, préc.

[(338)] 2e Civ., 14 mars 2002 (1er moy.), Bull., II, n° 43, p. 35, M. Goro c/ Ministre de l'Intérieur ; comp., en matière de 35 *bis*, *supra* § 245 et 245 *bis* et jurisp. cit.

supérieur ou égal à 18 ans)[339].

319. Rendues à l'égard de deux **mineures** se disant de nationalité nigériane et ghanéenne, arrivées **"isolées"** (c'est-à-dire non accompagnées d'un représentant légal) en provenance de l'étranger, qui avaient été l'objet d'un refus d'entrée sur le territoire français et placées en zone d'attente d'un aéroport, deux ordonnances rendues par un premier président qui, pour déclarer **nulle** la procédure suivie et dire n'y avoir lieu à maintien en zone d'attente des intéressées, avait retenu que, par application de l'article 117 du nouveau Code de procédure civile, ces mineures auraient dû bénéficier d'un **représentant légal** dans la procédure et qu'en conséquence de la méconnaissance des dispositions de ce texte, la procédure suivie n'avait pas été régulière, ont été cassées par deux arrêts du 2 mai 2001 de la deuxième chambre civile, siégeant dans sa formation plénière, qui, après consultation et avis de la première chambre civile, a jugé qu'en statuant ainsi, en ajoutant à la loi une **condition qu'elle n'a pas prévue**, le premier président avait violé par **fausse application** les **articles 117 du nouveau Code de procédure civile** et 35 *quater* de l'ordonnance du 2 novembre 1945[340].

320. Modifiant l'article 35 *quater* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 est cependant venue combler le vide juridique ainsi mis en évidence par ces décisions.

---

[339] 2e Civ., 25 janv. 2001, Bull., II, n° 18, p. 13, Mlle Mweze Nyota c/ Ministre de l'Intérieur, préc. ; rappr., en matière de maintien en rétention administrative, Civ. 1ère, 10 mai 2006, à paraître au Bull., I, n° ?, p. ?, pourvoi n° 04-50.149, M. Creanga c/ préfet des Hautes-Pyrénées, préc., *supra*, § 247 *bis*.

[340] 2e Civ., 2 mai 2001, Bull., II, n° 81, p. 55, Préfet de la Seine-Saint-Denis c/ Mlle X. ; Bull. inf. C. cass. n° 538 du 1er juil. 2001, p. 9, concl. de M. l'avocat général Roland Kessous ; Rapp. C. Cass. 2001, p. 473 ; Le Dalloz, 2001, n° 34, p. 2773, concl. R. Kessous et note F. Julien-Laferrière ; 2e Civ., 2 mai 2001, pourvoi n° 99-50.007, Préfet de la Seine-Saint-Denis c/ Mlle Y. (inédit).

V. Emmanuel Putman, *L'Etranger mineur en rétention administrative n'a pas droit à un représentant légal*, RJPF, sept. 2001, n° 9, p. 10 ; Françoise Monéger, *Le mineur étranger isolé n'a pas besoin de représentant dans la procédure de maintien en zone d'attente*, Droit & Patrimoine, sept. 2001, n° 96, Jurisp. et législation - Droit international privé - Condition des étrangers, p. 106, § 2914 ; Jean Hauser, *L'enfant en transit*, RTD civ., oct.-déc. 2001, n° 4, p. 854 ; *Dictionnaire permanent Droit des étrangers*, Bull. 84, p. 8028 ; Nicole DERHY, *Les mineurs isolés en Europe : le cas de la France, in* "Les mesures relatives aux étrangers à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme", par Pierre LAMBERT et Christophe PETTITI : Actes du séminaire du 21 mars 2003 organisé par les Instituts des droits de l'homme du barreau de Bruxelles et du barreau de Paris, coll. Droit & Justice, n° 46, éd. Bruylant, p. 39-51, avec bibliographie spéciale *in fine*.

Adde, avis relatif à la situation des étrangers mineurs isolés, adopté le 21 septembre 2000 par l'assemblée plénière de la Commission nationale consultative des droits de l'homme, saisie de cette question par le Premier ministre le 10 août 2000.

En l'**absence d'un représentant légal accompagnant le mineur**, le législateur a confié au **procureur de la République**, avisé dès l'entrée d'un mineur en zone d'attente en application des dispositions du II de cette ordonnance, le soin de lui désigner sans délai un **administrateur *ad hoc***, figurant sur une liste de personnes morales ou physiques dont les modalités de constitution sont fixées par décret en Conseil d'Etat, ayant notamment pour mission d'**assister** le mineur durant son maintien en zone d'attente et d'assurer sa **représentation** dans toutes les procédures **administratives et juridictionnelles** relatives à ce maintien, de **se rendre sur place** pendant la durée du maintien en zone d'attente du mineur qu'il assiste, ainsi que de lui **choisir un avocat** pour l'assister [(341)].

A l'endroit d'une étrangère **mineure** qui avait fait l'objet d'une décision de refus d'entrée sur le territoire français le 13 juillet 2002 - c'est-à-dire avant la parution du **décret** n° 2003-841 du 2 septembre 2003 [(341) *bis)*] -, un arrêt du 7 octobre 2004 a néanmoins jugé qu'en l'**absence du décret fixant les modalités** de constitution de la liste sur laquelle est désigné l'administrateur *ad hoc*, les dispositions de l'article 35 *quater* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, modifié par la loi du 4 mars 2002, relatives à la désignation d'un administrateur *ad hoc* aux **mineurs non accompagnés d'un représentant légal**, ne pouvaient recevoir application [(341)*ter)*].

SECTION IV - Les conditions d'hébergement de l'étranger

321. Pendant son maintien en zone d'attente, l'étranger doit, conformément aux engagements internationaux souscrits par la France, faire l'objet d'une **protection tant physique que morale**. En particulier, les **conditions matérielles d'accueil et d'hébergement** pendant sa privation temporaire de liberté ne doivent pas être dégradantes ou contraires à la dignité humaine [(342)].

Indépendamment même de tout recours devant une juridiction judiciaire ou administrative, on est en droit de penser que le procureur de la République, partie intégrante de l'autorité judiciaire gardienne des libertés individuelles, qui doit être informé des mesures administratives attentatoires aux libertés, serait, le cas échéant, à même de jouer, sans désemparer, le rôle protecteur que la loi lui confie.

Les contestations relatives aux **conditions matérielles de maintien en zone d'attente**

---

(341) Art.17 de la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 *relative à l'autorité parentale* (JO 5 mars 2002, p. 4161) ; *adde*, art. 19, IV modifiant les ord. n°s 2000-371, 2000-372 et 2000-373 du 26 avril 2000 *relatives aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers dans les îles Wallis et Futuna, en Polynésie française* et *à Mayotte*, *ibid.*

(341)*bis)* Décret n° 2003-841 du 2 septembre 2003 *relatif aux modalités de désignation et d'indemnisation des administrateurs ad hoc institués par l'article 17 de la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002* (JO 4 sept. 2003, p. 15171).

(341)*ter)* 2e Civ., 7 oct. 2004, Bull., II, n° 442, p. 375, Mlle Yu X... c/ Ministre de l'Intérieur, préc.

(342) Selon l'art. 3 de la Conv. EDH, *"Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants"*.

concernant les **modalités d'exécution d'un acte administratif**, tel que le refus d'admission sur le territoire français, il semble néanmoins que ces litiges doivent ressortir, en l'absence de **voie de fait** caractérisée, de la seule compétence des juridictions de l'ordre administratif, et non de l'appréciation du juge judiciaire [(343)].

322. A l'occasion d'un pourvoi formé par un étranger maintenu en zone d'attente par l'ordonnance d'un premier président, qui prétendait avoir passé deux nuits au poste de police, à même le sol sans un minimum de confort, avec sa fille mineure âgée de 3 ans, qui était consécutivement tombée malade, et que ces conditions, qui portaient **atteinte à la dignité** d'une mineure, constituaient une violation des dispositions de l'article 35 *quater* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 disposant - selon lui - que l'étranger doit être hébergé dans un établissement de type hôtelier, des articles 3, 6 et suivants de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de la Convention sur les droits de l'enfant, un arrêt du 11 janvier 2001 a jugé qu'un **poste de police** entre dans les prévisions de l'article 35 *quater* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, qui n'impose pas le maintien en zone d'attente dans un lieu d'hébergement assurant aux étrangers concernés des **prestations de type hôtelier** [(344)].

En effet, contrairement à la lecture manifestement erronée qu'en avait faite l'auteur du pourvoi, il ne s'agit là que d'une **simple faculté**, le texte étant en réalité ainsi rédigé : *"la zone d'attente est délimitée par le représentant de l'Etat dans le département. Elle s'étend des points d'embarquement et de débarquement à ceux où sont effectués les contrôles des personnes. Elle **peut** inclure sur l'emprise, ou à proximité de la gare, du port ou de l'aéroport, un ou plusieurs lieux d'hébergement assurant aux étrangers concernés des prestations de type hôtelier".*

323. Le rejet du moyen du pourvoi est, en outre, intervenu au motif que, par motifs adoptés, l'ordonnance confirmative attaquée a retenu, par une **appréciation souveraine**, que les **conditions d'hébergement dégradantes** n'étaient pas prouvées et n'avaient pas été relevées par le médecin.

L'arrêt du 11 janvier 2001 consacre donc, dans un domaine qui est essentiellement factuel, le **pouvoir souverain d'appréciation** des juges du fond quant à la valeur et la portée **des éléments de preuve** produits au dossier.

---

(343) Comp., en ce qui concerne les conditions matérielles d'exécution de la **rétention administrative** prévue à l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, T. confl., 25 avr. 1994, n° 02920, Bull., T. C., n° 5, p. 5, Dulangi et GISTI c/ Préfet de Police de Paris et agent judiciaire du trésor ; D. 1994.389, concl. Abraham, note Didier, et Somm. p. 246, obs. P. Waquet et F. Julien-Laferrière ; JCP 1994.IV.1618 1994.IV.1618 ; Gaz. Pal. 1994.2.561, concl. préc., note Petit ; v. *supra*, n° 203.1 et 203.2.

(344) 2e Civ., 11 janv. 2001 (3e moy.), Bull., II, n° 2, p. 1, M. Gbangou-Dienne-Dongobanda c/ Ministre de l'Intérieur, préc.

CHAPITRE V :
LE RENOUVELLEMENT DU MAINTIEN EN ZONE D'ATTENTE
(art. 35 *quater* IV de l'ord. du 2 nov. 1945)

SECTION I - La purge des nullités antérieures

324. Un arrêt du 29 mars 2001 a jugé qu'avait légalement justifié sa décision un premier président qui, pour confirmer la "prolongation" (le renouvellement) du maintien en zone d'attente d'une ressortissante étrangère et déclarer irrecevable ses **moyens tirés de la nullité de la procédure**, avait retenu que ces moyens, fondés sur l'irrégularité des conditions d'interprétariat lors de la notification du rejet de la demande d'asile et sur la tardiveté de la notification des droits, avaient été **purgés par la précédente ordonnance de maintien** en zone d'attente dont il n'avait pas été interjeté appel et que l'intéressée était donc **irrecevable à les invoquer de nouveau**, ce dont il résultait que les irrégularités alléguées avaient déjà fait l'objet d'une ordonnance **irrévocable**[(345)].

SECTION II - L'exercice d'un pouvoir du juge du fond

325. Par ailleurs, pour rejeter le pourvoi d'une ressortissante étrangère qui reprochait à la décision attaquée de n'avoir pas caractérisé les **circonstances exceptionnelles** justifiant le **renouvellement** de la mesure et qui soutenait que le maintien en zone d'attente constituait une **voie de fait**, un arrêt du 20 janvier 2000 a jugé que c'est dans l'exercice du **pouvoir qu'il tient de l'article 35** *quater* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 que le juge a fixé la durée de la prolongation du maintien en zone d'attente dans les limites prévues par ce texte[(346)].

Cette solution a, plus nettement encore, été affirmée par un arrêt rendu le 26 avril 2001, qui décide qu'un premier président, **en confirmant le renouvellement** à titre exceptionnel du maintien en zone d'attente, ne fait qu'exercer les pouvoirs qui lui sont reconnus, sur ce point, par l'article 35 *quater* IV de l'ordonnance du 2 novembre 1945[(347)].

326. C'est encore la même position, mais appliquée, à l'inverse, au **refus de renouvellement** de la prolongation du maintien en zone d'attente, que la deuxième chambre civile a eu l'occasion de consacrer par un arrêt rendu le 14 décembre 2000, puis par un arrêt du 26 avril 2001 : alors que le ministre de l'Intérieur soutenait que le **refus renouvelé** opposé par un étranger non admis sur le territoire **d'embarquer** dans un avion à destination du lieu de réacheminement constituait une circonstance justifiant qu'à titre exceptionnel le maintien en zone d'attente au-delà de 12 jours puisse être renouvelé par le juge judiciaire, ces arrêts ont en effet décidé que le premier président,

---

(345) 2e Civ., 29 mars 2001, pourvoi n° 00-50.072, Mlle Sule c/ Ministre de l'Intérieur, préc. (inédit) ; *adde*, *supra* § 169.

(346) 2e Civ., 20 janv. 2000, pourvoi n° 98-50.046, Mlle Nzongia Wodongo c/ Ministre de l'Intérieur et procureur général près la cour d'appel de Paris, préc. (inédit).

(347) 2e Civ., 26 avril 2001, Bull., II, n° 77, p. 51, M. Tourma c/ Ministre de l'Intérieur.

en rejetant la demande de renouvellement du maintien en zone d'attente, n'avait fait qu'exercer les **pouvoirs qui lui sont reconnus sur ce point** par l'article 35 *quater* IV de l'ordonnance du 2 novembre 1945 [(348)].

327. Statuant sur un pourvoi partiellement fondé sur une prétendue violation de l'article 455 du nouveau Code de procédure civile, un arrêt du 15 mars 2001 est cependant venu préciser l'exigence d'une **motivation de la décision** de renouvellement du maintien en zone d'attente, ce dont il y a lieu de déduire que le premier président exerce, en cette matière qui touche à la protection de la liberté individuelle, un **pouvoir souverain**, mais non discrétionnaire [(349)].

CHAPITRE VI :

L'INTERRUPTION DE LA PROLONGATION DU MAINTIEN

327.1. Il résulte des dispositions du III de l'article 22 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 que **l'annulation pour excès de pouvoir d'un arrêté de reconduite à la frontière** prononcée par la juridiction administrative implique qu'il soit immédiatement mis fin à l'une ou l'autre des mesures de surveillance prises à l'encontre d'un étranger sur le fondement des dispositions de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945. L**e retrait d'un arrêté de reconduite** produit les mêmes effets. Dans de telles hypothèses, il est fait obligation au préfet de munir l'intéressé d'une autorisation provisoire de séjour jusqu'à ce qu'il soit statué à nouveau sur son cas. En outre, **l'autorité judiciaire a compétence**, en vertu des dispositions combinées des articles 22 *bis* et 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, pour ordonner, s'il y a lieu, qu'il soit **mis fin à la mesure de rétention** antérieurement décidée par le préfet et **dont elle avait décidé la prolongation**.

Une décision du Tribunal des conflits du 5 juin 2000 a ainsi décidé que le retrait d'un arrêté de reconduite ayant eu pour effet de **priver de base légale la poursuite du maintien en rétention**, le juge judiciaire (des **référés**) était, par suite, compétent pour se prononcer sur la demande de l'intéressé tendant à ce qu'il soit **mis fin à la mesure de rétention,** et que c'était à tort qu'en l'espèce, le préfet avait revendiqué pour la juridiction administrative la connaissance du litige [(349)*bis*].

327.2. Par une décision du 20 novembre 2003, le Conseil constitutionnel est ensuite venu

---

(348) 2e Civ., 14 déc. 2000, Bull., II, n° 169, p. 121, Ministre de l'Intérieur c/ Mlle Kumbi Maloza Maizeya ; 26 avril 2001, pourvoi n° 00-50.001, Ministre de l'Intérieur c/ M. Obianke (inédit).

(349) 2e Civ., 15 mars 2001, pourvoi n° 00-50.002, Ministre de l'Intérieur c/ M. Guillot (inédit).

(349)*bis* T. confl., 5 juin 2000, Bull., T.C., n° 13, p. 19, Préfet de l'Hérault c/ M. Yldirim ; concl. de M. Jerry Sainte-Rose, comm. gouv., *in* JCP 2001.II.10622.

poser, en ces termes, une réserve d'interprétation à la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 [(349)*ter)*] :

"*Considérant, en troisième lieu, que l'étranger ne peut être maintenu en rétention que pour le temps strictement nécessaire à son départ, l'administration devant exercer toute diligence à cet effet ; que l'autorité judiciaire conserve la* ***possibilité d'interrompre à tout moment la prolongation du maintien en rétention****, de sa propre initiative ou à la demande de l'étranger,* ***lorsque les circonstances de droit ou de fait l'exigent***".

327.3. Censurant l'ordonnance d'un premier président, rendue - antérieurement au décret n° 2004-1215 du 17 novembre 2004 - sur l'appel d'une ordonnance de référé d'heure à heure d'un juge des libertés et de la détention, la première chambre civile de la Cour de cassation a, en conséquence, jugé, par une **décision de principe**, qu'il résulte de l'article 66 de la Constitution et de l'article 35 *bis* VI de l'ordonnance du 2 novembre 1945 dans sa rédaction issue de la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003, devenu l'article L. 554-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, et ayant fait l'objet d'une **réserve d'interprétation** par la décision du Conseil constitutionnel n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, qu'un étranger ne peut être placé ou maintenu en rétention que pour le temps strictement nécessaire à son départ, l'administration devant exercer toute diligence à cet effet, et que **l'autorité judiciaire**, gardienne de la liberté individuelle, **peut interrompre à tout moment** la prolongation du maintien en rétention, de sa propre initiative ou à la demande d'un étranger, lorsque les circonstances de droit ou de fait le justifient [(349)*quater)*].

Il est à noter que cet arrêt a précisé qu'est **irrecevable**, comme étant **sans objet**, **une demande** tendant à ce qu'il soit mis fin à la rétention administrative d'un étranger **présentée postérieurement à son embarquement** à bord d'un avion, qui met fin au maintien en rétention.

327.4. Tirant les conséquences de la réserve d'interprétation posée par le Conseil constitutionnel, le titre II du **décret n° 2004-1215 du 17 novembre 2004** [(349)*quinquies)*], comblant le vide législatif existant en la matière et mettant fin à certaines divergences de pratique judiciaire [(349)*sexies)*], a

---

[(349)*ter)*] Considérant n° 66 de la décision du Conseil constitutionnel n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, JO du 27 nov. 2003 ; L. n° 2003-1119 du 26 nov. 2003 *relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, JO du 27 nov. 2003, p. 20136.

[(349)*quater)*] Civ. 1ère, 22 mars 2005, Bull., I, n° 150, p. 128, M. Plata Restrepo c/ Préfet de Police de Paris.

[(349)*quinquies)*] Titre II - *Dispositions particulières à la rétention administrative (***art. 13 à 15**) du décret n° 2004-1215 du 17 nov. 2004 *fixant certaines modalités d'application des articles 35* bis *et 35* quater *de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, JO du 18 nov. 2004.

[(349)*sexies)*] V. Serge TRASSOUDAINE, "*Les principales modifications résultant du décret n° 2004-1215 du 17 novembre 2004 fixant certaines modalités d'application des articles 35 bis et 35 quater de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de*

réglementé la procédure permettant qu'il soit **mis fin à tout moment à la rétention** administrative d'un étranger sur simple requête, signée de l'intéressé ou de son représentant, et adressée par tout moyen au **juge des libertés et de la détention** - à qui est donc désormais expressément attribué cette **compétence** -, ou bien de la propre initiative de ce juge ou encore à la demande du ministère public, lorsque les circonstances de droit ou de fait justifient la **mise en liberté de l'étranger** :

Art. 13. - *L'étranger en rétention qui demande, hors des audiences prévues aux articles 6 et 10, qu'il soit mis fin à sa rétention* ***saisit le juge des libertés et de la détention par simple requête*** *adressée par tout moyen au juge. A peine d'irrecevabilité, la requête est* ***motivée*** *et signée de l'étranger ou de son représentant, et accompagnée de toutes les pièces justificatives.*

Il est procédé comme il est dit aux articles 3 à 6. Toutefois, le juge peut rejeter la requête sans avoir préalablement convoqué les parties s'il apparaît qu'aucune circonstance nouvelle de fait ou de droit n'est intervenue depuis le placement en rétention administrative ou son renouvellement, ou que les éléments fournis à l'appui de la demande ne permettent manifestement pas de justifier qu'il soit mis fin à la rétention.

Art. 14. - *Indépendamment de la mise en oeuvre des dispositions de l'article 13,* ***le juge des libertés et de la détention*** *peut, à tout moment, après avoir mis l'autorité administrative en mesure de présenter ses observations,* ***de sa propre initiative ou à la demande du ministère public****, décider la mise en liberté de l'étranger* ***lorsque les circonstances de droit ou de fait le justifient.***

Art. 15. - *L'ordonnance du juge des libertés et de la détention est notifiée sans délai et par tout moyen à l'étranger et à son conseil, au préfet ou, à Paris, au préfet de police ainsi qu'au ministère public.*

*Elle n'est susceptible d'****aucun recours autre qu'un pourvoi en cassation fondé sur un excès de pouvoir ou la violation d'un principe fondamental de la procédure****.*

327.5. Rejetant le grief pris de la violation de l'article 1351 du Code civil par suite d'une méconnaissance de l'autorité de la chose jugée attachée à l'ordonnance du premier président ayant confirmé la prolongation du maintien en rétention d'un étranger, la première chambre civile, tout en rappelant que cette fin de non-recevoir, qui n'est pas d'ordre public, ne peut être invoquée pour la première fois devant la Cour de cassation, a, par un arrêt du 10 janvier 2006, précisé que **la méconnaissance de la chose jugée ne peut constituer un excès de pouvoir ou la violation d'un principe fondamental de la procédure**, seuls à même de fonder le pourvoi en cassation prévu par l'article 15, alinéa 2, du texte précité. [(349)*septies)*]. Rendu par-là même **irrecevable** de ce chef, il est à noter que cette première branche du **moyen** n'aurait pu, en outre, prospérer au fond [(349)*octies)*].

327.6. Par ailleurs, répondant à la seconde branche du moyen, quant à elle **recevable** comme étant expressément prise d'un **excès de pouvoir** du juge, cet arrêt de la Cour de cassation du 10 janvier 2006 énonce qu'**aucune disposition n'interdit** à un juge des libertés et de la détention,

---

séjour des étrangers en France", Bull. inf. C. cass. n° 612 du 1er févr. 2005, p. 3 ; *adde*, *infra*, § 416 et jurisp. cit.

[(349)*septies)*] Civ. 1ère, 17 janv. 2006, Bull. 2006, I, n° 11, p. 10, Préfet de police de Paris c/ Mlle Ayo'o, et note *in* Bull. inf. C. cass. n° 638, § 730 ; rapp. C. Cass. 2006, p. ? .

[(349)*octies)*] V. note sous l'arrêt précité, Bull. inf. C. cass. n° ? , § ?

saisi (sur le fondement de l'article 13 du décret du 17 novembre 2004) d'une telle demande, ou d'une demande de mise en liberté, d'**assigner un étranger à résidence** [(349)*nonies)*].

Le juge peut donc prononcer l'assignation à résidence de l'étranger, que ce soit sur demande expresse de celui-ci[(349*nonies)*], ou même, de sa propre initiative, si la **demande** de l'intéressé tend exclusivement **à sa mise en liberté** [(349)*decies)*].

En cela, dans le silence des textes et comblant un vide juridique, la position de la première chambre civile s'aligne sur ce qu'avait jadis pu décider la deuxième chambre pour les procédures de prorogation du délai de maintien en rétention, au regard desquelles les textes, et notamment l'article *35 bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, devenu les articles L. 552-7 et L. 552-8 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, sont également muets quant à la possibilité d'assignation à résidence de l'étranger[(349)*undecies)*]. Cette solution prétorienne, qui n'avait jusqu'alors jamais suscité de controverses et qui concilie heureusement les exigences d'efficacité de l'action administrative et de protection des droits et libertés fondamentales de l'étranger, se trouve donc désormais étendue, dans un souci de cohérence jurisprudentielle, aux cas de saisine du juge des libertés et de la détention visés par le titre II du décret du 17 novembre 2004.

327.7. Enfin, statuant sur le second moyen du pourvoi - lui aussi **recevable** comme étant pris d'un excès de pouvoir-, la première chambre civile a décidé, par cet arrêt du 10 janvier 2006, que s'il peut **assigner** l'étranger **à résidence contre remise préalable de son passeport en état de validité**, le juge n'a pas le pouvoir d'ordonner la remise de ce document à l'administration contre récépissé, à peine d'**excéder ses pouvoirs**.

Ni le nouveau décret du 17 novembre 2004 ni aucun autre texte n'ayant envisagé la possibilité d'une assignation à résidence, les modalités de cette mesure restaient à définir. L'arrêt précité énonce donc, par une sorte d'*obiter dictum*, que le juge des libertés et de la détention, lorsqu'il est **saisi sur le fondement de l'article 13 du décret du 17 novembre 2004**, ne peut, le cas échéant, assigner l'étranger à résidence que contre **remise préalable** de son passeport **en état de validité**. La première chambre civile a, en effet, jugé préférable, là aussi dans un souci de cohérence juridique et jurisprudentielle, de transposer les règles prévues pour l'assignation à résidence de l'étranger lorsque le juge des libertés et de la détention ou le premier président d'une cour d'appel statue, *ab initio*, sur le fondement de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 [(349)*duodecies)*].

[(349)*nonies)*] Civ. 1ère, 17 janv. 2006, Bull. 2006, I, n° 11, p. 10, Préfet de police de Paris c/ Mlle Ayo'o, et note *in* Bull. inf. C. cass. n° 638, § 730 ; rapp. C. Cass. 2006, p. ? .

[(349)*decies)*] Civ. 1ère, 14 févr. 2006, pourvoi n° 05-16.642, Préfet de la Seine-Saint-Denis c/ M. Sacko (inédit).

[(349)*undecies)*] V. *supra*, § 301 et jurisp. cit. ; *adde*, note sous l'arrêt précité, Bull. inf. C. cass. n° 638 du 15 avr. 2006, § 730.

[(349)*duodecies)*] V. *supra*, § 278 et suiv., et 289 et suiv., et jurisp. cit. ; *adde*, note sous l'arrêt précité, Bull. inf. C. cass. n° 638 du 15 avr. 2006, § 730.

Par ailleurs, si l'article L. 611-2 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (ancien article 8-2 de l'ordonnance du 2 novembre 1945), qui est visé par l'arrêt de la Cour de cassation, dispose que *"les services de **police** et les unités de **gendarmerie** sont habilités à retenir le passeport ou le document de voyage des personnes de nationalité étrangère en situation irrégulière, en leur remettant en échange un récépissé valant justification de leur identité et sur lequel sont mentionnées la date de retenue et les modalités de restitution du document retenue*", aucun texte n'habilite, en revanche, dans cette matière - à la différence de certains textes de la procédure pénale - le juge à se saisir du passeport de l'étranger, et plus encore à en ***ordonner*** la remise à l'un des services de l'Etat, seraient-ils de police ou de gendarmerie. Aussi, au regard du **principe de la séparation des pouvoirs**, également visé par l'arrêt, l'*imperium* du magistrat de l'ordre judiciaire ne lui permet pas, à défaut d'y être spécialement autorisé par la loi, de donner ainsi une sorte d'injonction à l'administration. Partant, il apparaît qu'en l'espèce, le juge des libertés et de la détention, qui a **outrepassé ses attributions** et empiété sur les prérogatives de l'autorité administrative, a commis un **excès de pouvoir** en **ordonnant**, dans le dispositif de l'ordonnance attaquée, *"la remise aux services de la Préfecture de police de Paris de cette pièce et de tout document justificatif d'identité en échange d'un récépissé*[(349)*terdecies)*].

[(349)*terdecies)*] V. note sous l'arrêt précité, Bull. inf. C. cass. n° 638 du 15 avr. 2006, § 730 ; v. *supra*, § 171, et jurisp. cit.

TITRE III :

LA PROCÉDURE D'AUDIENCE

ET LES VOIES DE RECOURS

328. Selon l'article 1er du décret du 12 novembre 1991, le président du tribunal de grande instance, ou le magistrat délégué par lui, compétent pour ordonner la prolongation du maintien dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire ou, à titre exceptionnel, l'assignation à résidence d'un étranger en application de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 est celui du tribunal dans le ressort duquel l'étranger est maintenu.3

329. L'article 1er du décret du 15 décembre 1992 dispose, de même, que le président du tribunal de grande instance compétent pour autoriser le maintien d'un étranger dans la zone d'attente d'un port ou d'un aéroport au-delà de quatre jours ou de douze jours est celui du tribunal dans le ressort duquel l'étranger est maintenu.

L'article 35 *quater* I de l'ordonnance du 2 novembre 1945 précisant que la zone d'attente, délimitée par le représentant de l'Etat dans le département, peut inclure, sur l'emprise, ou à proximité, de la gare, du port ou de l'aéroport, un ou plusieurs lieux d'hébergement assurant aux étrangers concernés des prestations de type hôtelier, il peut arriver que la zone d'attente s'étende géographiquement sur plusieurs départements. Dans un tel cas de figure, pour la détermination de la compétence judiciaire *ratione loci*, il apparaît préférable, ne serait-ce que dans un souci de pragmatisme, de privilégier la notion "juridique" de maintien dans la zone d'attente, plutôt que de s'attacher à rechercher précisément, d'un strict point de vue géographique, quel est le lieu où l'étranger est momentanément maintenu physiquement.

330. La deuxième chambre civile a ainsi décidé, par un arrêt du 15 novembre 2001, que justifiait légalement sa décision le premier président de la cour d'appel de Paris qui retenait notamment qu'un arrêté interpréfectoral du 5 juillet 2000 avait inclus dans la zone d'attente de l'**aéroport Roissy-Charles de Gaulle** les lieux d'hébergement des étrangers non admis sur le territoire français situés au Mesnil-Amelot (Seine et Marne), à proximité de l'aéroport, et que l'étranger ayant été hébergé dans ce lieu, le président du tribunal de grande instance de Bobigny, dans le **ressort duquel se trouve la zone d'attente de l'aéroport**, était compétent [(350)].

[(350)] 2e Civ., 15 nov. 2001, Bull., II, n° 165, p. 114, M. William c/ Ministre de l'Intérieur.

CHAPITRE I : LA PROCÉDURE D'AUDIENCE

331. S'agissant du contentieux judiciaire des étrangers **maintenus en rétention**, la procédure est régie par le **décret n° 91-1164 du 12 novembre 1991.**

Dès réception de la requête préfectorale, *le président du tribunal de grande instance compétent ou son délégué* **fixe l'heure de l'audience**. **Avis** en est donné par le greffier, aussitôt et par tout moyen, au préfet et à Paris au préfet de police, au procureur de la République, à l'étranger et à son conseil s'il en a un. *Le président ou son délégué* avise l'étranger de son droit de choisir un avocat. Il lui en fait désigner un d'office si l'étranger le demande. La requête préfectorale et les pièces qui y sont jointes peuvent, dès leur arrivée au greffe, être consultées par l'avocat de l'étranger. Elles peuvent être également consultées, avant l'ouverture des débats, par l'étranger lui-même, éventuellement assisté par un interprète s'il ne connaît pas suffisamment la langue française. L'étranger, sauf s'il ne se présente pas, bien que dûment convoqué, et, s'il y a lieu, son avocat sont entendus. *Le président* nomme un interprète si l'étranger, qui ne parle pas suffisamment la langue française, le demande. A l'audience, le représentant du préfet et à Paris du préfet de police, sur sa demande ou celle du juge, est entendu en ses observations. Le ministère public peut faire connaître son avis. L'ordonnance du *président du tribunal de grande instance ou de son délégué* est rendue sans délai. Elle est notifiée sur place aux parties présentes à l'audience qui en accusent réception. Le magistrat fait connaître verbalement aux parties présentes le délai d'appel et les modalités selon lesquelles ce recours peut être exercé. Il les informe également que l'appel n'est pas suspensif. Les mêmes notifications sont faites par tout moyen à l'étranger qui ne s'est pas présenté, bien que dûment convoqué.

SECTION I - L'avis d'audience :

332. Pour rejeter, comme **inopérant**, le moyen du pourvoi formé par un étranger, pris de ce qu'il n'existait pas au dossier la **preuve que le procureur de la République avait été avisé de la date de jugement** de la requête du préfet en prolongation de sa rétention administrative et de ce que l'ordonnance de rejet de cette nullité ne précisait pas avec exactitude par quel moyen le procureur de la République avait eu connaissance de la date de l'audience le concernant, en violation des dispositions de l'article 3 du décret n° 91-1164 du 12 novembre 1991, un arrêt du 11 juillet 2002, suivi d' un autre rendu le 4 novembre 2004, ont jugé que le premier président, saisi de l'entier litige par **l'effet dévolutif de l'appel**, était tenu de statuer sur le fond, quelle que fût sa décision sur l'exception de nullité [(351)].

332 *bis* Par ailleurs, un arrêt du 18 mai 2000 a rejeté le pourvoi d'un préfet qui soutenait que **l'avis d'audience d'appel** ne lui était jamais parvenu par quelque moyen que ce soit et qu'il n'avait pas eu la possibilité de produire de mémoire en défense, en relevant que l'ordonnance du premier président, qui avait statué en l'absence de comparution du préfet, mentionnait que **"le ministère public et le préfet, dûment avisés**, étaient absents à l'audience publique" et qu'il

---

[(351)] 2e Civ., 11 juill. 2002 (3e moy.), pourvoi n° 01-50.038, M. Ungurean c/ préfet du Val-de-Marne ; 4 nov. 2004 (1er moy.), pourvoi n° 03-50.005, M. Kherez c/ préfet de la Seine-Saint-Denis, préc. (inédits) ; v. *infra*, § 416.

résultait de cette **mention, qui fait foi jusqu'à inscription de faux**, que le préfet avait été avisé de la date d'audience d'appel[(351)*bis)*].

SECTION II - La présentation de l'étranger et le délai pour statuer :

333. S'agissant du **délai de présentation**, un arrêt du 31 janvier 1996 avait déjà jugé que les articles 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 et 2 du décret du 12 novembre 1991 ne prévoyaient pas que la présentation de l'étranger devant le président ait lieu dans les 24 heures (alors applicables) de la décision préfectorale de maintien en rétention[(352)].

Plus récemment, un arrêt du 8 avril 2004 a, à nouveau, énoncé que les articles *35 bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, 2 et **3** du décret du 12 novembre 1991 - dans leur rédaction actuellement en vigueur - ne prévoient pas que la présentation de l'étranger devant le juge des libertés et de la détention ait lieu dans le **délai de 48 heures** à compter du placement en rétention, l'intéressé étant, selon le premier de ces textes, **maintenu à la disposition de la justice, pendant le temps strictement nécessaire à la tenue de l'audience** et au prononcé de l'ordonnance[(352)*bis)*].

Rendu au visa des articles 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 et 2 du décret du 12 novembre 1991, desquels il résulte que quand un délai de 48 heures s'est écoulé depuis la décision de maintenir un étranger dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire, le juge des libertés et de la détention est saisi par une simple requête émanant du préfet et à Paris, du préfet de police qui a pris la décision de maintien, que cette requête doit être transmise par tous moyens au greffe du tribunal avant l'expiration du délai de 48 heures et que l'intéressé est **maintenu à la disposition de la justice, pendant le temps strictement nécessaire à la tenue de l'audience** et au prononcé de l'ordonnance, un arrêt du 3 juin 2004 a confirmé que ces textes - dans leur rédaction actuellement en vigueur - ne prévoient pas que la présentation de l'étranger devant le juge de la liberté et de la détention ait lieu dans les 48 heures de la décision de maintien en rétention[(352)*ter)*].

333 *bis*. S'agissant du **délai pour statuer**, un arrêt du 5 février 2004 a, de la même façon, décidé qu'il ne résulte pas des dispositions de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 et du décret du 12 novembre 1991, que le juge des libertés et de la détention, saisi d'une demande de prolongation du maintien en rétention d'un étranger, soit tenu de statuer avant l'expiration du délai de 48 heures écoulé depuis la décision de maintien, l'intéressé étant, selon le premier de ces textes, maintenu à la disposition de la justice pendant le temps strictement nécessaire à la tenue

---

[(351)*bis)*] 2e Civ., 18 mai 2000, Bull., II, n° 83, p. 57, Préfet d'Eure-et-Loir c/ M. Demir, préc.

[(352)] 2e Civ., 31 janv. 1996, Bull., II, n° 21, p. 14, Préfet de Police de Paris c/ Mme Kabamba, préc.

[(352)*bis)*] 2e Civ., 8 avr. 2004, Bull., II, n° 176, p. 148, M. Nassour c/ Préfet de police de Paris, préc.

[(352)*ter)*] 2e Civ., 3 juin 2004, pourvoi n° 03-50.008, Préfet des Hauts-de-Seine c/ M. Kitenge (inédit).

de l'audience et au **prononcé de l'ordonnance** [(352)*quater)*].

SECTION III - La publicité des débats et de la décision ; la composition de la juridiction

334. Rappelant que conformément aux dispositions des articles 446 et 458 du nouveau Code de procédure civile, la violation de la règle de la **publicité des débats** doit être invoquée avant la clôture des débats et celle relative à la **publicité du prononcé du jugement** doit l'être au moment du prononcé, un arrêt du 6 juin 1996 a jugé irrecevables de telles exceptions de nullité, soulevées devant un premier président, alors qu'elles visaient la décision de première instance[(353)].

C'est, de même, en rappelant que conformément aux dispositions de l'article 446 du nouveau Code de procédure civile, la violation de la règle de la publicité des débats doit être invoquée avant la clôture des débats, que, pour rejeter le moyen de cassation pris de la violation des articles 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 22 et 433 du nouveau Code de procédure civile, la deuxième chambre civile, par une série d'arrêts rendus le 21 octobre 2004, a retenu qu'était en conséquence **irrecevable** l'exception de nullité tirée de l'absence de publicité des débats soulevée **devant le premier président**, alors qu'elle visait la décision du juge de première instance[(353)*bis)*].

335. Le **moyen de cassation** pris de la violation des articles 22, 433 et 446 du nouveau Code de procédure civile relatifs au principe de la publicité des débats ne peut, en outre, être accueilli si l'étranger n'a pas **critiqué en cause d'appel** l'ordonnance rendue par le président du tribunal de grande instance en ce que ces textes auraient été violés[(354)].

336. Des arrêts rendus les 27 novembre 1996 et 21 octobre 2004 ont, de même, rappelé que sont irrecevables devant la Cour de cassation les moyens pris de l'irrégularité de la **composition de la juridiction** et de l'inobservation des règles relatives à la **publicité des débats**, dès lors qu'il ne résulte ni de l'ordonnance attaquée ni des productions que des **contestations** aient été

[(352)*quater)*] 2e Civ., 5 févr. 2004, Bull., II, n° 45, p. 37, M. Leulmi Sayoud c/ Préfet de la Marne.

[(353)] 2e Civ., 6 juin 1996, Bull., II, n° 145, p. 88, M. Ona Embo c/ préfet de la région Nord-Pas-de-Calais, préfet du Nord (grief pris de l'absence dans le dossier de la procédure de la délégation du premier président) ; *adde* 19 nov. 1998, pourvoi n° 97-50.054, M. Aboubacar c/ Ministre de l'Intérieur, préc. (inédit).

[(353)*bis)*] 2e Civ., 21 oct. 2004 (2e moy.), Bull., II, n° 467, p. 397, M. Colak c/ préfet de la Gironde, préc. ; *adde*, pourvois n° 03-50.082, M. Ozturk c/ préfet de la Gironde et n°s 03-50.084 à 03-50.086, préc. (inédits).

[(354)] 2e Civ., 28 févr. 1996, pourvoi n° 95-50.008, M. Mahmoudi c/ préfet de la région Rhône-Alpes (inédit).

soulevées sur ces points **devant le juge du fond**[355].

SECTION IV - L'assistance d'un avocat

337. Il s'agit d'une condition essentielle dont le respect est impératif tant au regard de l'**article 16** du nouveau Code de procédure civile qu'au regard du **droit à un procès équitable** consacré par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

338. Un arrêt du 25 octobre 1995 a rejeté un pourvoi en mentionnant que l'étranger avait été assisté tant en première instance qu'en appel d'un avocat, qu'il avait usé de toutes les voies de recours et que les **droits de la défense** avaient donc été respectés[356].

339. En matière de prolongation du maintien en zone d'attente, l'article **35 *quater* III** de l'ordonnance du 2 novembre 1945 prévoit l'audition de l'étranger en présence de son **conseil** s'il en a un, ou celui-ci dûment **averti.**

340. Le moyen de cassation pris de la violation de cette disposition, formulé par l'**avocat** d'un étranger qui critiquait l'audition de son client par le premier juge en son **absence** et même sans qu'il ait été dûment **averti**, contrairement à ce que mentionnait l'ordonnance déférée, a cependant été rejeté par un arrêt du 7 juin 2001, au motif, d'une part, que le premier président avait relevé qu'il résultait des énonciations de l'ordonnance frappée d'appel que le juge délégué, après que l'intéressé eut **déclaré ne pas souhaiter être assisté**, avait procédé à l'audition de celui-ci en présence de son avocat arrivé à l'audience (avec retard), et, d'autre part, que ces **mentions critiquées** - quant à leur véracité - faisaient **foi jusqu'à inscription de faux**[357].

De même, la constatation d'une ordonnance confirmant la prolongation du maintien en rétention d'un étranger, selon laquelle l'avocat de ce dernier a été entendu à l'audience, ne peut **être critiquée que par la voie d'une inscription de faux**, ainsi que l'a jugé un arrêt du 8 juillet 2004 qui, pour rejeter le pourvoi soutenant que le conseil n'était pas présent à l'audience, retient que l'avocat de l'intéressé n'apporte aucun élément établissant qu'il a entamé une procédure en ce sens[357*bis*].

---

[355] 2e Civ., 27 nov. 1996, Bull., II, n° 263, p. 159, M. Bushra c/ Procureur général près la cour d'appel de Paris et préfet de Police de Paris, préc. ; 27 nov. 1996, Bull., II, n° 263, p. 160, M. Biliu c/ Procureur général de la cour d'appel de Paris, préc.

[356] 2e Civ., 25 oct. 1995, Bull., II, n° 257, p. 151, M. Yamba Yamba c/ préfet de Police de Paris ; *adde* 19 nov. 1998, pourvoi n° 97-50.054, M. Aboubacar c/ Ministre de l'Intérieur, préc. (inédit).

[357] 2e Civ., 7 juin 2001, pourvoi n° 99-50.053, M. Wingi Di Mawete c/ Ministre de l'Intérieur, préc. (inédit).

[357*bis*] 2e Civ., 8 juill. 2004, Bull., II, n° 364, p. 308, M. Pulev c/ préfet de Police de Paris, préc.

341. S'agissant de la prolongation, par un juge délégué, du **maintien en zone d'attente** d'un étranger qui n'était pas assisté d'un conseil, comme il l'avait demandé, du fait de la **grève des avocats** du barreau concerné, la deuxième chambre civile, rejetant le moyen de cassation pris de la violation de l'**article 6 de la Convention européenne** de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'**article 35** *quater* **III** de l'ordonnance du 2 novembre 1945, a, par un arrêt du 21 février 2002, approuvé l'ordonnance confirmative d'un premier président qui, ayant constaté que l'étranger n'avait pu bénéficier de l'assistance d'un conseil en première instance en raison de la grève des avocats du barreau concerné, avait justement décidé que cette circonstance constituait un **obstacle insurmontable à l'assistance d'un conseil** dans le **bref délai imposé** au premier juge pour se prononcer sur le maintien de l'étranger en zone d'attente[(358)].

342. Cette jurisprudence a été transposée en matière de prolongation du **maintien en rétention** administrative d'un étranger par un arrêt du 10 octobre 2002[(359)].

Ayant constaté qu'un étranger, qui faisait l'objet d'une décision de maintien en rétention sur le fondement de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, n'avait pu, en raison du **mouvement de grève des avocats**, bénéficier de l'assistance d'un **conseil commis d'office**, qu'il avait effectivement **demandée devant le juge délégué**, un premier président, qui a justement retenu que ce mouvement collectif, non imputable à l'autorité judiciaire ni à l'administration, ne pouvait faire échec à l'application de la loi sur les étranger qui impose au juge de statuer dans des délais qui ne permettent pas le renvoi à une date ultérieure, a, selon cet arrêt, légalement justifié sa décision rejetant l'exception de nullité de la procédure de première instance, en caractérisant ainsi un **obstacle insurmontable à l'assistance d'un conseil** dans le **bref délai imposé** au premier juge pour se prononcer sur le maintien de l'étranger en rétention administrative.

SECTION V - L'assistance d'un interprète

343. Un arrêt du 11 juin 1997 énonce que le juge nomme un interprète si l'étranger, qui ne comprend pas suffisamment la langue française, le **demande**[(360)].

Cet arrêt casse l'ordonnance d'un premier président qui, pour rejeter une demande de prolongation de la rétention d'un ressortissant albanais, retient que celui-ci ne comprend pas la langue française et que l'**absence d'interprète à l'audience du juge délégué** ne permettait pas de tenir utilement l'audience, alors que le premier juge constatait que l'intéressé comprenait l'italien et que l'audience s'est tenue un jour de semaine.

344. En revanche, un étranger ne saurait faire grief à un premier président d'avoir confirmé la

---

(358) 2e Civ., 21 févr. 2002, Bull., II, n° 22, p. 19, M. Johnson c/ Ministre de l'Intérieur ; *adde*, 7 mai 2002, pourvoi n° 00-50.124, Mlle Agboga c/ Ministre de l'Intérieur ; pourvoi n° 00-50.125, Mme Litofo c/ Ministre de l'Intérieur ; pourvoi n° 00-50.126, M. Dickson c/ Ministre de l'Intérieur (inédits).

(359) 2e Civ., 10 oct. 2002, Bull., II, n° 214, p. 169, M. Risasi c/ préfet du Val-de-Marne.

(360) 2e Civ., 11 juin 1997, Bull., II, n° 173, p. 103, Préfet d'Eure-et-Loir c/ M. Kurti.

prolongation de sa rétention sans qu'il ait bénéficié d'un interprète devant le juge, alors qu'il avait, en présence de son avocat, fait savoir au juge délégué qu'il **ne souhaitait pas d'interprète pour l'audience** [(361)].

345. La deuxième chambre civile a, par ailleurs, consacré le **pouvoir souverain du juge du fond** d'apprécier si l'étranger a, ou non, une **connaissance suffisante de la langue française**, mais à la condition que sa décision soit spécialement motivée quant à ce point.

346. Ainsi, un arrêt du 23 mars 2000 a rejeté le pourvoi d'un étranger qui soutenait qu'il ne parlait pas le français et qu'il n'avait jamais eu droit à l'assistance d'un interprète à un quelconque stade de la procédure, en indiquant que c'est par une **décision spécialement motivée** que le premier président avait estimé, dans l'exercice de son **pouvoir souverain d'appréciation**, que l'intéressé avait une connaissance de la langue française suffisante pour s'expliquer sans l'assistance d'un interprète [(362)].

346 *bis*. Enfin, rejetant le moyen de cassation pris de ce que l'interprète n'avait **pas prêté serment devant le premier juge**, la deuxième chambre civile, par plusieurs arrêts rendus les 7 octobre, 4 et 25 novembre 2004, a jugé que les dispositions de **l'article 407 du Code de procédure pénale**, dont la violation ainsi que celle de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales étaient invoquées, ne sont pas applicables à la procédure suivie devant le juge statuant sur la requête du préfet en prolongation du maintien en rétention d'un étranger, et qu'**aucun texte n'exige que l'interprète ait prêté serment** [(362)*bis*].

Mais, sans préjudice de l'**effet dévolutif de l'appel** [(362)*ter*], il conviendra sans doute de s'interroger sur la pérennité de cette jurisprudence au regard des **dispositions récentes** des articles 6 et 7 de la loi n° 71-498 du 29 juin 1971 *relative aux experts judiciaires* telle que modifiée par l'article 50 de la loi n° 2004-130 du 11 février 2004 *réformant le statut de certaines professions judiciaires et juridiques et des experts judiciaires*, de l'article 22 du décret n° 2004-1463 du 23 décembre 2004 *relatif aux experts judiciaires*, ainsi que de l'article 1er, **H**, de l'arrêté du 10 juin 2005 *relatif à la nomenclature prévue à l'article 1er du décret* précité, qui prévoit expressément les rubriques "***interprétariat***", "***traduction***" et "***langues des signes et langage parlé complété***".

346 *ter*. A noter, toutefois, le caractère **inopérant** des exceptions de nullité de l'ordonnance du

---

[(361)] 2e Civ., 28 juin 2000, Bull., II, n° 104, p. 71, M. Sirca c/ préfet du Bas-Rhin, préc.

[(362)] 2e Civ., 23 mars 2000, Bull., II, n° 52, p.36, M. Belmoussa c/ préfet du Gard, préc.

[(362)*bis*)] 2e Civ., 7 oct. 2004, Bull., II, n° 443, p. 376, M. Pit c/ préfet de la Seine-Saint-Denis, préc. ; 4 nov. 2004, pourvoi n° 03-50.005, M. Kherez c/ préfet de la Seine-Saint-Denis, préc. ; 25 nov. 2004, pourvoi n° 03-50.077, M. Perepilita c/ préfet de la Seine-Saint-Denis et pourvoi n° 03-50.078, Mlle Lacatus c/ préfet de la Seine-Saint-Denis, préc. (inédits). Rappr., **lors de la garde à vue**, *supra*, § 108.

[(362)*ter*)] V. *infra*, § 415 et jurisp. cit.

premier juge prise de l'absence ou de l'irrégularité de l'assistance, **en première instance**, de l'étranger par un interprète, dès lors que, saisi de l'entier litige par **l'effet dévolutif de l'appel**, le premier président est, de toute façon, tenu de statuer sur le fond, quelle que soit sa décision sur l'exception ainsi soulevée [(362)*quater*].

SECTION VI - Le préfet, partie à la procédure

347. Un arrêt du 22 mai 1996 a rejeté un pourvoi qui faisait grief à un premier président de n'avoir pas recherché, comme l'y invitaient les écritures, si le préfet avait été effectivement représenté à l'**audience du premier juge** et si l'absence de mention de cette représentation ne constituait pas une irrégularité sanctionnée par la nullité de la décision, en indiquant que l'ordonnance avait exactement énoncé que le **préfet n'était pas tenu d'assister** à l'audience[(363)].

347 *bis* . Par ailleurs, un arrêt du 18 mai 2000 a rejeté le pourvoi d'un préfet qui soutenait que **l'avis d'audience d'appel** ne lui était jamais parvenu par quelque moyen que ce soit et qu'il n'avait pas eu la possibilité de produire de mémoire en défense, en relevant que l'ordonnance du premier président, qui avait statué en l'absence de comparution du préfet, mentionnait que "le ministère public et le préfet, **dûment avisés**, étaient absents à l'audience publique" et qu'il résultait de cette **mention, qui fait foi jusqu'à inscription de faux**, que le préfet avait été avisé de la date d'audience d'appel[(364)*bis*].

SECTION VII - L'intervention de tiers

348. Par un arrêt du 18 septembre 1996, la deuxième chambre civile a admis l'**intervention accessoire d'une association**, devant le juge du fond, aux côtés de l'étranger dont la rétention faisait l'objet d'une demande de prorogation, au motif, d'une part, qu'aux termes de l'article 330 du nouveau Code de procédure civile, l'intervention est accessoire lorsqu'elle **appuie les prétentions d'une partie** et qu'elle est recevable si son auteur a intérêt, pour la conservation de ses droits, à soutenir cette partie, et au motif d'autre part, que les dispositions de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 ne dérogent pas à cette règle[(365)].

Il convient toutefois d'observer que la partie intervenante à titre accessoire ne peut que s'associer aux moyens de la partie qu'elle entend soutenir, sans pouvoir invoquer des moyens

---

[(362)*quater*] Civ. 1ère, 20 juin 2006, pourvoi n° 04-50.153, M. Kavak c/ préfet de l'Oise (inédit) ; *adde, infra*, § 415.

[(363)] 2e Civ., 22 mai 1996, Bull., II, n° 104, p. 65, M. Taty c/ préfet du Calvados, préc.

[(364)*bis*] 2e Civ., 18 mai 2000, Bull., II, n° 83, p. 57, Préfet d'Eure-et-Loir c/ M. Demir, préc.

[(365)] 2e Civ., 18 sept. 1996, Bull., II, n° 216, p. 133, Association Groupement d'information et de soutien des travailleurs immigrés (Gisti) c/ préfet de Police de Paris et M. Rahma.

distincts [366].

SECTION VIII - Les conclusions

349. Alors qu'aucun texte ne prohibe la **présentation de conclusions sous la forme de paragraphes préimprimés** et qu'en l'espèce, l'intéressé invoquait notamment le fait que la requête saisissant le juge délégué aux fins de prolongation de son maintien en rétention n'était pas signée par le préfet, un arrêt du 24 janvier 2002, rendu au visa des articles 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, 455 du nouveau Code de procédure civile, ensemble l'article 9 du décret du 12 novembre 1991, a censuré un premier président qui, ayant relevé que la déclaration d'appel et les conclusions déposées se présentaient sous la forme de deux **pages stéréotypées** visant nombre de cas de nullité de procédure et indiquaient par trois **flèches** les prétentions exposées sommairement sous la forme de **paragraphes préimprimés** visant la jurisprudence de la Cour de cassation, avait estimé qu'il n'appartenait pas au juge de rechercher en quoi certains cas généraux de nullité pouvaient ou non s'appliquer en l'espèce sans autre précisions de la part de l'appelant et que devaient, en conséquence, être rejetées les conclusions écrites déposées ne répondant pas à l'exigence d'une motivation suffisante [367].

350. Ainsi, tout comme il est admis que l'ordonnance d'un juge délégué ou d'un premier président puisse comporter des motifs établis d'avance sur un **formulaire**, rien n'interdit à l'étranger et son avocat de présenter, tant en première instance qu'en appel, des conclusions comportant des **paragraphes préétablis**, pour autant, du moins, que ceux-ci énoncent des **prétentions et des moyens de fait et de droit** sur lesquels ces prétentions sont fondées [368].

En matière de maintien en rétention des étrangers, de telles pratiques ne peuvent, du reste, qu'être rapprochées de la brièveté des délais de procédure.

SECTION IX - La motivation de la décision

351. Ecartant le pourvoi pris de la violation de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales par suite d'un préjugé incompatible avec l'impartialité, ainsi que des obligations du juge de délibérer et de motiver sa décision, formé par un ressortissant étranger qui faisait grief à l'ordonnance rendue par un premier président sur le fondement de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 de comporter des **motifs établis d'avance sur un formulaire**, un arrêt du 31 janvier 1985 a jugé

---

[366] Rappr. 2e Civ., 28 juin 1995, Bull., II, n° 221, p. 127, Préfet de la Haute-Garonne c/ M. Bechta et Gisti, préc. ; JCP 1995.II.22504, concl. J. Sainte-Rose ; D. 1996. Somm. p. 102, obs. F. Julien-Laferrière ; *Rev. crit. dr. internat. privé* 1996, p. 299.

[367] 2e Civ., 24 janv. 2002, Bull., II, n° 3, p. 2, M. Arfiche c/ préfet des Bouches-du-Rhône ; Le Dalloz. 2002. IR. 617.

[368] V. *infra*, § 351 et jurisp. cit.

qu'aucun texte ne prohibe cette pratique critiquée par le moyen [369].

SECTION X - La notification de la décision de première instance

352. Par un arrêt du 4 mars 1999, la deuxième chambre, énonçant au visa des articles 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 et 9 du décret du 12 novembre 1991, que le président du tribunal de grande instance **fait connaître verbalement** aux parties présentes le **délai d'appel et les modalités** selon lesquelles ce recours peut être exercé, a cassé l'ordonnance d'un premier président qui déclarait irrecevable l'appel formé par un ressortissant étranger, en retenant le défaut de **motivation de l'appel**, tout en constatant que l'intéressé indiquait ne pas savoir que l'appel devait être motivé, alors qu'il résultait de l'ordonnance du juge délégué que celui-ci avait seulement informé l'étranger de la possibilité d'une voie de recours sans lui indiquer les modalités selon lesquelles ce recours devait être formé [370].

CHAPITRE II : L'APPEL

353. Les ordonnances rendues par le président du tribunal de grande instance, ou le juge délégué, saisi en application de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, sont susceptibles d'appel devant le **premier président de la cour d'appel** ou son délégué.

SECTION I - Le délai d'appel

354. Selon l'article 8 du décret du 12 novembre 1991, l'ordonnance du premier juge, rendue en exécution de l'**article 35** *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, est susceptible d'appel devant le premier président de la cour d'appel, par l'étranger, le ministère public ou le préfet et à Paris le préfet de police, **dans les 24 heures de son prononcé**.

355. Un arrêt du 28 juin 1995 a décidé qu'en application des dispositions de l'article 18 du décret du 12 novembre 1991, pris en application de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, seuls les délais prévus aux articles 11, 12 et 16 (c'est-à-dire respectivement le délai pour statuer sur l'appel, le délai de pourvoi en cassation et le délai de dépôt des observations en réponse) sont calculés et prorogés conformément aux dispositions des articles 640 et 642 du nouveau Code de procédure civile, et qu'ainsi **est exclue toute prorogation du délai d'appel** prévu par l'article 8 dudit décret précité [371].

---

[369] 2e Civ., 31 janv. 1985, Bull., II, n° 26, p. 17, M. Barros Soarez c/ Commissaire de la République, préfet du Val-de-Marne ; JCP 1985.IV.138.

[370] 2e Civ., 4 mars 1999, Bull., II, n° 41, p. 30, M. Bouchelaghem c/ préfet de l'Essonne ; sur l'exigence de la motivation de l'acte d'appel, v. *infra* § 360 et s., et jurisp. cit.

[371] 2e Civ., 28 juin 1995, Bull., II, n° 214, p. 123, M M'Hamdi c/ préfet de la Haute-Garonne ; *adde*, Civ. 1ère, 31 mai 2005, pourvoi n° 04-50.032, M. Njanji c/ préfet de la Haute-Vienne (inédit).

C'est ainsi que de nombreux arrêts, rendus au visa des articles 7, 8 et 18 du décret du 12 novembre 1991, censurent des ordonnances de premiers présidents déclarant recevable un appel formé, dans de telles conditions, **plus de 24 heures après** la notification de l'ordonnance du juge délégué [372].

356. La Cour de cassation a toutefois tempéré cette position de principe, en raison de l'**impossibilité** dans laquelle se trouve parfois l'étranger **d'exercer cette voie de recours** dans le délai de 24 heures.

357. Ainsi, au visa notamment des articles 455 du nouveau Code de procédure civile et **6.1 de la Convention européenne** de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, un arrêt du 26 mars 1997 a cassé l'ordonnance d'un premier président déclarant irrecevable l'appel formé le lundi contre une prolongation de rétention décidée le samedi précédent, sans vérifier si, comme il était soutenu, l'étranger, qui était maintenu en rétention, avait été dans l'impossibilité d'exercer une voie de recours en raison de l'**organisation matérielle du centre de rétention** [373].

357.1. De même, c'est en considérant que non seulement le premier président avait statué par un motif dubitatif quant à l'affectation du numéro de télécopieur aux services du parquet de Paris, mais aussi que la télécopie transmettant - en temps voulu - l'acte d'appel de l'étranger au "président" de la cour d'appel avait été envoyée à ce numéro **par le centre de rétention, et non par l'intéressé lui-même, mis dans l'impossibilité, en raison de l'organisation matérielle du centre, d'exercer une voie de recours** par l'envoi d'une télécopie au numéro du greffe de la cour d'appel qu'il avait **exactement mentionné sur son document**, que la première chambre civile, par un arrêt du 4 octobre 2005 rendu au visa des articles 455 du nouveau Code de procédure civile, 35 *bis* IV de l'ordonnance du 2 novembre 1945, devenu l'article L. 552-9 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, 8 et 9 du décret n° 91-1164 du 12 novembre 1991, alors applicable, et **6.1 de la Convention européenne** de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, a censuré l'ordonnance attaquée qui, pour déclarer **l'appel irrecevable comme tardif**, avait énoncé que le greffe de la chambre avait reçu - hors délai - l'acte d'appel à son numéro de télécopie, que l'intéressé justifiait avoir envoyé une télécopie à un numéro qui était, semble-t-il, un numéro de télécopie du parquet de Paris et que l'intéressé ne pouvait sérieusement soutenir avoir commis une erreur, puisque le bon numéro de télécopie figurait sur son acte d'appel adressé - en temps voulu - à un numéro erroné [372*bis*].

358. Par ailleurs, alors que l'ordonnance du juge délégué ne portait pas mention de l'heure de son prononcé et que celle-ci ne résultait d'aucune autre pièce de la procédure, un arrêt du 21 octobre 1999 a cassé, au visa notamment de l'article 455 du nouveau Code de procédure civile,

---

[372] V. par ex., 22 mai 1996, Bull., II, n° 102, p. 64, Préfet de Police de Paris c/ M. Mennai ; 6 juin 1996, pourvoi n° 95-50.025, M. Benziada c/ préfet d'Eure-et-Loir (inédit).

[373] 2e Civ., 26 mars 1997, Bull., II, n° 93, p. 53, M. Hamdani c/ préfet du Val-de-Marne.

[372*bis*] Civ. 1ère, 4 oct. 2005, pourvoi n° 04-50.100, M. N'Doumbe Elong, alias Kwedi Ekongolo c/ préfet de Seine-et-Marne (inédit).

l'ordonnance d'un premier président déclarant irrecevable comme tardif l'appel formé à 19 heures 39 par le Préfet de Police, alors que, selon l'avocat de l'étranger, le premier juge avait statué la veille à 12 heures 19 [373].

En cas d'**absence d'indication de l'heure du prononcé de l'ordonnance du premier juge** entreprise, il y a donc lieu de présumer (mais seulement jusqu'à preuve contraire) que la décision a été rendue le jour même de l'audience, à 24 heures, ce qui fait courir le délai d'appel jusqu'au lendemain à minuit.

359. Par ailleurs, s'il relève **d'office l'irrecevabilité** de l'appel du fait de la tardiveté de sa formalisation, le premier président doit, sous peine de méconnaître les exigences de **l'article 16** du nouveau Code de procédure civile, inviter l'étranger et son conseil à **présenter leurs observations** sur cette fin de non-recevoir [373*bis*].

SECTION II : La forme de l'acte d'appel

359.1. Actuellement, aux termes de l'article 8, alinéa 1er, du **décret n° 2004-1215 du 17 novembre 2004**, le premier président ou son délégué est saisi par une **déclaration d'appel motivée** transmise **par tout moyen** au greffe **de la cour d'appel**.

Il en résulte que la **validité de la saisine** de la juridiction d'appel est conditionnée par le respect de ces modalités qui s'imposent à tout appelant, serait-il le **procureur de la République** [373*ter*].

A - Une déclaration motivée

360. L'article 9 du décret du 12 novembre 1991 pris pour l'application de **l'article 35** *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 dispose que le premier président est saisi par une **déclaration motivée**.

Il s'ensuit que viole l'article 455 du nouveau Code de procédure civile, ensemble l'article 9 du décret du 9 novembre 1991, le premier président qui, pour confirmer la décision du premier juge prolongeant le maintien en rétention d'un étranger et rejeter le moyen tiré de ce que la préfecture n'avait pas apporté les justifications des diligences qui lui incombaient pour exécuter la mesure d'éloignement, se borne à constater que l'avocat de l'intéressé n'a **pas soutenu ce moyen à l'audience**, alors que le premier président avait été saisi de ce **moyen par la déclaration d'appel motivée** de l'intéressé, qui ne l'avait **pas expressément abandonné à**

---

[373] 2e Civ., 21 oct. 1999, pourvoi n° 98-50.049, Préfet de Police de Paris c/ M. Chen (inédit).

[373*bis*] Civ. 1ère, 4 oct. 2005, pourvoi n° 04-50.043, M. Khan c/ Préfet du Val-de-Marne (inédit).

[373*ter*] Rappr., Civ. 1ère, 4 juill. 2006 (1er moy.), à paraître au Bull., I, n° ?, p. ?, pourvoi n° 05-10.879, M. Mengüc c/ préfet d'Ille-et-Vilaine et procureur général près la cour d'appel de Rennes.

l'audience [373]*quater)*.

361. La **Cour de cassation contrôle** le respect de cette exigence procédurale d'une motivation, au besoin en examinant elle-même l'**acte d'appel** qui figure au dossier.

Ainsi, dans un arrêt du 24 octobre 2002, la deuxième chambre civile a considéré que le moyen de cassation pris notamment de la privation du **droit à un recours effectif** ne pouvait **qu'être écarté**, dès lors qu'il résultait de l'ordonnance attaquée et des **pièces de la procédure**, que l'étranger n'avait **pas motivé son recours dans le délai d'appel** ainsi que l'impose **l'article 8** du décret n° 91-1164 du 12 novembre 1991 dont les dispositions **n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 6 de la Convention européenne** de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [374].

362. Le **moyen** doit être relevé **d'office**.

Au visa de l'article 9 du décret du 12 novembre 1991 pris pour l'application de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 et de l'article 125 du nouveau Code de procédure civile, la deuxième chambre civile a, en conséquence, censuré, par un arrêt du 27 novembre 1996, un premier président qui avait statué sans relever **d'office l'irrecevabilité de l'appel**, alors que l'étranger n'avait exposé, **dans le délai d'appel, aucun motif** à l'appui de son recours [375].

Et elle a, par un arrêt du 23 janvier 2003, approuvé une ordonnance déclarant le recours **irrecevable**, le premier président, qui avait relevé que l'appel interjeté par l'étranger n'était pas motivé, ayant, par cette constatation, dont il résultait que l'intéressé n'avait pas respecté **l'obligation de motivation** édictée par l'article 9, alinéa 1er, du décret du 12 novembre 1991, légalement justifié sa décision [376].

363. De même, alors qu'un pourvoi soutenait que l'article 126 du nouveau Code de procédure civile permettait de **régulariser**, avant que la cour ne statue, la cause d'irrecevabilité tenant à l'absence de motivation de la déclaration d'appel, ce qui en l'espèce avait été fait par le **dépôt de conclusions motivées** devant la juridiction d'appel, un arrêt du 15 mars 2001, au visa combiné des articles 9 du décret du 12 novembre 1991 et 125 du nouveau Code de procédure civile, a approuvé un premier président d'avoir **relevé d'office** que l'appel n'avait pas été motivé **dans**

---

[373]*quater)* 2e Civ., 25 nov. 2004, pourvoi n° 03-50.077, M. Perepilita c/ préfet de la Seine-Saint-Denis, préc. (inédit).

[374] 2e Civ., 24 oct. 2002, Bull., II, n° 235, p. 184, M. Messous c/ préfet du Pas-de-Calais. Sur l'absence d'applicabilité de l'art. 6.1 de la Conv. EDH, v. *supra*, § 1.

[375] 2e Civ., 27 nov. 1996, Bull., II, n° 265, p. 160, M. Boukhari c/ préfet du Nord ; *adde*, Civ. 1ère, 6 déc. 2005, pourvoi n° 04-50.120, M. Banor c/ préfet de l'Eure (inédit).

[376] 2e Civ., 23 janv. 2003, pourvoi n° 01-50.020, M. Chakrane c/ Préfet d'Indre-et-Loire (inédit) ; v., toutefois, en cas de notification irrégulière de la décision de première instance, *supra* § 352 et jurisp. cit.

le délai de celui-ci [377].

Il s'ensuit que **passé le délai d'appel**, **aucune régularisation n'est possible**, fût-ce en faisant parvenir à la juridiction d'appel, par télécopie, des **conclusions motivées** [377*bis*].

364. Un arrêt du 12 novembre 1997 - resté assez isolé - avait cependant décidé que les motifs énoncés dans l'acte d'appel pouvaient être **complétés** par d'autres motifs développés **à l'audience**, lorsque les autres **parties sont présentes**.

Aussi, contrairement à ce que soutenait le pourvoi, formé par un procureur général, le premier président avait pu retenir, sans violer l'article 9 du décret du 12 novembre 1991 ou le principe de la contradiction dans les débats, un **moyen soulevé à l'audience** qui n'était pas mentionné dans la déclaration d'appel [378].

365. La **notion de motivation de la déclaration d'appel** doit, du reste, être assez largement comprise et peut se rattacher tant au fond de l'affaire, qu'à des questions de forme ou de procédure.

Ainsi, un arrêt du 15 mars 2001 a considéré que violait l'article 9, alinéa 1er, du décret du 12 novembre 1991, un premier président qui déclarait irrecevable pour défaut de motivation l'appel formé par un étranger maintenu en rétention, alors qu'il ressortait des pièces de la procédure que la déclaration d'appel mentionnait le souhait de l'intéressé d'"exposer sa **défense** à la cour d'appel avec l'assistance de son conseil personnel qui n'était pas disponible" le jour de l'audience devant le président du tribunal de grande instance, ce dont il résultait que l'appel reposait sur un **motif tiré de la procédure suivie devant le premier juge** [379].

En revanche, dès lors qu'il ressort de l'ordonnance attaquée que **dans l'acte d'appel**, l'étranger s'est borné à énoncer **comme moyens d'appel** : **"*rejet non fondé des nullités in limine litis*"**, ce qui **ne constitue pas une déclaration motivée**, et que ce n'est que par télécopie datée du lendemain de l'acte d'appel que l'intéressé a déposé des conclusions motivées intitulées "*développement des moyens d'appel*", le premier président d'une cour d'appel qui a ainsi statué sans tirer les conséquences de ses propres constatations **ni relever d'office l'irrecevabilité de l'appel**, a violé les articles 8 et 9 du décret n° 91-1164 du 12 novembre 1991 alors en vigueur, ensemble l'article 125 du nouveau Code de procédure civile [379*bis*]. Il en est de même de l'acte d'appel se bornant à énoncer : **"*rejet non fondé des nullités in limine litis - assignation à***

---

[377] 2e Civ., 15 mars 2001, Bull., II, n° 52, p. 35, M. Bakhti c/ préfet des Yvelines.

[377*bis*] Civ. 1ère, 6 déc. 2005, pourvoi n° 04-50.120, M. Banor c/ préfet de l'Eure, préc. (inédit).

[378] 2e Civ., 12 nov. 1997, Bull., II, n° 263, p. 155, Procureur général près la cour d'appel de Lyon c/ M. Gherbi et préfet du Rhône.

[379] 2e Civ., 15 mars 2001, Bull., II, n° 53, p. 36, M. Brede c/ préfet de l'Essonne.

[379*bis*] Civ. 1ère, 22 mars 2005, Bull., I, n° 151, p. 129, M. Nicolaï , alias Nicolae c/ préfet de l'Essonne.

***résidence*" [(379)*ter*]**.

366. Mais, indépendamment de cette impérieuse exigence d'une motivation, et alors que selon les articles 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 et 9 du décret du 12 novembre 1991, le **premier président**, statuant en matière de rétention d'un étranger, **est saisi sans forme,** par une déclaration motivée transmise par tous moyens au greffe du tribunal de grande instance ou de la cour d'appel, la deuxième chambre civile a, par un arrêt du 4 novembre 2004, cassé pour violation de ces textes, l'ordonnance d'un premier président qui, pour déclarer irrecevable le recours formé par un étranger, avait retenu que le **mémoire** transmis, **rédigé sous forme de conclusions**, ne faisait pas référence à une quelconque déclaration d'appel, ne mentionnait pas qu'il valait déclaration d'appel et qu'en l'absence d'une déclaration explicite de l'intéressé de relever appel, il ne pouvait être analysé comme valant déclaration d'appel, tout en constatant que le mémoire transmis faisait état de la décision entreprise et mentionnait qu'il s'agissait de la **décision dont appel, en demandant son infirmation**, ce dont il en résultait **sans équivoque la volonté** de l'intéressé, représenté par son avocat, **d'exercer un recours contre la décision du premier juge** [(379)*quater*].

B - Une déclaration faite ou remise au greffe par tous moyens

367. Alors que l'article 9 du décret du 12 novembre 1991 dispose que le premier président est saisi par une déclaration motivée faite ou remise **"par tous moyens" au greffe** du tribunal de grande instance ou de la cour d'appel, la Cour de cassation, par plusieurs arrêts rendus les 27 mars 1996 et 18 septembre 1996, ainsi que par de nombreux arrêts ultérieurs, a admis que l'appel pouvait être formé **par télécopie** [(380)].

367.1. D'autre part, il résulte des articles R. 811-1 et R. 811-2 du Code de l'organisation judiciaire que le **secrétariat-greffe de chaque cour d'appel comprend l'ensemble des services administratifs du siège et du parquet** [(381)*bis*], de sorte que **la déclaration d'appel peut être transmise par télécopie à l'un quelconque de ses services**.

[(379)*ter*] Civ. 1ère, 18 mai 2005, pourvoi n° 03-50.079, M. Stoïa c/ préfet des Yvelines (inédit).

[(379)*quater*] 2e Civ., 4 nov. 2004, pourvoi n° 03-50.119, M. Benzekri c/ préfet de l'Hérault (inédit).

[(380)] 2e Civ., 27 mars 1996, Bull., II, n° 75, p. 46, Préfet de l'Isère c/ M. Chalabi ; pourvoi n° 95-50.034, Préfet de Police de Paris c/ M. Lakhal ; pourvoi n° 95-50.047, Préfet de Police de Paris c/ M. Diallo ; pourvoi n° 95-50.048, Préfet de Police de Paris c/ M. Bathily ; pourvoi n° 95-50.041, Préfet de Police de Paris c/ M. Lobiri ; pourvoi n° 95-50.042, Préfet de Police de Paris c/ Mme Kobbi ; pourvoi n° 95-50.043, Préfet de Police de Paris c/ M. Hubert ; etc. (inédits) ; 18 sept. 1996, Bull., II, n° 213, p. 132, Préfet de Police de Paris c/ M. Nidoagmar ; 18 sept. 1996, pourvoi n° 95-50.051, Préfet de Police de Paris c/ Assi ; 18 sept. 1996, pourvoi n° 95-50.046, Préfet de Police de Paris c/ Sidor ; 18 sept. 1996, pourvoi n° 95-50.055, Sinnakuti c/ préfet de Police de Paris ; 18 déc. 1996, pourvoi n° 95-50.045, Préfet de Police de Paris c/ M. Bourdache (inédits).

[(381)*bis*] Rappr., 2e Civ., 6 mai 2004, Bull., II, n° 206, p. 176, M. Boitel c/ SCI Les Clausonnes (saisine sur renvoi après cassation en matière de contestation d'honoraires d'avocat).

Par un arrêt du 31 mai 2005, rendu au visa de ces textes combinés à l'articles 35 *bis* IV de l'ordonnance du 2 novembre 1945 (devenu l'article L. 552-9 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile) et aux articles 8 et 9 du décret n° 91-1164 du 12 novembre 1991, alors applicable, lapremière chambre civile a, en conséquence, censuré l'ordonnanced'un premier président de cour d'appel qui, **ajoutant à la loi une condition qu'elle ne comporte pas**, avait, pour constater l'absence de saisine valable de la juridiction d'appel, relevé que la déclaration d'appel avait été adressée par télécopie au service du courrier de la cour d'appel, "totalement indépendant du service 35 *bis* - *35 quater*" le **dimanche**, jour de fermeture dudit service, et retenu que la faculté donnée à l'appelant de saisir la cour d'appel par tous moyens, en raison de l'urgence, notamment par voie de télécopie, imposait que celle-ci soit adressée au service concerné, à savoir "le greffe du 35 *bis* - 35 *quater*" de la cour d'appel [(380)*ter*].

367.2. Par ailleurs, **aucun texte n'impose à l'appelant** d'une ordonnance statuant en matière de maintien en rétention d'un étranger d'adresser aux autres parties une **copie de son acte et de ses moyens d'appel** .

Viole, en conséquence, en ajoutant à la loi une condition qu'elle ne prévoit pas, les articles 9 et 11 du décret n° 91-1164 du 12 novembre 1991, alors applicable, ensemble l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, ainsi que, par **fausse application, l'article 16 du nouveau Code de procédure civile**, le premier président d'une cour d'appel qui, pour déclarer irrecevable l'appel d'une ordonnance de prolongation du maintien en rétention d'un étranger, formé **par télécopie adressée au greffe** de la cour d'appel, retient, au visa du dernier des textes précités, que le préfet a déposé un mémoire indiquant qu'il n'a pas eu connaissance de la déclaration d'appel, que le conseil de l'étranger confirme à l'audience ne pas lui avoir adressé son mémoire d'appel et que l'étranger n'a pas mis le préfet, absent de l'audience, en mesure de répondre aux moyens soulevés par lui, alors que le préfet, **régulièrement convoqué** à l'audience d'appel, **pouvait consulter les pièces au greffe avant l'ouverture des débats et demander à être entendu** [(380)*quater*].

C - Un acte de procédure individuel

367.3. Enonçant qu'il résulte des articles 8, 9 et 10 du décret du 15 décembre 1992, que la déclaration d'appel d'une ordonnance du juge des libertés et de la détention, statuant sur la requête de l'autorité administrative sur le maintien d'un étranger en zone d'attente au-delà de quatre jours, est **un acte de procédure individuel qui ne peut porter sur plusieurs décisions concernant plusieurs personnes dans des instances différentes**, la deuxième chambre civile a, par deux arrêts du 8 juillet 2004, rejeté le pourvoi formé contre l'ordonnance d'irrecevabilité du recours, rendue par un premier président, qui constatait que l'appel contre l'ordonnance du

---

[(380)*ter*] Civ. 1ère, 31 mai 2005, à paraître au Bull., I, pourvois n°s 04-50.034 et 04-50.036, M. Charchour c/ préfet de Police de Paris.

[(380)*quater*] Civ. 1ère, 18 mai 2005, à paraître au Bull., I, pourvoi n° 04-50.051, M. Aktas c/ préfet du Morbihan ; Civ. 1ère, 6 déc. 2005, pourvoi n° 04-50.116, M. N'Daye c/ préfet de la Loire-Atlantique (inédit) ; mais, sur l'obligation de convoquer le préfet à l'audience d'appel, v. *supra*, § 394.- Comp., en ce qui concerne les observations en défense, *infra*, § 408.1.

juge délégué du tribunal autorisant le maintien en zone d'attente d'une ressortissante étrangère avait été formé par une déclaration collective portant également sur une autre ordonnance concernant un autre étranger dans une autre instance[380]*quinquies*.

SECTION III - Le délai pour statuer sur l'appel

A - Les procédures de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945

367.4. Il résulte des articles 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 et 10, alinéa 4, du décret n° 2004-1215 du 17 novembre 2004 (auparavant, de l'article 11 du décret du 12 novembre 1991), que le premier président ou son délégué doit statuer au fond **dans les 48 heures**, le délai courant **à compter de sa saisine.**

368. Dans un premier temps, le non-respect de ce délai a été censuré par des arrêts dont le chapeau de cassation rappelait que le délai courait à compter de la saisine du premier président [381].

Ensuite, d'autres arrêts ont précisé que le délai de 48 heures courait à compter de la réception au greffe de la déclaration d'appel, laquelle peut être faite par tous moyens, le premier président pouvant donc être saisi par l'appel reçu au greffe par une télécopie horodatée [382].

Enfin, par deux arrêts rendus le 30 novembre 2000, la deuxième chambre civile a décidé, de manière précise, que le premier président, saisi de l'appel d'une ordonnance rendue en exécution de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, doit statuer dans un délai de

---

[380]*quinquies)* 2e Civ., 8 juill. 2004, Bull., II, n° 362, p. 307, Mme Wang c/ Ministre de l'Intérieur et a. ; *adde*, pourvoi n° 03-50.105, Mme Du c/ Ministre de l'Intérieur et a. (inédit).

[381] 2e Civ., 28 juin 1995, pourvois n°s 94-50.009 et 94-50.014, Préfet de la Seine-Saint-Denis c/ Procureur général près la cour d'appel de Paris et MM. Simpi et Simpi Mwana Nseka ; 18 sept. 1996, Bull., II, n° 213, p. 132, 18 sept. 1996, Préfet de Police de Paris c/ M. Nidoagmar ; 18 sept. 1996, pourvoi n° 95-50.051, Préfet de Police de Paris c/ Assi ; 18 sept. 1996, pourvoi n° 95-50.046, Préfet de Police de Paris c/ Sidor ; 18 sept. 1996, pourvoi n° 95-50.055, Sinnakuti c/ préfet de Police de Paris, préc. ; 18 déc. 1996, pourvoi n° 95-50.045, Préfet de Police de Paris c/ M. Bourdache ; 8 janv. 1997, pourvoi n° 95-50.061, Préfet de Police de Paris c/ Mlle Sayoud ; 6 mai 1997, pourvoi n° 96-50.011, Préfet de Police de Paris c/ M. Roba Cheik (inédits).

[382] 2e Civ., 27 mars 1996, Bull., II, n° 75, p. 46, Préfet de l'Isère c/ M. Chalabi ; pourvoi n° 95-50.034, Préfet de Police de Paris c/ M. Lakhal ; pourvoi n° 95-50.47, Préfet de Police de Paris c/ M. Diallo ; pourvoi n° 95-50.048, Préfet de Police de Paris c/ M. Bathily ; pourvoi n° 95-50.041, Préfet de Police de Paris c/ M. Lobiri ; pourvoi n° 95-50.042, Préfet de Police de Paris c/ Mme Kobbi ; pourvoi n° 95-50.043, Préfet de Police de Paris c/ M. Hubert, préc. ; etc. (inédits) ; 11 juin 1997, Bull., II, n° 176, p. 104, préfet d'Eure-et-Loir c/ Mme Mboma Ndongala-Yelemi ; 12 nov. 1997, pourvoi n° 96-50.092, M. Chegri c/ préfet de la Haute-Vienne (inédit) ; 21 oct. 1999, Bull., II, n° 160, p. 111, M. Teifour c/ préfet de la Haute-Garonne ; 21 oct. 1999, pourvoi n° 98-50.025, M. Annan c/ préfet de la Haute-Garonne (inédit).

48 heures, courant à compter de l'heure de la déclaration d'appel[383].

369. Il convient d'observer que dans les arrêts susvisés du 21 octobre 1999 (*Teifour*) et du 30 novembre 2000 (*Yezza*), l'appel avait été interjeté par une **déclaration au greffe du tribunal de grande instance**.

Dans l'arrêt rendu sur le pourvoi de M. Teifour, le premier président a été censuré pour avoir retenu que sa saisine ne pouvait s'entendre que par la constatation, à la diligence d'un greffier, de l'arrivée du recours au secrétariat de la juridiction du second degré. Dans l'arrêt rendu sur le pourvoi de M. Yezza, la cassation est intervenue du fait que le premier président, pour rejeter l'exception prise de la tardiveté de l'examen du recours, avait retenu que c'était la réception, à 16 heures 55, de la télécopie avisant la cour de l'appel formé par l'étranger qui le saisissait de ce recours, alors que l'appel résultait de la déclaration faite le même jour, à 12 heures, au greffe du tribunal de grande instance.

Il importe donc, pour le **calcul du délai maximal de 48 heures** dans lequel doit statuer le premier président, de prendre en considération la première formalisation, c'est-à-dire la **première matérialisation de l'appel**. Il peut, par conséquent, s'agir de la déclaration faite auprès du **greffe du magistrat du tribunal de grande instance** qui a rendu la décision entreprise, sans qu'en ce cas, le point de départ du délai puisse être différé au moment de la retransmission administrative de l'avis d'appel, de la transcription ou de l'enregistrement ultérieur de l'acte au greffe de la première présidence de la cour d'appel[383*bis*].

370. Par ailleurs, l'article 18 du décret du 12 novembre 1991 indique que le délai (de 48 heures) prévu à l'article 11 de ce texte est calculé et prorogé conformément aux dispositions des articles 640 à 642 du nouveau Code de procédure civile.

C'est ce qu'avait déjà eu l'occasion de rappeler un arrêt du 10 février 1993 [384].

371. Dès lors, lorsque le **délai qui expirerait normalement un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant**.

372. Ainsi, un arrêt du 12 novembre 1997 a décidé qu'alors que l'appel avait été interjeté le vendredi et que le délai pour statuer expirant le dimanche était prorogé jusqu'au premier jour ouvrable, l'ordonnance, rendue le lundi, n'encourrait pas la critique du moyen reprochant au premier président d'avoir statué plus de 48 heures après la déclaration d'appel[385].

---

[383] 2e Civ., 30 nov. 2000, Bull., II, n° 160, p. 114 (2 arrêts), M. Yezza c/ préfet d'Eure-et-Loir ; Préfet d'Eure-et-Loir c/ M. Tahbouche ; *Procédures* 2001. comm. 30, obs. Perrot.

[383 *bis*] Rappr., en matière de 35 *quater*, § 389 *bis*, et jurisp. cit.

[384] 2e Civ., 10 févr. 1993, Bull., II, n° 54, p. 29, M. Savan c/ préfet du Val d'Oise, préc. ; D. 1993. IR. 61 ; JCP 1993.IV.939.

[385] 2e Civ., 12 nov. 1997, pourvoi n° 96-50.113, Préfet de l'Isère c/ M. Omar (inédit).

373. Par deux arrêts du 30 novembre 2000, la deuxième chambre a précisé que le délai qui expirerait normalement un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant, **à la même heure** [(386)].

Ainsi, viole les articles 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, 11 et 18 du décret du 12 novembre 1991 et 642 du nouveau Code de procédure civile, le premier président qui, saisi d'un appel interjeté par déclaration au greffe du tribunal de grande instance le 3 avril 1999, à 12 heures, rejette l'exception de nullité prise de la tardiveté de l'examen du recours à l'audience du 6 avril, à 14 heures, en retenant que la télécopie avisant la cour de l'appel portait la date de réception du 3 avril, à 16 heures 35, alors que, compte tenu du report au premier jour ouvrable suivant le lundi de Pâques, le délai avait expiré le 6 avril, à 12 heures (1er arrêt).

Et méconnaît ses pouvoirs et viole les textes susvisés, le premier président qui, saisi d'un appel formé par une télécopie adressée à la cour d'appel le vendredi 29 octobre, à 15 heures 41, rend le 2 novembre, à 14 heures, une ordonnance constatant son dessaisissement, en retenant que plus de 48 heures se sont écoulées depuis ce moment, alors que, du fait de la prolongation, le délai n'était pas expiré lorsqu'il a statué (2d arrêt).

374. Par l'application de la même règle, un appel ayant été interjeté le vendredi 17 décembre, à 15 heures 33, et le délai pour statuer expirant le dimanche, étant, en application des articles 11 et 18 du décret du 12 novembre 1991, prorogé jusqu'au premier jour ouvrable, **à la même heure**, n'encourt pas la critique l'ordonnance rendue le lundi 20 décembre, à 15 heures 30 [(387)].

374.1. De la même façon, au regard des nouvelles dispositions du **décret n° 2004-1215 du 17 novembre 2004**, un appel étant formalisé le vendredi 17 décembre à 14 heures 50, au regard duquel le délai pour statuer, qui expirerait le dimanche, serait prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant, soit le lundi 20 décembre à la même heure, n'encourrait pas la critique l'ordonnance rendue par le premier président d'une cour d'appel le lundi 20 décembre à 10 heures 42 [(387)*bis*].

375. Nonobstant les termes de l'article 642 du nouveau Code de procédure civile selon lequel *tout délai expire le dernier jour à 24 heures* [(388)], la **computation d'heure à heure** présente l'avantage, dans cette matière particulière de la rétention des étrangers, d'aller dans le sens d'une meilleure protection des libertés individuelles, dont le juge judiciaire est constitutionnellement

---

[(386)] 2e Civ., 30 nov. 2000, Bull., II, n° 160, p. 114 (2 arrêts), M. Yezza c/ préfet d'Eure-et-Loir ; Préfet d'Eure-et-Loir c/ M. Tahbouche, préc. ; *Procédures* 2001. comm. 30, obs. Perrot.

[(387)] 2e Civ., 25 janv. 2001, pourvoi n° 99-50.105, Mme Zellat c/ préfet de la Haute-Garonne, préc. (inédit).

[(387)*bis*] Rappr., Civ. 1ère, 4 juill. 2006 (1er moy.), à paraître au Bull., I, n° ?, p. ?, pourvoi n° 05-10.879, M. Mengüc c/ préfet d'Ille-et-Vilaine et procureur général près la cour d'appel de Rennes.

[(388)] L'art. 641 du NCPC ne prévoit cependant que les délais exprimés en jours, en mois ou en années, mais non les très courts délais exprimés en heures.

le gardien.

376. L'analyse de deux arrêts antérieurs permettait, du reste, d'entrevoir la prise de position de la Cour de cassation en faveur d'une computation ***de hora ad hora.***

Ainsi, un arrêt du 28 juin 1995 avait-t-il considéré qu'alors qu'un préfet avait fait appel d'une décision d'assignation à résidence rendue le vendredi et que la cour d'appel en avait été saisie le même jour à 17 heures, un premier président avait excédé ses pouvoirs en décidant le renvoi de l'affaire au-delà du lundi à 17 heures [(389)].

De même, un arrêt du 12 novembre 1997 avait décidé qu'alors qu'un préfet avait interjeté appel un samedi, à 12 heures, et que l'audience avait eu lieu le lundi suivant, à 15 heures, le premier président avait excédé ses pouvoirs en statuant - pour prolonger le maintien en rétention d'un ressortissant étranger -, alors que le délai de 48 heures qui lui était imparti, à compter de la déclaration d'appel, était expiré [(390)].

Il est à noter que ces deux décisions avaient censuré le dépassement du délai par une **cassation pour excès de pouvoir**, alors que les arrêts de cassation interviennent généralement pour violation des articles 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, 11 et 18 du décret du 12 novembre 1991.

377. Le délai maximal de 48 heures imparti au premier président, **à peine de dessaisissement**, est donc **impératif**[(391)], et s'agissant d'un délai pour statuer, l'affaire ne peut être mise en **délibéré** au-delà.

378. Un arrêt du 11 juin 1997 a, dès lors, cassé, pour violation des articles 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 et 11 du décret du 12 novembre 1991, la décision d'un premier président ordonnant, par suite de l'expiration du délai prévu par ce dernier article, la mise en liberté immédiate de l'intéressé, alors que l'**expiration de ce délai entraînait son dessaisissement** et qu'il ne pouvait pas, en conséquence, prononcer la **mise en liberté** de l'étranger [(392)].

379. De plus, opérant, en matière de maintien en rétention administrative, la transposition de

---

(389) 2e Civ., 28 juin 1995, pourvois n°s 94-50.009 et 94-50.014, Préfet de la Seine-Saint-Denis c/ Procureur général près la cour d'appel de Paris et MM. Simbi et Simpi Mwana Nseka, préc. (inédit).

(390) 2e Civ., 12 nov. 1997, pourvoi n° 96-50.092, M. Chegri c/ préfet de la Haute-Vienne, préc. (inédit).

(391) 2e Civ., 26 avril 2001, pourvoi n° 00-50.016, Préfet d'Eure-et-Loir c/ M. Lakli, préc. (inédit).

(392) 2e Civ., 11 juin 1997, Bull., II, n° 176, p. 104, Préfet d'Eure-et-Loir c/ Mme Mboma Ndongala-Yelemi, préc.

la jurisprudence antérieurement dégagée en matière de maintien en zone d'attente[393], la deuxième chambre civile a, par un arrêt du 21 février 2002, énoncé que le dessaisissement de la juridiction, plus de 48 heures s'étant écoulées depuis la déclaration d'appel, empêchait le juge de statuer sur la demande, mais entraînait aussi (de plein droit) la **caducité, à compter de l'expiration de ce délai, de la décision** déférée **de prolongation du maintien en rétention** de l'étranger[394].

380. Pour motiver l'absence de renvoi après cassation, plusieurs arrêts ont réaffirmé cette règle en indiquant que l'absence de décision du juge d'appel dans le délai de 48 heures précité avait **entraîné la caducité à compter de l'expiration de ce délai de la décision** déférée **de maintien en rétention**[395].

381. Il s'ensuit que l'étranger maintenu en rétention dans un local ne relevant pas de l'administration pénitentiaire doit impérativement, et de ce seul fait, être remis en liberté dès l'expiration du délai de 48 heures (le cas échéant prorogé selon les dispositions de l'article 642 du nouveau Code de procédure civile), sans qu'il y ait lieu à une conduite et à une présentation ultérieure devant le juge d'appel, lequel, dessaisi, se trouve démuni de tout pouvoir décisionnel.

382. Pour les mêmes raisons, la **procédure de saisine pour avis de la Cour de cassation**, prévue par les articles L.151-1 et suivants du Code de l'organisation judiciaire et 1031-1 et suivants du nouveau Code de procédure civile, ne saurait être appliquée en matière de rétention administrative des étrangers.

Aussi, statuant sur la demande formulée par le délégué du premier président de la cour d'appel de Versailles, la Cour de cassation a, dans sa séance du 20 novembre 2000, dit n'y avoir lieu à avis, au motif que *tenu de statuer dans les 48 heures, sous peine d'être **dessaisi**, sur l'appel dont il est saisi en application des articles 35 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945 et 11 du décret du 12 novembre 1991, le premier président ou son délégué ne peut utilement solliciter un avis de la Cour de cassation*[396].

B - Les procédures de l'article 35 *quater* de l'ordonnance du 2 novembre 1945

383. Aux termes des articles 35 *quater* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 et 11, alinéa 1er, du décret d'application du 15 décembre 1992, le premier président *doit* ***statuer dans les 48 heures de sa saisine***.

---

[393] V. not. 2e Civ., 27 sept. 2001, Bull., II, n° 145, p. 99, Ministère de l'Intérieur et préfet de la Seine-Saint-Denis c/ M. Ghulam ; Rapp. C. Cass. 2001, p. 477 ; *adde* § 391 et jurisp. cit.

[394] 2e Civ., 21 févr. 2002, Bull., II, n° 24, p. 21, M. Ben Ali c/ préfet de Police de Paris.

[395] 2e Civ., 7 mai 2002, pourvoi n° 01-50.009, M. Anghel c/ préfet de la Loire-Atlantique ; pourvoi n° 01-50.011, M. Stoica c/ préfet de la Loire-Atlantique ; pourvoi n° 01-50.013, Mme Bara, ép. Stoica c/ préfet de la Loire-Atlantique (inédits).

[396] Avis n° 12 du 20 nov. 2000, M. M'Baye, Bull. 2000.

384. L'article 18 du décret du 15 décembre 1992 (dont la rédaction est différente de celle de l'article 18 du décret du 12 novembre 1991 fixant les modalités d'application de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945) prévoit très explicitement que *les délais prévus aux articles 11 (**second alinéa**), 12 et 16 sont calculés et prorogés conformément aux dispositions des articles 640 à 642 du nouveau Code de procédure civile.*

Il s'ensuit, *a contrario*, que ces dispositions ne sont pas applicables au délai susvisé de 48 heures imparti au premier président par l'**alinéa premier** de l'article 11 du décret précité pour statuer sur la prolongation du maintien d'un étranger en zone d'attente (art. 35 *quater* III) ou sur le renouvellement, à titre exceptionnel, de ce maintien en zone d'attente (art. 35 *quater* IV).

Ce délai ne se trouve donc **pas prorogé** au premier jour ouvrable suivant, **lorsqu'il expire un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé.**

385. C'est ce qu'a décidé un arrêt du 9 mars 2000 qui, pour censurer, pour violation des textes susvisés, un premier président n'ayant pas statué avant le dimanche à 16 heures 13, sur l'appel d'une personne étrangère, interjeté par télécopie horodatée du vendredi précédent à 16 heures 13, a énoncé qu'il résulte des articles 35 *quater* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, 11, alinéa 1er, et 18 du décret du 15 décembre 1992, que le délai de 48 heures accordé au premier président pour statuer sur l'**appel d'une ordonnance de "prorogation"** du maintien en zone d'attente n'est pas soumis aux dispositions des articles 640 à 642 du nouveau Code de procédure civile [(397)].

386. Dégagée, dans un premier temps, dans une espèce où, en application de l'article 35 *quater* **IV** de l'ordonnance du 2 novembre 1945, le premier président s'était prononcé sur le **renouvellement** à titre exceptionnel du maintien d'un étranger en zone d'attente, cette règle est évidemment transposable au cas où ce magistrat statue, en application du **III** de cet article, sur le **maintien** de l'étranger en zone d'attente au-delà du délai de 4 jours à compter de la décision administrative initiale.

387. Enonçant qu'il résulte des articles 35 *quater* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, 11, alinéa 1er, et 18 du décret du 15 décembre 1992, que le délai de 48 heures accordé au premier président pour statuer sur l'**appel d'une ordonnance de maintien en zone d'attente** n'est pas soumis aux dispositions des articles 640 à 642 du nouveau Code de procédure civile, un arrêt du 11 avril 2002 a ainsi censuré, pour violation de ces textes, un premier président qui n'avait pas statué avant le dimanche à 15 heures 48 sur l'appel d'une ressortissante étrangère et de son fils mineur, interjeté par télécopie d'un avocat horodatée du vendredi précédent à 15 heures 48 [(398)].

388. En cas de contestation formulée à ce sujet, on peut utilement se référer aux **mentions**

[(397)] 2e Civ., 9 mars 2000, Bull., II, n° 42, p. 29, Mlle Savarimouthou Sasi c/ Ministre de l'Intérieur.

[(398)] 2e Civ., 11 avril 2002, pourvoi n° 00-50.097, Mme Sivasri c/ Ministre de l'Intérieur et préfet des Bouches-du-Rhône (inédit).

horaires portées sur l'ordonnance attaquée, qui font **foi jusqu'à inscription de faux** [399].

389 *bis*. En outre, comme l'a rappelé un arrêt du 19 juin 2003, le premier président, saisi de l'appel d'une ordonnance rendue en exécution de l'article 35 *quater* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, doit statuer dans un délai de 48 heures courant à compter de l'heure de la déclaration d'appel, faite ou remise **au greffe du tribunal de grande** instance ou de la cour d'appel.

Dès lors, justifie légalement sa décision un premier président qui, pour constater le dessaisissement de la juridiction d'appel, retient qu'il résulte de la télécopie produite par le conseil de l'étranger que l'**appel a été transmis au greffe du tribunal de grande instance**, et donc reçu à ce greffe, le 10 août, à 7 heures 49, et que le 12 août suivant à 9 heures, heure du début de l'audience, le délai de quarante-huit heures était expiré [399]*bis*.

389. Par ailleurs, opérant la transposition en matière de maintien en zone d'attente de la règle antérieurement dégagée en matière de maintien d'un étranger en rétention [400], la deuxième chambre civile, par deux arrêts du 27 septembre 2001, a, au visa des articles 35 *quater* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, 11, alinéa 1er, et 18 du décret du 15 décembre 1992, jugé qu'encourt la cassation l'ordonnance rendue par un premier président qui retient que le délai prévu par l'article 11 du décret du 15 décembre 1992 est expiré, qu'il s'ensuit que la procédure n'est pas suivie régulièrement à l'encontre de l'appelant et que celui-ci ne peut être légalement maintenu en zone d'attente, alors que l'expiration de ce délai de 48 heures - couru à compter de l'heure de la déclaration d'appel et insusceptible de prorogation - entraînait le **dessaisissement** de ce magistrat et qu'il **ne pouvait,** en conséquence, **se prononcer sur le maintien en zone d'attente** de l'étranger [401].

390. Sous le visa de l'article 627 du nouveau Code de procédure civile et pour motiver l'absence de renvoi après cassation, ces arrêts ont, par ailleurs, apporté la précision, extrêmement importante, selon laquelle l'absence de décision du juge d'appel dans le délai de 48 heures précité

---

[399] 2e Civ., 26 avril 2001, pourvoi n° 00-50.015, M. Rolam c/ Ministre de l'Intérieur, préc. (inédit).

[399]*bis)* 2e Civ., 19 juin 2003, Bull., II, n° 199, p. 167, Ministre de l'Intérieur c/ M. X se disant Yann. Rappr., en matière de 35 *bis*, § 370, et jurisp. cit.

[400] 2e Civ., 11 juin 1997, Bull., II, n° 176, p. 104, Préfet d'Eure-et-Loir c/ M. Mboma Ndongala-Yelemi, préc. ; v. *supra*, § 379.

[401] 2e Civ., 27 sept. 2001, Bull., II, n° 145, p. 99, Ministre de l'Intérieur et préfet de la Seine-Saint-Denis c/ M. Ghulam, préc. ; Rapp. C. Cass. 2001, p. 477 ; 27 sept. 2001, pourvoi n° 00-50.047, Ministre de l'Intérieur et préfet de la Seine-Saint-Denis c/ Mme Ikoma Bobina, préc. (inédit) ; *adde* 2e Civ., 21 févr. 2002, pourvoi n° 00-50.090, Ministre de l'Intérieur et préfet de la Seine-Saint-Denis c/ Mlle Ndundu ; 11 avril 2002, pourvoi n° 00-50.097, Mme Sivasri c/ Ministre de l'Intérieur et préfet des Bouches-du-Rhône, préc. (inédits).

a entraîné (de plein droit) la **caducité, à compter de l'expiration de ce délai, de la décision** déférée **de maintien** en zone d'attente, de sorte que, par voie de conséquence, la mesure de maintien avait pris fin dès ce moment[402].

De cette règle prétorienne, que la Cour de cassation, émanation suprême de l'autorité judiciaire constitutionnellement gardienne de la liberté individuelle, se devait de dégager[403], il s'ensuit que l'étranger maintenu en zone d'attente doit impérativement, et de ce seul fait, être remis en liberté dès l'expiration du délai de 48 heures, sans qu'il y ait lieu à une conduite et à une présentation ultérieure devant le juge d'appel, lequel, dessaisi, se trouve démuni de tout pouvoir décisionnel et ne peut, tout au plus, qu'éventuellement se borner à ***constater*** - outre son dessaisissement - la fin du maintien en zone d'attente.

391 *bis*. Rappelant que l'absence de décision du juge d'appel dans le délai entraîne, à compter de l'expiration de ce délai, la caducité de la décision déférée de maintien en zone d'attente, la deuxième chambre civile a ainsi jugé, par un arrêt du 19 juin 2003, que l'ordonnance d'un premier président, après avoir retenu que le délai pour statuer était expiré et que la juridiction était dessaisie, **a pu constater, sans se prononcer sur le maintien** en zone d'attente, que l'expiration dudit délai entraînait la caducité de cette mesure[403*bis*].

SECTION IV - Les convocations à l'audience d'appel

A - Les procédures de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945

391. Rappelant qu'en cas d'appel contre l'ordonnance prolongeant la rétention, le **greffier de la cour d'appel** informe par tous moyens les autres personnes qui auraient eu qualité pour faire appel et leur fait connaître la date de l'audience, un arrêt du 28 mars 1996 a censuré, pour manque de base légale au regard de l'article 10 du décret du 12 novembre 1991, un premier président qui avait autorisé le maintien en rétention d'un étranger, alors qu'il ne résultait pas des mentions de

---

[402] 2e Civ., 27 sept. 2001, Bull., II, n° 145, p. 99, Ministre de l'Intérieur et préfet de la Seine-Saint-Denis c/ M. Ghulam ; Rapp. C. Cass. 2001, p. 477 ; 27 sept. 2001, pourvoi n° 00-50.047, Ministre de l'Intérieur et préfet de la Seine-Saint-Denis c/ Mme Ikoma Bobina (inédit) ; *adde*, 2e Civ., 24 avr. 2003, Bull., II, n° 105, p. 90, Ministre de l'Intérieur c/ Mme Odette ; 2e Civ., 21 févr. 2002, pourvoi n° 00-50.090, Ministre de l'Intérieur et préfet de la Seine-Saint-Denis c/ Mlle Ndundu ; 23 sept. 2004, pourvoi n° 03-50.060, Ministre de l'Intérieur c/ préfet de la Seine-Saint-Denis (inédits).

[403] La 2e chambre civile a transposé cette règle en matière de maintien en rétention administrative, not. par un arrêt du 21 févr. 2002, Bull., II, n° 24, p. 21, M. Ben Ali c/ préfet de Police de Paris : v. *supra*, § 380 et s., et jurisp. cit.

[403*bis*] 2e Civ., 19 juin 2003, Bull., II, n° 199, p. 167, Ministre de l'Intérieur c/ M. X se disant Yann, préc.

l'ordonnance que l'intéressé avait été **régulièrement informé de la date de l'audience** [404].

De même, énonçant que le greffier de la cour d'appel fait connaître aux parties et au ministère public la date de l'audience au fond, un arrêt du 17 juin 1998 a cassé, pour violation de l'article 11 du décret susvisé, l'ordonnance rendue par un premier président infirmant la décision ayant assigné à résidence un étranger, sans avoir au préalable vérifié la **régularité de sa saisine**, alors qu'il ne résultait ni de l'ordonnance ni du dossier que l'intéressé avait été informé de la date de l'audience [405].

392. Un arrêt du 25 février 1998 avait déjà cassé l'ordonnance infirmative d'un premier président prolongeant le maintien en rétention d'un étranger, alors qu'il ne résultait pas de cette ordonnance que l'intéressé avait été informé de la date de l'audience et que l'**avis de cette date au seul avocat** de l'intéressé n'est pas de nature à remplacer l'avis devant être adressé à l'intéressé lui-même [406].

Il ne suffit donc pas d'informer l'avocat de l'étranger. Ce dernier doit aussi être personnellement avisé.

393. De plus, répondant au pourvoi d'un préfet qui faisait valoir que l'article 11 du décret du 12 novembre 1991 chargeait le **greffier** de la cour d'appel de faire connaître aux parties la date de l'audience au fond et que **l'omission de la convocation** de l'étranger ne lui était pas imputable et ne saurait lui préjudicier, un arrêt du 26 avril 2001 a précisé que l'absence de convocation d'une partie à l'audience portant atteinte au **droit fondamental de se défendre**, vicie la procédure et est **opposable à toutes les parties** [407].

Et alors que dans son pourvoi, **un préfet**, qui n'était pas présent ou représenté à l'audience d'appel, affirmait, à l'inverse, ne pas avoir été convoqué à celle-ci et que la preuve de sa convocation ne résultait pas des pièces du dossier, un arrêt du 15 novembre 2001 a censuré pour violation de l'article 16 du nouveau Code de procédure civile, selon lequel le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction, l'ordonnance rendue par un premier président infirmant la prolongation de la rétention d'un étranger sans que la **partie défenderesse (le préfet)** ait été informée de la date de l'audience [408].

---

[404] 2e Civ., 28 mars 1996, pourvoi n° 95-50.057, M. Luvungo Nzozelo c/ préfet des Hauts-de-Seine (inédit).

[405] 2e Civ., 17 juin 1998, Bull., II, n° 195, p. 115, M. Gungor c/ préfet de Seine-Saint-Denis ; *adde*, Civ. 2, 22 mai 2003, pourvoi n° 02-50.020, M. Hemissi c/ préfet de Meurthe-et-Moselle (inédit).

[406] 2e Civ., 25 févr. 1998, Bull., II, n° 58, p. 36, M. N'Dofunsu c/ préfet de la Moselle.

[407] 2e Civ., 26 avril 2001, pourvoi n° 00-50.016, Préfet d'Eure-et-Loir c/ M. Lakli, préc. (inédit).

[408] 2e Civ., 15 nov. 2001, pourvoi n° 00-50.068, Préfet de la Seine-Saint-Denis c/ M. Tadic (inédit) ; *adde*, Civ. 2, 22 mai 2003, pourvoi n° 02-50.031, Préfet de la Meuse c/ procureur général près la cour d'appel de Paris et M. Ndiaye (inédit).- **Aucun texte n'impose**, en revanche,

394. Par ailleurs, la deuxième chambre civile, d'abord par un arrêt du 23 septembre 1999, puis de nouveau par un arrêt du 24 avril 2003, a comblé une regrettable lacune des textes, en décidant que **l'avocat de l'étranger** maintenu en rétention **doit être avisé de l'audience d'appel** comme l'étranger lui-même[(409)]. Ces arrêts ont cassé, pour violation des articles 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, 3, 4 et 11 du décret du 12 novembre 1991 et du **principe du respect des droits de la défense,** des ordonnances de maintien en rétention rendues par des premiers présidents, qui ne mentionnaient pas que l'avocat de l'étranger, qui l'avait assisté en première instance, avait été présent à l'audience, ou dûment avisé de celle-ci.

Et alors qu'il ne résultait ni de l'ordonnance mentionnant l'absence de l'étranger ni des pièces de la procédure que l'avocat de l'étranger, qui l'avait assisté en première instance, ainsi que l'étranger lui-même, avaient été dûment avisés de l'audience d'appel, la première chambre civile a de nouveau rappelé, par un arrêt du 4 juillet 2006, que **l'étranger maintenu en rétention, ainsi que son conseil, doivent être avisés de l'audience d'appel**[(409)*bis)*], la cassation intervenant, cette fois-ci, au visa tant de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, devenu les articles **L. 551-1 et suivants** du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, ensemble le principe du respect des droits de la défense, que des **articles 3 et 10 du décret n° 2004-1215 du 17 novembre 2004**, texte applicable qui a regrettablement réitéré, en ce qui concerne l'avis à l'avocat, la carence textuelle précitée...[(409)*ter)*].

395. Cette double exigence de la convocation de l'étranger et de son conseil à l'audience d'appel avait également été consacrée par un arrêt du 20 janvier 2000, qui a en outre fait porter le **contrôle** de la Cour de cassation **sur la régularité de la convocation**[(410)].

Cet arrêt, rendu au double visa de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 et du principe du respect des droits de la défense, a en effet censuré l'ordonnance d'un premier président annulant une assignation à résidence, qui énonçait que l'étranger, non comparant, avait été régulièrement convoqué par un **télégramme téléphoné**, alors que ledit télégramme téléphoné

à l'étranger, appelant d'une ordonnance statuant sur son maintien en rétention, d'adresser au préfet une **copie de son acte et de ses moyens d'appel** : v. *supra*, § 367.2.

[(409)] 2e Civ., 23 sept. 1999, Bull., II, n° 142, p. 101, M. Chenouf c/ préfet des Yvelines ; *adde*, 2e Civ., 24 avr. 2003, Bull.,, II, n° 109, p. 93, M. Coulibaly c/ préfet de Police de Paris ; 2e Civ., 22 mai 2003, pourvoi n° 02-50-013, Mme Barkhallah c/ Préfet des Hauts-de-Seine (inédit).

[(409)*bis)*] Civ. 1ère, 4 juill. 2006, à paraître au Bull., I, n° ?, p. ?, pourvoi n° 05-10.879, M. Mengüc c/ préfet d'Ille-et-Vilaine et procureur général près la cour d'appel de Rennes.

[(409)*ter)*] V., S. TRASSOUDAINE, *Les principales modifications résultant du décret n° 2004-1215 du 17 novembre 2004 fixant certaines modalités d'application des articles 35 bis et 35 quater de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, Bull. inf. C. cass. 2005 n° 612 du 1er févr. 2005.

[(410)] 2e Civ., 20 janv. 2000, pourvoi n° 99-50.019, M. Kamèche c/ préfet des Hauts-de-Seine (inédit).

figurant au dossier était adressé au fils de l'étranger retenu, et qu'il ne résultait pas de la procédure que le conseil de l'étranger avait été convoqué.

396. Soucieuse d'assurer **l'effectivité des droits de la défense**, la Cour de cassation, par un arrêt du 10 mai 2001, qui, lui aussi, affirme la double exigence de la **convocation de l'étranger et de son conseil**, fait enfin porter son **contrôle** sur le caractère suffisant ou non du **délai la séparant de l'audience**, et en sanctionne l'éventuelle **tardiveté** [411].

Cet arrêt, rendu au visa des articles 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, 10, 11 et 18 du décret du 12 novembre 1991 et 642 du nouveau Code de procédure civile, ensemble le **principe du respect des droits de la défense**, a censuré l'ordonnance rendue par un premier président qui, pour ordonner la prolongation du maintien en rétention d'un étranger, avait retenu que, sur l'appel du préfet formé le vendredi à 17 heures 43, les parties avaient été régulièrement avisées et qu'il n'y avait **pas lieu de faire droit à la demande de renvoi formée** par le conseil de l'étranger, alors que l'intéressé n'avait été avisé à son domicile, à Nice, de l'audience fixée au lundi à 11 heures, que le jour même, à 9 heures, et que du fait de cette **convocation tardive**, il avait été mis dans l'**impossibilité de comparaître** au siège de la juridiction d'appel, à Aix-en-Provence, **et d'y faire assurer sa défense** par l'avocat du barreau de Nice qui l'avait assisté devant le juge délégué, et qu'en outre, le renvoi était possible jusqu'à 17 heures 43, le délai expirant normalement un dimanche étant prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant, à la même heure.

Par un arrêt du 10 juin 2004, la deuxième chambre civile a de même décidé que, **l'avocat**, dont un étranger maintenu en rétention avait demandé à être assisté en appel, ayant été convoqué pour l'audience à **10 heures 45**, par télécopie envoyée le même jour à **10 heures 40 à son cabinet**, viole les articles 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 et 11 du décret du 12 novembre 1991, ensemble le **principe du respect des droits de la défense**, un premier président qui, constatant que l'étranger **n'était pas assisté de son conseil à l'audience**, bien que régulièrement avisé, ordonne la prolongation de la rétention de l'intéressé, alors que son avocat, du fait de sa **convocation tardive**, avait été mis dans l'**impossibilité de se présenter à l'audience** [411*bis*].

397. En revanche, alors qu'il ne résultait ni de l'ordonnance du juge délégué ni des pièces de la procédure que l'étranger avait été assisté, en première instance, d'un avocat, un arrêt du 14 mars 2002 a jugé qu'ayant relevé que les **recherches entreprises par les services de police** pour remettre à l'étranger la convocation à l'audience d'appel étaient restées **infructueuses** malgré une **enquête effectuée à l'adresse présentée comme étant la sienne et dans le voisinage**, le premier président avait pu en déduire que l'intéressé avait été **régulièrement convoqué** [412]. Exerçant ainsi son **contrôle**, la deuxième chambre civile a, en conséquence, rejeté le pourvoi, pris de la violation des articles 16 du nouveau Code de procédure civile et 6 de la Convention européenne de

---

[411] 2e Civ., 10 mai 2001, pourvoi n° 99-50.104, M. Rabbah c/ préfet des Alpes Maritimes (inédit).

[411*bis*] 2e Civ., 10 juin 2004, Bull., II, n° 282, p. 239, M. Ramdane c/ Préfet de la Haute-Savoie.

[412] 2e Civ., 14 mars 2002 (1er moy.), Bull., II, n° 44, p. 37, M. Madi c/ préfet du Nord, préc.

sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, par lequel l'intéressé soutenait que ni lui ni les deux avocats qui l'avaient assisté en première instance n'avaient été régulièrement convoqués à l'audience d'appel et que s'était simplement présenté à son domicile, la veille au soir, un agent auxiliaire de police qui avait déposé "sous sa porte" une **convocation pour aller au commissariat** et non à la cour d'appel, qu'il n'était pas "logique" que ce soit la police qui l'ait convoqué alors que le greffe de la cour d'appel aurait pu le faire, qu'il n'avait pas eu connaissance de l'appel et n'avait pu ni comparaître ni se faire représenter.

398. Par ailleurs, un arrêt du 17 juin 1998 a jugé qu'un étranger ayant interjeté appel de l'ordonnance prolongeant son maintien en rétention n'est pas recevable à se prévaloir de ce que le **préfet** n'aurait **pas été informé de son appel et de la date de l'audience** (et convoqué à celle-ci) [413].

B - Les procédures de l'article 35 *quater* de l'ordonnance du 2 novembre 1945

399. Ces règles s'imposent aussi au premier président qui statue sur le fondement de l'article 35 *quater* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 en matière de maintien d'un étranger en zone d'attente.

C'est ainsi que par un arrêt du 3 juin 2004, la deuxième chambre civile a décidé que **l'étranger** maintenu en zone d'attente, ainsi que **son avocat** doivent être **avisés de l'audience d'appel** [413] *bis)*. Cet arrêt a cassé pour violation des articles 35 *quater* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 et 10 du décret du 15 novembre 1992 - texte aux termes duquel le greffier de la cour d'appel informe par tous moyens les autres personnes qui auraient eu qualité pour faire appel et leur fait connaître la date de l'audience -, ainsi que du **principe du respect des droits de la défense**, l'ordonnance de renouvellement, à titre exceptionnel, pour une nouvelle durée de 8 jours, du maintien d'un étranger en zone d'attente, alors qu'il ne résultait ni de l'ordonnance infirmative attaquée ni des pièces de la procédure, que l'intéressé et son **avocat, qui l'avait assisté**, devant le premier juge et en appel, **au cours de l'instance précédente** ayant autorisé son maintien en zone d'attente, aient été dûment avisés de l'audience.

400. Mais, au visa des articles 35 *quater* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 et 11 du décret du 15 décembre 1992, la deuxième chambre civile avait, en revanche, censuré pour **excès de pouvoirs** le premier président ayant **radié une affaire du rôle** au motif que l'étranger, qui n'était ni présent à l'audience, ni représenté, n'avait pas été avisé de celle-ci, alors qu'il appartenait à ce magistrat de **statuer** dans les 48 heures de sa saisine **après avoir fait convoquer l'intéressé par tous moyens à sa dernière adresse connue ou déclarée** [414].

---

[413] 2e Civ., 17 juin 1998, Bull., II, n° 196, p. 116, M. Nlandu c/ préfet de l'Essonne. Rappr., *supra*, § 367.2.

[413]*bis)* 2e Civ., 3 juin 2004, pourvoi n° 03-50.018, M. Sulaimanov c/ Ministre de l'Intérieur (inédit).

[414] 2e Civ., 29 nov. 2001, Bull., II, n° 178, p. 123, Ministre de l'Intérieur c/ M. Barry ; 2e Civ., 23 janv. 2003, Bull., II, n° 12, p. 9, Ministre de l'Intérieur c/ M. Bah Usmane *; adde*, nombreux arrêts identiques rendus les 29 nov. 2001, 11 avr.,11 juill., 24 oct.. 2002 et 23 janv. 2003

401. L'**absence de convocation de l'étranger** par le greffe de la cour d'appel ne saurait donc autoriser la **radiation de l'affaire du rôle**.

Lorsqu'il constate que l'étranger, absent à l'audience d'appel, n'a pas été régulièrement convoqué, le premier président doit, si les délais le permettent encore, le faire convoquer par tous moyens. En revanche, si l'expiration du délai de 48 heures est imminente, le premier président doit tirer les conséquences de cette atteinte au **droit fondamental de se défendre**, en refusant, au visa du **principe du respect des droits de la défense**, d'ordonner la prolongation du maintien de l'étranger en zone d'attente.

Il est à noter que l'étranger, dont un juge délégué n'a pas autorisé la prolongation du maintien en zone d'attente, ne dispose pas nécessairement d'une **adresse connue** sur le territoire national. De plus, l'article 35 *quater* **VI** de l'ordonnance du 2 novembre 1945 se borne à prévoir que "*si le maintien en zone d'attente n'est pas prolongé au terme du délai fixé par la dernière décision de maintien, l'étranger est autorisé à entrer sur le territoire français sous le couvert d'un* ***visa de régularisation de 8 jours***" et qu'"*il devra avoir quitté ce territoire à l'expiration de ce délai, sauf s'il obtient une autorisation provisoire de séjour ou un récépissé de demande de carte de séjour*", de sorte que rien, jusque-là, n'oblige l'étranger à faire connaître un lieu de résidence.

Devant ce regrettable silence des textes, il apparaît qu'il serait particulièrement utile d'inviter l'étranger, au moment de sa mise en liberté, à faire une **élection de domicile**, au besoin au lieu de la zone d'attente ou dans les locaux de la Police de l'air et des frontières, ce qui serait de nature à faciliter l'accomplissement des formalités de convocation à l'audience d'appel. C'est, en tout cas, le sens qui doit être donné à la notion d'adresse "déclarée", mentionnée dans les arrêts du 29 novembre 2001 précités.

SECTION V : La présence et l'audition des parties et de leurs avocats à l'audience d'appel

402. L'article 11, alinéa 2, du décret du 12 novembre 1991 dispose que "*le préfet et, à Paris, le préfet de police, l'avocat de l'étranger et l'étranger lui-même* ***peuvent demander à être entendus à l'audience***".

403. S'agissant d'une **simple faculté** ouverte aux parties qui en font la demande expresse, il ne résulte **pas** de ces dispositions que la **présence de l'étranger**, ou de son avocat, à l'audience d'appel soit **obligatoire**.

404. **L'effectivité** de cette prescription réglementaire, qui participe des droits de la défense voire du procès équitable, **doit** cependant **être assurée.**

Aussi, **l'exemption** de cette obligation ne peut être exceptionnellement admise **qu'en cas**

(inédits).

de caractérisation d'un obstacle insurmontable à la présence de l'étranger maintenu en rétention qui a demandé à être personnellement entendu à l'audience, ou de l'avocat commis d'office dont il a expressément demandé l'assistance.

404.1. La deuxième chambre civile a ainsi jugé, par un arrêt du 7 mai 2003, que ne donne pas de base légale à sa décision le premier président qui, **sans caractériser un obstacle insurmontable** ayant empêché **l'étranger, qui avait demandé à comparaître**, d'être entendu à l'audience d'appel **dans le délai imparti pour statuer**, se borne, pour confirmer la prolongation du maintien en rétention de l'intéressé sans l'avoir entendu, à relever que celui-ci n'était pas présent à l'audience et qu'une télécopie émanant du centre de rétention, reçue le jour de l'audience, avait informé le greffe qu'il ne pouvait être présenté en raison d'une **grève** empêchant les policiers d'accéder au centre[(414)*bis*].

404.2. Et la première chambre civile a pareillement décidé, par un arrêt du 6 juillet 2005, que viole l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, devenu les articles L. 551-1 et suivants du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, ensemble le principe **du respect des droits de la défense**, le premier président qui, **sans caractériser un obstacle insurmontable à l'assistance d'un avocat commis d'office, demandée par l'étranger** dans sa déclaration d'appel, et alors que le délai pour statuer sur l'appel n'expirait que le lendemain de l'audience, à 12 heures, avait retenu, pour confirmer la prolongation du maintien en rétention, que l'intéressé avait été entendu en ses explications, en **l'absence de l'avocat de permanence**, dûment avisé par télécopie envoyée aux services de l'Ordre des avocats la veille de l'audience d'appel, à 17 heures 26[(414)*ter*].

404.3. Viole encore, par fausse application, les articles 10, alinéas 2 et 4, du décret n° 2004-1215 du 17 novembre 2004 et L. 552-9 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, ensemble le principe du **respect des droits de la défense**, le premier président qui **annule la procédure** et dit n'y avoir lieu à maintien en rétention administrative d'un étranger, par suite de sa **non-présentation à l'audience d'appel,** à 9 heures, **par l'administration**, en dépit d'instructions données la veille, vers 17 heures, au centre de rétention, **sans caractériser un obstacle insurmontable** empêchant l'intéressé, qui avait formé sa **demande en temps utile**, d'être entendu à l'audience d'appel, **au besoin en le faisant convoquer à nouveau, dans le délai imparti pour statuer**, qui n'expirait que le lendemain[(414)*quater*].

Il en résulte que le premier président doit, **si les délais le permettent encore**, faire de nouveau convoquer l'étranger qui a demandé, en temps utile, à être entendu à l'audience d'appel, pour qu'il puisse utilement comparaître. Il en sera spécialement ainsi, lorsque comme, dans le cas d'espèce précité, c'est devant la **juridiction administrative** chargée de statuer**, à la même heure**, sur le recours de l'étranger contre la décision d'éloignement, que l'administration a choisi de le

---

(414)*bis* 2e Civ., 7 mai 2003, Bull.,, II, n° 135, p. 116, M. Ouerhani c/ préfet du Vaucluse.

(414)*ter* Civ. 1ère, 6 juill. 2005, Bull., I, n° 311, p. 260, M. Selmoune c/ préfet des Yvelines.

(414)*quater* Civ. 1ère, 20 juin 2006, à paraître au Bull., I, n° ?, p. ?, pourvoi n° 05-18.776, Préfet de Police de Paris c/ M. Rangers.

faire conduire prioritairement [414]*quinquies)*.

404.4. Mais, rejetant le moyen de cassation par lequel un étranger faisait valoir qu'étant **convoqué le même jour, à la même heure devant le tribunal administratif et devant la cour d'appel**, il appartenait au premier président de renvoyer son affaire, la concomitance des deux audiences et leur éloignement géographique constituant un cas de force majeure, la première chambre civile a, en revanche, jugé par un arrêt du 17 janvier 2006, que la **demande d'audition n'étant qu'une faculté ouverte aux parties, qui en font la demande expresse**, et un ressortissant étranger n'ayant **pas formulé une telle demande dans l'acte d'appel**, mais à l'audience par l'intermédiaire de son avocat, **une heure avant l'expiration du délai de 48 heures** imparti au premier président pour statuer, **caractérise un obstacle insurmontable ayant empêché l'étranger d'être entendu à l'audience d'appel** dans le délai imparti pour se prononcer sur son maintien en rétention et **ne méconnaît pas le principe de la contradiction**, l'ordonnance qui retient que l'avocat de l'intéressé, bien que régulièrement convoqué, avait demandé le renvoi de la cause à une **date non compatible** avec les délais légaux pour statuer [415]*sexies)*.

Dès lors qu'il ressortait des pièces de la procédure que **dans sa déclaration d'appel**, un étranger n'avait **pas formé de demande** pour être mis en mesure **d'être entendu à l'audience d'appel** et que ce n'était qu'à cette audience, soit **1 heure 45 avant** l'expiration du délai de 48 heures imparti au premier président pour statuer, qu'il avait sollicité, par l'intermédiaire de son conseil, le bénéfice de cette **faculté** prévue par l'article 11, alinéa 2, du décret du 12 novembre 1991, alors applicable, un arrêt de la première chambre civile du 4 octobre 2005 avait déjà pareillement jugé qu'en retenant que les **délais de route** entre le centre de rétention et la cour d'appel étaient **incompatibles** avec le respect du délai impératif précité, le premier président, qui avait caractérisé un **obstacle insurmontable** empêchant l'étranger, qui n'avait **pas formé sa demande en temps utile**, d'être entendu à l'audience d'appel, avait ainsi justifié sa décision confirmant la prolongation du maintien en rétention de l'intéressé [414]*septies)*.

405. De la même façon, tout comme en première instance [415], la **présence du préfet** n'est **pas obligatoire en cause d'appel**.

406. Ainsi, un arrêt du 28 février 1996 a cassé l'ordonnance d'un premier président qui s'était fondé sur l'absence à l'audience du préfet ou de son représentant, alors que la **présence du préfet**

---

[414]*quinquies)* V. § 401, sur l'office - similaire - du juge en cas d'absence de convocation de l'étranger maintenu en zone d'attente.

[415]*sexies)* Civ. 1ère, 17 janv. 2006, Bull. 2006, I, n° 21, p. 20, M. Sajid c/ préfet de la Savoie, préc.

[414]*septies)* Civ. 1ère, 4 oct. 2005, pourvoi n° 04-50.123, M. Kuwetli c/ préfet de la Moselle ; pourvoi n° 04-50.124, M. Sener c/ préfet de la Moselle (inédits).

[415] V. *supra* § 347, et jurisp. cit.

n'est **pas obligatoire** [416].

407. Un arrêt du 23 septembre 1998 est venu préciser que lorsque la **déclaration d'appel d'un préfet** est **motivée**, il appartient au premier président, **même en l'absence du préfet** ou de son représentant pour soutenir l'appel, de **répondre aux moyens** qui y figurent [417].

Un arrêt du 21 octobre 1999 a, par les mêmes motifs, censuré l'ordonnance d'un premier président qui avait retenu que l'absence à l'audience de la préfecture de Police ne lui permettait pas d'apprécier la pertinence des moyens qu'elle alléguait [418].

408.1. Et ni les dispositions de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, ni celles du décret du 19 novembre 1991, pris pour son application, n'imposent au préfet de **communiquer ses observations en défense avant l'audience**, de sorte que l'étranger n'établissant pas qu'il n'a pas été en mesure de consulter les pièces du dossier mis à sa disposition au greffe de la cour d'appel, c'est sans violer les dispositions de l'article 16 du nouveau Code de procédure civile ni méconnaître le droit à un procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que le premier président d'une cour d'appel **statue** sur la rétention de l'intéressé **au vu des observations écrites du préfet** [419]*bis*.

408.2. Mais il sera rappelé que, pareillement, **aucun texte n'impose à l'étranger**, appelant d'une ordonnance statuant sur son maintien en rétention, **d'adresser au préfet une copie de son acte et de ses moyens d'appel**, et que viole, en conséquence, en ajoutant à la loi une condition qu'elle ne prévoit pas, les articles 9 et 11 du décret n° 91-1164 du 12 novembre 1991, alors applicable, ensemble l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, ainsi que, par **fausse application, l'article 16 du nouveau Code de procédure civile**, le premier président d'une cour d'appel qui, pour déclarer irrecevable l'appel d'une ordonnance de prolongation du maintien en rétention d'un étranger, formé **par télécopie adressée au greffe** de la cour d'appel, retient, au visa du dernier des textes précités, que le préfet a déposé un mémoire indiquant qu'il n'a pas eu connaissance de la déclaration d'appel, que le conseil de l'étranger confirme à l'audience ne pas lui avoir adressé son mémoire d'appel et que l'étranger n'a pas mis le préfet, absent de l'audience, en mesure de répondre aux moyens soulevés par lui, alors que le préfet, **régulièrement convoqué** à l'audience d'appel, **pouvait consulter les pièces au greffe** avant l'ouverture des débats **et demander à être entendu** [418]*ter*.

---

[416] 2e Civ., 28 févr. 1996, pourvoi n° 95-50.002, Préfet du Val-de-Marne c/ M. Ait Allouache (inédit).

[417] 2e Civ., 23 sept. 1998, Bull., II, n° 243, p. 145, Préfet de l'Essonne c/ M. Docky.

[418] 2e Civ., 21 oct. 1999, pourvoi n° 98-50.032, Préfet de Police de Paris c/ M. Wang (inédit).

[419]*bis* 2e Civ., 13 janv. 2005, Bull., II, n° 6, p. 5, M. X... (Pedrac Marincic) c/ préfet du Pas-de-Calais, préc.

[418]*ter* Civ. 1ère, 18 mai 2005, à paraître au Bull., I, pourvoi n° 04-50.051, M. Aktas c/ préfet du Morbihan, préc. ; Civ. 1ère, 6 déc. 2005, pourvoi n° 04-50.116, M. N'Daye c/ préfet de la Loire-Atlantique, préc. (inédit) ; v. *supra*, § 367.2.

408. L'absence du préfet à l'audience d'appel, à laquelle il a été régulièrement convoqué, ne saurait donc avoir pour effet de le **dispenser de justifier**, au soutien d'une demande de prolongation de la rétention d'un étranger, **des diligences qui lui incombent** pour exécuter la mesure d'éloignement [(419)].

SECTION VI : L'effet dévolutif de l'appel

409. Lorsqu'il statue sur la contestation d'un étranger portant sur l'absence de preuve de la **délégation de signature du signataire de la requête** en prolongation du maintien en rétention, le premier président, qui est **saisi de l'entier litige par l'effet dévolutif de l'appel**, **doit** vérifier, **au vu des pièces produites en cause d'appel** par le préfet, l'existence de l'arrêté préfectoral donnant délégation de signature au signataire de la requête en prolongation du maintien en rétention de l'étranger.

Rendu au visa de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, devenu les articles L. 551-1 et suivants du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, ensemble l'article 2 du décret du 12 novembre 1991, alors applicable, et **l'article 561** du nouveau Code de procédure civile, un arrêt du 4 octobre 2005 a, en conséquence, cassé l'ordonnance d'un premier président qui se bornait à énoncer que seule l'annexion à la requête elle-même d'une copie de l'arrêté de délégation de signature et d'une justification de sa publication pouvait rendre cet arrêté et cette publication opposables à la personne dont la prolongation de la rétention était demandée et était de nature à établir que la délégation accordée par un arrêté antérieur était encore en vigueur à la date de la requête [(419)*bis*].

409.1. Selon **l'article 562, alinéa 2**, du nouveau code de procédure civile, *la dévolution s'opère pour le tout lorsque l'appel n'est pas limité à certains chefs, lorsqu'il tend à l'annulation du jugement ou si l'objet du litige est* ***indivisible****.*

A cet égard, il résulte d'un arrêt du 20 juin 2006, qu'en matière de maintien en rétention administrative, **l'objet du litige**, qui impose au juge de statuer sur l'une des mesures énumérées aux articles L. 552-1 et suivants du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, est **indivisible**, de sorte qu'en vertu de l'effet dévolutif de l'appel, fût-il interjeté par le procureur de la République à l'encontre d'une ordonnance de refus de prolongation de la rétention, **tous les points du litige soumis au premier juge**, et en particulier toutes les demandes d'annulation de la procédure formulées en première instance par l'étranger, **sont déférés à la connaissance de**

[(419)] 2e Civ., 30 nov. 2000, Bull., II, n° 158, p. 113, Préfet d'Eure-et-Loir c/ M. Moldovan, préc. ; *adde*, Civ. 2, 7 juin 2001, pourvoi n° 00-50.033, Procureur général près la cour d'appel de Versailles c/ préfet des Yvelines et M. Chettouh (inédits) ; v. *supra* § 238 et 239.

[(419)*bis*] Civ. 1ère, 4 oct. 2005, pourvoi n° 04-50.096, Préfet de la Gironde c/ Mme Olomu ; pourvoi n° 04-50.097, Préfet de la Gironde c/ Mme Mesu, préc. (inédits) ; v. *supra*, § 25.1.

la juridiction d'appel, à laquelle il revient de statuer à nouveau [(419)*ter)*].

410. Saisi d'un appel contre une ordonnance rendue en première instance sur le fondement de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, le premier président **qui l'annule**, a, en vertu de l'**effet dévolutif de l'appel**, et sans que soient violés les **droits de la défense**, le pouvoir de statuer sur la demande [(420)].

Il peut donc statuer par voie d'**évocation**.

411. C'est aussi en application de l'effet dévolutif de l'appel que, par un arrêt du 18 septembre 1996, la deuxième chambre civile a censuré, pour fausse application de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 ensemble l'article 561 du nouveau Code de procédure civile, un premier président qui, pour **infirmer l'assignation à résidence** décidée par le président d'un tribunal de grande instance et dire que cette infirmation n'avait pas pour effet de permettre la rétention de l'étranger, énonçait que cette infirmation n'était pas susceptible de faire revivre la mesure de rétention qui n'avait pas été ordonnée dans les délais [(421)].

412. C'est encore en rappelant que le juge saisi d'une demande de prolongation du maintien en rétention d'un étranger dans des locaux ne relevant pas de l'administration pénitentiaire doit statuer sur l'une des mesures énumérées à l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, que la deuxième chambre civile, par un arrêt du 11 octobre 2002 rendu au double visa de ce texte et de l'**article 561** du nouveau Code de procédure civile, a cassé l'ordonnance d'un premier président qui, **sans prononcer aucune mesure**, s'était **borné à infirmer** la décision du premier juge disant n'y avoir lieu à mesure de surveillance et de contrôle, l'intéressé justifiant de la protection prévue par l'**article 25-5°** de l'ordonnance du 2 novembre 1945 en tant que parent d'un enfant français sur lequel il exerçait l'autorité parentale [(422)].

413. Un arrêt du 9 octobre 1996 a jugé qu'un premier président, saisi d'un appel tendant à la nullité de la procédure antérieure, qui avait **annulé la procédure de première instance**, avait l'obligation, en application de l'article 562, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile, une fois la nullité constatée, de **statuer sur le fond** [(423)].

[(419)*ter)*] Civ. 1ère, 20 juin 2006, à paraître au Bull., I, n° ?, p. ?, pourvoi n° 04-50.161, M. Wang c/ Procureur de la République près le tribunal de grande instance de Paris et Préfet de Police de Paris.

[(420)] 2e Civ., 31 janv. 1985, Bull., II, n° 25, p. 16, M. Ys, alias Yosri c/ préfet, commissaire de la République du Maine-et-Loire.

[(421)] 2e Civ., 18 sept. 1996, Bull., II, n° 214, p. 132, Préfet de Police de Paris c/ M. Ould, préc. ; v. *supra* § 228.

[(422)] 2e Civ., 10 oct. 2002, pourvoi n° 01-50.055, M. Saadeddine c/ préfet de Police de Paris, préc. (inédits) ; v. *supra*, § 231.

[(423)] 2e Civ., 9 oct. 1996, Bull., II, n° 228, p. 140, M. Ganesh c/ préfet de la Seine-Saint-Denis, préc. ; v. *supra*, § 230.

414. Par ailleurs, deux arrêts rendus le 27 novembre 1996 ont censuré, au visa notamment de l'article 561 du nouveau Code de procédure civile relatif à l'**effet dévolutif de l'appel**, un premier président qui, pour déclarer sans objet l'appel interjeté par un étranger, retenait que la saisine de l'autorité judiciaire au titre de l'article 35 *quater* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 est limitée à l'autorisation de maintenir la personne étrangère en zone d'attente, et que **l'intéressé** - qui avait été embarqué le jour même de son appel dans un avion à destination d'un pays étranger -, **avait quitté le territoire français**, alors que le délai de maintien en zone d'attente n'était pas expiré au moment où il statuait [(424)].

C'est encore en rappelant que le premier président **doit se prononcer** sur l'appel de l'ordonnance statuant sur le maintien en zone d'attente **tant que le délai fixé par la loi pour le maintien dans cette zone n'est pas expiré**, que par un arrêt du 22 mars 2005, la première chambre civile a censuré, pour **excès de pouvoir** et violation des articles 35 *quater* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 devenu L. 221-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, et 562, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile, ensemble 561 du même Code, un premier président qui, pour constater qu'il était hors délai pour statuer sur la demande de maintien en zone d'attente d'une étrangère et dire, en conséquence, qu'il n'y avait pas lieu à prolongation de ce maintien, avait retenu que "le délai de 96 heures dans lequel le premier juge devait statuer" était expiré, alors que le délai de maintien en zone d'attente n'était pas expiré au moment où le premier président statuait, et que saisi d'un **appel tendant à la nullité de la procédure antérieure**, il avait l'**obligation**, une fois la nullité constatée, **de statuer au fond** [(424)*bis)*].

415. Enfin, la Cour de cassation a, à plusieurs reprises, jugé qu'un premier président, saisi de l'entier litige par **l'effet dévolutif de l'appel**, était tenu de statuer **sur le fond, quelle que fût sa décision sur l'exception de nullité** qui avait été soulevée **contre l'ordonnance** rendue par le premier juge ayant prolongé la rétention d'un étranger.

Par un arrêt du 6 mai 1997 déclarant **inopérant le moyen de cassation** proposé, la deuxième chambre civile l'a, tout d'abord, jugé à propos de l'**absence d'un avocat** pour assister l'étranger en première instance [(425)] ;

[(424)] 2e Civ., 27 nov. 1996, Bull., II, n° 263, p. 159, M. Bushra c/ Procureur général près la cour d'appel de Paris et préfet de Police de Paris, préc. ; 27 nov. 1996, Bull.,,II, n° 263, p. 160, M. Biliu c/ Procureur général près la cour d'appel de Paris, préc., V. *supra*, § 231 et 233.

Est en revanche **irrecevable**, comme étant **sans objet**, **une requête formée sur le fondement de l'article 13 du décret n° 2004-1215 du 17 novembre 2004,** tendant à ce qu'il soit mis fin à la rétention administrative d'un étranger **présentée postérieurement à son embarquement** à bord d'un avion, qui **met fin au maintien en rétention** : v. *supra*, § 260.2.

[(424)*bis)*] Civ. 1ère, 22 mars 2005, pourvoi n° 04-50.049, Préfet de la Seine-Saint-Denis c/ Mme Okhiokpamvonyi et Ministre de l'Intérieur, préc. (inédit).

[(425)] 2e Civ., 6 mai 1997, pourvoi n° 95-50.094, M. Budak c/ préfet du Bas-Rhin et procureur général près la cour d'appel de Colmar (inédits). - Sur l'absence d'assistance, en première

ensuite, par un arrêt du 29 mars 2001, s'agissant du moyen de nullité de l'ordonnance du juge délégué pris du **non-respect du principe d'un débat contradictoire et public et des droits de la défense**, ainsi que de la violation du principe du **procès équitable** posé par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [(426)] ;

puis, par les arrêts des 11 juillet 2002 et 4 novembre 2004, s'agissant du moyen de nullité pris de l'absence de preuve de l'**avis donné au procureur de la République,** en application de l'article 3 du décret n° 91-1164 du 12 novembre 1991, quant à la **date d'audience du président** du tribunal de grande instance [(426)*bis)* ;

et encore, par un arrêt du 13 janvier 2005, s'agissant du moyen de nullité pris de la violation des dispositions de **l'article 6 de la Convention européenne** de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le juge des libertés ayant, selon le moyen, siégé dans la commission d'expulsion ayant eu à donner son avis au préfet sur la mesure d'expulsion dont l'intéressé avait fait l'objet [(426)*ter)* ;

et enfin, par un arrêt du 20 juin 2006, s'agissant de **l'absence d'un interprète** pour assister l'étranger devant le juge des libertés et de la détention [(426)*quater)*.

SECTION VII : Le désistement et la nullité de l'appel

415 *bis*. Aux termes de l'article 400 du nouveau Code de procédure civile, le **désistement d'appel** est admis en toutes matières, sauf dispositions contraires.

Dès lors, excède ses pouvoirs et viole l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, ensemble les articles 401 et 403 du nouveau Code de procédure civile, le premier président d'une cour d'appel qui, alors qu'il constate que le **préfet, appelant, se désiste de sa demande** de prolongation de la mesure de maintien en rétention administrative d'un étranger, de sorte que le préfet se **désiste de son appel**, **se prononce sur les exceptions de procédure** accueillies en

---

instance, de l'étranger par un avocat en raison de mouvements de grève des barreaux, v. *supra* § 341 et 342, et jurisp. cit.

(426) 2e Civ., 29 mars 2001, pourvoi n° 00-50.003, M. Sylla c/ préfet de la Gironde, préc.(inédit).

(426)*bis)* 2e Civ., 11 juill. 2002 (3e moy.), pourvoi n° 01-50.038, M. Ungurean c/ préfet du Val-de-Marne, préc. ; 4 nov. 2004 (1er moy.), pourvoi n° 03-50.005, M. Kherez c/ préfet de la Seine-Saint-Denis (inédits) ; v. *supra*, § 332.

(426)*ter)* 2e Civ., 13 janv. 2005, Bull., II, n° 6, p. 5, M. X... (Pedrac Marincic) c/ préfet du Pas-de-Calais, préc.

(426)*quater)* Civ. 1ère, 20 juin 2006, pourvoi n° 04-50.153, M. Kavak c/ préfet de l'Oise, préc. (inédit) ; *adde*, *supra*, § 346 *ter*.

première instance, relatives à la régularité du placement en rétention administrative et de la requête ayant saisi le juge d'une demande de prolongation de cette mesure, puis donne acte aux parties de ce désistement et constate que "l'ordonnance entreprise sort ses entiers effets en ce qu'elle a dit n'y avoir lieu à cette prolongation de rétention" [(426)*quinquies*].

415 *ter.* Si les **exceptions de nullité fondées sur l'inobservation des règles de fond relatives aux actes de procédure** doivent être relevées **d'office** lorsqu'elles ont un **caractère d'ordre public**, la première chambre civile a cassé, et annulé par voie de retranchement, des ordonnances qui, pour déclarer nul l'appel formé par un préfet, avaient retenu que le maintien de l'étranger à la disposition de la justice n'avait pas de fondement, qu'il convenait de constater que cette situation constituait une violation grave des droits de la personne retenue sans titre et qu'elle entachait l'appel d'une cause de nullité absolue, alors qu'en statuant par de tels **motifs impropres à caractériser une irrégularité de fond affectant la validité de l'acte d'appel**, le premier président qui avait ainsi relevé d'office et sans la soumettre à un débat contradictoire, une exception de **nullité non fondée sur l'inobservation de règles de fond relatives aux actes de la procédure présentant un caractère public**, avait violé les articles 117 et 120 du nouveau code de procédure civile, ensemble l'article 16 du même code [(426)*sexies*].

SECTION VIII : L'amende civile pour appel abusif

415 *quater*. L'article 559 du nouveau Code de procédure civile, selon lequel, en cas d'**appel** principal **dilatoire ou abusif**, l'appelant peut être condamné à une **amende civile**, reçoit normalement application dans le contentieux du maintien des étrangers en rétention ou en zone d'attente.

Une illustration en a été apportée par un arrêt du 7 octobre 2004, par lequel la deuxième chambre civile, exerçant classiquement son **contrôle sur le caractère abusif ou non de l'exercice du droit d'appel**, a toutefois censuré l'ordonnance du premier président d'une cour d'appel qui, pour condamner une ressortissante étrangère maintenue en zone d'attente à payer une **amende civile** sur le fondement du texte susvisé, pour **appel abusif**, s'était borné à retenir que l'intéressée avait poursuivi en cause d'appel une procédure sur le "mal fondé" de laquelle elle avait été suffisamment éclairée par les motifs de l'ordonnance attaquée [(426)*septies*].

Par un arrêt du 31 mai 2005, la première chambre civile a, de même, cassé par voie de **retranchement**, au double visa des articles 455 et 559 du nouveau Code de procédure civile, l'ordonnance d'un premier président qui avait condamné un étranger à une **amende civile sans**

---

(426)*quinquies)* 2e Civ., 23 oct. 2003, Bull., II, n° 321, p. 261, M. Duman c/ Préfet de Meurthe-et-Moselle.

(426)*sexies)* Civ. 1ère, 23 mai 2006, à paraître au Bull., I, n° ?, p. ?, pourvoi n° 05-14.860, Procureur général près la cour d'appel de Montpellier c/ M. Hadzovic et préfet de l'Hérault, préc. ; pourvoi n° 05-14.861, Procureur général près la cour d'appel de Montpellier c/ M. Adzovic et préfet de l'Hérault, préc. (inédit).

(426)*septies)* 2e Civ., 7 oct. 2004, Bull., II, n° 438, p. 372, Mme Abubakar c/ Ministre de l'Intérieur.

motiver cette décision et alors que l'exercice du droit d'appel sur le maintien en rétention ne révélait en l'espèce **aucun caractère abusif**[(426)*octies)*].

[(426)*octies)*] Civ. 1ère, 31 mai 2005 (5e moy.), pourvoi n° 04-50.032, M. Njanji c/ préfet de la Haute-Vienne, préc. (inédit).

CHAPITRE III : LE POURVOI EN CASSATION

SOUS-CHAPITRE I - LE POURVOI AVEC REPRÉSENTATION OBLIGATOIRE (nouveau régime)

416. L'article 10, alinéa 5, du décret n° 2004-1215 du 17 novembre 2004 dispose que l'ordonnance, rendue par le premier président ou son délégué, est notifiée à l'étranger et à son conseil, s'il en a un, ainsi qu'à l'autorité qui a prononcé la rétention ; que la **notification est faite sur place** aux parties présentes **qui en accusent réception** ; que le greffier la notifie **par tout moyen** et dans les meilleurs délais aux autres parties **qui en accusent réception** ;

Par ailleurs, l 'article 680 du nouveau Code de procédure civile énonce que **l'acte de notification** d'un jugement à une partie doit indiquer de manière très apparente le **délai** d'opposition, d'appel ou **de pourvoi en cassation** dans le cas où l'une de ces voies de recours est ouverte, ainsi que **les modalités** selon lesquelles le recours peut être exercé et qu'il indique, en outre, que l'auteur d'un recours abusif ou dilatoire peut être condamné à une **amende civile** et au paiement d'une indemnité à l'autre partie.

416.1 Lorsqu'il ne résulte pas du dossier de la procédure que ces formalités ont été régulièrement accomplies, par exemple s'il ressort seulement d'une mention, apposée au pied de l'ordonnance attaquée, que l'étranger "a reçu notification et copie" à une certaine date, la **notification est dépourvue d'efficacité** et la Cour de cassation, qui n'est pas saisie, doit rendre un **arrêt de non-lieu à statuer** [427].

SOUS-CHAPITRE II - LE POURVOI SANS REPRÉSENTATION OBLIGATOIRE (ancien régime)

417. Il résulte des articles L. 111-2, alinéa 1er, du Code de l'organisation judiciaire, 604 et 605 du nouveau Code de procédure civile, que la Cour de cassation statue sur les pourvois formés contre les jugements en dernier ressort rendus par les juridictions de l'ordre judiciaire et que le pourvoi en cassation **tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit**.

Dès lors, une **requête**, qui ne contient **pas la manifestation de la volonté d'obtenir la cassation d'une décision judiciaire**, ne saurait être regardée comme constituant un pourvoi en cassation. Il en est notamment ainsi d'une déclaration "de pourvoi en cassation", déposée le 18 novembre 2004 au greffe de la Cour de cassation par le mandataire d'un étranger, aux fins de **suspension de l'exécution d'une ordonnance** rendue par le premier président d'une cour d'appel statuant sur le fondement de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, par

---

[427] Civ. 1ère, 10 mai 2006, à paraître au Bull., I, n° ? , p. ?, pourvoi n° 05-14.966, M. Bengoufa c/ préfet des Bouches-du-Rhône.

laquelle, invoquant son projet de mariage et sa demande d'asile ainsi que les droits reconnus par les articles 3 et 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'intéressé demande au Premier Président de la Cour de Cassation de constater que ces circonstances de droit et de fait justifient qu'il soit **sursis à l'exécution de la prolongation de son maintien en rétention** et que soit ordonnée sa "libération de toutes mesures de surveillance et de maintien en rétention administrative" [(428)*bis*].

416.1. Par ailleurs, la **recevabilité du pourvoi** est conditionnée par le respect d'un certain nombre de conditions tenant notamment au délai, à la forme, au pouvoir spécial exigé de tout mandataire et à l'énoncé de moyens de cassation.

La recevabilité de **l'intervention d'un tiers** devant la Cour de cassation est, par ailleurs, soumise à des conditions particulières.

SECTION I - Le délai

417. L'article 11 du décret du 12 novembre 1991 spécifie, dans son dernier alinéa, que *l'ordonnance est notifiée dans les trois jours par le greffier à l'étranger et à son conseil s'il en a un, ainsi qu'au préfet et, à Paris, au préfet de police, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception*.

Dès lors, bien que formé **hors délai**, le pourvoi d'un étranger est recevable s'il ne ressort pas des pièces de la procédure que l'ordonnance attaquée lui a été régulièrement notifiée [(428)*ter*].

418. Mais, rappelant, au visa de l'article 12 du décret du 12 novembre 1991, que le pourvoi en cassation contre l'ordonnance du premier président statuant en matière de rétention d'étranger est formé dans les 10 jours suivant la notification de cette décision, deux arrêts des 26 novembre 1998 et 4 mars 1999 ont décidé que n'est pas recevable le pourvoi, formé plus de 10 jours après la notification le jour même aux parties, contre leur signature, de l'ordonnance attaquée [(428)*quater*].

419. L'irrecevabilité du pourvoi doit même, le cas échéant, être **soulevée d'office** par la Cour de cassation, après avis donné conformément à l'article 1015 du nouveau Code de procédure civile, en particulier lorsque la déclaration de pourvoi - émanerait-elle du préfet de police - est parvenue au greffe de cette juridiction hors délai, sans qu'il soit justifié qu'elle ait été **envoyée**

[(428)*bis*] Civ. 1ère, 14 mars 2006, Bull., I, n°159, p. 142, M. El Charkas c/ préfet de la Seine-Saint-Denis.- Il est à noter qu'en l'espèce, cette requête avait été déposée la veille de l'entrée en vigueur du décret n° 2004-1215 du 17 novembre 2004 (paru au J.O. du 18 nov. 2004) attribuant expressément compétence au juge des libertés et de la détention.

[(428)*ter*] 2e Civ., 7 mai 2003, Bull.,, II, n° 135, p. 116, M. Ouerhani c/ préfet du Vaucluse, préc.

[(428)*quater*] 2e Civ., 26 nov. 1998, Bull., II, n° 280, p. 169, Préfet de Police de Paris c/ M. Ye, alias Yekao ; 4 mars 1999, pourvoi n° 97-50.085, M. Bencheikh c/ préfet de Police de Paris (inédits). Comp., art. 667 du NCPC relatif à la notification par remise de l'acte au destinataire contre émargement ou récépissé.

dans le délai légal [429].

420. L'article 18 du décret précité précise que le **délai** prévu à l'article 12 est calculé et **prorogé** conformément aux dispositions des articles 640 et 642 du nouveau Code de procédure civile.

SECTION II - La forme de la déclaration de pourvoi

421. Rappelant, au visa des articles **984** du nouveau Code de procédure civile et **13** du décret du 12 novembre 1991, que le pourvoi en cassation contre l'ordonnance d'un premier président, statuant sur l'appel d'une ordonnance d'un président de tribunal de grande instance prolongeant le maintien en rétention d'un étranger, est formé par une déclaration orale ou écrite que fait, remet ou adresse par **pli recommandé**, la partie ou tout mandataire muni d'un pouvoir spécial, un arrêt du 20 octobre 1993 a jugé que, faute d'être recommandée, la **lettre simple** adressée au greffe de la cour d'appel par un ressortissant étranger ne satisfait pas aux exigences des textes susvisés, en sorte que le pourvoi doit être déclaré irrecevable [430].

Pareillement, ne satisfait pas aux exigences de ces textes, l'envoi d'un pourvoi au greffe de la Cour de cassation par télécopie [430]*bis*, par lettre simple doublée d'une télécopie [430]*ter*, par lettre simple "*suivie*" [430]*quater*, par "*Chronopost*" [430]*quinquies*, ou encore par courrier électronique.

---

[429] 2e Civ., 11 juin 1997, pourvoi n° 96-50.056, Préfet de Police de Paris c/ M. Sohaing Tayou (inédit).

[430] 2e Civ., 20 oct. 1993, Bull., II, n° 292, p. 162, M. Banana M'Bo c/ préfet des Yvelines ; JCP 1993.IV.2653 ; Gaz. Pal. 1994.1, Panor. jurisp. p. 37 ; RTD civ. 1994, p. 417, obs. crit. R. Perrot ; *adde*, *Nouveau Code de procédure civile commenté Lamy*, art. 984. Rappr., en matière de surendettement des particuliers, Civ. 1ère, 18 mars 1999, pourvoi n° 97-04.186, M. Badet et autres c/ Compagnie générale des eaux ; 5 janv. 2000, pourvoi n° 98-04.137 ; 11 juill. 2001, pourvoi n° 00-04.007 ; 30 janv. 2002, pourvoi n° 01-04.092, Mme Jolly et autres c/ société UCB (inédits).

[430]*bis* Civ. 1ère, 18 mai 2005, Bull., I, n° 217, p. 185 (arrêt n° 1), M. Chelgoui c/ préfet du Bas-Rhin. Rappr., en matière d'élections professionnelles, Soc., 12 déc. 1995, pourvoi n° 94-60.405, Comité d'entreprise de la Cité internationale universitaire de Paris c/ Collège d'Espagne et autres (inédit).

[430]*ter* Civ. 1ère, 18 mai 2005, Bull., I, n° 217, p. 185 (arrêt n° 2), Préfet de la Moselle c/ Mlle Madalena.

[430]*quater* Rappr., en matière d'élections professionnelles, 2e Civ., 18 déc. 2003, Bull., II, n° 395, p. 327, Syndicat professionnel autonome des salariés et travailleurs indépendants des métiers du commerce (SMC) c/ société Publication grand public ; comm. *in* Rapp. C. Cass. 2003, p. 472.

[430]*quinquies* Rappr., en matière de surendettement des particuliers, 2e Civ., 14 oct. 2004, Bull., II, n° 455, p. 387, M. Claude X... et autres c/ société UCB et autres.

L'alinéa second de l'article 13 du décret du 12 novembre 1991 précité, exige aussi, à peine d'**irrecevabilité du pourvoi, prononcée d'office**, que la déclaration, qui doit contenir un énoncé des moyens de cassation invoqués, soit accompagnée d'une copie de la décision attaquée[(430)*sexies)*]

SECTION III - Le pouvoir spécial du mandataire

422. De très nombreux arrêts sanctionnent par l'irrecevabilité du pourvoi **l'absence de production du pouvoir spécial**, exigé de tout **mandataire de l'étranger** par l'article 13 du décret du 12 novembre 1991.

423. Deux arrêts du 16 juillet 1993 ont précisé que ce pouvoir spécial devait même, à peine d'irrecevabilité, être **annexé à la déclaration de pourvoi** [(431)].

424 *bis.* La **chambre criminelle**, par un arrêt du 9 octobre 1989, a admis la recevabilité d'un tel pourvoi, lorsque le pouvoir transmis par télécopie **comporte la signature** de celui dont il est émané, ce qui fait **la preuve du mandat** dont le fondé de pouvoir est investi [(431)*bis)*]. Elle semble toutefois avoir cantonné cette position en jugeant, par un arrêt non publié du 6 juin 2000, que la télécopie adressée par le demandeur au greffe ne saurait suppléer le **défaut d'annexion du pouvoir spécial** à la déclaration de pourvoi, du moins lorsque le demandeur ne justifie **d'aucune impossibilité** de se conformer aux prescriptions légales relatives à la forme du pourvoi en cassation [(431)*ter)*].

La **chambre sociale**, par un arrêt du 8 juillet 1992, a pareillement admis la recevabilité du pourvoi lorsque le pouvoir, transmis par **télex** sous forme d'une télécopie **comportant la signature** de celui dont il est émané, **a été annexé** par le greffier au procès-verbal de pourvoi en cassation, de sorte qu'il a ainsi acquis, le même jour, **date certaine**[(431)*quater)*]. En revanche, par un arrêt du 1er avril 1997, cette chambre a déclaré irrecevable le pourvoi formé par l'avocat d'un barreau qui avait produit un pouvoir transmis **par télécopie depuis un minitel**, alors que ce document **non signé ne permet pas d'identifier son auteur** et que cette irrégularité n'a pu être réparée par la production d'un pouvoir manuscrit postérieurement à la déclaration de pourvoi

---

[(430)*sexies)*] V., par ex., en cas de contestation de la recevabilité du pourvoi par la défense, Civ. 2, 7 mai 2003, Bull.,, II, n° 136, p. 117, M. Hamani c/ préfet de l'Allier, préc.

[(431)] 2e Civ., 16 juill. 1993, Bull., II, n° 259, p. 143, Mme Liu, ép. Laï c/ préfet de Police de Paris ; 16 juill. 1993, pourvoi n° 92-50.015, Mme Sheng c/ préfet de Police de Paris ; 25 nov. 1999, pourvoi n° 98-50.037, M. Lacatus c/ préfet de la Somme (inédits) .

[(431)*bis)*] Crim., 9 oct. 1989, Bull. crim., n° 344, p. 834, M. Gayral.

[(431)*ter)*] Crim., 6 juin 2000, pourvoi n° 99-86.315, M. Joubert (inédit).

[(431)*quater)*] Soc., 8 juillet 1992, pourvoi n° 89-43.378, M. Bonnefoy c/ M. Marcellesi (inédit).

[(431)*quinquies)*] Soc., 1er avril 1997, pourvoi n° 95-42.824, Mme Rambure c/ société France Orthodontie (inédit).

[431]*quinquies)*.

De cette jurisprudence, il semble résulter que le pourvoi n'est recevable que pour autant que deux conditions sont cumulativement réunies : d'une part, la **télécopie** doit être **annexée** au pourvoi au moment où celui-ci est formalisé, ce qui lui donne date certaine, et, d'autre part, la télécopie doit comporter la **signature du mandant**, ce qui est seul à même de faire la preuve du mandat dont le mandataire, serait-il avocat d'un barreau, est investi.

424. Un arrêt du 10 février 1993 a jugé qu'un pouvoir, aux termes duquel une personne donne mandat à son avocat de "représenter ses intérêts auprès des juridictions administratives et judiciaires françaises en ce qui concerne les décisions d'intervention et d'exécution de la mesure de refus de séjour et de reconduite à la frontière" ne constitue pas le pouvoir spécial exigé par l'article 984 du nouveau Code de procédure civile [431]*sexies)*.

Un arrêt du 4 février 1999 a jugé qu'un document signé de l'étranger donnant à son avocat tout pouvoir pour se pourvoir en cassation, qui ne mentionne pas la **décision attaquée** ni la **juridiction qui l'a rendue**, ne peut tenir lieu, en raison de ses termes généraux, du pouvoir spécial requis pour la déclaration d'un pourvoi en cassation [432].

De même, un arrêt du 18 février 1999 a décidé qu'un document dont le signataire demande à son avocat d'assurer la défense de ses intérêts *suite à l'arrêt rendu le 29 novembre 1999*, qui ne mentionne pas la **juridiction qui a rendu la décision** attaquée, ne peut tenir lieu, en raison de ses termes généraux, du pouvoir spécial requis [433].

425. Le pouvoir spécial est exigé de **tout mandataire**, serait-il **avocat** [434].

426. Un arrêt du 15 novembre 1995 précise qu'alors qu'un étranger avait donné pouvoir spécial à un **avocat**, est irrecevable le pourvoi formé par une autre personne qui ne justifie ni d'un

---

[431]*sexies)* 2e Civ., 10 févr. 1993, Bull., II, n° 52, p. 28, M. Zouaouki c/ Procureur général près la cour d'appel de Paris.

[432] 2e Civ., 4 févr. 1999, pourvoi n° 97-50.065, M. Awiti Adjei c/ préfet de la Haute-Savoie (inédit).

[433] 2e Civ., 18 févr. 1999, pourvoi n° 98-50.001, M. Mirza Jadoon c/ préfet de Police de Paris (inédit).

[434] V., par ex., 2e Civ., 16 juill. 1993, Bull., II, n° 259, p. 143, Mme Liu, ép. Laï c/ préfet de Police de Paris ; 16 juill. 1993, pourvoi n° 92-50.015, Mme Sheng c/ préfet de Police de Paris ; 25 nov. 1999, pourvoi n° 98-50.037, M. Lacatus c/ préfet de la Somme, préc. ; 4 mars 1999, pourvoi n° 98-50.022, M. Mahichi c/ préfet du Rhône ; 21 oct. 1999, pourvoi n° 97-50.068, Mme Verger c/ préfet de Guyanne ; 9 déc. 1999, pourvoi n° 99-50.017, M. Zou c/ préfet de Police de Paris (inédits).

pouvoir spécial qu'elle aurait reçu personnellement, ni d'une **substitution régulière** [435], cette personne serait-elle un collaborateur ou un confrère de l'avocat mandataire [435*bis*].

427. En revanche, alors qu'il résulte de l'article 995 du nouveau Code de procédure civile que le pourvoi est recevable s'il a été formé, même dans une matière dispensée, selon les règles de la procédure avec représentation obligatoire, la jurisprudence de la Cour de cassation considère que l'**avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation** signataire du pourvoi n'a **pas à justifier** d'un pouvoir spécial et peut former le pourvoi au secrétariat-greffe de la Cour de cassation [436].

428. L'ensemble de ces règles est applicable au **pourvoi formé par le préfet** ou, à Paris, par le **Préfet de Police**.

429. Censurant une pratique habituellement suivie par la Préfecture de police de Paris, un arrêt du 29 novembre 2001, rendu par la formation plénière de la deuxième chambre civile, a déclaré **irrecevable** le pourvoi formé au nom du **Préfet de Police de Paris** par une déclaration signée d'un attaché d'administration centrale habilité par un arrêté préfectoral à représenter, à Paris, le Préfet de Police devant le tribunal de grande instance, la cour d'appel et la Cour de cassation, qui avait été remise au greffe de celle-ci par un fonctionnaire muni d'un pouvoir donné par le délégataire ; rendu au double visa des articles 984 du nouveau Code de procédure civile et 13 du décret du 12 novembre 1991, cet arrêt énonce clairement que le pourvoi, qui a été formé par une personne bénéficiant d'une **délégation générale**, et non par un mandataire muni d'un pouvoir spécial du **Préfet de Police de Paris**, n'est pas recevable [437].

430 *bis*. Et c'est la même règle qui s'impose lorsqu'un préfet se pourvoit en cassation par une **déclaration signée du secrétaire général de la préfecture**, que cette déclaration soit remise au

---

[435] 2e Civ., 15 nov. 1995, Bull., II, n° 277, p. 164, M. Mergoum c/ préfet des Alpes-Maritimes : en l'espèce, le document versé et **signé** de l'avocat **antérieurement à l'ordonnance** attaquée, se bornait à autoriser la personne avant formé le pourvoi "à obtenir tous permis de communiquer ou autres documents ainsi qu'à consulter tous dossiers".

[435*bis*] Civ. 1ère, 29 mars 2001, pourvoi n° 00-04.087, M. Homard c/ Crédit municipal de Paris et a. (inédit) ; 2e Civ., 1er avril 1981, Bull., II, n° 79, p. 50, MM. Dieudonné et a. c/ Ancien ; Soc., 8 juill. 1992, Bull., V, n° 444, p. 276, M. Douyère c/ B.O.C. Ohmeda ; Soc., 8 mars 2000, pourvoi n° 98-40.272, Société Begia et a. c/ Mlle Maire (inédit) ; Soc., 4 oct. 2000, pourvoi n° 98-42.349, Mlle Alby c/ association Sur les chemins de l'école (inédit) ; Soc., 29 nov. 2000, pourvoi n° 98-44.724, M. Bendjelloul c/ M. Lacroix (inédit) ; *adde*, Crim., 23 mai 1995, Bull. crim., n° 185, p. 507, M. Rivas c/ M. Iluse.

[436] Civ. 1ère, 4 févr. 1986, Bull., I, n° 3, p. 2 ; D. 1986. IR. 122 (6e esp.), obs. Julien ; Soc. 5 oct. 1993, Bull. V, n° 222, p. 153 ; JCP 1993.IV.2522.

[437] 2e Civ., 29 nov. 2001, Bull., II, n° 179, p. 124, Préfet de Police de Paris c/ M. Mekhiche ; rapp. C. Cass. 2001, p. 478 ; 2e Civ., 24 avr. 2003, Bull., II, n° 110, p. 94, Préfet du Rhône c/ M. Mehdi. *Adde*, 2e Civ., 23 mai 2002, pourvoi n° 00-50.086, Préfet de Police de Paris c/ M. Haned (inédit), et nombreuses décisions postérieures de **non-admission** de pourvois.

greffe de la cour d'appel par un fonctionnaire[437)bis)] ou adressée par lettre recommandée au greffe de la Cour de cassation [437)ter)], ou par une **déclaration signée d'un sous-préfet, chargé de mission**, adressée par lettre recommandée au greffe de la Cour de cassation [437)quater)], le pourvoi, formé par une personne **non munie d'un pouvoir spécial du préfet**, n'étant alors **pas recevable**.

430. Cette solution résultait déjà de précédentes décisions [438] rendues au visa de l'article 13 du décret du 12 novembre 1991 par la deuxième chambre civile qui soulevait même **d'office,** après
avis donné aux parties, **l'irrecevabilité du pourvoi** tenant à l'absence du pouvoir spécial exigé par le texte susvisé, **annexé à la déclaration** de pourvoi formée par une lettre adressée au greffe de la Cour de cassation et **signée d'un chef de bureau** [439].

L'arrêt du 29 novembre 2001 lève, cependant, définitivement tout doute ou toute ambiguïté qui pouvait encore subsister à la lecture des motifs de certains arrêts antérieurs, lesquels, pour déclarer irrecevable le pourvoi signé par un **chef de bureau** au nom du Préfet de Police de Paris, s'étaient parfois référés à l'absence du pouvoir spécial exigé par les articles 984 du nouveau Code de procédure civile et 13 du décret du 12 novembre 1991, *"à lui délivré par une personne elle-même régulièrement habilitée à former un pourvoi en cassation au nom du préfet"* [440], ou à l'absence de production *"d'une délégation ou d'un pouvoir spécial"* [441].

431. La solution retenue par l'arrêt du 29 novembre 2001 présente, en outre, l'avantage d'éluder les nombreuses incertitudes juridiques induites par certaines pratiques administratives telles que les **"habilitations"** générales **de fonctionnaires** et les **délégations de signature** imprécises ou non nominatives par des arrêtés préfectoraux, les **subdélégations** en cascade ou encore le cumul de l'usage de la **délégation de compétence du préfet**, qui relève de règles spécifiques du Droit administratif relativement complexes et étrangères à la compétence du juge judiciaire, et de la **signature d'un pouvoir spécial par le délégataire,** produit par le mandataire

---

[437)bis)] 2e Civ., 24 avr. 2003, Bull., II, n° 110, p. 94, Préfet du Rhône c/ M. Mehdi.

[437)ter)] 2e Civ., 22 janv. 2004, Bull., II, n° 109, p. 93, Préfet des Yvelines c/ M. Sarghini.

[437) quater)] 2e Civ., 8 juill. 2004, pourvoi n° 02-50.038, Préfet de la Seine-Saint-Denis c/ Mme Balepe (inédit).

[438] 2e Civ., 21 janv. 1998, pourvoi n° 97-50.018, Préfet de Police de Paris c/ M. Arevelo Carbone ; 18 mars 1998, pourvoi n° 97-50.024, Préfet de Police de Paris c/ Mlle N'Guie (inédit).

[439] 2e Civ., 12 juill. 2001, pourvoi n° 00-50.060, Préfet de l'Essonne c/ M. Bendada (inédit).

[440] 2e Civ., 11 juill. 1994, pourvoi n° 93-50.010, Préfet de Police de Paris c/ M. Zamer ; pourvoi n° 93-50.015, Préfet de Police de Paris c/ M. Singh (inédits).

[441] 2e Civ., 21 janvier 1998, pourvoi n° 96-50.107, Préfet de Police de Paris c/ M. Abdullah (inédit).

effectuant la déclaration orale ou écrite de pourvoi, qui est un **mandat *ad litem*** [442] devant être personnellement donné et signé par la partie au procès (c'est-à-dire, en l'occurrence, le **préfet ou le préfet de police**, et non le délégataire ou le subdélégataire de celui-ci).

Il doit, du reste, être observé que le pourvoi en cassation est une **voie de recours extraordinaire** qui, en matière de maintien en rétention d'étrangers sur le fondement de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, n'est ouvert par l'article 13 du décret du 12 novembre 1991 qu'au **préfet**, et à Paris au **Préfet de Police**, ce qui donne à ce représentant de l'Etat une **compétence personnelle** dans ce domaine spécifique, et peut donc faire douter de la possibilité qu'aurait celui-ci de donner, de manière valable, une délégation de compétence à d'autres agents de l'Etat ou à des fonctionnaires placés sous son autorité.

432. En définitive, à défaut d'être **signée**, faite, remise ou adressée par pli recommandé par le préfet ou le Préfet de Police lui-même, la **déclaration de pourvoi** ne peut donc valablement être effectuée que par son **mandataire muni d'un pouvoir spécial personnellement signé** par lui, mentionnant précisément la décision attaquée et la juridiction qui l'a rendue, et ce à peine d'**irrecevabilité du pourvoi** prononcée **d'office** par la Cour de cassation (après avis donné aux parties en application de l'article 1015 du nouveau Code de procédure civile).

433. L'**avocat au barreau** qui forme un pourvoi en cassation **au nom d'un préfet** doit aussi, à peine d'irrecevabilité du pourvoi, produire un **pouvoir spécial** [443].

434. L'ensemble de cette jurisprudence est transposable aux pourvois formés en matière de maintien en zone d'attente sur le fondement de l'**article 35 *quater*** de l'ordonnance du 2 novembre 1945, le texte de l'article 13, alinéa 1er, du décret du 15 décembre 1992 étant identique à celui de l'article 13, alinéa 1er, du décret du 12 novembre 1991 susvisé.

Un arrêt du 11 juillet 1991 a ainsi déclaré irrecevable un pourvoi formé par déclaration au greffe d'un **avocat** non muni du pouvoir spécial exigé par l'article 984 du nouveau Code de procédure civile [444].

435. Rendu à l'occasion d'une procédure de maintien en zone d'attente concernant un étranger accompagné de sa fille mineure âgée de 3 ans, un arrêt du 11 janvier 2001 a, par ailleurs, jugé qu'alors que le pourvoi n'a été formé, par le mandataire spécial, qu'au nom de l'étranger majeur, le moyen présenté dans le seul intérêt de l'**enfant mineur**, qui ne s'est pas pourvu et n'est pas représenté devant la Cour de cassation, est irrecevable [445].

---

[442] Cf. art. 411 du NCPC.

[443] 2e Civ., 6 juin 1996, pourvoi n° 95-50.028, Préfet de la Somme c/ M. Guergous, préc. (inédit).

[444] 2e Civ., 11 juill. 1994, pourvoi n° 93-50.017, M. Ben Mohamed Fakheur c/ préfet du Val-d'Oise (inédit).

[445] 2e Civ., 11 janv. 2001 (4e moy.), Bull., II, n° 2, p.1, M. Gbangou-Dienne-Dogobanda, préc.

SECTION IV - L'énoncé des moyens de cassation

436. Un certain nombre d'arrêts rappellent, au visa de **l'article 13 du décret du 12 novembre 1991**, qu'à *peine d'irrecevabilité du pourvoi, prononcée d'office, la déclaration doit contenir un énoncé des moyens de cassation.*

437. Un arrêt du 17 juin 1992 a déclaré **d'office irrecevable** un pourvoi, alors que la déclaration, qui s'était bornée à déclarer : "*je conteste la légalité de la décision*", ne précisait pas le **texte** qui aurait été violé ou faussement appliqué[(446)].

Il en est *a fortiori* ainsi d'une déclaration de pourvoi qui, se bornant à faire état de la situation personnelle et familiale de l'intéressé, ne précise pas le texte qui aurait été violé ou faussement appliqué et ne contient l'énoncé d'aucun moyen[(447)].

Avant la pratique actuelle des décisions de **non-admission de pourvois**, certains arrêts récents se sont, du reste, bornés à constater que la déclaration de pourvoi "ne contenait l'énoncé d'aucun moyen de cassation"[(448)].

438. Des arrêts d'irrecevabilité ont précisé que le **simple énoncé du non-respect ou de la violation de l'article 35** *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 ne constitue pas un moyen de cassation, et un **mémoire complémentaire tardivement déposé**, après l'expiration du délai (de 10 jours) prévu par l'article 12 du décret du 12 novembre 1991, ne saurait y suppléer[(449)].

439. Par ailleurs, en matière de prolongation du **maintien en zone d'attente** sur le fondement de l'article 35 *quater* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, plusieurs arrêts récents ont pareillement, au visa de **l'article 13, alinéa 2, du décret du 15 décembre 1992** (dont la rédaction est identique à celle de l'article 13, alinéa 2, du décret du 12 novembre 1991 susvisé), appliqué cette règle selon laquelle, à peine d'irrecevabilité du pourvoi, prononcée d'office, la déclaration doit contenir un énoncé des moyens de cassation[(450)].

---

(446) 2e Civ., 17 juin 1992, Bull., II, n° 166, p. 81, M. Hasani c/ préfet du Haut-Rhin.

(447) 2e Civ., 25 janv. 2001, pourvoi n° 99-50.094, M. Zaiter c/ préfet de Police de Paris (inédit).

(448) 2e Civ., 12 oct. 2000, pourvoi n° 99-50.090, M. Karunamoorthy Arulampalam c/ préfet de la Seine-Saint-Denis ; 2e Civ., 29 mars 2001, pourvoi n° 00-50.035, M. Diakabana-Mouyeti c/ préfet de Police de Paris ; 29 mars 2001, pourvoi n° 00-50.059, M. Fofana c/ préfet du Pas-de-Calais (inédits).

(449) 2e Civ., 12 nov. 1997, pourvoi n° 96-50.108, Préfet de Police de Paris c/ Mme Lian ; 12 nov. 1997, pourvoi n° 96-50.102, Préfet de Police de Paris c/ M. Anougba ; 23 septembre 1998, pourvoi n° 97-50.076, Préfet de Police de Paris c/ M. Krishnapillai (inédits).

(450) 2e Civ., 29 mars 2001, pourvoi n° 00-50.066, M. Mayika c/ Ministre de l'Intérieur ; 29 mars 2001, pourvoi n° 00-50.070, Mme Camara c/ Ministre de l'Intérieur ; 23 mai 2001, pourvoi n°

440. Il convient d'observer que le **simple visa** de la "violation" des dispositions d'une convention internationale, d'un ou plusieurs textes législatifs ou réglementaires, **ou/et la référence** à un précédent jurisprudentiel publié, ne constitue pas un moyen de cassation, ce qui a pour conséquence d'entraîner l'irrecevabilité de tels pourvois.

SECTION V - Le mémoire ampliatif du demandeur ; les observations en réponse du défendeur

441. Conformément aux règles de droit commun relatives aux pourvois soumis à la procédure sans représentation obligatoire, un arrêt d'**irrecevabilité** du 18 mars 1998 a jugé qu'il doit être établi que le **mémoire du Préfet de police** ait été expédié avant l'expiration du délai légal [(451)].

442. L'article 16 du décret du 12 novembre 1991 indique, par ailleurs, que le **défendeur** dispose d'un **délai de 2 mois à compter de la notification** prévue à l'article 14 pour remettre contre récépissé ou adresser par lettre recommandée au greffier de la Cour de cassation ses **observations en réponse**. Ce texte précise que le greffier de la Cour de cassation notifie, alors, sans délai une copie de ces observations au demandeur par lettre simple.

Le non-respect du délai précité entraînerait l'**irrecevabilité des observations en réponse du défendeur** au pourvoi.

SECTION VI - L'intervention de tiers à titre accessoire

443. Un arrêt du 28 juin 1995 a précisé qu'une **partie intervenante à titre accessoire devant la Cour de cassation** ne peut que s'associer aux moyens de la partie qu'elle entend soutenir, sans pouvoir invoquer des moyens distincts et a, par suite, décidé qu'alors que le défendeur au pourvoi faisait **défaut**, l'intervention d'une association n'était pas recevable [(452)].

SECTION VII - L'annulation par voie de conséquence

444. En application de l'article 625, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile, la cassation de l'ordonnance du premier président autorisant, sur le fondement de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, la prolongation du maintien d'un étranger en rétention administrative dans un local ne relevant pas de l'administration pénitentiaire, entraîne, **par voie**

00-50.034, M. Nzuzi, alias Misukako c/ Ministre de l'Intérieur ; 29 nov. 2001, pourvoi n° 00-50.102, Mlle Dikiefu c/ Ministre de l'Intérieur (inédits).

(451) 2e Civ., 18 mars 1998, pourvoi n° 97-50.024, Préfet de Police de Paris c/ Mlle N'Guie, préc.

(452) 2e Civ., 28 juin 1995, Bull., II, n° 221, p. 127, Préfet de la Haute-Garonne c/ M. Bechta et Gisti, préc. ; JCP 1995.II.22504, concl. J. Sainte-Rose ; D. 1996. Somm. p. 102, obs. Julien-Laferrière ; *Rev. crit. dr. internat. privé* 1996, p. 299.

de conséquence, sans qu'il y ait lieu à une nouvelle décision de la Cour de cassation, **l'annulation** de l'ordonnance, qui en constitue la suite, rendue par ce magistrat, autorisant la prorogation du délai de maintien en rétention et concernant la même personne[453].

445. La cassation de l'ordonnance d'un premier président autorisant le maintien judiciaire d'un étranger en zone d'attente sur le fondement de l'article 35 *quater* III de l'ordonnance du 2 novembre 1945 entraînerait, dans les mêmes conditions, **par voie de conséquence, l'annulation** de l'ordonnance de renouvellement du maintien en zone d'attente, concernant la même personne, rendue par ce magistrat sur le fondement de l'article 35 *quater* IV de l'ordonnance précitée.

... EN GUISE DE CONCLUSION

446. A travers ce panorama des **décisions les plus significatives** rendues ces dernières années par la Cour de cassation en matière de maintien des étrangers en rétention ou en zone d'attente, apparaît le fait que la jurisprudence tend, sans méconnaître les impératifs et les difficultés de la lutte contre l'immigration clandestine et dans le respect du principe de la séparation des pouvoirs, à permettre au juge de l'ordre judiciaire de s'assurer que toutes les **garanties** reconnues aux étrangers par les conventions internationales, la Constitution, les lois et les règlements sont effectivement **respectées.**

447. Ce domaine particulier d'intervention du juge judiciaire ne peut que contribuer à asseoir encore davantage son autorité, en orientant son action non vers la seule répression, mais vers la **protection des libertés individuelles** dont il est constitutionnellement le gardien, libertés qui sont spécialement menacées par ces types de procédure dont l'impératif légitime de rapidité et d'efficacité ne doit cependant pas aboutir à des décisions expéditives ou inacceptables comme contraires aux **droits de l'homme**.

---

[453] **Arrêts de non-lieu à statuer** : 2e Civ., 12 mars 1997, pourvois n°s 95-50087 et 95-50097, Préfet de Police de Paris c/ M. Belgacem, alias Meki, préc. (inédit) ; 2e Civ., 7 mai 2002, pourvoi n° 01-50.010, M. Anghel c/ préfet de la Loire-Atlantique ; pourvoi n° 01-50.012, M. Stoica c/ préfet de la Loire-Atlantique ; pourvoi n° 01-50.014, Mme Bara, ép. Stoica c/ préfet de la Loire-Atlantique (inédits).

BIBLIOGRAPHIE

• OUVRAGES GÉNÉRAUX

- Dictionnaire permanent, *Droit des Etrangers*, éd. législatives.

- Juris-Classeur *Droit des Etrangers* (2 vol.).

- Hugues FULCHIRON, *Réforme du droit des étrangers*, coll. *Carré Droit*, éd. Litec, **nov. 1999**.

- Pierre LAMBERT et Christophe PETTITI, "*Les mesures relatives aux étrangers à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*", Actes du séminaire du 21 mars 2003 organisé par les Instituts des droits de l'homme du barreau de Bruxelles et du barreau de Paris, coll. Droit & Justice, n° 46, éd. Bruylant (www.bruylant.be).

- Pascal MONTFORT, *Le Contentieux de la rétention administrative des étrangers en instance d'éloignement*, coll. *Logiques juridiques*, éd. L'Harmattan (2003).

- Vincent TCHEN, Fabienne RENAULT-MALIGNAC, *Code de l'entrée et du séjour des étrangers en France*, coll. *Juris-Code* du Juris-classeur, éd. Litec (2005).

- *Centres et locaux de rétention administrative*, rapport 2003, n° hors-série de *Causes communes*, juill. 2004, éd. CIMADE, 176, rue de Grenelle - 75007 PARIS.

- *Fiches techniques, Droit des étrangers*, éd. association Service social d'aide aux émigrants (ssaé.), 58 A, rue du Dessous des Berges - 75013 Paris.

- *Informations sociales* n° 78, 1999, *Droit des étrangers*, éd. par la Caisse nationale des allocations familiales, service des abonnements, 23, rue Daviel 75634 Paris cedex 13.

- *Les Réfugiés en chiffres*, éd. par le Haut Commissariat des Nations-unies pour les Réfugiés, éd. oct. 2001, H.C.R., Service de l'information, Case postale 2500 - 1211 Genève 2 - Suisse (www.unhcr.ch)

• CONCLUSIONS, RAPPORTS, NOTES, ÉTUDES, CHRONIQUES et COMMENTAIRES

- Ronny ABRAHAM, concl. du comm. gouv. sous CE, 29 juill. 1998, Ministre de l'Intérieur c/ Mwinyl, *in* AJDA 20 nov. 1998, p. 936.

- ARRIGHI de CASANOVA, concl. du comm. gouv. sous T. confl., 12 mai 1997, Préfet de police de Paris c/ TGI Paris, *in* Gaz. Pal. 28 juin 1997, p. 386.

- Anne-Marie BATUT, note du conseiller rapporteur sous 2e Civ.e, 27 janv. 2000, *in* Bull. inf. C. cass. 1er avril 2000, p. 11.

- Georgette BÉNAS, rapport et note du conseiller rapporteur sous Ch. mixte, 7 juill. 2000, *in* Bull. inf. C. cass. 1er oct. 2000, p. 15.

- Christophe BONNOTTE, *La contestation des décisions de maintien en rétention administrative et en zone d'attente devant le juge judiciaire et le juge administratif*, AJDA 2004, Chron. p. 694.

- Violaine CARRÈRE et Michèle CREOFF, *L'asile auquel les jeunes ont droit*, Plein Droit n° 44, déc. 1999, p. 31.

- DONTENWILLE, concl. de l'avocat général sous Crim., 25 avril 1985, *in* Gaz. Pal. 29 juin 1985, p. 408.

- Roger ERRERA, *Les limites d'une contrainte - l'exécution d'office dans le droit des étrangers*, AJDA, 20 juill. - 20 août 1999 spécial, p. 49.

- Olivier GUÉRIN, concl. de l'avocat général sous Ch. mixte, 7 juill. 2000, *in* Bull. inf. C. cass. 1er oct. 2000, p. 5.

- Nicole GUIMEZANES, *Condition des Etrangers, Maintien en rétention, Pouvoir de contrôle du juge judiciaire, Contrôle de la légalité de l'acte administratif, Respect des libertés individuelles*, Rev. crit. dr. internat. privé, oct.-déc. 2000, p. 697.

- Ivan GUITZ, *Les mineurs étrangers isolés... du juge des enfants ?*, Journal du droit des jeunes n° 212, févr. 2002.

- Jean HAUSER, *L'enfant en transit*, comm. sous 2e Civ.e, 2 mai 2001, *in* RTD civ. 2001, n° 4, p. 854.

- François JULIEN-LAFERRIÈRE, *De l'application des accords de Schengen au statut des "zones d'attente" : chronique d'une loi annoncée*, AJDA, 20 oct. 1992, Doctr. p. 657.

- François JULIEN-LAFERRIÈRE, note sous 2e Civ.e, 2 mai 2001, *in* Le Dalloz 2001, n ° 34, p. 2773.

- François JULIEN-LAFERRIÈRE, *La délimitation des compétences de la juridiction administrative et de la juridiction judiciaire en matière de rétention administrative et de maintien en zone d'attente (article 35 bis et 35 quater de l'ordonnance du 2 novembre 1945),* Rev. crit. dr. internat. privé, avril-juin 2002, p. 255.

- Roland KESSOUS, concl. de l'avocat général sous 2e Civ.e, 2 mai 2001 *in* Bull. inf. C. cass. n° 538, du 1er juill. 2001, p. 9, et *in* Le Dalloz 2001, n ° 34, p. 2773.

- Olivier LECUCQ, *L'examen par le Conseil constitutionnel de la nouvelle législation sur l'immigration*, AJDA 2004, jurisp. p. 599.

- André LEGRAND, *Cendres ou phénix : l'article 136 du Code de procédure pénale et la voie de fait*, Recueil Dalloz 1997, jurisp. p. 567.

- André LEGRAND, note sous CE, 29 juill. 1998, *in* Recueil Dalloz 1999, jurisp. p. 155.

- André LEGRAND, *La décision du juge judiciaire comme gardien de la liberté individuelle ne préjuge en rien de la validité d'un arrêté de reconduite à la frontière*, AJDA 1996, Jurisp. p. 72.

- Michel LEVINET, note sous CEDH, 9 avr. 2002, Cisse c/ France, Rev. Dr. publ. 2003, p. 712.

- Jean-Eric MALABRE, *L'Etranger à la recherche de son juge ou Essai de reconstitution du parcours judiciaire d'un demandeur d'asile à la lumière des arrêts de la Cour de cassation du 28 juin 1985*, Gaz. Pal. 1995, Doctr. p. 1356.

- Hélène MANCEAUX, *La réforme de la reconduite à la frontière par la loi du 26 novembre 2003 : l'imbroglio juridique demeure*, AJDA 2004, Chron. p. 1904.

- Françoise MONÉGER, *Le mineur étranger isolé n'a pas besoin de représentant dans la procédure de maintien en zone d'attente*, note sous 2e Civ.e, 2 mai 2001 *in Droit & Patrimoine*, n° 96, sept. 2001, p. 106, § 2914 (Droit international privé - Condition des étrangers).

- Pierre MUCCHIELLI, v. Jerry SAINTE-ROSE et Pierre MUCCHIELLI.

- Jacques NORMAND, *Le juge judiciaire, gardien non exclusif des libertés ; le cas des étrangers*, RTD civ. 1996, p. 235.

- Serge PETIT, note sous T. confl., 12 mai 1997, Préfet de police de Paris c/ TGI Paris, *in* Gaz. Pal. 28 juin 1997, p. 393.

- Serge PETIT, note sous TGI Paris, réf., 7 févr. 2001, Mme Mohamed Maoulida Ali c/ Ministre de l'Intérieur, *in* Gaz. Pal. 25-26 avril 2001, p. 10.

- Serge PETIT, *Le retour de la voie de fait*, note sous T. confl., 19 nov. 2001, Préfet de police de Paris c/ TGI Paris ; Mlle Mohamed c/ Ministre de l'Intérieur, *in* AJDA, mars 2002, p. 234.

- Emmanuel PUTMAN, *L'étranger mineur en rétention administrative n'a pas droit à un représentant légal*, *in* Revue juridique Personnes & famille n° 9, sept. 2001, p. 10.

- Emmanuel PUTMAN, *Le Tribunal des conflits précise la notion de voie de fait administrative lors du contrôle d'identité des étrangers*, note à propos de T. confl., 19 nov. 2001, Préfet de police de Paris c/ TGI Paris ; Mlle Mohamed c/ Ministre de l'Intérieur, *in* Revue juridique Personnes & Famille n° 4, avr. 2002, p. 12.

- Jerry SAINTE-ROSE et Pierre MUCCHIELLI, *Le contrôle du juge judiciaire sur la rétention administrative*, *in* rapport de la Cour de cassation 1995, éd. La documentation française, 2e partie, Etudes et documents.

- Jerry SAINTE-ROSE et Pierre MUCCHIELLI, *Le contrôle du juge judiciaire sur la rétention administrative*, Gaz. Pal. 1996.2.Doctr. 989.

- Jerry SAINTE-ROSE, concl. du comm. gouv. sous T. confl., 5 juin 2000, Préfet de l'Hérault c/ R. Yldirim, *in* JCP n° 46, 14 nov. 2001, p. 2104, § 10.622, *Compétence judiciaire pour statuer, en référé, sur la demande d'un étranger en instance de départ, tendant à ce qu'il soit mis fin à son maintien en rétention alors que le juge judiciaire venait de prolonger la durée de cette mesure.*

- Pierre SARGOS, rapport sous T. confl., 12 mai 1997, Préfet de police de Paris c/ TGI Paris, *in* JCP 1997.II.22861 (n° 24, p. 282).

- Dominique SIMONNOT, "*Immigration : un rappel aux juges*", Libération, 20 févr. 2006.

- Serge SLAMA, *Référé asile-frontière : présomption d'urgence en faveur des étrangers maintenus en zone d'attente*, note sous CE, réf., 24 oct. 2005, AJDA 2006, p. 496.

- François TAQUET, *Les règles en matière de garde à vue issues de la loi du 4 mars 2002 ou l'art de réformer une réforme*, Gaz. Pal. 28-30 juill. 2002, Doctr. p. 1205.

- Didier THOMAS, *Les contrôles d'identité préventifs depuis les arrêts de la Chambre criminelle des 4 octobre 1984 et 25 avril 1985 : la nécessité d'une nouvelle réforme*, *in* Recueil Dalloz Sirey 1985, 28e cahier, Chron. XXXII, p. 181.

- Serge TRASSOUDAINE, *Le Droit des étrangers et la protection de l'individu*, *in* Rapport de la Cour de cassation 2000, éd. La documentation française, 2e partie, Etudes et documents, p. 157.

- Serge TRASSOUDAINE, *L'intervention judiciaire dans le maintien des étrangers en rétention administrative et en zone d'attente*, Bull. inf. C. cass., n° hors série, éd. JO, juin 2001.

- Serge TRASSOUDAINE, "Les principales modifications résultant du décret n° 2004-1215 du 17 novembre 2004 *fixant certaines modalités d'application des articles 35* bis *et 35* quater *de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France"*, Bull. inf. C. cass. n° 612 du 1er févr. 2005, p. 3.

- Marie-Françoise VALETTE, *L'intégration des étrangers délinquants à l'aune de la jurisprudence de la Convention européenne des droits de l'homme*, note sous CEDH, 10 juill. 2003, *Les Petites Affiches*, 22 juill. 2004, n° 146, p. 19.

- Rapport de la Cour de cassation 1999, éd. La documentation française, 3e partie, *La jurisprudence de la Cour*, p. 309, à propos de 2e Civ.e, 7 oct. 1999 (Bull., II, n° 154, p. 108).

- Rapport de la Cour de cassation 2001, éd. La documentation française, 3e partie, *La jurisprudence de la Cour*, p. 473, à propos de 2e Civ.e, 2 mai 2001 (Bull., II, n° 81, p. 55).

- Rapport de la Cour de cassation 2001, éd. La documentation française, 3e partie, *La jurisprudence de la Cour*, p. 477, à propos de 2e Civ.e, 27 sept. 2001 (Bull., II, n° 145, p. 99).

- Rapport de la Cour de cassation 2001, éd. La documentation française, 3e partie, *La jurisprudence de la Cour*, p. 478, à propos de 2e Civ., 29 nov. 2001 (Bull., II, n° 179, p. 124).

- Rapport de la Cour de cassation **2005**, éd. La documentation française, 4e partie, *La jurisprudence de la Cour*, p. 403, à propos de Civ. 1ère, 31 mai 2005 (Bull., I, n° 234, *Procureur général près la cour d'appel de Montpellier c/ Mlle Seidou et préfet des Pyrénées-Orientales*).

- Rapport de la Cour de cassation **2006**, éd. La documentation française, 4e partie, *La jurisprudence de la Cour*, p. ?, à propos de Civ. 1ère, 17 janv. 2006, Bull. 2006, I, n° 11, p. 10, *Préfet de police de Paris c/ Mlle Ayo'o.*

- Rapport de la Cour de cassation **2006**, éd. La documentation française, 4e partie, *La jurisprudence de la Cour*, p. ?, à propos de Civ. 1ère, 31 janv. 2006, Bull. 2006, I, n° 45, p. 46, *M. X... se disant M. Li c/ Préfet de Police de Paris* ; *Mme Oncioiu c/ Préfet de Police de Paris* ; et *M. Youcef Boudlal c/ Préfet du Val-de-Marne* (3 arrêts).

INDEX ALPHABÉTIQUE

Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes *et de notes*.
Ceux en caractère gras correspondent aux numéros des paragraphes traitant spécialement de la question visée par la RUBRIQUE. **Les développements spécifiques au maintien des étrangers en zone d'attente figurent en bleu.**
Des rapprochements peuvent être effectués avec les [*RUBRIQUES mentionnées*]

A

Accords [*v. CONVENTIONS*]

Accueil : 138 *bis*, 321 à 323 [*v. Actions d'accueil, de soutien moral et psychologique et d'aide pour préparer les conditions matérielles du départ ; adde, v° Hébergement, Conditions d'accueil et d'hébergement*]

Acheminement (délai d')
- au centre de rétention : 135 *bis*
- vers la zone d'attente : 220 [*v. IMMÉDIATETÉ, Maintien en zone d'attente, acheminement immédiat vers la zone d'attente*]

- réacheminement : 326

Actions d'accueil, de soutien moral et psychologique et d'aide pour préparer les conditions matérielles du départ : 138 *bis*

Administrateur *ad hoc* : **320** [*v. Minorité, mineurs non accompagnés d'un représentant légal*]
- modalités de désignation et d'indemnisation : *note 341 bis*

Aéroport : 8, 76, 127, 128, 143, 156, 161, 215, 232, 314.2, 315, 319, 323, 329, 330 *; note 83* [*v. Avion ; adde, v° TRANSPORTS*]

Âge [*v. ENFANTS ; Minorité*]
- âge osseux : 247 *bis*
- âge physiologique : 247 *bis*, 318

Alias (utilisation d') : 34, 238, 241, 242, 243, 303

Ambassade : 100, 312 [*v. Consulaire*]

Amende civile (pour appel abusif) : 415 *quater*, 416 [v. *Appel abusif*]

Annulation par voie de conséquence : 445

APJ (agent de police judiciaire) : 19, 56, 58, 59, 61, 65.3, 79, 93, 96 *bis*, 97, 126, 142 [*v. OPJ ; POLICE, personnels*]

Appel

- abusif : 415 *quater*, 416 [v. *Amende civile*]

- du ministère public
  . avec demande de déclaration d'effet suspensif : 235.1, 295.2
  . forme de l'acte d'appel : 359.1

- nul : 415 *ter* [v. *VALIDITÉ, Acte d'appel*]

- objet du litige indivisible : 409.1

ARBITRAIRE
- arrestation : 220
- détention : 3, 90 [*v. DÉTENTION*]
- rétention : 93, 122, 124

ASILE
- admission au titre de l'asile : 8, 18, 126, 221, 223, 315
- asile politique : 309, 310, 314
- asile territorial : 178 bis, 240

- caractère manifestement infondé de la demande d'asile : 208, 215, 216, 217, 314.1, 315 *ter* ; *note 236 ter*
- demandeur d'asile : 142.1, 142.2, 146 *bis*, 178 *bis*, 207, 214, 240, 416 ; *notes 17, 49, 336*
- droit - et abus de droit - de dépôt d'une demande d'asile : 142.2, 299, 308, 309, 310, 314 [*v. TARDIVETÉ, lors des procédures administrative et judiciaire*]
- notification du rejet de la demande d'asile : 169, 324
- recours contre la décision de refus d'asile : 315 *ter*

ASSIGNATION À RÉSIDENCE : 6, 222, 228, 235.1, 249, 259, **261 à 295.2**, 314, 327.6, 327.7, 328, 377, 396, 411

Association :
- d'aide aux sans-papiers : 63.1
- de défense des droits des étrangers : 138 *bis*, 162, 162.1 [*v. CIMADE (association)*]
- d'habitants du quartier : 71
- intervenante volontaire : 71, 348, 444 ; *note 364* [*v. TIERS, intervention accessoire*]
- de malfaiteurs : 300

ATTEINTE [*adde, v^is Irrégularités et Mesures attentatoires à la liberté individuelle*]
- à la dignité : 322 [*v. Dignité*]
- au(x) droit(s)
  . à l'assistance d'un conseil et à la libre communication avec celui-ci : 161 [*v. AVOCAT*]
  . fondamental de se défendre et au respect des droits de la défense : 112 *ter*, 114, 161, 394, 402 [*v. DROITS de la défense et PRINCIPE des droits de la défense*]
  . de la personne : 15, 97, 101 *quinquies*, 162 [*v. infra, aux intérêts de la personne*]
- aux intérêts de la personne : 89, 97, 112 *ter*, 132.1, 142, 161 *bis* [*v. supra, aux droits de la personne*]
- aux intérêts du gardé à vue : 96.1, 101 *quinquies*, 112 *ter*,
- à la liberté [*v. LIBERTÉ*]
  . d'aller et de venir :172
  . individuelle : 5, 7, 19, 51, 146 *bis*, 175, 210, 249, 252 [*v. Irrégularités et Mesures attentatoires à la liberté individuelle*]
- à l'ordre public : 65.3, 66, 67, 69 à 73, 75, 77, 78, 300 bis [*v. ORDRE PUBLIC, atteinte ou menace à l'ordre public ; PRÉSOMPTION d'atteinte à l'ordre public*]
- au respect
  . des droits de la défense : 114, 161 [*v. DROITS de la défense ; PRINCIPE des droits de la défense*]
  . de la vie familiale : 227 [*v. Famille*]
- à la sécurité des personnes et des biens : 67, 75 [*v. SÉCURITÉ des personnes et des biens*]

Attentat : 69, 70 [*adde, v° Terrorisme (entreprise terroriste)*]

Autorité de chose jugée : 327.5

Avion [*v. Aéroport ; adde, v° TRANSPORTS*]

- billet : 240
- descente ou débarquement : 19, 83, 125, 126, 144, 214
- embarquement : 231, 232, 327.3, 414
- refus d'embarquement : 214, 232, 326

Avis au procureur de la République : 83, 94, 96.1, 96 *bis*, 133, 135, 135 *bis*, 137, 320, 332, 415 ; *note 104*

AVOCAT : 26, 37, 42, 101 *ter*, 110 à 114, 117, 138, 141, 143, 147, 147.1, 151, 161, 165, 279, 282, 311, 320, 331, **337 à 342**, 339, 341,344, 350, 365, 388, 389 *bis*, 393, 394 à 398, 400, 403, 404.2, 404.4, 415, 418, 424 *bis*, 425 à 427, 434, 435 ; *notes 127 et 425*
- Atteinte au droit à l'assistance d'un conseil et à la libre communication avec celui-ci : 161
- Avocat choisi : 112, 112.1
- Avocat de permanence : 111, 112 *ter*, 404.2
- Bâtonnier de l'Ordre : 110, 111, 112, 112 *bis*
- Commission d'office : 110 à 113, 151, 341, 342, 404.2 [*v. Office, commission d'avocat*]
- Convocation à l'audience d'appel : 393, **394** à 397, **400**
- Grève des avocats : 341, 342

Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation : 428

B

Bateau : 125 [*v. Navire ; Port ; TRANSPORTS, bateau - navire - port*]

Bâtonnier de l'Ordre des avocats : 110, 111 [*v. AVOCAT*]

C

Caducité
- du maintien en rétention : 380, 381
- du maintien en zone d'attente : 391, 391 *bis*

Carte
- consulaire : 288 ; *note 209* [*v. Consulaire*]
- d'identité : 90, 273 ; *note 293* [*adde, Récépissé, valant justification d'identité*]
- de séjour : 85, 223, 402 [*v. Récépissé, de demande de carte de séjour*]

Centre de rétention administrative : 135 *bis*, 138 *bis*, 140, 142, 142.1, 142.2, 147.1, 147.2, 147.6, 162, 162.1, 357, 404.1

Chose jugée (autorité de) : 327.5

CIMADE (association) : 147.1, 147.2, **162, 162.1**

Circonstances :
- de droit et de fait : 416
- exceptionnelles : 263, 325
- extérieures à la personne : 80, 82
- insurmontables : 89, 95 à 101 *quinquies*, 147.2 ; *note 104*
- particulières : 64, 78, 99, 112 *bis*, 162.1, 310

Circonstance(s) particulière(s) : 67, 78, 96.2, 99, 112 *bis*, 112 *ter*, 310

Clandestin
- immigration clandestine : 447
- passager clandestin : 220
- travail clandestin : 97, 99 [*v. Travail dissimulé*]

Commission de recours des réfugiés : 207, 214 [*v. OFPRA ; RÉFUGIÉS, commission de recours*]

Commission rogatoire (d'un juge d'instruction) : 63.2, 91 ; *notes 104 et 114*

Comportement
- de l'administration : 172, 220
- de la personne : 58, 66, 67, 69, 75

Concomitance : 121, 137, 142, 184

Conseil
- avocat [v. AVOCAT]
- Conseil d'Etat [*v. JURISPRUDENCE du Conseil d'Etat*]
- constitutionnel *[v. JURISPRUDENCE du Conseil constitutionnel*]

Consulaire [*v. Laissez-passer*]
- autorités consulaires : 33, 238, 240, 307, 311, 312
- ambassade : 100, 312 [*v. infra, v° consulat*]
- carte consulaire : 288 ; *note 293* [*v. Carte consulaire*]
- consulat : 43.2, 138, 240, 293 [*v. supra, v° ambassade*]
- enquête consulaire : 33

Consultation des pièces, du dossier : 37, 331

Contradiction ("contradictoire") : 26, 36, 37, 46, 137, 164, 300 *bis*, 358, 364, 367.2, 394, 404.4, 415 [*v. PRINCIPE de la contradiction*]

Contravention [*v. Infraction*]

Consulat [*v. Consulaire*]

Contrainte :

- garde à vue : 89, 90.1, 91 ; *notes 95 et 114*
- matérielle de l'administration : 147.2, 315

Contravention : 59 (jet d'objet en un lieu public) ; 93 (rixe) [*v. Infraction ; adde, v° Crime ; Délit*]

CONVENTIONS
- conventions et accords internationaux : 206, 441, 447
- Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés : 214, 310
- Convention (accords) de Schengen du 19 juillet 1990 : 5, 43.1, 76, 77
- Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : 294, 322
  . art. 3 CEDH : 246, 322, 416
  . art. 4 CEDH : 306
  . art. 6 CEDH: 101 *bis*, 105, 210, 322, 337, 341, 351, 361, 398
  . art. 6.1 CEDH : 1, 190, 357, 357.1, 415
  . art. 6.3, b et c, CEDH :190
  . art. 8 CEDH : 210, 227, 267
  . art. 12 CEDH : 62, 267
  . art. 13 CEDH : 416
  . art. 14 CEDH : 62, 306
- Convention internationale relative aux Droits de l'Enfant du 24 novembre 1989 : 332 [*v. ENFANTS ; Minorité*]

Convocation
- à l'audience d'appel
  . de l'étranger : **392 à 402**, 404.3
  . du conseil de l'étranger : 393, **395** à 397, **400**, 404.4
  . du préfet : 394, 399
- au commissariat de police : 62, 93, 398

Crime : 56, 62 [*v. Infraction ; adde, Contravention ; Délit*]

D

Débats : 34, 60, 185, 255, 331, 334
- contradiction : 364, 415 [*v. PRINCIPE de la contradiction*]
- éléments (du) : 44, 137, 140, 240 [*adde, v° Registre (communication du)*]
- publicité : 334 à 336, 415 [*v. PRINCIPE de la publicité des débats ; Publicité des débats*]

Déclaration collective (d'appel) : 367.3

Déclaration d'effet suspensif (appel du ministère public avec demande de) : 235.1, 295.2

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (art. 7) : 96 *bis*, 178 *bis* [*adde, v° DROITS de l'homme*]

Dégrisement : 96.2 [*v. Ivresse (publique et manifeste) ; Infraction*]

Délégation de compétence ou de signature : 24 à 26, 28, 28 *bis*, 36, 163, 430 à 432

Délits : 56, 58, 62, 63, 63.1, 75, 90, 93 *; note 49* [*v. Infraction ; adde, Contravention ; Crime*]
- entrée et séjour irréguliers : 55.2, 61, 65.3, 81; *note 49*
- faux et usage de faux : 96 *ter*
- flagrant délit : 63, 63.1, 90, 93, 105 *; note 95*
- soustraction à la reconduite à la frontière : *note 49*
- travail dissimulé : 63.1 [*v. Dissimulation ; Travail dissimulé ou clandestin*]
- usage de faux documents et usurpation d'identité : 128, 172
- usage d'une carte de séjour falsifiée : 65

Demi-tour : 58.1

Désistement d'appel : 415 *bis*

Dessaisissement du juge : 247, 374, 378 à 380, 382, 383, 388, 389 *bis*, 391 *bis* [*v. TARDIVETÉ, lors de la procédure judiciaire, de l'examen du recours par le juge d'appel*]

DÉTENTION ou "rétention"
- arbitraire : 3, 123.1
- centre de détention : 15
- de l'étranger : 15, 51, 90, 93, **118 à 128**, 165
- de titres et documents de voyage, de passeport : 76, 77, 100, 288 [*v. PASSEPORT ; Titre, détention, port et présentation de titres et documents*]
- Emprisonnement : 15, 118 [*v. Peine*]

DEVOIRS attachés au maintien en zone d'attente
- absence de notification : 146 *bis*
- information immédiate : 143, 153, 159
- interdiction de quitter la zone d'attente sans autorisation : 146 *bis*

Dévolution (effet dévolutif de l'appel) : 25.1, 228, 231, 332, **409 à 413, 414, 415**

Dignité : 321, 322 [v. *ATTEINTE à la dignité*]

Dimanche : 357, 372 à 375, 377, 385, 386, 388, 397

Discrimination (caractère discriminatoire) : 60.1

Disposition (maintien de l'intéressé à la)
- de la justice : 333, 333 *bis*
- de l'officier de police judiciaire : 89 ; *note 95*

Dissimulation
- à la vue de la police : 58

- d'identité : 29,30, 33, **303 à 305**, 314
- travail dissimulé : *63.1* [*v. Délit ; Travail dissimulé ou clandestin*]

DROITS
- à un procès équitable : 337, 404, 415 [*v. CONVENTIONS, art. 6 CEDH*]
- à un recours effectif : 361 [*v. CONVENTIONS, art. 6 CEDH*]
- de la défense : 37, 105, 112 *ter*, 114, 151, 156, 157, 161, 162, 162.1, 338, 395 à 397, 402, 404, 404.2, 410, 415 [*v. PRINCIPE des droits de la défense ; ATTEINTE au respect des droits de la défense*]
- de l'homme : 448 [*v. CONVENTIONS, CEDH ; Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*]
- de la personne : 15, 97, 101 *quinquies* [*v. ATTEINTE aux droits de la personne*]
- fondamentaux : 147, 147.6

E

Ecrou : 118 à 122, 142 [*v. Levée d'écrou*]

Eglise : 57, 205

Éléments objectifs : 61, 68 à 80, 80 à 82
- expression verbale dans une langue étrangère : 82
- immatriculation d'un véhicule dans un pays étranger : *note 87* [*v. TRANSPORTS, véhicule ou voiture, immatriculation*]

ÉLOIGNEMENT : 245, 303 à 305
- arrêté ou décision d'éloignement : 124, 182, 221, 246 *bis*
- mesure d'éloignement : 1, 4, 5, 32, 83, 177, 193, 238, 239, 240, 241, 246, 261, 291, 298, 302, 303, 408
- obstruction volontaire à l'éloignement : 29, 30, 33, 34, 142.2, 298, **308 à 314** [*v. Obstruction*]
- réitération du maintien en rétention sur le fondement d'une même décision d'éloignement : **248 à 255**

Emargement : 96 *bis*, 143, 147.2, 147.3 ; *note 428* [*v. Signature, de l'étranger*]

Embarquement [*v. Aéroport ; TRANSPORTS, avion*]

Empêchement (de l'Administation) : 28 *bis*, 147.2

Emprisonnement : [*v. DÉTENTION, emprisonnement ; PEINE, emprisonnement ; Purge d'une peine d'emprisonnement*]

ENFANTS : 178, 187, 202, 317, 322, 412, 436 *; notes 205 et 341* [*adde, v^is Minorité et CONVENTION internationale relative aux Droits de l'Enfant*]

Examen médical : 96.2, 246, 246 *bis* [*v. Médecin ; Santé (état de)*]

Excès de pouvoir : 28, 87, 163, 171, 171.1, 178, 201, 202, 202.1, 230, 231, 278.1, 327.1, 327.4 à 327.7, 377, 401, 414 [*v. POUVOIR*]

EXPULSION (arrêté ou mesure d') : 3, 4, 5, 55, 61, 118, 175, **187 à 194**, 237, 239, 253
- validité de l'arrêté d'expulsion : **187, 188** [*v. VALIDITÉ, arrêté d'expulsion*]

Extraction : 120 [*v. Ecrou* ou *Levée d'écrou*]

F

Famille (situation ou vie familiale) : 227, 266, 315, 438 *[v. ATTEINTE au respect de la vie familiale ; adde, v° Mariage*]

Flagrance [*v. Délit, flagrant délit ; POLICE, acte, procédure de flagrance*]

Foi
- jusqu'à inscription de faux :133.3, 332 *bis,* 340, 347 *bis*, 388 [*v. Inscription de faux*]
- jusqu'à preuve contraire : 58, 60, 60.1, 63.2
- quant à l'existence d'une autorisation : 42, 117

Formulaire
- administratif : 32, 101 *quater*, 130, 146
- conclusions d'avocat : 350
- motifs de décisions judiciaire : 351

G

Gare (ferroviaire) : 8, 58, 76, 78, 143 ; *note 83* [*v. TRANSPORTS, gare ferroviaire ou SNCF* et *train*]

Gendarmerie [*adde, v° POLICE*] : 96 *bis*, 170, 261, 262, 270, 271, 278 à 288, 301, 327.7 ; *note 31*

GREFFIER : 45, 48, 49, 279, 331, 370, 392, 394, 400, 418, 443 [*v. Récépissé, de remise d'observations en réponse*]

Grève : 341, 342, 404.1 ; *note 425*
- "de la faim" : 60.1

Gymnase : 57

H

Hébergement
- Attestation (ou certificat) d'hébergement : 265, 266 ; *note 293*
- Conditions d'accueil et d'hébergement : 315 *ter,* 321 à 323
- Lieu d'hébergement : 322, 329, 330

Horodatage : 130, 369, 386, 388

Hôpital (ou centre hospitalier) : 60.2, 232 [*v. Santé*]

Hôtel : 63.1, 315
- hôtel de police : 121, 162
- établissement ou prestations de type hôtelier : 322, 329

Huissier de justice : 203.2

I

IMMÉDIATETÉ
- Contrôle d'identité
  . précédant immédiatement une mesure de garde à vue ou de placement en rétention : 55.1
- Garde à vue
  . précédant immédiatement le maintien : 42, **83 et s.**, 84
  . mesure de contrainte et décision immédiate de placement : 89 *; note 95*
- Exercice effectif des droits en rétention : 147.6
- Fin immédiate d'une mesure de rétention *:* 235.1, 295.2
- Impossibilité de quitter immédiatement le territoire français : 32, 240, 221
- Information du procureur de la République [*v. Avis au procureur de la République*]
  . dès le début de la garde à vue : **94 à 96**
  . immédiatement quant au maintien en rétention : 6, 131 et s., 133, 133.2, **134, 135**, 135 *bis*
  . sans délai quant au maintien en zone d'attente : **136, 137**, 143, **144 à 146**
- Information immédiate de l'étranger quant à ses droits et ses devoirs
  . attachés à la garde à vue : 86, **97 à 101 *quinquies***, 109 *; note 105*
  . attachés au maintien en zone d'attente : 143, 146 *bis,* 153, 159 [*v. DEVOIRS*]
- Interprète : 97, 99, 100, 153, 159
- Laissez-passer (délivrance immédiate) : 33 [*v. Laissez-passer*]
- Liberté
  . fin immédiate des mesures de surveillance et de contrôle : 260, 327.1 et suiv.
  . remise en liberté immédiate : 38, 166, 177, 199, 220, 379 *; note 17* [*v. LIBERTÉ, mise ou remise en liberté*]
- Maintien en zone d'attente
  . acheminement immédiat vers la zone d'attente : 220 [*v. Acheminement*]
  . demande immédiate d'admission au titre de l'asile : 126
- Notification immédiate au procureur de la République de l'ordonnance mettant fin à la rétention ou assignant l'étranger à résidence : 235.1, 295.2

Indice(s) : **56 à 63.1**, 65.3, 89, 93, 96 *bis* ; *note 98* [*v. PRÉSOMPTION d'infraction (indices)*]

Infraction : 53, 56, **58 à 64**, 65.2, 65.3, 69, 71, 75 à 77, 81, 89, 90, 93, 96 *bis*, 96 *ter*, 99 *[v. Contravention ; Crime ; Délit ; Flagrance ; POLICE, actes, procédure de flagrance*]
- à la législation sur les étrangers : 60.1, 61, 63, 90, 93, 99
- entrée et séjour irréguliers : 55.2, 61, 65.3, 81, 90, 96 *ter* ; *note 49*
- ivresse publique et manifeste : 96.2 [*v. Dégrisement ; Ivresse (publique et manifeste)*]

Injonction(s) : 90.1, 170, 177, 253, 327.7

Inscription de faux (mention valant, ou faisant foi, jusqu'à) :133.3, 332 *bis,* 340, 347 *bis*, 388 [*v. Foi, jusqu'à inscription de faux*]

INTERDICTION DU TERRITOIRE : 5, 6, 15, 118, 120, 121, 133, 182, 184, 200, 201, 227 *bis*, 246, 246 *bis*, 254, 266, 300 *bis*, 314 ; *notes 2, 4, 203 et 221 bis* [*v. PEINE d'interdiction du territoire français*]

Interpellation : 40 et 41 (procès-verbal d'), 51, **53 à 82**, 84, 85, 93, 96.1, 96 *bis*, 97 à 99, 111, 119, 123, 165, 167, 177, 204, 224, 304, 305 ; *notes 31 et 95*

INTERPRÈTE
- absence : 346 *ter*, 415
- absence d'indication du nom : **161 *bis***
- assistance
  - . garde à vue
    - → notification des droits y afférents : 44, 97 à 101 *quinquies*, **102 à 109**, 197
    - → entretien avec l'avocat : 113, 114 *; note 127*
  - . notification des décisions administratives : 123.1, 179, 209
  - . maintien en rétention ou en zone d'attente et notification des droits y afférents : 124, 138, 140, 143, 146, 147, 147.1, **148 à 152**, **153 à 160**
  - . procédure judiciaire : 331, **343 à 346 *ter***
- coordonnées de l'interprète : 158, 159
- d'office : 179
- formulaire écrit : 101 *quater* et *quinquies*
- impossibilité de se déplacer : **101 *ter***
- intervention téléphonique ou par des moyens de télécommunication : **101 *ter***, **156 à 159**
- mémoire d'honoraires : 100
- organisme d'interprétariat et de traduction agréé par l'administration : 158, 159
- présence physique de l'interprète : **156 à 157, 161 *bis***
- serment : 100, 105, 108, **346 *bis***
- signature : 101, 123.1, 140, 155, 160

Interruption de la prolongation du maintien : 260, 327.1 et suiv.

Intervention accessoire : 348, 417, 444 [*v. Tiers, intervention accessoire*]

Investigations :
- du juge : 147.4
- de la police : 63.2 , 128 [*v. POLICE, actes*]

Invitation à quitter le territoire français : 43, 61, 81

Irrégularités attentatoires à la liberté individuelle : 19, 51, 84, 85, 96 *bis*, 126, 127, 128, 144, 146 *bis*, 226 [*v. LIBERTÉ, atteintes ; ATTEINTE à la liberté individuelle*]

Ivresse (publique et manifeste) : 96.2 [*v. Dégrisement ; Infraction*]

J

Jour férié ou chômé : 100, 357, 372 à 375, 377, 385, 386, 388, 397

JURISPRUDENCE
- de la Chambre criminelle de la Cour de cassation : 61, 68, 69, 80, 89, 95, 97, 101,108, **111**, 114, 116, 424 *bis*

- du Conseil constitutionnel : 4, 6, 67, 68, 69, 77, 142.1, 173, 252, 260, 327.2 ; *notes 3 et 137*

- du Conseil d'Etat : 3, 28 *bis*, 184, 193, 204, 221 ; *notes 53 et 271*

- du Tribunal des Conflits : 186, 203.1, 203.2, 219, 260, 327.1 ; *notes 241 et 343*

- du Tribunal de grande instance : 219 ; *note 12*

L

Laissez-passer : 33, 43.2, 238, 240, 307, 311, 312 [*v. Consulaire*]

Lettre simple :
- "suivie" : 422
- envoi par *"Chronopost*" : 422

Levée d'écrou : 118 à 122, 142

LIBERTÉ [*v. ATTEINTE à la liberté ; CONVENTION, CEDH*]
- action en faveur de la liberté et persécution : *note 326*
- aller et venir (d') : 19, 118, 126, 172, 219 *; note 95*
- atteintes
  . à la liberté individuelle : 5, 19, 128, 146 *bis*, 175, 210, 249, 251
  . irrégularités attentatoires à la liberté individuelle : 19, 51, 84, 85, 123.1, 126, 127, 128, 144, 226
  . mesures attentatoires à la liberté individuelle : 121, 321

- constitutionnellement garantie : 67
- juge, gardien de la liberté individuelle : 13, 14, 19, **51**, 53, 67, 68, 84, 85, 119, 123.1, 126, 127, 144, **147.2, 147.4,** 162, 175 à 177, 178 bis, 181, 188, 204, 220, 241, 321, 391 ; *notes 17, 49 et 239*
- fondamentale : 185, 327.6 ; *note 236 ter*
- individuelle : 77, 84, 252
  . atteinte :19, 128, 175, 210, 249, 251
  . protection ou sauvegarde : 77, 148, 157, 321, 376, 448
  . respect : 67
- limitation, restriction ou privation de liberté
  . compréhension par l'étranger des motifs de la limitation de sa liberté : 159
  . garde à vue et contrôle d'identité : 84
  . privation temporaire de liberté : 32
  . régularité de la privation de liberté : 123.1, 127, 128
- mise ou remise en liberté : 11, 27, 38, 44, 46, 74, 90, 140, 150, 166, 177, 187, 190, 197, 199, 201, 204, 220, 224, 227, 247 à 249, 260, 327.4, 327.6, 379, 382, 402 *; note 17* [*v. IMMÉDIATETÉ, liberté, remise en liberté immédiate]*
- protection
  . des libertés : 150, 179, 197
  . de la liberté individuelle : 77, 148, 157, 321, 376, 448

Local (ou lieu) de rétention administrative : 142.1, 142.2, 147.6, **162, 162.1** [*v. Centre de rétention administrative*]

M

Maire : 57, 72, 205

Maison d'arrêt : 118, 120 [*v. Ecrou* ou *Levée d'écrou*]

Mandataire : 417, **422 à 436** [*v. POUVOIR spécial du mandataire*]

Manifestation : 63.1 [*v. "Sans-papiers"*]

Mariage : 63, 93, 178 *ter*, 251 ; 416 ; *note 66 bis* [*adde, v° Famille*]

Médecin : 138, 143, 318, 323 [*adde, Santé (état de) ; Examen médical*]
- examen médical : 96.2, 246, 246 *bis*

Mesures attentatoires à la liberté individuelle [*v. LIBERTÉ, atteintes ; ATTEINTE à la liberté individuelle*] : 121, 321

Messagerie vocale : 111 ; 112 *ter* [*v. Répondeur téléphonique]*

Métro (station de) : 60, 65 [*v. TRANSPORTS, métro*]

Minitel : 424 *bis*

Minorité [*adde, ENFANTS et CONVENTION internationale relative aux Droits de l'Enfant*]
- appréciation de l'âge physiologique : 247 *bis*, 318
- **mineurs** : 111, 128, 317, 319, 320, 322, 388, 436 ; *note 340*
. mineurs non accompagnés d'un représentant légal (mineurs "isolés") : 319**, 320**

N

Nationalité : 61, 172, 245, 245 *bis*, 251, 291, 316 [*v. PRÉSOMPTION de la qualité d'étranger ou de la nationalité étrangère*]

Navire : 218, 220, 221 [*v. Bateau ; Port ;TRANSPORTS, bateau - navire - port*]

Nullité :
- de la procédure ou des actes subséquents : 54, 61, 88, 114, 142, 142.1, 142.2, 147.2, 150, 155, 157, 159, 161 *bis*, 179, 197
- des procédures incidentes : 64, 65.3

O

Obstacle insurmontable : 341, 342, 404 à 404.4

Obstruction volontaire à l'éloignement : 29, 30, 33, 34, 142.2, 298, 299, **308 à 314** [*v. ÉLOIGNEMENT*]

Office (d')
- commission d'avocat : 110 à 113, 151, 331, 342, 404.2
- interprète : 179
- moyen
. relevé d'office par la Cour de cassation : 180, 201, 206, 275, 276, 281, 282, 362, 420, 431, 433, 437, 438, 440
. relevé d'office par le juge du fond : 46, 47, 49, **165**, 174, 265, 300 *bis*, 358, 362, 363, 365

Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) : 198, 200, 214, 271
- saisine : 198, 200, 214 [*v. SAISINE de l'OFPRA ; adde, Commission de recours des réfugiés*]

Office des migrations internationales : 138 *bis*

OPJ (officier de police judiciaire) : 41, 56, 58, 62, 63, 63.1, 65.2, 79, 89, 90, 92, 93, 94, 96.1, 96 *bis*, 97,100, 107, 108, 101 *ter*, 110 à 113, 116, 133.2, 176 ; *notes 95, 104, 105 et 114* [*v. APJ ; POLICE, personnels*]

ORDRE PUBLIC
- atteinte ou menace à l'ordre public (contrôle d'identité préventif) : 65.3, 66 à 78 *[v. ATTEINTE à l'ordre public ; PRÉSOMPTION d'atteinte à l'ordre public*]

- menace d'une particulière gravité pour l'ordre public : 29, 298, 300 *bis*, 314 ; *note 312*
- moyen de cassation d'ordre public : 327.5
- ordre public de protection : 2
- séparation des pouvoirs : 174, 327.7 [*v. Office (d'), moyen*]
- sauvegarde de l'ordre public : 142.1

P

Parc : 63.1

PASSEPORT
- absence
  . de (présentation du) passeport : 240, 292, 293, 307
  . de visa : 62
- délaissement : 306 [*v. infra, v^is^ perte et remise à un tiers*]
- destruction : 29, 30, 32 ; destruction par un tiers : 292, 293 *[v. Tiers, destruction ou remise du passeport*]
- détention : 100, 128, 312
- document authentique : 287 *bis*
- falsification : 128, 244 [*v. infra, v° nom d'emprunt*]
- nom d'emprunt : 306 [*v. supra, v° falsification*]
- oubli : 312
- perte : 29, 30, 32, 292, 293, 306, 307 [*v. infra, v° délaissement*]
- présentation : 55.2, 90, 93, 316
- récépissé : 170, 261, 269 *bis*, 270, 327.7 [v. *infra*, v° *Récépissé*]
- remise : 90, 261, 262, 269, **270 à 293**, 299, 301
  . absence (de) : 240, 292, 293, 307
  . authenticité : 287 *bis*
  . avocat (à un) : 281, 311
  . constatation : **270 à 277**
  . effectivité : 262, **287**
  . juge ou greffier (au) : 279
  . préfet du département (au) ou à son représentant : 282 à 284
  . Préfet de police de Paris (au) : 285, 286, 301
  . original (de l') : **288**
  . périmé (passeport) : 290 [*v. infra, v° validité (du passeport)*]
  . photocopie du passeport : **288**
  . préalable : 271 et suiv., 278, 327.7
  . refus : 311
  . retard : 312, 313 [*v. TARDIVETÉ, lors des procédures administrative ou judiciaire*]
  . service de police ou de gendarmerie (à un) : 240, **278 à 286**
  . tiers (à un) : 306 [*v. supra, v° délaissement du passeport*]
  . validité (du passeport) : **289 à 291**, 327.7 [*adde, infra, v° validité*]
- rétention (du passeport) : 170, 172
- restitution : 170 à 172

- validité : 287, **289 à 291**, 292, 312, 327.7 [*v. VALIDITÉ, passeport*]
- vérification : 145
- vol : 292

Pays
- de destination, de renvoi ou d'origine : **192 à 194**, 239, 245, 246, 266, 314.2 [*v. TRANSPORTS, vers le pays d'origine ; VALIDITÉ de la décision fixant le pays de destination ou de renvoi*]
- d'immatriculation d'un véhicule : *note 87*

Peine
- d'emprisonnement : 15, 46, 118, 120, 201 [*v. DÉTENTION, emprisonnement*]
- d'interdiction du territoire français : 6, 120, 121, 133, 182, 201, 227 *bis*, 246 *bis*, 300 *bis*, 314 *; notes 2, 4, 203 et 221 bis* [*v. INTERDICTION DU TERRITOIRE*]
- émendée en appel : 201
- non avenue : *note 221 bis*
- prescrite : 201

Périmètre : 65, 65.4, 71 à 73

Perte du passeport : 29, 30, 32, 292, 293, 306, 307 [*v. PASSEPORT, v^is perte et délaissement*]

Photocopie : 288 [*v. PASSEPORT, remise*]

Photographie : 61, 81

Pièce(s) justificative(s) : 37 à 39 et s., 43.2, 45, 48, 49, 166, 273 ; *note 173*

Plan "Vigipirate" : 69

POLICE [*adde, v° GENDARMERIE*]
- actes [*adde, v^is Interpellation* et *Investigations*]
  . diligences de la police : 100, 112 *ter*
  . enquête de police : 53,63, 63.1, 89 à 91, 93, 96 *ter*, 99, 105, 398 ; *notes 95, 98 et 122*
  . enquête préliminaire : 89, 91, 93
  . investigations : 63.2, 128
  . mesure de police : 1
  . opérations de police : 65.3, 97
  . patrouille : 41 (*feuille de patrouille*), 58.1 (*patrouille anti-criminalité*), 58, 78.2, 82
  . procédure de flagrance : 57, 62, 63, 63.1, 85, 90, 91, 93, 105 ; *notes 95 et 98*
  . procès-verbal d'interpellation : 40, 41, 58, 61, 78.2
  . procès-verbal de police : 41, 44, 55.1, 58, 60, 63.2, 65.3, 69, 73, 90, 94, 101 *bis*, 123.1, 133.2, 137, 140, 161 *bis, 166*
  . rapport de police : 40

- institutions
. autorité de police : 171
. haute police : 2
. compagnie départementale d'intervention : 41
. police aéroportuaire : 19, 126
. police administrative des frontières ; police aux frontières : 128, 172
. police des étrangers : 219
. poste de secourisme : 60.2
. préfecture de police de Paris : 285, 286, 301, 303, 430
. service des renseignements généraux : 123.1
. services de police : 57, 60, 61, 63.1, 74, 89, 92, 93, 123.1, 128, 133.2, 150, 157, 170, 171, 179,197, 261, 262, 270, 271, 276, 278, 279, 280, 281, 285, 288, 301, 327.7, 398

- locaux
. cellule ou local de garde à vue : 147.2, 147.3
. commissariat de police : 55.1, 62, 90, 93, 118, 398 ; *note 95*
. hôtel de police : 121, 162
. locaux de police : 93, 111, 120, 121, 123.1, 147.2
. locaux de la Police aux frontières (PAF) : 402
. poste de police : 322
. poste de secourisme : 60.2

- personnels
. agent auxiliaire de police : 398
. agent de police judiciaire : 19, 56, 58, 59, 61, 63.1, 65.2, 79, 93, 96 *bis*, 97, 126, 142 [*v. APJ*]
. commissaire de la Police aux frontières : 36.1
. enquêteur : 93, 96, 110, 112 *ter*
. fonctionnaire de police : 41, 61, 120, 133.2, 137
. fonctionnaire de la Police aux frontières (PAF) : 105
. gardien de la paix : 55.1
. lieutenant de police : 36, 133.2, 333 *bis*
. officier de police judiciaire : 41, 56, 58, 62, 63, 63.1, 63.2, 65.2,79, 89, 90, 92, 93, 94, 96.1, 96 *bis*, 97,100, 107, 108, 101 *ter*, 110 à 113, 116, 128, 133.1, 133.2, 176 ; *notes 95, 104, 105 et 114* [*v. OPJ*]

Port : 8, 78.1, 143, 156, 322, 329 [*v. Bateau ; Navire ; TRANSPORTS, bateau - navire - port*]

POUVOIR
- excès de pouvoir : 28, 87, 163, 171, 178, 201, 202, 202.1, 230, 231, 327.1, 327.4 à 327.7, 377, 401, 414
- souverain d'appréciation du juge : 105, 152, 155, 243, 246, 246 *bis*, 262, 264, 265, 268, 301, 318, 323, 327, 345, 346
- spécial du mandataire : 417, **422 à 436** [*v. Mandataire, pouvoir spécial*]

Prérogatives
- de citoyenneté : 4
- de haute police : 2
- de l'officier de police judiciaire : 89 [*v. OPJ*]
- de puissance publique : 176, 187, 189, 214, 225

PRÉSOMPTION
- d'atteinte à l'ordre public : 69 *[v. ORDRE PUBLIC, atteinte ou menace à l'ordre public ; ATTEINTE, à l'ordre public*]
- d'indisponibilité (ou d'empêchement) : 28 *bis*
- de délégation de signature : 26 [*v. SIGNATURE du délégataire du préfet*]
- de l'heure du prononcé d'une ordonnance : 358
- d'infraction (indices) : 56, 58 à 59, 61 à 63.1, 92, 93 [*v. Indices ; Infraction*]
- d'innocence : 96 ; *notes 98 et 122*
- de la qualité d'étranger ou de la nationalité étrangère : 61, 81, 82 [*v. Nationalité*]

PRINCIPE (respect ou violation du)
- de la contradiction (du *"contradictoire*") : 26, 36, 37, 46, 137, 164, 300 *bis*, 358, 364, 367.2, 394, 404.4, 415
- des droits de la défense : 37, 105, 114, 151, 156, 157, 161, 338, 395 à 397, 400, 402, 404, 404.2, 404.3, 410, 415 [*v. DROITS de la défense ; ATTEINTE au respect des droits de la défense*]
- de la publicité des débats : 335, 415 [*v. Publicité des débats*]
- de la séparation des autorités administratives et judiciaires (de la conception française de la séparation des pouvoirs) : 28, 87, 171, 171.1, 173 à 179, 187, 189, 190, 199, 201 à 204, 206, 207, 211, 239, 315, 327.7, 447
- fondamental de la procédure : 327.4, 327.5

Procès équitable [*v. DROITS à un procès équitable ; CONVENTIONS, art. 6 CEDH*]

Procès-verbal [*v. POLICE, actes, procès-verbal d'interpellation ou de police*]

PROROGATION du délai
- d'appel : 355, 390
- de maintien en rétention : **296 à 314**
  . annulation par voie de conséquence : 445
  . assignation à résidence (possibilité d') : 301
  . hypothèses nouvelles, issues de la loi du 11 mai 1998 : **302 à 314**
  . intervention d'un tiers : 348 [*v. Tiers, intervention accessoire*]
  . pouvoir du juge : 299, 300
  . purge des nullités : 167, 168 [*v. Purge des nullités antérieures*]
  . **requête** aux fins de prorogation: 14, 16, 24, 29 à 34, 257, 296 à 298

Publication (d'arrêté de délégation de signature) : 25.1, 28, 36, 409

Publicité des débats : 335, 415 [*v. Débats, publicité ; PRINCIPE de la publicité des débats*]

Purge
- nullités antérieures : **167**, 168, 169, **324**
- peine d'emprisonnement : 15, 118 [*v. DÉTENTION, emprisonnement ; PEINE, emprisonnement*]

Q

Quartier :
- association d'habitants : 71
- sensible (zone urbaine sensible) : 65.4

R

Radiation de l'affaire au rôle : 235, 400, 401

Raisons plausibles de soupçonner : 56 et s., 58.1, 60.1, 61, 63.3, 91, 96.1, *note 98*

Réadmission sur le territoire français : **206** [*v. VALIDITÉ, documents administratifs de réadmission*]

Récépissé
- de demande de carte de séjour : 223, 402 [*v. Carte, de séjour*]
- de remise d'observations en réponse (Cour de cassation) : 443
- valant justification d'identité : 170, 261, 270, 327.7

Recueil des actes administratifs de préfecture : 26

Référé (juge des référés) : 203.2, 218, 219, 260, 327.1, 327.3 *; note 236* ter

Réitération du maintien en rétention : **248 à 254**

RÉFUGIÉS
- Commission de recours des réfugiés : 207, 214
- demande d'obtention du statut de réfugié : 198, 214
- demande de renouvellement du certificat de réfugié : 200
- décision ministérielle refusant la qualité de réfugié : 217
- Office français de protection des réfugiés et apatrides : 198, 214, 271 [*v. OFPRA*]

Registre (communication - copie - mentions) : 44, 132, 140, 143, **147.2, 147.3**, 168 [*v. DÉBAT, éléments*]

RÉGULARISATION :
- acte d'appel non motivé (d'un) : 363
- circulaire du Ministre de l'Intérieur du 24 juin 1997 : 204 ; *note 224*
- demande et décision préfectorale de régularisation : 204

- visa de régularisation de 8 jours : 223, 402

Répondeur téléphonique : 111, 112 *ter* [*v. Messagerie vocale*]

Réquisitions du procureur de la République : 64 à 65.4

Retard [*v. TARDIVETÉ*]

Retranchement (cassation par voie de) : 415 *ter*, 415 *quater*

S

SAISINE
- de la Cour de cassation pour avis : 383
- du juge : 9, 18, 26 à 28, 41, 43.2, 44, 50, 126, 140, 163, 166, 223, 226, 231
  . validité : 50 [*v. VALIDITÉ, saisine du juge*]
- du premier président : 359.1, 367.4, 369, 370, 384, 392, 401, 414
- de l'OFPRA : 198, 200, 214 [*v. OFPRA, saisine ; adde, Commission de recours des réfugiés*]

Samedi : 357, 372 à 375, 377, 385, 386, 388, 397

"Sans-papiers" : 63.1

Santé (état de) : 246, 246 *bis*, 247 [*v. Examen médical ; Médecin* ; *Hôpital*]

Schengen (accords de) : 5, 43.1, 76, 77 [v. *CONVENTIONS*]

SÉCURITÉ
- insécurité : 71
- sécurité des personnes et des biens : 66, 67, 73, 75, 314 ; *note 121 bis* [*v. ATTEINTE à la sécurité des personnes et des biens*]
- sécurité publique (directeur départemental) : 69
- sécurisation (mission, procès-verbal) : 55.1, 58, 69, 70

Serment (de l'interprète) : 100, 105, 108, **346 *bis*** [*v. INTERPRÈTE, serment*]

SIGNATURE
- de l'agent de police judiciaire notificateur : 142, 155
- de l'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation : 428
- de l'étranger : 42, 44, 99, 101 *bis*, 105, 107,117, 130, 137, 140, 146, 147.2, 147.3, 180,419, 425 [*v. Emargement*]
- du délégataire du préfet : 24 à 26, 28, 28 *bis*, 36, 163, 176, 202.1, 430 à 432 [*v. Délégation de compétence ou de signature ; PRÉSOMPTION de délégation de signature ; VISA, de l'empêchement*]
- de l'interprète : 101, 140, 155, 160

- du préfet (ou du Préfet de police de Paris) : 22, 43.2, 349, 433
- du secrétaire général de préfecture ou d'un sous-préfet : 430, 430 *bis*
- de la déclaration de pourvoi en cassation : 425, 428, 430 *bis*, 424 *bis*
- de la requête saisissant le juge : 23 et s., 36, **36.1**

SNCF (Société nationale des chemins de fer français) : [*v. TRANSPORTS, gare ferroviaire*]

Square [*v. Parc*]

Subséquent [*v. Nullité de la procédure ou des actes subséquents*]

Surveillance
- mesures de surveillance et de contrôle : 59, 62, 63, 71, 78, 107, 139, 175, 196, 207, 229, 245, 253, 260, 312, 327.1, 412, 416
- surveillance policière : 69, 74

T

TARDIVETÉ
- lors de la garde à vue
  . de la notification des droits : 96.1 à 100
  . de l'information du procureur de la République : 95, 96 ; *note 104*
  . de l'entretien de l'étranger avec un avocat : 111, 112 à 112 *ter*

- lors du maintien administratif en rétention ou en zone d'attente
  . de la notification des droits : 128, 142, 145, 169, 324
  . de l'information du procureur de la République : 134

- lors des procédures administrative et judiciaire
  . de la présentation du passeport de l'étranger : 312, 313 *[v. PASSEPORT, remise, retard*]
  . du dépôt d'une demande d'asile : 142.1, 142.2, 299, 310 [*v. ASILE, droit - et abus de droit - de dépôt d'une demande d'asile*]

- lors de la procédure judiciaire
  . de l'appel : 357, 357.1, 358
  . de la convocation à l'audience d'appel : **397**
  . de l'examen du recours par le juge d'appel : 370, 374 [*v. Dessaisissement*]
  . de la présence de l'avocat à l'audience : 340 [*v. AVOCAT*]

Télécommunications (moyens de) :**101 *ter***, 158 *[v. Téléphone ; Messagerie vocale ; Répondeur téléphonique*]

Télécopie (ou télécopieur) : 21, 36.1, 45, 94, 135 *bis*, 240 *bis*, 357.1, 362, 367, 369, 370, 374, 386, 388, 389 *bis*, 396, 397, 404.1, 404.2, 422, 424 *bis* ; *note 16*

Télégramme : 396

Téléphone : 94, 101 *ter*, 111, 112 *ter*, 133.2, 147.2, 156 à 159, 209, 333 *bis* [*v. Messagerie vocale ; Répondeur téléphonique ; Télécommunications (moyens de) ; adde, INTERPRÈTE, intervention téléphonique*]

Télex : 424 *bis*

Temps strictement nécessaire
- au contrôle d'identité et de nationalité : 172
- au départ : 5, 8, 131, 221, 236, 246, 256, 314.1, 327.2, 327.3 ; *note 4*
- à la tenue de l'audience et au prononcé de l'ordonnance : **333, 333 *bis***

Terrorisme (entreprise terroriste) : 65.2, 300 *bis* [*adde, v° Attentat*]

Tiers
- intervention accessoire : 348, 417, 444 [*v. Association, intervenante volontaire*]
- destruction ou remise du passeport : 293, 306 [*v. PASSEPORT, destruction par un tiers*]

Timbre : 24, 45, 48, 49

Titre
- détention, port et présentation de titres et documents : 76, 77 [*v. DÉTENTION de titres ; adde, v° PASSEPORT*]
- titre de séjour : 177, **214 et s.**, 309, 314
- titre de transport nominatif : *note 205* [*v. TRANSPORTS, titre de transport nominatif*]

Traduction [*v. INTERPRÈTE*]

Train [*v. TRANSPORTS*]

Transit aéroportuaire : 83 [*v. TRANSPORTS ; Visa de transit aéroportuaire*]

TRANSPORTS
- absence (ou possibilité) de moyens de transport : 240, 240 *bis*
- aéroport : 8, 76, 127, 128, 143, 156, 161, 215, 232, 315, 319, 323, 329, 330 *; note 83* [*v. infra, v° avion*]
- autobus : 69
- avion [*v. supra, v° aéroport*]
  - billet : 240
  - descente ou débarquement : 19, 83, 125, 126, 144, 214
  - embarquement : 231, 232, 414
  - refus d'embarquement : 214, 232, 326
- bateau : 125 [*v. infra, v^is navire et port*]
- emprise (portuaire ou ferroviaire) : 78.1, 78.2, 323, 329
- gare ferroviaire ou SNCF : 8, 58, 76, 78, 78.2, 143 ; *note 83* [*v. Gare*]
- hall (de gare) : 78.2

- métro (station de) : 60, 65 [*v. Métro*]
- navire : 218, 220, 221 [*v. supra, v^is bateau et port*]
- port : 8, 143, 156, 322, 329 [*v. supra, v^is bateau et navire*]
- quai (d'un port ou d'une gare) : 78.1, 78.2
- titre de transport nominatif : *note 205* [*v. Titre*]
- train : 55.1, 78.2
- transit aéroportuaire (visa de) : 83 [*v. Transit ; Visa*]
- transports en commun (ligne de) : 69
- transport vers le pays d'origine : 246, 314.2 [*v. Pays de destination, de renvoi ou d'origine*]
- véhicule ou voiture : 58, 60, 65.2, 96.1
  . immatriculation étrangère : 63.1 *; note 87* [*v. Eléments objectifs*]
- voie ferroviaire, aérienne ou maritime : 8, 225

Travail dissimulé ou clandestin : 63.1, 97, 99 [*v. Dissimulation, travail dissimulé*]

U

Urgence (absolue) : 29, 30, 57, 298, 300 *bis*, 314 ; *note 312*

URSSAF : 63.1

V

VALIDITÉ
- acte d'appel : 359.1, 415 *ter* [v. *Appel nul*]
- arrêté d'expulsion : **187, 188** [*v. EXPULSION*]
- arrêté de reconduite à la frontière : 51, 53, 150, **175 à 178 bis**, 179, 181, 192
- décision de maintien en rétention : 43, 129, 195, **196 et s.**
- décision de maintien en zone d'attente : 129
- décision fixant le pays de destination ou de renvoi : 194 [*v. Pays de destination, de renvoi ou d'origine*]
- documents administratifs de réadmission sur le territoire français : **206**
- garde à vue : 71
- passeport : 287, **289 à 291**, 292, 312 [*v. PASSEPORT, remise - validité*]
- saisine du juge : 43.2, 50 [*v. SAISINE du juge*]

Véhicule [*v. TRANSPORTS, véhicule ou voiture, immatriculation étrangère*]

"Vigipirate" (plan) : 69

VISA
- visa de l'empêchement : 28 *bis* [*v. SIGNATURE du délégataire du préfet*]
- visa d'entrée sur le territoire national : 62
- visa de transit aéroportuaire : 83 [*v. Transit aéroportuaire*]

- visa de régularisation de 8 jours : 223, 402 [*v. RÉGULARISATION*]

Voiture [*v. TRANSPORTS, véhicule ou voiture, immatriculation étrangère*]

VOIE DE FAIT : 172, 175, 185, 186, **190, 191**, 196, **203.1**, 203.2, 212, 214, 218, 219, **321**, 325 ; *notes 182,187 et 205*

Voie ferroviaire, aérienne ou maritime : 8, 225, 314.1 [*v. TRANSPORTS*]

Z

ZONE
- Zone urbaine sensible : 65.4

TABLE DES MATIÈRES

Numéros des paragraphes

TITRE PRÉLIMINAIRE : LE CONTRÔLE DE LA RÉGULARITÉ DE LA SAISINE DU JUGE

CHAPITRE I : LE DÉLAI **10 à 19**

Section I - Dans les procédures de maintien en rétention 10 à 16

Section II - Dans les procédures de maintien en zone d'attente 17 à 19

CHAPITRE II : LA FORME **20 à 36**

Section I - Dans les procédures de maintien en rétention 20 à 34

A - La requête en prolongation du maintien en rétention 22 à 28 *bis*

B - La requête en prorogation du délai de maintien en rétention 29 à 34

Section II - Dans les procédures de maintien en zone d'attente 35 - 36.1

CHAPITRE III : LES PIÈCES JUSTIFICATIVES UTILES **37 à 47**

CHAPITRE IV : L'ENREGISTREMENT DE LA REQUÊTE ET DES PIÈCES JUSTIFICATIVES UTILES **48 à 50**

TITRE I : L'APPRÉCIATION DE LA RÉGULARITÉ DES ACTES ANTÉRIEURS AU MAINTIEN JUDICIAIRE EN RÉTENTION OU EN ZONE D'ATTENTE

SOUS-TITRE I : LE DOMAINE DE COMPÉTENCE DU JUGE JUDICIAIRE **51 à 162.1**

CHAPITRE I : Le contrôle portant sur l'INTERPELLATION **53 à 82**

Section I - Le contrôle d'identité faisant suite à un indice (à une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner) 56 à 63.3

Section II - Le contrôle d'identité sur réquisition du procureur de la République 64-65.4

Section III - Le contrôle d'identité préventif 66 à 75

Section IV - Le contrôle d'identité dans les zones transfrontalières ou ouvertes au trafic international 76 à 78-1

Section V - La présentation des documents, en dehors de tout contrôle d'identité, par les personnes de nationalité étrangère 79 à 82

CHAPITRE II : Le contrôle portant sur la GARDE À VUE précédant immédiatement le maintien en rétention ou en zone d'attente **83 à 117**

Section I - La décision de placement en garde à vue 89 à 93

Section II - L'information du procureur de la République (ou du juge d'instruction) dès le début de la garde à vue 94 à 96.2

Section III - L'information immédiate de l'étranger quant à la nature de l'infraction sur laquelle porte l'enquête et quant aux droits attachés à la garde à vue 96 bis à 101 quinquies

Section IV - La compréhension linguistique et l'assistance d'un interprète lors de la garde à vue 102 à 109

Section V - L'effectivité de l'exercice des droits attachés à la garde à vue 110 à 114

Section VI - L'autorisation écrite de prolongation de la garde à vue 115 à 117

CHAPITRE III : Le contrôle portant sur la DÉTENTION au moment où la décision de maintien est notifiée **118 à 128**

Section I - Le délai écoulé à compter de la levée d'écrou 118 à 122

Section II - Le délai écoulé à compter de l'interpellation ou de la fin de la mesure de garde à vue 123 - 124

Section III - En cas de décision de maintien en zone d'attente 125 à 128

CHAPITRE IV : Le contrôle portant sur les MODALITÉS DU MAINTIEN en rétention ou en zone d'attente **129 à 162.1**

Section I - L'information du procureur de la République quant à la décision administrative de maintien 131 à 137

A - Le maintien en rétention 131 à 135 bis

B - Le maintien en zone d'attente 136 - 137

Section II - L'information de l'étranger quant aux droits et devoirs attachés au maintien en rétention ou en zone d'attente 138 à 146 bis

A - Le maintien en rétention 138 à 142 bis

B - Le maintien en zone d'attente 143 à 146 bis

Section III - L'effectivité de l'exercice des droits attachés au maintien en rétention ou en zone d'attente 147 à 161

A - Le droit à un interprète 148 à 160

❶ *lors de la procédure de maintien en rétention* 149 à 152

❷ *lors de la procédure de maintien en zone d'attente* 153 à 160

B - Le droit à un conseil 161

C - Le droit au concours de l'association CIMADE 162 à 162.1

SOUS-TITRE II : LES LIMITES DU CONTRÔLE PAR LE JUGE JUDICIAIRE **163 à 221**

CHAPITRE I : Dans les procédures de maintien en rétention **175 à 207**

Section I : L'arrêté préfectoral de reconduite à la frontière 175 à 186

A - La légalité, la régularité, la nullité ou la validité de l'arrêté de reconduite à la frontière 175 à 178

B - La régularité de la procédure administrative et de l'acte de notification de l'arrêté de reconduite à la frontière 179 à 180

C - L'exécution de l'arrêté de reconduite à la frontière ; la voie de fait 181 à 186

Section II : L'arrêté ministériel d'expulsion 187 à 191

A - La légalité, la régularité, la nullité ou la validité de l'arrêté d'expulsion 187 - 188

B - La régularité de la notification de l'arrêté d'expulsion 189

C - L'exécution de l'arrêté d'expulsion ; la voie de fait 190 - 191

Section III : La décision fixant le pays de renvoi (ou de destination) 192 - 194

Section IV : La décision de maintien en rétention 195 - 203

A - La légalité, la régularité, la nullité ou la validité

de la décision de maintien en rétention 196 à 202

B - La régularité de la notification de maintien en rétention 203

C - L'exécution de la décision de maintien en rétention ; la voie de fait 203.1 à 203.2

Section V : La décision préfectorale relative à une demande de régularisation de la situation de l'étranger 204

Section VI : La décision municipale ou préfectorale d'évacuation d'un local occupé par des étrangers en situation irrégulière 205

Section VII : La réadmission sur le territoire français 206

Section VIII : La décision retirant ou refusant le renouvellement de l'autorisation provisoire de séjour accordée au demandeur d'asile 207

CHAPITRE II : Dans les procédures de maintien en zone d'attente 208 à 221

Section I : La décision administrative de refus d'admission sur le territoire français 208 à 211

Section II : Les décisions administratives de maintien en zone d'attente et de renouvellement de cette mesure 212 - 213

Section III : La décision ministérielle refusant tout titre de séjour ou rejetant la demande d'admission sur le territoire français, au titre de l'asile 214 à 217

Section IV : Le maintien ou la consignation de l'étranger à bord d'un navire 218 à 221

TITRE II : LE CHOIX DE LA MESURE PAR LE JUGE

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE : L'OBLIGATION DU JUGE DE STATUER 224 à **235.1**

CHAPITRE I : LA PROLONGATION DU MAINTIEN EN RÉTENTION 236 à 260

SECTION I - La nécessité du maintien en rétention 236 à 247 *bis*

A - La justification et la constatation de la nécessité pour le départ de l'étranger 237 à 240 *bis*

B - L'exactitude de l'identité de l'étranger 241 à 244

C - La connaissance de la nationalité de l'étranger 245 - 245 *bis*

D - La compatibilité de l'état de santé de l'étranger 246 - 247

E - La minorité de l'étranger 247 *bis*

Section II - La réitération du maintien en rétention sur le fondement d'une même décision d'éloignement 248 à 254

Section III - La prise en compte, par le juge, des changements intervenus depuis la notification de la mesure d'éloignement 255

Section IV - La durée de la prolongation du maintien en rétention 256 à 260

CHAPITRE II : L'ASSIGNATION À RÉSIDENCE 261 à 295.2

Section I - Les garanties de représentation effectives 264 à 269

Section II - La constatation de la remise du passeport 270 à 293

A - La constatation de la remise préalable du passeport 271 à 277

B - La remise préalable à un service de police ou de gendarmerie 278 à 286

C - La remise effective de l'original du passeport 287 à 288

D - La remise d'un passeport en état de validité 289 à 291

E - La considération objective de l'absence de remise du passeport 292 - 293

Section III - La durée, la prise d'effet et la fin de l'assignation à résidence 294 - 295.2

CHAPITRE III : LA PROROGATION DU DÉLAI DE MAINTIEN EN RÉTENTION 296 à 314

Section I - L'exercice d'un pouvoir du juge du fond 299 - 300

Section II - La possibilité d'assigner à résidence 301

Section III - Les nouvelles hypothèses de prorogation prévues par la loi du 11 mai 1998 302 à 314

A - La dissimulation par l'étranger de son identité 302 - 305

B - La perte ou la destruction des documents de voyage de l'étranger 306 - 307

C - L'obstruction volontaire faite à son éloignement 308 à 314

CHAPITRE IV : LA "PROLONGATION" DU MAINTIEN EN ZONE D'ATTENTE (art. 35 *quater* III de l'ord. du 2 nov. 1945) **314.1 à 323**

Section préliminaire - La nécessité du maintien en zone d'attente **314.1 à 314.2**

Section I - L' exercice d'une faculté pour le juge du fond de rejeter la demande de maintien en zone d'attente 315

Section II - La connaissance de la nationalité de l'étranger 316

Section III - La minorité de l'étranger 317 à 320

Section IV - Les conditions d'hébergement de l'étranger 321 à 323

CHAPITRE V : LE RENOUVELLEMENT DU MAINTIEN EN ZONE D'ATTENTE (art. 35 *quater* IV de l'ord. du 2 nov. 1945) **324 à 327**

Section I - La purge des nullités antérieures 324

Section II - L'exercice d'un pouvoir du juge du fond 325 à 327

CHAPITRE VI : L'INTERRUPTION DE LA PROLONGATION DU MAINTIEN **327.1 à 327.7**

TITRE III : LA PROCÉDURE D'AUDIENCE et LES VOIES DE RECOURS
CHAPITRE I : LA PROCÉDURE D'AUDIENCE **331 à 352**

Section I - L'avis d'audience 332

Section II - La présentation de l'étranger et le délai pour statuer 333 - 333 *bis*

Section III - La publicité des débats et de la décision ; la composition de la juridiction 334 à 336

Section IV - L'assistance d'un avocat 337 à 342

Section V - L'assistance d'un interprète 343 à 346 *bis*

Section VI - Le préfet, partie à la procédure 347

Section VII - L'intervention de tiers 348

Section VIII - Les conclusions 349 - 350

Section IX - La motivation de la décision 351

Section X - La notification de la décision de première instance 352

CHAPITRE II : L'APPEL **353 à 415 *ter***

Section I - Le délai d'appel 354 à 359

Section II - La forme de l'acte d'appel 360 à 367.3

A - Une déclaration motivée 360 à 366

B - Une déclaration faite ou remise au greffe par tous moyens 367 à 367.2

C - Un acte de procédure individuel 367.3

Section III : Le délai pour statuer sur l'appel 367.4 à 391 *bis*

A - Les procédures de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 367.4 à 383

B - Les procédures de l'article 35 *quater* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 384 à 391 *bis*

Section IV - Les convocations à l'audience d'appel 392 à 402

A - Les procédures de l'article 35 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 392 à 399

B - Les procédures de l'article 35 *quater* de l'ordonnance du 2 novembre 1945 400 à 402

Section V - La présence et l'audition des parties et de leurs avocats à l'audience d'appel 403 à 408

Section VI - L'effet dévolutif de l'appel 409 à 415

Section VII - Le désistement et la nullité de l'appel 415 *bis-ter*

Section VIII - L'amende civile pour appel abusif 415 *quater*

CHAPITRE III : LE POURVOI EN CASSATION **416 à 446**

SOUS-CHAPITRE I - LE POURVOI AVEC REPRÉSENTATION OBLIGATOIRE (nouveau régime) **416 - 416.1**

SOUS-CHAPITRE II- LE POURVOI SANS REPRÉSENTATION OBLIGATOIRE (ancien régime) **417 à 446**

Section I - Le délai 418 à 421

Section II - La forme de la déclaration de pourvoi 422

Section III - Le pouvoir spécial du mandataire 423 à 436

Section IV - L'énoncé des moyens de cassation 437 à 441

Section V - Le mémoire ampliatif du demandeur ;
les observations en réponse du défendeur 442 - 443

Section VI - L'intervention de tiers à titre accessoire 444

Section VII - L'annulation par voie de conséquence 445 - 446

... EN GUISE DE CONCLUSION 447 - 448

ANNEXES

(principaux textes cités)

• Article 66 de la Constitution du 4 octobre 1958

Nul ne peut être arbitrairement détenu.

*L'autorité judiciaire, **gardienne de la liberté individuelle**, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi.*

• Article 131-30 du Code pénal

• Articles 63, 63-1, 63-2, 63-3, 63-4, 64, 77, 78-2 et 78-2-2 du Code de procédure pénale (**modifiés**)

• **Ordonnance n° 2004-1268 du 24 novembre 2004** *relative à la partie législative du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.*

• **Décret n° 2004-1215 du 17 novembre 2004** *fixant certaines modalités d'application des articles 35* bis *et 35* quater *de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.*

• **Décret n° 2005-214 du 3 mars 2005** *pris pour l'application de l'article 35* sexies *de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 et relatif aux interprètes traducteurs.*

• **Décret n° 2005-617 du 30 mai 2005** *relatif à la rétention administrative et aux zones d'attente pris en application des articles L. 111-9, L. 551-2, L. 553-6 et L. 821-5 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.*

• Décret n° 2005-61**6** du 30 mai 2005 *relatif à la Commission nationale de contrôle des centres et locaux de rétention administrative et des zones d'attente pris en application de l'article 35* nonies *de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée.*

• Décret n° 2005-61**5** du 30 mai 2005 *modifiant le décret n° 82-440 du 26 mai 1982 (portant application des dispositions du livre V du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile relatives aux mesures d'éloignement).*

• Décret n° 2003-841 du 2 septembre 2003 *relatif aux modalités de désignation et d'indemnisation des administrateurs* ad hoc *institués par l'article 17 de la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002.*

• Décret n° 2005-214 du 3 mars 2005

• Articles 8-1, 22 *bis*, 35 *bis* et 35 *quater* de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre *1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France* (**modifiée**, en dernier lieu, par la loi n° 2003-1119 du 26 nov. 2003 *relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité* ; **abrogée** par l'art. 4, 1°, de l'ord. n° 2004-1248 du 24 nov. 2004)

• Décision du Conseil constitutionnel n° 2003-484 DC du 20 nov. 2003 sur la *loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*

• Décision du Conseil constitutionnel n° 2003-485 DC du 4 déc. 2003 sur la *loi modifiant la loi n° 52-893 du 25 juillet 1952 relative au droit d'asile* (abrogée par l'art. 4, 2°, de l'ord. n° 2004-1248 du 24 nov. 2004)

• Décision du Conseil constitutionnel n° 97-389 DC du 22 avr. 1997 sur la *loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration* (loi du 24 avr. 1997, dite *loi Debré*).

• Article 31, IV de la loi n° 99-210 du 19 mars 1999

• **Décret n° 91-1164 du 12 novembre 1991** *fixant les modalités d'application de l'article **35 bis** de l'ordonnance du 2 novembre 1945* (**abrogé** par l'art. 16 du décret n° 2004-1215 du 17 nov. 2004)

• **Décret n° 92-1333 du 15 décembre 1992** *fixant certaines modalités d'application de l'article **35 quater** de l'ordonnance du 2 novembre 1945* (**abrogé** par l'art. 16 du décret n° 2004-1215 du 17 nov. 2004)

• **Décret n° 2001-236 du 19 mars 2001** *relatif aux centres et locaux de rétention administrative* (**abrogé** par l'art. 22 du décret n° 2005-617 du 30 mai 2005)

• Arrêté du 24 avril 2001 *précisant les conditions d'application de l'article 17 du décret n° 2001-236 du 19 mars 2001 relatif aux centres et locaux de rétention administrative.*

• Arrêté du 24 avril 2001 *précisant les conditions d'application des articles 2, 6 et 8 du décret n° 2001-236 du 19 mars 2001 relatif aux centres et locaux de rétention administrative.*

• Décret n° 2006-33 du 11 janvier 2006 *portant publication du protocole d'application de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne relatif à la réadmission et au transit de personnes en situation irrégulière (ensemble trois annexes), signé à Paris le 19 septembre 2005* (JO du 13 janv. 2006).

• Arrêté du 7 juin 2006 *pris en application de l'article 2 du décret n° 2005-617 du 30 mai 2005 relatif à la rétention administrative et aux zones d'attente pros en application des articles L. 111-9, L. 551-2, L. 553-6 et L. 821-5 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* (JO du 11 juin 2006).